

REVISTA DA
AGU

ANO XII nº 35 - Brasília-DF, jan./mar. 2013

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

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

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nelida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA REVISTA DA AGU

Filipo Bruno Silva Amorim

CONSELHO EDITORIAL

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

Membros Eletivos: Adriana de Oliveira Rocha; Adriana Pereira Franco; Alexandre Bernardino Costa; Aluísio de Sousa Martins; Anésio Fernandes Lopes; André Lopes de Sousa; Andrea Dantas Echeverria; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Dalton Santos Morais; Daniela Ferreira Marques; Eliana Gonçalves Silveira; Eliana Pires Rocha; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Fábio Guimarães Benoussan; Fábio Victor da Fonte Monnerat; Gregorio Moreira de Moura; Gustavo Augusto Freitas Lima; Humberto Cunha Santos; Ivana Roberta Couto Reis de Souza; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knippe Dibe; Mariana Filchtiner Figueiredo; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; Valério Rodrigues Dias; Vânia Maria Bastos Faller.

ABNT (ADAPTAÇÃO)/Diagramação Niuza Lima /Gláucia Pereira
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano XII – Número 35 – Brasília-DF, jan./mar. 2013

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05

CDU 342(05)

SUMÁRIO

INSTITUCIONAL

O Fórum de Procuradores-Chefes junto às IFES. Histórico, Reflexões e Perspectivas

The Forum of Federal Attorneys of Federal Universities. History, Reflections and Perspectives

Marcos Augusto Maliska.....7

ARTIGOS

A Lei Internacional na Ordem Jurídica Interna: os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

International Law in the Domestic Order: The Brazilian Supreme Court's Jurisprudence Concerning Treaties

*Alceu José Cicco Filho*13

A Súmula nº 198 do TFR em Face do Atual Regramento da Aposentadoria Especial

TFR Precedent 198 and special retirement current legislation

Aline Machado Weber.....35

Cessação da Eficácia da Coisa Julgada Tributária à Luz do Princípio da Livre Concorrência

Termination of the Effectiveness of Tax Res Judicata in Light of the Principle of Free Competition

*Anderson Ricardo Gomes*73

A Administração Pública e o Consumo Sustentável

Public Administration and Sustainable Consumption

Cirlene Luiza Zimmermann.....95

Anotações sobre Limites e Restrições aos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Notes on Limits and Restrictions on Fundamental Rights in the Federal Constitution of 1988

Dermeval Rocha da Silva Filho.....127

O Modelo Democrático-Deliberativo à Luz do Pluralismo Político

The Democratic-Deliberative Model According to Political Pluralism

*Fabrício Faroni Ganem*145

O Papel do *Amicus Curiae* no Contexto da Objetivação do Controle Difuso ou Concreto de Constitucionalidade

The Role of Amicus Curiae in Diffuse Constitutional Review With Erga Omnes Effect

*Filipo Bruno Amorim*167

Da Natureza Híbrida do Direito à Saúde e Necessidade de Pluralização do Debate Judicial como Meio de Efetivação desse Direito <i>On The Hybrid Nature of the Right to Health and the Need of a Pluralist Judicial Debate as a Means to its Effectiveness</i> Flávia Martins Affonso.....	207
Da Aplicação do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) à Projeto de Reparação Ambiental por Dano Praticado na Vigência da Legislação Anterior um Estudo sobre a Aplicação da Lei Ambiental no Tempo <i>Implementation of the New Forest Code (Law n. 12.651/2012) to Environmental Remediation Projects that Aim to Repair Damages Caused During the Previous Legislation</i> Karla Virgínia Bezerra Caribé.....	237
Proteção Constitucional às Terras Tradicionalmente Ocupadas por Índios – uma análise de direito constitucional comparado <i>Constitutional Protection Regarding Areas Traditionally Occupied by Indigenous Populations - a comparative analysis of constitutional law</i> Luciana Laura Carvalho Costa Dias	255
Efetivação Judicial dos Direitos Sociais <i>Judicial Enforcement of Social Rights</i> Maria Laura Timponi Nahid.....	279
Terceiro como Réu na Ação de Improbidade Administrativa – Reflexões sobre a Regra de Extensão do Art. 3º da Lei nº 8.429/92 <i>The Third as Defendant at the Administrative Misconduct Action – Reflections on the Rule of Extension of Art. 3, Law nº 8.429/92</i> Natália Hallit Moyses.....	311
Teoria dos Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: reconstruindo o debate entre Jürgen Habermas e Robert Alexy <i>Fundamental Rights Theory and Legal Argumentation: the Habermas-Alexy Debate</i> Raphael Peixoto de Paula Marques.....	321
Liberdade de Expressão e o Controle dos Filmes Ofensivos <i>Freedom of Speech and the Control of Offensive Films</i> Victor Campos Clement Leahy.....	353
PARECER	
2012/CONJUR/MME — Proposta de medida provisória que trata das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, do regime de cotas para a comercialização de energia e da redução de encargos setoriais <i>Gabriela da Silva Brandão</i>	387

EDITORIAL

A Advocacia-Geral da União abre o ano de 2013, ano que completa 20 anos de existência, lançando a 35^a edição da sua revista jurídica.

Ao completar 20 anos de existência a AGU lança o seu novo slogan: AGU 20 Anos – Essencial à Justiça! Indispensável à Nação. É com esse pensamento que a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal tem trabalhado e se dedicado diuturnamente para contribuir com a comunidade jurídica na disseminação do conhecimento, lançando trimestralmente a sua revista jurídica.

A 35^a Edição a Revista da AGU contém além do tema institucional sobre “O Fórum de Procuradores-Chefes junto às IFES. Histórico, reflexões e perspectivas”, quatorze artigos jurídicos que abordam temas diversos do mundo jurídico, dentre outros, podemos citar temas do direito constitucional, como os artigos intitulados: A Lei Internacional na Ordem Jurídica Interna: os Tratados na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; Cessação da Eficácia da Coisa Julgada Tributária à Luz do Princípio da Livre Concorrência; O Papel do Amicus Curiae no Contexto da Objetivação do Controle Difuso ou Concreto de Constitucionalidade; Proteção Constitucional às Terras Tradicionalmente Ocupadas por Índios – uma análise de direito constitucional comparado; Anotações sobre Limites e Restrições aos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988; do direito social, o artigo: Efetivação Judicial dos Direitos Sociais, do direito previdenciário, o artigo: A Súmula nº 198 do TRF em Face do Atual Regramento da Aposentadoria Especial. Também chamamos atenção para os brilhantes artigos intitulados: A Administração Pública e o Consumo Sustentável; O Modelo Democrático-Deliberativo à Luz do Pluralismo Político; Da Natureza Híbrida do Direito à Saúde e Necessidade de Pluralização do Debate Judicial como Meio de Efetivação desse Direito; Da Aplicação do Novo Código Florestal (Lei Nº 12.651/2012) à Projeto de Reparação Ambiental por Dano Praticado na Vigência da Legislação Anterior um Estudo sobre a Aplicação da Lei Ambiental no Tempo; Terceiro como Réu na Ação de Improbidade Administrativa – Reflexões sobre a Regra de Extensão do Art. 3º da Lei nº 8.429/92; Teoria dos Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica: reconstruindo o debate entre Jürgen Habermas e Robert Alexy e Liberdade de Expressão e o Controle dos Filmes Ofensivos.

Esta edição da Revista da AGU, também, tem a satisfação de divulgar o Parecer Nº 882/2012/CONJUR-MME/CGU/AGU que trata de proposta de medida provisória sobre concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, do regime de cotas para a comercialização de energia e da redução de encargos setoriais.

A Direção da Escola da AGU se congratula e ao mesmo tempo parabeniza todos os autores dos artigos desta 35^a edição pelos brilhantes trabalhos aqui expostos e convida os apreciadores da boa leitura jurídica a saborearem esses ensinamentos que ora apresentamos.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

O FÓRUM DE PROCURADORES-CHEFES JUNTO ÀS IFES. HISTÓRICO, REFLEXÕES E PERSPECTIVAS¹

*THE FORUM OF FEDERAL ATTORNEYS OF FEDERAL
UNIVERSITIES. HISTORY, REFLECTIONS AND
PERSPECTIVES*

*Marcos Augusto Maliska
Procurador Federal Chefe da PFE-UFPR
Secretário do Fórum de Procuradores Chefes de IFES*

¹ Palestra proferida no evento em comemoração aos 10 anos da Procuradoria Geral Federal, realizado em Brasília, entre os dias 02 e 04 de julho de 2012.

Neste belo evento em comemoração aos 10 anos da Procuradoria Geral Federal me coube falar em nome dos colegas Procuradores-Chefes junto às IFES – Instituições Federais de Ensino. Inicialmente gostaria de registrar a honra de estar aqui, pois graças à instituição que hoje completa 10 anos temos a possibilidade de nos articularmos de tal forma que não estou falando aqui apenas em nome da PFE-UFPR, mas em nome de todas as PFEs junto as IFES. Essa ação multiplicadora que transforma cada um de nós em agentes de grandes mudanças é que faz a grandeza de instituições com a Procuradoria Geral Federal e igualmente a Advocacia Geral da União.

Eu vou procurar ser breve na minha exposição. Inicialmente vou procurar resgatar o histórico da criação do Fórum para depois fazer algumas reflexões sobre o nosso trabalho e os nossos desafios.

Consultando minha agenda do mês de agosto de 2007 e alguns emails trocados naquele mês encontrei alguns elementos para resgatar um pouco o processo de criação do Fórum de Procuradores Chefes junto às IFES. Lembro-me da viagem que fiz no dia 15 de agosto de 2007 a Brasília, uma quarta feira, com o firme propósito de recriação do Colégio de Procuradores Gerais de Universidades. Antes da viagem eu havia entrado em contato com alguns colegas Procuradores Chefes de IFES que concordaram com a necessidade da recriação do fórum. O meu diagnóstico naquele momento era de que a PGF, que havia surgido para reunir, coordenar e integrar às ações das Procuradorias Federais junto às autarquias de ensino, até aquele momento, sob o ponto de vista da consultoria e do assessoramento jurídico, estava longe desse objetivo. Os motivos eram vários, desde a necessidade da própria PGF de se firmar como um novo órgão, o que acabou exigindo que num primeiro momento ela se afastasse, passando pela resistência política em face da sua criação e chegando até mesmo nas dificuldades de gestão, em especial no que diz respeito à lotação dos Procuradores Federais e aos desequilíbrios que necessitavam ser corrigidos. Não obstante esses motivos, a situação naquele momento tinha chegado a um ponto que a recriação do Colégio de Procuradores Gerais era fundamental. A minha viagem estava motivada por esse objetivo.

Lembro-me que pela manhã me reuni com o Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, na época Subprocurador-Geral Federal. Eu não tinha muito claro de que forma seria possível a recriação do Colégio de Procuradores Chefes. Havia uma situação delicada naquele momento que uma interpretação equívocada poderia por tudo a perder, pois a

ideia não era de se contrapor a PGF, mas de chamar a atenção da PGF para as questões das Universidades. Assim, procurei a PGF, pois essa é a minha casa e desde que tinha assumido a Chefia da Procuradoria Federal junto a UFPR estava me esforçando para colocar a Procuradoria da UFPR em sintonia com as ações da PGF. Neste sentido, uma das primeiras medidas que tomei como Procurador Chefe foi convencer o Reitor da importância da transferência da representação judicial para a PF-PR, na época um procedimento bastante sensível em razão da oposição política que havia. Como não poderia ser diferente, bati na porta certa e encontrei a pessoa certa. O Dr. Marcelo Siqueira, que todos os senhores conhecem, tem uma profunda sensibilidade para perceber as coisas e avaliá-las, o que é, por sinal, uma característica fundamental para quem administra uma instituição tão complexa como é a PGF. Ele me disse naquela oportunidade que a ideia era muito boa, que havia sim a possibilidade da criação do Fórum no âmbito da PGF e que ele iria conversar sobre o assunto com o Dr. João Ernesto Aragonés Vianna, na época o Procurador Geral Federal. Ao final da conversa ele me pediu que apresentasse um projeto de como se estruturaria esse Fórum.

Naquele mesmo dia, à tarde, estive com o Dr. José Weber Holanda Alves, na época Procurador Chefe da UnB. O Dr. Weber, como ex-Procurador Geral Federal tinha muito mais condições do que eu para encaminhar o assunto na PGF. Assim, o Dr. Weber ficou de fazer a ponte com a PGF e articular a recriação do Fórum. Como primeiro passo pensou-se em uma reunião com os colegas. No documento encaminhado a PGF constou o seguinte: “A criação do Fórum é uma medida que vem ao encontro dos anseios das Universidades Federais, no sentido de se criar um espaço de discussão dos problemas comuns, como também da Procuradoria Geral Federal, que terá um canal direto e mais eficiente de diálogo com um segmento significativo de autarquias. A proposta é de uma discussão transparente com o objetivo de melhorar o trabalho jurídico prestado às Universidades”.

Por meio do Memorando-circular nº 7 SUBPROC/PGF/AGU, de 22 de fevereiro de 2008 o Dr. Marcelo Siqueira, ainda Subprocurador Geral Federal, convidou os colegas Procuradores Chefes de IFES para uma reunião em Brasília para debater a recriação do Colégio de Procuradores Chefes. Essa reunião, ocorrida nos dias 10 e 11 de março de 2008, que contou com a participação de muitos dos colegas que aqui estão, foi histórica, pois iniciou uma nova fase tanto para as Procuradorias Federais quanto para a própria PGF. Pessoalmente eu sempre tive receio que a disparidade de tamanho entre as autarquias

pudesse gerar uma atenção não isonômica da PGF quanto à importância que cada autarquia tem para a administração federal, independente de ser grande ou pequena. O Fórum veio afastar essa preocupação, pois hoje o conjunto das Procuradorias Federais junto às instituições vinculadas à execução das políticas de educação do governo federal encontra um espaço de debate e de articulação de ações. Nesse sentido também, a existência de outros fóruns no âmbito da PGF e a especialização dos órgãos de representação judicial em câmaras temáticas aproximou a estrutura da PGF a todas as matérias que ela atua.

A criação formal do Fórum de Procuradores-Chefes das Procuradorias Federais junto às Instituições Federais de Ensino Superior se deu por meio da Portaria PGF/AGU nº 555, de 02 de julho de 2008. A lei 11.892, de 29 de Dezembro de 2008, que criou os Institutos Federais de Educação, aumentou substancialmente a representatividade do Fórum. Neste aspecto, merece registro o fato de que os colegas que estão atuando junto aos Institutos e às novas Universidades estão sendo responsáveis pela criação das instituições e tenho certeza que a existência do espaço do Fórum ajuda-os significativamente no trabalho árduo que estão desenvolvendo.

Feito esse breve retrospecto histórico gostaria de pontuar alguns aspectos do trabalho das Procuradorias Federais junto às instituições de ensino no contexto da Procuradoria Geral Federal. A PGF é uma instituição que forma uma unidade em meio a uma grande heterogeneidade. A PGF está lá e cá, ou seja, está tanto no centro quanto na província, está tanto no planejamento estratégico global de longo prazo quanto no atendimento do dia-a-dia. Essa realidade é um privilégio, mas ao mesmo tempo também um grande desafio. Quando se está em apenas uma das pontas é fácil responsabilizar a outra por algum erro. Quando se está em ambos os lados, não há como. Assim tanto os colegas que atuam na ponta precisam estar em sintonia com o centro, quanto os colegas do centro precisam estar em sintonia com aqueles que estão no dia-a-dia das autarquias.

Nós temos como certo que, quando se faz necessário melhorar alguma coisa o melhor a fazer é prever um procedimento e padronizar. Isso está em toda a administração federal. Criar regras gerais para disciplinar os procedimentos a serem adotados. Há uma expectativa de todos que com essas regras tudo vai ficar mais fácil. Como nós da PGF estamos nos dois lados sentimos bem as consequências positivas e negativas dessas tentativas. Quais são essas consequências?

Excesso de burocracia. Hoje as universidades estão recuperando a capacidade de ação que durante muito tempo elas transferiram para as suas fundações de apoio. As fundações de apoio, com uma estrutura de gestão de instituição privada, têm uma capacidade de ação melhor do que as Universidades. Com o retorno das atividades para as Universidades, essas devem manter e melhorar aquilo que estava sendo feito nas fundações. Assim, temos que pensar que se criarmos muita burocracia estaremos impedindo ou dificultando significativamente a atuação das IFES.

Criação de Standards. A criação de regras gerais deve buscar o mínimo, um padrão mínimo nacional de modo a equalizar as ações da administração federal como um todo. Quem pensa em normatizar, deve ter isso muito claro, sob a pena de aquilo que surgiu para ser algo positivo, possa se tornar em algo negativo.

O duplo vínculo dos advogados públicos, que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal, serve para uma discussão que nós, membros da advocacia pública federal, devemos fazer sobre a nossa identidade. Fico muito preocupado com o tom que alguns colegas utilizam quando se referem aos gestores. O gestor tem o compromisso com o resultado, um compromisso que nós da advocacia pública também devemos ter. No discurso isso fica claro, pois quem dirá o contrário? No entanto, na prática, no dia-a-dia, verifica-se que as coisas não são bem assim. A postura do advogado pode inviabilizar as pretensões da administração. Nesse ponto, nós devemos nos ver da perspectiva do gestor. A administração instrui o processo, reúne os documentos necessários e encaminha para a Procuradoria. Lá encontra um advogado público que não quer se envolver com as coisas da administração, que entende que a sua função é apenas verificar se os autos encontram-se nos “estritos termos da legislação”, fazendo muitas vezes isso com o receio de uma possível penalização perante os órgãos de controle e partindo do pressuposto de que alguma coisa está errada. O resultado será a falta de sintonia entre o advogado e o seu “cliente”.

Quero aqui com essa fala ressaltar que a advocacia pública precisa de independência, no entanto essa independência não significa afastamento e indiferença em face da administração. Quando falamos que a advocacia pública federal é necessária para garantir as políticas de Estado, fico sinceramente na dúvida se há uma compreensão clara do que isso significa. Não existe um Estado em si. O Estado são as pessoas que nele estão e que o representam. Portanto, por mais que você diga que

não gosta de política, como advogado público você deverá conviver com ela e atuar profissionalmente. Esse atuar profissionalmente significa que você não possui a prerrogativa de fazer prevalecer a sua opinião sobre a do gestor no que diz respeito às escolhas administrativas. Aqui se aplica perfeitamente o princípio da proporcionalidade na análise da decisão administrativa: trata-se de uma decisão adequada, necessária e razoável? O advogado público deve avaliar a decisão administrativa sob o ponto de vista dela mesma, não do seu ponto de vista. A partir dos elementos trazidos nos autos a escolha administrativa é consistente? Quando o advogado público atua dessa forma ele auxilia o gestor no aprimoramento da sua justificativa para a decisão que irá tomar.

Essa autocontenção do advogado é fundamental para o futuro da advocacia pública em geral. O advogado público deve ter autonomia, por certo, mas ao mesmo tempo ele deve dar suporte ao gestor. Dar suporte significa a capacidade de ouvir, de orientar e de entender do objeto sobre o qual se está orientando. Neste aspecto, observa-se a necessidade sempre cada vez maior da especialização do advogado público. No âmbito da PGF isso é fundamental e inclusive deve ser um critério de lotação. Não se pode desperdiçar pessoal capacitado de uma área atuando em outra completamente nova. Por certo que esse assunto deve levar também em consideração a premissa de que o advogado público possui o direito de escolha, inclusive o de mudar de área.

Enfim, não gostaria de tomar mais o tempo dos senhores. As considerações que eu tinha a fazer eram essas. Está de parabéns a Procuradoria Geral Federal pelos 10 anos. Obrigado pela atenção.

A LEI INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA INTERNA: OS TRATADOS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

***INTERNATIONAL LAW IN THE DOMESTIC ORDER:
THE BRAZILIAN SUPREME COURT'S JURISPRUDENCE
CONCERNING TREATIES***

Alceu José Cicco Filho

*Advogado, Especialista em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília
(UnB),*

*Cursa especialização em Direito pela Fundação Escola Superior do
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT),
Pesquisador em temas afetos aos Direitos Humanos, Soberania e Organismos Internacionais.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ruptura com o dualismo; 2 Da definição hierárquica do Tratado e seu caráter revogador; 3 O Supremo Tribunal Federal e o Costume internacional; 4 Da Estatura Hierárquica dos Tratados sobre Direitos Humanos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo, que se pretende informativo, intenciona integrar salutar e necessário debate acerca da jurisprudência edificada pelo Supremo Tribunal Federal sobre tratados. Amparado no método indutivo, o ensaio se destina a traçar súmula evolutiva registrada pela Corte quando diante da lei internacional, abordando questões afetas ao rompimento do dualismo, tão-somente consolidado no Recurso Extraordinário nº. 71154/71, sem prejuízo da definição hierárquica do tratado e de seu caráter revogador, descritos no Recurso Extraordinário nº. 80.004/77. Outros temas de igual importância, à semelhança da estatura hierárquica dos tratados sobre direitos humanos, bem como a ponderação sobre ser o Estado estrangeiro ente jurisdicionável, consoante Apelação Cível nº. 9696/89, são passagens presentes ao longo do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Monismo. Dualismo. Tratados. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article analyzes the Brazilian Supreme Court's Jurisprudence regarding treaties. Based on the inductive method, this article focusses on the Court's evolution with respect to international law, addressing the disruption of dualism (consolidated at the *Recurso Extraordinário* nº. 71154/71) as well as treaties' hierarchical and revoker character (described in *Recurso Extraordinário* nº. 80.004/77). The hierarchical stature of human rights treaties and the question of whether the sovereign State is subject to the domestic jurisdiction (discussed at the *Apelação Cível* nº. 9696/89) are also significant issues which are examined through this study.

KEYWORDS: Monism. Dualism. Treaties. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO¹

Toda aproximação é um conflito, disse Fernando Pessoa em tenra idade. A constatação de que o encontro nem sempre é sinônimo de serenidade ou lucidez imprime na esfera jurídica traços singulares, à semelhança da clássica dicotomia entre o Direito Internacional Público e o Direito Interno, estimulando, no espírito coletivo, a necessidade de se acomodar peças supostamente desconexas de um quebra-cabeça global.

A preocupação com o tema possui registros anteriores à Revolução Americana, quando, aliás, emergiu o aforismo *International Law is part of the law of the land* (O Direito Internacional integra a Lei da nação), sistematizado no século XIX. Dissídios entre monistas e dualistas, inicialmente representados por Hans Kelsen e Heinrich Triepel, respectivamente, emprestaram ao debate silhuetas próprias que se assentam em figurinos clássicos: soberania, Estado e Constituição.

Sob o argumento de que o Direito Internacional e a ordem doméstica seriam esferas jurídicas diversas, porquanto tributárias de fundamentos e destinatários distintos, o dualismo encontrou na obra *Völkerrecht und Landesrecht* (Lei Nacional e Internacional), redigida por Heinrich Triepel, em 1899, conforto e amparo teórico. Após, em 1905, solidária à discussão que se inaugurava, a Escola Italiana de Direito Internacional contribuiu para o debate com a obra *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno* (O Direito Internacional no Juízo Doméstico), escrita por Dionisio Anzilotti.

O monismo, em sentido contrário, acreditou haver ordem jurídica única, acolhedora por suas razões, serena e solitária em sua dimensão tão resoluta e discreta, ora com primazia do Direito Interno, ora com primazia do Direito Internacional. Semelhante doutrina, pautada em Friedrich Hegel e escrita por Max Wenzel e Georg Jellinek, por um lado, bem como Hans Kelsen e Alfred Verdross, por outro, encontrou, no período pós II Guerra, o ambiente propício à sua contínua aceitação.

A despeito das teorias intermediárias, a exemplo do dualismo moderado, somadas à compreensão da dicotomia como *disputa de palavras*, no juízo de Alf Ross, hoje não se questiona a presença do Direito Internacional na órbita jurídica dos Estados. O debate, ao revés, assume

¹ A introdução ora apresentada foi cedida pelo autor para integrar a apresentação da obra *O Direito Internacional nas Constituições*, em processo de edição pela editora Saraiva e coordenada pelo autor, Maria Elizabeth G. T. Rocha e Ana Flávia Velloso.

feições inéditas e se imiscui no reconhecimento de que a inclusão do Estado na cena internacional pressupõe a revisão do conceito de soberania.

A discussão atual diz respeito à imperatividade das normas internacionais e sua efetividade quando inseridas na esfera jurídica dos Estados soberanos, portanto. Desde o clássico ensaio *Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public* (As Relações Sistemáticas entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público), redigido por Hans Kelsen, permitiu-se compreender a inserção do Estado nas relações internacionais e o influente papel do Direito das Gentes como instrumento regulador dessa realidade.

Com efeito, o fortalecimento da ordem jurídica internacional e sua *democratização*, sobretudo com a emergência da Organização das Nações Unidas, proporcionou visível interdependência no cenário em que residem os entes soberanos, sublimando a responsabilidade destes e o protagonismo das convenções internacionais enquanto depositárias da unidade e do equilíbrio que pressupõe o sistema global. O amanhecer do século XX, ademais, por meio das publicações no *Recueil des Cours*, acolheu doutrina fecunda à relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, fomentando ilações na matéria.

O presente artigo se destina à análise da jurisprudência concebida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de tratados, constituindo o objeto de pesquisa a interação entre a lei internacional e a ordem jurídica brasileira. Como se rompeu com o dualismo? O tratado é derrogado por lei ordinária superveniente? Qual a compreensão que a Corte conferiu aos tratados sobre direitos humanos? O Estado estrangeiro se submete à jurisdição nacional? Esses são alguns dos questionamentos abordados no estudo, oportuno debate que se apresenta ao leitor.

1 A RUPTURA COM O DUALISMO

Até a década de 1970, compartilhava-se o entendimento de que a norma expressa em tratado do qual o Brasil fosse parte, quando de algum modo afetasse regra preexistente em direito interno, deveria ser reproduzida em lei doméstica para ser eficaz no âmbito nacional. A operatividade dos tratados dependeria, portanto, de dupla manifestação do Congresso Nacional: para além de aprová-los – conforme determina a Carta como premissa de sua ratificação pelo Poder Executivo e de sua entrada em vigor para o Brasil – deveria, mais tarde, editar segundo diploma, com roupagem formal de lei ordinária, reproduzindo o conteúdo normativo contido no tratado.

Os anos 70 foram decididamente marcantes para o Direito das Gentes, e, se não fosse por outra razão, o Recurso Extraordinário nº. 71154/71, por si só, refletiria a *raison d'être* do Direito Internacional Público. Foi por intermédio de sua análise que o Supremo Tribunal Federal deliberou sobre o prazo prescricional destinado à cobrança de cheque – se o termo de cinco anos previsto no artigo 15 da Lei nº. 2591/12 (regra nacional); ou se o prazo de seis meses elencado no artigo 52 da Lei Uniforme de Genebra (regra internacional).

Parte da doutrina, acolhedora de versão irrestrita da ciência constitucional, defendeu a incorporação de tratados no âmbito interno, quando conflitante com a norma pátria, por meio de legislação especial. Diziam que a lei tão-só é revogada por outra.² A esse juízo foram acrescentadas outras tantas teses como a de que as Constituições nacionais jamais consagraram a imediata eficácia dos tratados celebrados pelo Brasil, especialmente quando colidentes com o direito interno.

O posicionamento majoritário amparado pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, caminhou em sentido diverso, conforme se constata do voto prolatado pelo ministro relator Oswaldo Trigueiro:

Não me parece curial que o Brasil firme um tratado, que esse tratado seja aprovado definitivamente pelo Congresso Nacional, que em seguida seja promulgado e, apesar de tudo isso, sua validade ainda fique dependendo de novo ato do Poder Legislativo. A objeção seria ponderável se a aprovação do tratado estivesse confiada a outro órgão, que não o Congresso Nacional. Mas, se a aprovação é ato do mesmo poder elaborador do direito escrito, não se justificaria que, além de solenemente aprovar os termos do tratado, o Congresso Nacional ainda tivesse de confirmá-los, repetitivamente, em novo diploma legal. [...] se essa vigência dependesse de lei, a referência a tratado, no dispositivo constitucional, seria de todo ociosa. Por outras palavras, a Constituição prevê a negativa de vigência da lei e a negativa de vigência do tratado, exigindo para a validade deste a aprovação pelo Congresso, porém não sua reprodução formal em texto da legislação interna.³

² A advertência é feita por SOARES, Guido Fernando Silva. In: *Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 49.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº. 71154/PR*. Ministro Relator: Oswaldo Trigueiro. Julgado em: agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: outubro de 2012.

Ademais, se a aprovação de tratados aproxima-se do processo de elaboração da lei ordinária e apresenta formalidade similar em sua tramitação, salvo pela dispensa de sanção presidencial, questionável, portanto, a edição de ato normativo posterior para conferir validade à ratificação de tratado. Isso porque, quando celebrado, o acordo internacional é submetido à aprovação legislativa e posterior manifestação presidencial, conforme advertiu Oswaldo Trigueiro.⁴

Ao cenário se soma a experiência constitucional vivenciada pelas grandes potências ocidentais, a partir do século XIX, fragilizando o entendimento dualista. Há mais de dois séculos, por exemplo, a Constituição dos Estados Unidos da América equipara tratados às normas federais, concedendo-lhes *status de supreme law of the land*.⁵ Conforme ilustrou o jurista, a Carta norte-americana, já em 1787, estabeleceu que, uma vez aprovados pelo Senado, os tratados possuem incidência imediata no regramento interno.⁶

No mesmo sentido, a Constituição francesa, datada de 1946, em seu artigo 26, previu que, se devidamente ratificados e publicados, os tratados possuiriam força de lei e dispensariam expediente legislativo posterior que lhes validasse no plano doméstico.⁷ Com amparo nesses fundamentos e em respeito à silhueta que se inaugurava na comunidade das nações, impondo proximidade entre preceitos internos e internacionais, concebeu-se a ementa do Recurso Extraordinário nº. 71.154/71- PR:

**LEI UNIFORME SOBRE O CHEQUE, ADOTADA PELA
CONVENÇÃO DE GENEbra. APROVADA ESSA CONVENÇÃO
PELO CONGRESSO NACIONAL, E REGULARMENTE
PROMULGADA, SUAS NORMAS TEM APLICAÇÃO
IMEDIATA, INCLUSIVE NAQUILA EM QUE MODIFICAREM**

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº. 71154/PR*. Ministro Relator: Oswaldo Trigueiro. Julgado em: agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: outubro de 2012.

⁵ A Constituição dos Estados Unidos da América, em seu artigo VI, assim dispõe: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: outubro de 2012.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit.

⁷ A vigente Constituição francesa, promulgada em 1958, em seu artigo 55, assim dispõe: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados têm, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/d-j#content>>. Acesso em: outubro de 2012.

A LEGISLAÇÃO INTERNA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.⁸

Paralelamente, cogitava-se a hipótese da lei doméstica sofrer modificações ou ser derogada pelo Direito Internacional Público, tema analisado seis anos depois, quando da apreciação do Recurso Extraordinário nº. 80.004, em junho de 1977. Semelhante acolhimento do direito alienígena, conforme alguns o preferem pronunciar, importou para o Direito das Gentes conquistas irrenunciáveis, permitindo sua eficácia na dimensão jurídica nacional sem os obstáculos impostos pelo legislador ordinário, talvez por inocente preciosismo.

2 DA DEFINIÇÃO HIERÁRQUICA DO TRATADO E SEU CARÁTER REVOGADOR

O período compreendido entre setembro de 1975 a junho de 1977 simbolizou arranjos inéditos na esfera jurídica doméstica. O Supremo Tribunal Federal pacificou controvérsia existente entre o Decreto-lei nº. 427/69 e a Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, concebida em Genebra, durante o obscuro ano de 1930. O debate, profícuo, buscou conciliar as diferenças entre a lei interna e a norma internacional: o regulamento brasileiro impunha como condição de validade às notas promissórias o registro em repartição fazendária, embora a determinação não encontrasse abrigo nos escritos de Genebra.

A despeito da Corte haver confrontado o tema de maneira copiosa, sua jurisprudência se apresentava oscilante, atribuindo, no avançar das décadas de 1940 e 1950, superioridade aos tratados sobre a legislação doméstica infraconstitucional.⁹ Para ilustrar o que se registra, consoante Recurso Extraordinário nº. 14.215/56, o Supremo Tribunal Federal decidiu contrariamente à revogação da lei nacional por tratado ao afastar a Convenção de Bruxelas – atinente à responsabilidade de proprietários de embarcações marítimas, promulgada pelo Decreto nº. 350/35 – em benefício da previsão contida no artigo 494 do Código Comercial brasileiro. De forma diversa, entendeu pela revogação das leis por tratado superveniente quando das Apelações Cíveis nº. 7872/43 e 9587/51, e do Recurso Extraordinário nº. 58713/66.

8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit.

9 Cita-se, como exemplos, a Apelação Cível nº. 7.872/RS, relatada pelo Ministro Laudo de Camargo, assim como a Apelação Cível nº. 9587/DF, sob a relatoria do Ministro Lafayette de Andrade. Apud *Habeas Corpus* nº. 87.585-8/TO, voto do Ministro Celso de Mello. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/HC87585_VISTA.pdf>. Acesso em: outubro de 2012.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº. 80.004/77, o Supremo Tribunal Federal conferiu aos tratados *status de lei ordinária*, para além de consolidar que, quando diante de preceito ordinário, pode o tratado atuar como instrumento revogador das normas infraconstitucionais e, por consequência, ter sua eficácia *suspensa* no âmbito interno por lei superveniente.¹⁰ Ficou clara, na relação entre tratado e norma jurídica doméstica, a vocação derogatória do primeiro sobre a segunda.

Semelhante equação não se reproduz, contudo, no sentido inverso, porquanto os tratados não possam ser *derrogados* por lei federal, ainda que contemporânea àqueles. Isso porque a norma internacional transcende os limites territoriais dos Estados, sendo possível a *suspensão* de seus efeitos no ordenamento jurídico interno, por meio da adoção de preceito colidente, embora constitua o ente em *mora* na cena internacional. A norma interna *não* possui o condão de *denunciar* tratados, portanto, assumindo o Estado as consequências advindas do referido descumprimento.

Com olhares retrospectivos, em análise ao Recurso Extraordinário nº. 80.004/77, pondera Francisco Rezek:

A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como certa a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu em seguida o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-lei n. 427/69, posterior, em cerca de três anos, à promulgação daquele –, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Entenderam as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.¹¹

O jurista prossegue sublinhando as consequências dessa providência no plano internacional – o descumprimento do tratado pelo

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Recurso Extraordinário nº. 80.004*. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Julgado em: 15/09/1978. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880%2E004%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: outubro de 2012.

¹¹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Pùblico*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99-100.

Estado na comunidade das nações.¹² Ao longo de sete anos, depois de apreciados os Recursos Extraordinários nº. 71.154/71 e 80.004/77, o Tribunal logrou relativizar resistências ao Direito Internacional Público – a dicotomia entre o *Direito das Gentes* e o Direito Interno encontrou ambiente propício à sua contínua superação.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O COSTUME INTERNACIONAL

Encontram-se, na Constituição da República, diversas menções aos tratados. Não há, todavia, na Carta, referência expressa aos costumes internacionais ou aos princípios gerais do direito. Um primeiro olhar sobre o ordenamento jurídico brasileiro poderia sugerir, assim, que este último prestigia unicamente o direito internacional escrito. Tal não é verdade, como atesta a jurisprudência pátria consolidada em questões afetas à imunidade dos Estados estrangeiros.

Como é notório, toda a teoria sobre a imunidade absoluta dos Estados às jurisdições internacionais foi construída com base em preceito consuetudinário, qual seja, a regra *par in parem non habet judicium*: nenhum Estado soberano pode submeter-se contra sua vontade à jurisdição de um de seus homólogos. Por muito tempo, os Estados consagraram a prática de garantir às soberanias estrangeiras imunidades absolutas perante seus tribunais.

No Brasil, foram incontáveis os processos extintos sem julgamento de mérito com base na referida regra costumeira. Foi preciso esperar até 1989 para que o Supremo Tribunal Federal entendesse que, em determinados tipos de ações, seria o Estado estrangeiro, pessoa jurídica de direito público externo, ente jurisdicionável. A Apelação Cível nº. 9696/89, *leading case* no tema, versa sobre relação trabalhista entre funcionário de missão diplomática e seu empregador, a República Democrática Alemã.

Num primeiro momento, o relator, ministro Sydney Sanches, pretendeu que determinaria a quebra da imunidade a antiga redação do artigo 114 da Carta de 1988.¹³ O ministro Francisco Rezek, entretanto, interveio, conduzindo a votação do acórdão. Segundo ele, a regra do dispositivo constitucional deslocava a competência para julgamento de

12 Ibidem.

13 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Apelação Cível nº. 9696/89*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 31/05/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: outubro de 2012.

feitos trabalhistas entre particulares e Estados estrangeiros da justiça federal para a justiça trabalhista. Não se poderia enxergar, nesse preceito, o mandamento da quebra da imunidade absoluta dos Estados. Simplesmente, aquelas ações antes recebidas pela justiça federal – com a extinção do feito – passariam ao exame da justiça do trabalho. A questão de saber se o mérito seria ou não apreciado dependeria de ser ou não o Estado estrangeiro pessoa jurídica jurisdicionável, o que não dependeria do dispositivo constitucional, mas do direito costumeiro internacional.¹⁴

É nessa trilha que segue o voto condutor do acórdão, chamando a atenção da Corte para a evolução da regra costumeira internacional. A imunidade dos Estados estrangeiros vinha sendo relativizada desde a segunda metade do século XX, quando começou a tornar-se comum a presença dos Estados no território de outros em atividades distintas das diplomáticas e consulares, como aquelas votadas ao comércio e ao investimento. Tornou-se comum, portanto, o envolvimento contratual entre os entes estrangeiros e os particulares locais. Isso significaria um número maior de pessoas físicas e jurídicas privadas de jurisdição em razão da regra da imunidade do Estado.

De início, os Estados que acolhiam representações estatais consagradas a tais objetivos eram, naturalmente, grandes centros comerciais, como Londres, Paris, Zurique, Nova Iorque. E foi nessas grandes capitais que os Estados territoriais se viram na contingência de mitigar a norma absoluta da imunidade dos Estados estrangeiros. O processo iniciou nas cortes nacionais, que desenvolveram a distinção entre atos *jure imperii* e *jure gestionis*. Tratava-se de compromisso entre o respeito ao princípio da igualdade soberana dos Estados e a necessidade de prover jurisdição aos particulares.¹⁵

Assim, os tribunais fixavam a imunidade absoluta de jurisdição de forma casuística, sempre que os Estados praticassem atos de soberania, típicos da atividade estatal, e tratavam os Estados como litigantes comuns quando seus atos fossem de natureza privada. O movimento de relativização da regra começou no âmbito das jurisdições internas e não tardou a estender-se à ordem jurídica internacional.

14 Ibidem.

15 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Públíco*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99-100.

Em 1972, celebrou-se, na cidade suíça da Basileia, a Convenção Europeia Sobre a Imunidade do Estado, uma tentativa de convencionalização do direito costumeiro internacional. Em seguida, os Estados Unidos da América e a Grã-Bretanha consagraram-se à codificação dessas normas, editando o *Foreign Sovereign Immunities Act*, em 1976,¹⁶ e o *State Immunity Act*, em 1978,¹⁷ respectivamente. Trata-se de textos casuísticos, não contendo substrato filosófico, definição geral dos atos de império e dos atos de gestão, mas situações que receberiam uma ou outra classificação, refletindo o direito costumeiro internacional.

O voto condutor do acórdão tomava nota dessa evolução – o Supremo Tribunal Federal reconheceria que aquilo que era norma costumeira da imunidade absoluta havia caído em desuso. A decisão leva em conta a tendência mundial à distinção dos atos *jure imperii* e *jure gestionis*, as legislações nacionais dos Estados, a Convenção Europeia. Tudo isso para reconhecer a fragilização do que antes configurava *sólida regra costumeira internacional*, nas palavras do ministro Francisco Rezek.¹⁸ Admitiu-se, então, pela primeira vez, a ausência de argumento para a extinção liminar do processo.

A partir do antológico julgamento da Apelação Cível nº. 9696, no ano de 1989, o Estado estrangeiro pôde tornar-se réu em ações trabalhistas ajuizadas por seus funcionários contratados *in loco*. A jurisprudência evolui significativamente no sentido de quebra da imunidade da pessoa jurídica de direito público externo no que tange às relações desta última com o meio privado local, como contratos de prestação de serviços, locação, delitos de trânsito, entre outros. Sua relevância não se confina a isso, entretanto. A originalidade da decisão está, também, no fato de apoiar-se no reconhecimento da marcha evolutiva do direito costumeiro mundial, na valorização, pelo Supremo Tribunal Federal, do direito internacional geral em tudo que o compõe: costumes e princípios gerais do direito, não somente o direito convencional – escrito em tratados.

¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Foreign Sovereign Immunities Act*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/pls/28C97.txt>>. Acesso em: outubro de 2012.

¹⁷ REINO UNIDO. *State Immunity Act*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>>. Acesso em: outubro de 2012.

¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Apelação Cível nº. 9696/89*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 31/05/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: outubro de 2012.

4 DA ESTATURA HIERÁRQUICA DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Foi preciso mais de uma década para que o Supremo Tribunal Federal revisse seu entendimento no tocante à prisão por dívida do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária. Em 1995, ao apreciar o *Habeas Corpus* nº. 72.131/RJ, a Corte entendeu, em votação não unânime, que essa prisão, assim como a do devedor alimentar, constituía exceção possível à proibição da prisão civil porque aludida pela Constituição Federal.¹⁹ A inteligência acolhida se repetiu ao longo dos anos, conforme se constata em precedentes variados, exemplificados no Recurso Extraordinário nº. 206.482-3/SP, julgado em maio de 1998, e no *Habeas Corpus* nº. 81.319-4/GO, apreciado em 2000.

Vozes minoritárias insistiam em que a Constituição da República não determinava a prisão do depositário infiel, apenas criava sua possibilidade, a qual deveria, inclusive, ser regulamentada em lei ordinária. Na análise do *Habeas Corpus* nº. 72.131/RJ, entendeu-se que, ingressando o tratado no ordenamento jurídico pátrio com força de lei ordinária, o Pacto de São José da Costa Rica não poderia restringir as exceções à proibição da prisão por dívida, previstas no art. 5º, LVII, da Constituição de 1988. Nos termos do voto do ministro Moreira Alves, condutor do acórdão, as exceções constitucionais se sobreporiam “ao direito fundamental do devedor em não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário”.²⁰

Até o ano de 2004, ademais, pairavam dúvidas sobre a estatura hierárquica, no ordenamento jurídico brasileiro, dos tratados sobre direitos humanos. O § 2º do artigo 5º da Constituição não colhia interpretação uniforme da doutrina pátria. Se o referido dispositivo constitucional conferia, para alguns, estatura constitucional aos tratados de direitos humanos, à semelhança de Flávia Piovesan, Cançado Trindade e Celso de Albuquerque Mello, esta interpretação, para outros, pareceria controvertida.

Tal dúvida foi dissipada pela Emenda Constitucional nº. 45, introduzindo o § 3º ao artigo 5º da Carta. Os textos internacionais

¹⁹ Outros exemplos se verificam no *Habeas Corpus* nº. 77.053-1/SP (23/06/1998); *Habeas Corpus* nº. 79.870-5/SP (16/05/2000); Recurso Extraordinário nº. 282.644-8/RJ (13/02/2001).

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 72.131/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Moreira Alves. Julgado em: 23/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: outubro de 2012.

possuirão, portanto, hierarquia constitucional *se* aprovados no rito das emendas, previsto no artigo 60 da Constituição. Novas interrogações sobre vieram. Para o futuro, ninguém questionaria a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos aprovados com as exigências da reforma de 2004. Contudo, como acomodar os tratados anteriores à Emenda Constitucional nº. 45, aprovados no rito ordinário, a exemplo do Pacto de São Jose da Costa Rica?

Em dezembro de 2008, ao analisar os Recursos Extraordinários nº. 466.343-1/SP e 349.703/RS, bem como os Habeas Corpus nº. 92.566/SP e 87.585/TO, o Supremo Tribunal Federal enfrentou verdadeira revolução jurisprudencial. O magistrado remanescente da composição de 1995, ano em que apreciado o leading case na matéria, ministro Celso de Mello, reavaliaria suas posições anteriores, alinhando-se, de certa forma, à minoria daquela época, ao entender que as prisões civis não seriam determinação constitucional, mas mera autorização ao legislador a proceder, a seu tempo e modo, à sua regulamentação. Em suas palavras, “o legislador não se acha constitucionalmente vinculado nem compelido, em nosso sistema jurídico, a regular a utilização da prisão civil,”²¹ e acrescenta:

[...] [o legislador] dispõe, nesse tema, de relativa liberdade decisória, que lhe permite – sempre respeitados os parâmetros constitucionais (CF, art. 5º, LXVII), (a) disciplinar ambas as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária), (b) abster-se, simplesmente, de instituir a prisão civil e (c) instituí-la em apenas uma das hipóteses facultadas pela Constituição.²²

Dezembro de 2008 representou, em alguma medida, conforto aos analistas e observadores de garantias fundamentais. Celso de Mello, outrora opositor da tese da superioridade dos tratados de direitos humanos sobre a legislação infraconstitucional, reconheceu, como de natureza constitucional, não somente aqueles textos aprovados depois da reforma de 2004, mas, também, os que lhe fossem anteriores. Isso por serem eles, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, materialmente constitucionais, integrando o chamado bloco de constitucionalidade.²³

²¹ Idem. Habeas Corpus nº. 87.585/TO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

²² Ibidem.

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº. 87.585/TO*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

Ressalvou, entretanto, a superioridade da Carta de 1988 diante dos tratados em geral e, igualmente, daqueles relativos aos direitos humanos que importem em supressão ou mitigação das liberdades fundamentais reconhecidas na Constituição.²⁴ Atribuindo natureza constitucional ao Pacto de São José da Costa Rica, concluiu o jurista pela *não recepção* do Decreto-lei nº. 911/69, na passagem em que permite a prisão civil do devedor fiduciante, pela Constituição Federal, “considerada a existência de incompatibilidade material superveniente entre referido diploma legislativo e a vigente Constituição da República”.²⁵

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, advogou pela natureza supralegal dos tratados de direitos humanos quando não aprovados pelo rito especial, anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº. 45. Identificou quatro possibilidades distintas de hierarquia dos tratados sobre direitos humanos na ordem interna: supraconstitucionalidade, constitucionalidade, supralegalidade e legalidade.

À doutrina da supraconstitucionalidade – predomínio dos tratados em face dos preceitos constitucionais – o ministro advertiu sé-la incoerente com o Estado brasileiro, alicerçado na supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico. Sua adoção representaria empecilho ao controle de constitucionalidade dos diplomas internacionais afetos aos direitos humanos, conflitando com o artigo 102, III, b da Carta de 1988.²⁶

O magistrado entendeu, ainda, que a Emenda Constitucional nº. 45/2004, ao introduzir o § 3º ao artigo 5º da Constituição, afastou a possibilidade de se atribuir índole constitucional imediata aos tratados de direitos humanos não submetidos ao processo legislativo próprio das emendas, a exemplo dos tratados ratificados pelo Brasil anteriores às reformas de 2004. Para o ministro, esse juízo resultaria em inegáveis inconveniências:

- i) cominaria ao Supremo Tribunal Federal a missão de averiguar, individualmente, dentre os tratados já ratificados, aqueles que afeiçoados aos direitos humanos;

²⁴ Ibidem.

²⁵ Idem. *Recurso Extraordinário nº. 349.703/R.S.* Ministro Relator: Carlos Britto. Ministro Relator para o Acórdão: Carlos Britto. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: outubro de 2012>.

²⁶ Idem. *Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP.* Ministro Relator: Cezar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

- ii) quando suscitada para o controle abstrato de constitucionalidade, acolhedor de causa petendi aberta, a Corte estaria vinculada à aplicação desses tratados, ainda que não fossem invocados pelas partes;
- iii) ter-se-ia a supraposição de normas e sua revogação, inclusive de preceitos constitucionais, por tratados, bem como dificuldades atinentes a direito pré-constitucional e pós-constitucional.²⁷

Advertiu, de outro modo, que a inovação contida na Emenda Constitucional nº. 45, ao introduzir o § 3º ao artigo 5º da Carta, importou em manifesto prestígio às garantias fundamentais, fragilizando a ideia de se atribuir natureza ordinária aos tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito especial. Ao resgatar a noção de Estado Constitucional Cooperativo, ensinamento de Peter Häberle, afirmou não mais estar o ente soberano voltado para si; deve ser referência a outros Estados Constitucionais e manter-se aberto à sociedade internacional, destacando-se os direitos humanos.²⁸

Para Gilmar Mendes, tratados de direitos humanos não aprovados pelo processo legislativo próprio das emendas possuiriam natureza supralegal, ainda que anteriores à reforma de 2004. A teoria da supralegalidade – que fora ventilada pelo ministro Sepúlveda Pertence ao julgar o Recurso em *Habeas Corpus* nº. 79.785/RJ, em 2000, igualmente presente na Constituição francesa de 1958, em seu artigo 55; na Carta Política da Grécia, promulgada em 1975, em seu artigo 28, § 1º; assim como na Constituição argentina, datada de 1994, em seu artigo 75, § 22 – seduz em suas linhas:

[...] os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.²⁹

Uma vez não acolhidos com *status* constitucional, porquanto não observada a exigência procedural necessária, mas dotados de supralegalidade, à evidência do Pacto de São José da Costa Rica, os

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP*. Ministro Relator: Cezar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

tratados de direitos humanos possuiriam “o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.³⁰ Logo, o preceito constitucional relativo à prisão civil do depositário infiel (artigo 5º, inciso LXVII da Constituição) não fora revogado pela adesão brasileira ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, tampouco ao Pacto de São José da Costa Rica, ambos contrários a essa hipótese. Entretanto, sofreu tal sanção a matéria infraconstitucional que lhes é conflitante, os diplomas que regulamentavam a previsão contida na Carta de 1988 – o Decreto-Lei n.º 911/69 e o artigo 652 do Código Civil de 2002 – ante o caráter supralegal daqueles preceitos. Em seu voto, concluiu Gilmar Mendes:

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), *não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.*³¹ (grifo do autor).

Ao final, o jurista consignou a possibilidade de o legislador submeter quaisquer tratados de direitos humanos, inclusive aqueles já incorporados à ordem interna com natureza supralegal, ao procedimento contido no artigo 5º, § 3º da Constituição, conferindo-lhes feição constitucional.³²

Diante de apertada maioria, a orientação do ministro Gilmar Mendes se consagrou vencedora. Acompanharam-no os ministros Ayres Britto, Cármén Lúcia, Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, e, pelo *status* constitucional dos tratados de direitos humanos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie. Os ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio concluíram pela inaplicabilidade da prisão civil do depositário infiel, embora tenham julgado desnecessário, para tanto, debater a hierarquia da lei internacional no plano interno.

O episódio culminou com a adoção da Súmula Vinculante nº. 25, cujo enunciado, aprovado em dezembro de 2009, consagra semelhante

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP*. Ministro Relator: Cezar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

evolução: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.³³

O aprendizado repousa na consciência de que o avançar do tempo não modificou somente a composição da Corte, ou o próprio texto da Constituição Federal. Nas palavras do ministro Celso de Mello, mudou o próprio “processo de interpretação da Constituição e de todo o complexo normativo nela fundado”.³⁴ A interpretação judicial, acrescenta o jurista:

[...] desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, na adequação da própria Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea.³⁵

Em outras palavras, a decisão do Supremo Tribunal Federal inscreve-se num processo progressivo de acolhimento do Direito Internacional Público. A revolução jurisprudencial que se testemunha revela mudança essencial na consciência jurídica da nação, na dinâmica de interação entre o direito interno e o direito internacional.

5 CONCLUSÃO

T. S. Eliot, quando redigiu *Os Quatro Quartetos – A Pequena Giddings*, acentuou: “não devemos deixar de explorar e, ao fim de nossa exploração, chegaremos ao ponto de partida [...] por meio do desconhecido, do portão do esquecido”.³⁶ É bem verdade que o desconhecido impõe cautela, receio de variadas ordens – resgata incertezas e desafia a zona de conforto sobre a qual repousa o espírito coletivo.

A lei internacional produz efeito similar no ordenamento jurídico dos Estados; abriga o inesperado, estimula nações a empreender diante do que lhes afigura incógnito. A compreensão de que o Direito Internacional Público constitui campo fértil à sua contínua exploração

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula Vinculante nº. 25*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em: outubro de 2012.

³⁴ Idem. Habeas Corpus nº. 87.585-8/TO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

³⁵ Ibidem.

³⁶ ELIOT, Thomas Stearns. *Four Quartets*. Inglaterra: Faber and Faber, 2001.

se fundamenta em Hersch Lauterpacht, quando, em Cambridge, teceu comentários sobre o tema e dedicou amplo espaço ao debate.³⁷

Acolhendo o desconhecido, o Supremo Tribunal Federal, desde os anos 70, sinaliza favoravelmente às normas internacionais e consolida jurisprudência fecunda em Direito Internacional, a despeito de persistentes oscilações em sua súmula evolutiva. O rompimento com o dualismo, consagrado no Recurso Extraordinário nº. 71154/PR, permitiu a inserção da lei internacional na esfera jurídica pátria sem a exigência de dupla manifestação do Congresso Nacional para a operatividade dos tratados. Desde então, depois de referendados pelo Poder Legislativo, ratificados e promulgados pelo Poder Executivo, os tratados adquirem vigência na ordem jurídica brasileira, dispensando posterior diligência parlamentar.

Após, por intermédio do Recurso Extraordinário nº. 80.004/SE, julgado em 1977, o Tribunal definiu a posição hierárquica dos tratados e atestou sua natureza revogadora diante da legislação ordinária que lhes precedesse. Quando analisada a controvérsia existente entre o Decreto-lei nº. 427/69 e a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, a Corte atribuiu aos tratados *status de lei ordinária federal*, aptos a revogar normas de igual natureza.

Assentou-se, na ocasião, a não reciprocidade do fenômeno revogador, pois a aprovação de lei colidente com a norma internacional não põe termo ao compromisso pactuado no cenário das nações – função típica da *denúncia*. Sua eficácia resta suspensa na ordem interna, assumindo o Estado as consequências provindas do seu descumprimento no plano internacional.

Aos nacionais contratados por representações estrangeiras, o Supremo Tribunal Federal soube harmonizar o presente e o futuro, reescreveu a *norma*, acomodou a ânsia dos sonhos e da espera. Por meio da Apelação Cível nº. 9696/SP, apreciada em 1989, a Corte negou argumentos para a extinção liminar do processo quando o Estado estrangeiro fosse demandado em ações trabalhistas ajuizadas por funcionários contratados *in loco*. A jurisprudência se afasta do direito costumeiro internacional e conduz à quebra da imunidade do ente soberano em suas relações com o meio privado local, a exemplo dos contratos de prestação de serviços, locação e delitos de trânsito.

³⁷ LAUTERPACHT, Hersch. *The Problem of Revision of the Law of War*. BYIL, v. 29, 1952. p. 382.

Esse instante de redenção entre a ordem jurídica pátria e o sistema internacional alcançou, a partir de dezembro de 2004, epílogo favorável à dinâmica de interação entre o direito interno e o direito internacional; relativizaram-se dissidências iniciadas em 1995, quando apreciado o *Habeas Corpus* nº. 72131/RJ.

Isso porque o Constituinte de 1988 previu duas exceções à proibição de prisão civil por dívida, contempladas no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição da República – i) inadimplemento inescusável de obrigação alimentícia; ii) depositário infiel – afrontando esta última as provisões do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Ambos foram internalizados na ordem jurídica pátria por meio do Decreto nº. 678/92 e do Decreto nº. 592/92, respectivamente.

Uma vez já assentado pelo Supremo Tribunal Federal que tratados, quando inseridos na dimensão jurídica nacional, possuem *status* de lei ordinária, concluiu-se que tais convenções não ameaçavam a disciplina constitucional. À parte isso, o enunciado contido no artigo 5º, § 2º da Carta não raras vezes fora afastado a pretexto de não se admitir emenda constitucional realizada da ratificação de tratados, conforme entendeu o ministro Moreira Alves.³⁸

Para o jurista, inclusive, em sendo o artigo 7º, § 7º do Pacto de São José da Costa Rica norma geral, não possuiria o condão de afastar a legislação especial em matéria de alienação fiduciária, constante no Decreto-lei nº 911/69.³⁹ Se por um lado a Convenção não suprimia preceitos constitucionais em virtude de sua natureza ordinária, por outro, quando confrontada com diploma de igual hierarquia, ainda que contemporânea a este, pereceria sob o argumento de ser norma geral.

Ao cenário se acrescentava o artigo 7º, § 2º do Pacto de São José da Costa Rica ao prever: “[...] ninguém pode ser privado de sua liberdade física, *salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas*”, condimentando o debate além do necessário.

A Emenda Constitucional nº. 45, concebida em dezembro de 2004, ao introduzir o § 3º ao artigo 5º da Carta de 1988, superou, em grande medida, antigas divergências e ofereceu respostas às inquietações que

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº. 72131/RJ. Ministro Relator: Marco Aurélio. Ministro Relator para Acórdão: Moreira Alves. Julgado em: 23/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: outubro de 2012.

³⁹ Ibidem.

permeavam a comunidade jurídica: os textos internacionais afeiçoados aos direitos humanos possuirão hierarquia constitucional *se* aprovados pelo rito previsto no artigo 60 da Constituição Federal.

O entendimento inovador adotado em 2008 pelo Supremo Tribunal Federal – consolidado nos Recursos Extraordinários nº. 466.343-1/SP e 349.703/RS, bem como nos *Habeas Corpus* nº. 92.566/SP e 87.585/TO – destina-se aos tratados de direitos humanos não aprovados pelo rito especial das emendas constitucionais, sejam anteriores, sejam posteriores à reforma de 2004.

Prevaleceu o juízo exteriorizado pelo ministro Gilmar Mendes, acolhedor de inteligência favorável à supralegalidade: a lei internacional vocacionada aos direitos fundamentais, se não observada a hipótese contida no artigo 5º, § 3º da Constituição, ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com natureza supralegal, situação equivalente para tratados anteriores à Emenda Constitucional nº. 45. Paralisam, portanto, a eficácia das disciplinas infraconstitucionais que lhes são conflitantes, a exemplo do efeito surtido pela Convenção Americana de Direitos Humanos no Decreto-lei nº 911/69 e no artigo 652 do Código Civil.

Culminando na Súmula Vinculante nº. 25, o episódio traduz a ruptura com clássicas proposições, simboliza a evolução da consciência jurídica brasileira, testemunho do intercâmbio entre a ordem jurídica interna e a sociedade internacional. Se a exploração do desconhecido constitui o conflito fundamental da natureza humana, em referência a T. S. Eliot, superar paradigmas compõe capítulo especial nessa missão; abrir caminho ao *novo* é o esforço que se compartilha na cena internacional.

REFERÊNCIAS

ELIOT, Thomas Stearns. *Four Quartets*. Inglaterra: Faber and Faber, 2001.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Foreign Sovereign Immunities Act*. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/download/pls/28C97.txt>>. Acesso em: outubro de 2012.

LAUTERPACHT, Hersch. *The Problem of Revision of the Law of War*. BYIL, v. 29, 1952.

REINO UNIDO. *State Immunity Act*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>>. Acesso em: outubro de 2012.

REPÚBLICA FRANCESA. *Constituição da República Francesa*. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/internacional/d-j#content>>. Acesso em: outubro de 2012.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Públíco*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional Públíco*. São Paulo: Atlas, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Apelação Cível nº. 9696/89*. Relator: Ministro Sydney Sanches. Julgado em: 31/05/1989. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Habeas Corpus nº. 72.131/RJ*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão: Ministro Moreira Alves. Julgado em: 23/11/1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Habeas Corpus nº. 87.585/TO*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC87585VISTACM.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Recurso Extraordinário nº. 349.703/RS*. Ministro Relator: Carlos Britto. Ministro Relator para o Acórdão: Carlos Britto. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Recurso Extraordinário nº. 466.343-1/SP*. Ministro Relator: Cesar Peluso. Julgado em: 03/12/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Recurso Extraordinário nº. 71154/PR*. Ministro Relator: Oswaldo Trigueiro. Julgado em: agosto de 1971. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=166999>>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Recurso Extraordinário nº. 80.004*. Relator: Ministro Leitão de Abreu. Julgado em: 15/09/1978. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2880%2E004%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: outubro de 2012.

_____. *Súmula Vinculante nº. 25*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/PSV_31.pdf>. Acesso em: outubro de 2012.

A SÚMULA N° 198 DO TFR EM FACE DO ATUAL REGRAMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL

*TFR PRECEDENT 198 AND SPECIAL RETIREMENT CURRENT
LEGISLATION*

*Aline Machado Weber
Procuradora Federal*

Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

*Especialista em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de
Minas Gerais*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aposentadoria especial: do advento à Súmula n.º 198 do TFR; 1.1 Conceito e finalidade da aposentadoria especial; 1.2 Origem e primeiros regramentos do benefício; 1.3 Contexto da Súmula n.º 198 do TFR; 2 Súmula n.º 198 do TFR: das alterações legislativas à superação; 2.1 Regramento do benefício após a Constituição de 1988; 2.2 Equívocos na interpretação e aplicação da súmula; 3 Primeiro equívoco; 3.1 Segundo equívoco; 3.2 Terceiro equívoco; 3.3 Superação da súmula; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o benefício previdenciário de aposentadoria especial e propõe uma releitura da súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, tomando por base as alterações legislativas que se sucederam após a sua elaboração. É que, a despeito da extinção do enquadramento por categoria profissional, o enunciado tem sido invocado com frequência como fundamento suficiente para relativização dos meios de prova atualmente exigidos para comprovação da atividade especial e para admissão de agentes nocivos não mais previstos pela legislação previdenciária. Num primeiro momento, parte-se de pesquisa dos precedentes que deram origem à súmula, situando-os no contexto legislativo da época para delimitar seu alcance. Na segunda parte, deitando foco nas alterações legais específicas, identificam-se três equívocos no emprego do entendimento sumulado aos casos concretos atuais. A hipótese que se pretende demonstrar é a de que, com o advento da Lei n. 9.032/95, o entendimento consagrado na súmula 198 do TFR tornou-se obsoleto, sem prejuízo de sua aplicação ao tempo de serviço prestado até então.

PALAVRAS-CHAVE: Aposentadoria Especial. Agentes nocivos. Súmula. Interpretação.

ABSTRACT: This article focuses on special retirement social security benefit and proposes a rereading of precedent 198 of the extinct Federal Court of Appeals, based on legislative changes that took place after its issuance. Although it is no longer possible to consider an activity special in due to its professional category, the precedent has been frequently invoked as sufficient reason to relativize the evidence currently required to prove special activity and also to consider noxious agents no longer listed in law. At first, it starts with a previous research of the precedents that led to the precedent, placing them in the legislative context of the time to define its scope. In the second part, focusing on specific legal changes, three mistakes in the application of the precedent to current concrete cases are identified. The hypothesis to be demonstrated is that, with the advent of Law n. 9.032/95, precedent 198 became overruled, without prejudice to its application for previous labor.

KEYWORDS: Special retirement. Harmful Agents. Precedent. Interpretation.

INTRODUÇÃO

A legislação previdenciária sempre estabeleceu quais categorias profissionais e agentes nocivos configuravam uma atividade como especial. No entanto, a forma e as possibilidades de comprovação das condições especiais de trabalho sofreram significativa alteração ao longo do tempo, sendo, por conta disso, objeto de inúmeras controvérsias, tanto no âmbito administrativo como judicial.

Do surgimento da aposentadoria especial com a Lei n. 3.807, de 28 de agosto de 1960 (LOPS) até o advento da Lei n. 9.032/95, havia relativa flexibilidade quanto aos meios de prova aceitáveis e as atividades profissionais passíveis de enquadramento. Nesse quadro, o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a súmula n. 198, dispondo que seria devida a aposentadoria especial se perícia judicial constatasse que a atividade exercida pelo segurado era perigosa, insalubre ou penosa, mesmo que não estivesse inscrita em regulamento.

A partir da vigência da Lei n. 9.032/95 e com a extinção do enquadramento por categoria profissional, a legislação previdenciária tornou-se mais restritiva quanto ao reconhecimento do tempo de serviço especial; porém, embora a prova da exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física deva atentar para as normas vigentes na época da prestação do serviço (*tempus regit actum*), permaneceu o apego da jurisprudência ao antigo verbete.

Com efeito, a súmula tem sido invocada com frequência como fundamento suficiente para admissão de agentes nocivos atualmente não previstos pela legislação previdenciária, bem como, por vezes, para relativização dos meios de prova legalmente exigidos para comprovação da atividade especial. Não obstante, a pesquisa dos precedentes que fundamentaram a edição do enunciado e a atenta análise das alterações legislativas que lhe sucederam demonstram que a matéria está a merecer maior reflexão.

O presente artigo pretende demonstrar que, especialmente após o advento da Lei n. 9.032/95, o campo de aplicação do enunciado restou sensivelmente restringido. Para tanto, ele foi dividido em duas partes. Na primeira, partindo-se do conceito de aposentadoria especial, situa-se a súmula no contexto de sua elaboração. São analisados, de um lado, a legislação em vigor à época e, de outro, os precedentes que lhe deram origem. Na segunda parte, a partir da constatação de que o benefício

de aposentadoria especial sofreu profundas alterações a contar da Constituição Federal de 1988, analisa-se a subsistência ou não da súmula diante da atual legislação, apontando-se três recorrentes equívocos na interpretação do seu teor. Com isso, propõe-se, com base na teoria do precedente, a limitação de seu emprego de acordo com a época em que prestado o serviço.

Supõe-se, em síntese, que o teor da súmula n. 198 do TFR restou superado com a Lei n. 9.032/95, sem prejuízo de sua aplicação ao tempo de labor havido até então.

1 APOSENTADORIA ESPECIAL: DO ADVENTO À SÚMULA N. 198 DO TFR

A aposentadoria especial é benefício de prestação continuada que desde seu advento, com a Lei n. 3.807, de 28 de agosto de 1960 (LOPS), tem suscitado controvérsias. A denominação “especial” sempre deixou evidente seu caráter excepcional, e o *status* constitucional conferido à matéria a partir de 1988 atestou sua relevância. No entanto, a vaguedade da adjetivação e a profusão de diplomas legais que trataram da matéria ainda ensejam dúvidas não apenas quanto à sua finalidade, mas também quanto ao seu alcance.

As primeiras conceituações legais da aposentadoria especial traziam em seu bojo os conceitos trabalhistas de insalubridade, periculosidade e penosidade. O artigo 31 da LOPS previa que ela seria concedida “ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo”. O propósito, à época, era o de sanar diferenciações descabidas nos diversos regramentos dos Institutos de Aposentadorias e Pensões então existentes, mediante estabelecimento de critérios uniformes para todas as profissões. Ainda assim, muitos a confundiam com as aposentadorias de categorias profissionais “especiais” ou de legislação específica, como as do aeronauta e do jornalista profissional.¹

¹ A posição topográfica de tais benefícios na LOPS, logo no §1º do mesmo artigo 31, contribuía para a confusão, verificável ainda hoje. Sérgio Pinto Martins, por exemplo, já afirmou que “tinha direito também a aposentadoria especial o jornalista” (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 375). As aposentadorias de categorias especiais foram extintas pela Lei n.º 9.528/97.

As inúmeras alterações legislativas e regulamentações que se sucederam, embora tenham trazido mudanças no tocante à inexigibilidade da idade mínima e à exigência de carência para gozo do benefício, mantiveram-no atrelado às atividades ou serviços penosos, insalubres ou perigosos, assim definidos por ato do Poder Executivo. Além disso, permitia-se o enquadramento tanto pela mera comprovação do exercício de profissão relacionada nos decretos como pelo exercício de atividade com exposição a agentes nocivos, sem rigor quanto aos meios de prova e sem necessidade de avaliação quantitativa.²

Nesse panorama, a jurisprudência pacificou a interpretação de que o rol das atividades profissionais listadas nos decretos não era exaustivo. Consagrando tal entendimento, a súmula n.º 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, editada em 1985, pretendeu compatibilizar as relações de agentes nocivos e categorias profissionais então existentes. Com redação vinculada à legislação vigente quando da sua edição, ela fazia menção, a um só tempo, à desnecessidade de a atividade exercida pelo segurado estar inscrita no regulamento, à possibilidade de, ainda assim, ser ela considerada perigosa, insalubre ou penosa - o que, à época, equivalia enquadrá-la como especial -, e, também, à forma de comprovação de tal circunstância por meio de perícia judicial.

Cumpre, pois, analisar o contexto legislativo que ensejou a edição da súmula e os fundamentos do entendimento jurisprudencial nela consagrado.

1.1 CONCEITO E FINALIDADE DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Qualquer estudo sobre a aposentadoria especial e os diversos tratamentos legais que já lhe foram conferidos não prescinde da tentativa de conceituá-la. É que sua excepcionalidade está atrelada à sua razão de ser. No entanto, se pelo critério morfológico não se observam controvérsias quanto à sua classificação, há, de outra parte, substanciais divergências doutrinárias quanto ao risco social protegido e, por conseguinte, à finalidade e ao alcance do benefício.

Na atualidade, há razoável consenso da doutrina na classificação da aposentadoria especial como espécie do gênero aposentadoria por

² SALIBA, Tuffi Messias. *Aposentadoria Especial: aspectos técnicos para caracterização*. São Paulo: LTr, 2011. p. 10.

tempo de contribuição³, porque, como tal, sua premissa está assentada no tempo mínimo de contribuição, ainda que, como lembram Fortes e Paulsen, seu fato gerador seja complexo, exigindo, além do tempo de serviço, também a exposição do segurado a agentes nocivos.⁴ Na origem, porém, a benesse se aproximava a uma aposentadoria por idade antecipada, já que, como rememora Louzada⁵, a criação do instituto se deveu a proposta feita pela Subcomissão de Seguro Social no Anteprojeto da Lei Orgânica da Previdência Social que teve como justificativa o fato de que profissões por sua natureza penosas ou insalubres demandariam idade limite inferior à que, à época, era adotada nos planos de seguro-velhice, por sujeitarem o segurado a um desgaste bem mais acentuado que no comum das profissões.

Parcela considerável da doutrina especializada entende que a aposentadoria especial teria finalidade compensatória. Para Vieira Marcelo, ela serviria de indenização social ao segurado pelos danos sofridos em razão do tempo de serviço prestado em ambientes insalubres, penosos ou perigosos.⁶ Na mesma linha, Ribeiro, embora associe a compensação ao desgaste resultante do labor havido sob condições adversas⁷; Martins, para quem o benefício tem por objetivo compensar o exercício de trabalho em condições adversas à saúde ou com riscos superiores aos normais⁸; Castro e Lazzari, que conceituam o benefício como reparação financeira ao trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas⁹; e Leiria, para quem a finalidade do benefício de aposentadoria especial é amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde.¹⁰

³ DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 211, e TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 153.

⁴ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 200.

⁵ LOUZADA, L. M. G. Aposentadoria Especial: Técnica, Ficção ou Arbitrariedade? In: *Temas Aprofundados AGU*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 527.

⁶ MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. Leme: Mizuno, 2011. p. 32.

⁷ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria Especial*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 237.

⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 373.

⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 12. ed. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 637.

¹⁰ LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 164.

Por igual, mas com viés crítico, Kertzman entende que o benefício não atende à lógica da Previdência Social, ao argumento de que “ocorre aqui uma verdadeira troca de saúde por dinheiro, em que o trabalhador desgasta a sua saúde e, como forma de recompensa, o Estado e toda a sociedade o ‘premia’ com um benefício até o final da vida”.¹¹ Idêntico é o pensamento de Donadon, segundo quem mais eficaz seria a imposição e incentivo à prevenção e melhoria dos ambientes de trabalho.¹²

Há, ainda, quem encontre o fundamento da aposentadoria especial na possibilidade de incapacitação. Segundo Vianna, o risco social coberto pelo benefício seria a incapacidade laboral decorrente de atividades que prejudicam a saúde ou a integridade física do segurado.¹³ Martinez, a seu turno, aproxima-o da aposentadoria por invalidez, não por exigir incapacitação permanente, mas porque a benesse pressuporia certo perigo de dano ao organismo, seja à saúde, seja à integridade física.¹⁴

Por outro prisma, alguns autores sustentam que a aposentadoria especial não constitui compensação ou recompensa pelo desgaste, mas medida antecipatória para que o risco a que se submeteu o segurado ao longo da vida laboral não se transforme em efetivo sinistro. O fundamento da aposentadoria especial, portanto, residiria na necessidade de se retirar o trabalhador do ambiente de trabalho nocivo antes de ter a saúde comprometida. Nesse sentido, Tsutiya defende que a aposentadoria especial foi instituída para afastar o segurado das condições de trabalho que podem lhe trazer prejuízo à saúde ou à integridade física.¹⁵ O tempo de contribuição seria diminuído para 15, 20 ou 25 anos, a depender da atividade exercida, porque seria o tempo máximo a que o segurado pode ficar exposto sem vivenciar doenças ou, ainda, porque o ser humano submetido a certos esforços físicos ou riscos não tem condições de suportar o mesmo tempo de serviço exigido do trabalhador comum. Nesse caso, tornar-se-ia sem efeito a crítica de Kertzman, que, discordando da aposentação precoce como compensação ao desgaste físico do trabalhador, sustenta que ele

11 KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2007. p. 303.

12 DONADON, João. *O benefício de aposentadoria especial aos segurados do regime geral de previdência social que trabalham sujeitos a agentes nocivos: origem, evolução e perspectivas*. 2003. 94f. Monografia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2003. p. 46.

13 VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 516.

14 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 47.

15 TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229.

deveria ser protegido mediante redução da sua exposição a período que comprovadamente não danificasse sua saúde.¹⁶

Por sua vez, Rocha e Baltazar Jr. entendem que a aposentadoria especial implica redução no tempo de serviço por presumir a lei que o desempenho de algumas atividades profissionais não poderia ser efetivado pelo mesmo período das demais.¹⁷ No mesmo sentido, Berbel sustenta que, suposta a perda substancial da capacidade laborativa a partir de certa idade e de determinado tempo de serviço, independentemente da invalidez, é possível, igualmente, prever que tal condição se implemente diante do trabalho em condições desgastantes em menor tempo de serviço.¹⁸ O argumento parece complementar a afirmação de Vianna, para quem o tratamento diferenciado residiria no princípio da igualdade, na medida em que o segurado submetido a condições especiais de trabalho não poderia receber da Previdência Social o mesmo tratamento de quem trabalha sob condições normais.¹⁹

De todo modo, certo é que, hoje, a aposentadoria especial pode ser tida como técnica legislativa diferenciada de proteção à saúde e à integridade física do segurado. O benefício, no entanto, não exige efetiva afetação da capacidade laborativa e, por isso, não pode ser tomado como reparação financeira por conta das condições especiais do ambiente de trabalho. Tampouco se prontifica a evitar que a exposição aos agentes nocivos ao longo da vida laboral cause qualquer prejuízo ao segurado, na medida em que o risco é ínsito ao exercício de qualquer trabalho. Quer parecer, pois, que a aposentadoria especial objetiva tão-só estabelecer a proporção entre a perda da capacidade laborativa decorrente do exercício de labor em condições normais com aquele havido sob condições ditas “especiais” - assim predefinidas em razão de critérios médico-estatísticos -, o que exigirá, por consequência, tempo de labor inferior.

Isso não significa, evidentemente, que se tenha como aceitável a exposição do trabalhador a condições agressivas à saúde nos limites de tempo de serviço previstos na legislação previdenciária. Nos termos da Constituição de 1988, é direito do trabalhador tanto o exercício de sua função em ambiente saudável e seguro como a redução dos riscos

16 KERTZMAN, op. cit., p. 303.

17 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 217.

18 BERBEL, F. L. V. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 203.

19 VIANNA, op. cit., p. 515.

inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. No entanto, trata-se de objetivos a serem alcançados mediante adoção de políticas públicas regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado, que se agrupam em torno das normas de higiene laboral, complementadas pelos adicionais de remuneração. Na seara previdenciária, o desgaste progressivo pelo decurso do tempo é tomado como inerente ao exercício do trabalho, de modo que a aposentadoria especial não pode ser vista como compensação pela prestação de serviço em condições potencialmente adversas, e sim como prestação vinculada à perda da capacidade laborativa em ritmo mais acelerado que o normal. Esse, pois, o conceito do benefício aqui utilizado.

1.2 ORIGEM E PRIMEIROS REGRAMENTOS DO BENEFÍCIO

Da previsão legal da aposentadoria especial no art. 31 da Lei n.º 3.807/60 até a alteração na redação do art. 57 da Lei n.º 8.213/91 pela Lei n.º 9.032/95, coexistiram duas hipóteses de enquadramento para fins de reconhecimento da atividade especial: pela categoria profissional e pela submissão a agentes nocivos. É que a legislação de regência, até então, previa que o benefício seria concedido conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos. Assim, ou o enquadramento se dava conforme a atividade desempenhada pelo segurado, quando presumia a lei a sujeição a condições insalubres, penosas ou perigosas, ou o caráter especial do trabalho decorria da exposição a agentes nocivos arrolados na legislação, independentemente da atividade ou profissão exercida pelo segurado.²⁰ Com base nas duas possibilidades, uma profusão de diplomas legais disciplinou a matéria.

A primeira regulamentação do art. 31 da LOPS adveio com o Decreto n.º 48.959-A, de 19.09.1960, que trazia, em seu quadro II, “uma relação de serviços desde logo considerados penosos, insalubres ou perigosos”. Singelo, esse primeiro normativo se limitou a lançar as fórmulas iniciais a serem posteriormente utilizadas para fins de enquadramento, não tendo se valido de qualquer estudo estatístico para sua composição.²¹ Pouco depois, o Decreto n.º 53.831, de 25.03.1964, disciplinando especificamente a aposentadoria especial, trouxe um quadro anexo que estabelecia a

²⁰ LAZZARI, João Batista. *Aposentadoria Especial: Estudo Técnico e Apreciação Judicial*. Porto Alegre: TRF – 4^a Região, 2007. p. 638.

²¹ LOUZADA, op. cit., p. 519.

relação dos agentes químicos, físicos e biológicos e os serviços e atividades profissionais classificadas como insalubres, perigosas ou penosas. O quadro arrolava tanto os agentes nocivos e os serviços e atividades profissionais a eles relacionados como as ocupações que, por si só, eram passíveis de enquadramento.

Na sequência, o Decreto n.º 63.230/68, em nova regulamentação da aposentadoria especial, trouxe dois novos quadros, o primeiro com classificação das atividades profissionais de acordo com os agentes nocivos e o segundo, das atividades conforme grupos profissionais. Mais restritivo, esse Decreto retirava do rol, por exemplo, engenheiros de construção civil e eletricistas, categorias que a ele retornaram por força da Lei n.º 5.527/68. Depois disso, sobreveio o Decreto n.º 72.771/73, novo regulamento da LOPS, também dispondo que a aposentadoria especial seria concedida ao segurado que tivesse laborado em atividades profissionais penosas, insalubres ou perigosas, desde que a atividade constasse dos seus quadros anexos.

Em 1976, o Decreto n.º 77.077, primeira Consolidação das Leis da Previdência Social, compreendendo o texto da LOPS e a legislação complementar até então expedida, dispôs sobre a aposentadoria especial em seu artigo 38. O art. 127 desse Decreto, ademais, é que permitiu que as categorias excluídas do Decreto n.º 63.230/68, mas contempladas no Decreto n.º 53.831/64, conservassem o direito ao benefício. Três anos depois, novo regulamento da Previdência Social adveio com o Decreto n.º 83.080, de 24.01.1979, o qual, em seu art. 60, cuja redação pouco diferiu do Decreto anterior, referia que a aposentadoria especial seria devida ao segurado que tivesse laborado em atividades profissionais perigosas, insalubres e penosas, desde que a atividade constasse dos seus quadros anexos I e II. Por fim, o Decreto n.º 89.312/84 expediu nova edição da Consolidação das Leis da Previdência Social, mas, como não relacionou os agentes nocivos ou atividades que permitiam a concessão da aposentadoria especial, aqueles constantes dos anexos do Decreto n.º 83.080/79 seguiram em vigência.

1.3 CONTEXTO DA SÚMULA N. 198 DO TFR

Foi sob a égide do Decreto n.º 89.312/84 que construção pretoriana restou consagrada, em 20.11.1985, na súmula n.º 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual “atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a

atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento”.²²

Frutos da consolidação do entendimento de um tribunal sobre dada matéria, os enunciados de súmula servem de vetor orientador da atividade de interpretação normativa, levando-se em conta, para tanto, o contexto de seu advento, ou seja, a legislação vigente à época e as situações fáticas a que se referiram. Nesse sentido, a súmula n.º 198 solidificava o entendimento do TFR de que o segurado da Previdência Social poderia se aposentar pelo regime especial mesmo que sua atividade não estivesse expressamente arrolada nos decretos, desde que fizesse prova pericial de que sua profissão era penosa, insalubre ou perigosa, independentemente de idade. Com efeito, julgados daquele tribunal anteriores à edição da súmula dão conta de que havia controvérsia quanto à possibilidade de enquadramento, como atividade especial, de outras categorias profissionais não expressamente constantes dos quadros regulamentadores.

Inúmeros precedentes do TFR entendiam que “se a atividade [do segurado] não está contemplada no Decreto do Poder Executivo, é dever do juiz, valendo-se da analogia, ampará-lo, se, pela prova pericial, exerce ele atividade profissional considerada penosa ou insalubre”.²³ Havia, porém, decisões daquele mesmo Tribunal em sentido diverso, exigindo, para enquadramento, previsão expressa da atividade no Decreto regulamentador: “para se reconhecer o direito do autor, a atividade deve estar legalmente arrolada”.²⁴ Na mesma linha: “se a atividade não está legalmente arrolada, não se pode reconhecer o direito. Trata-se de direito excepcional, refratário à analogia”; e ainda: “a inclusão de atividades nos anexos I e II se faz por Decreto (art. 62), não sendo permitida a analogia”²⁵.

A súmula n.º 198, portanto, consagrou a interpretação mais flexível do TFR, no sentido da possibilidade de que o segurado cuja ocupação não estivesse contemplada expressamente como especial pudesse fazer prova

²² Publicada no DJ em 02.12.1985, a súmula derivou dos seguintes precedentes daquele Tribunal: AC 0084406-SP, 1ª Turma, j. em 31.08.1984; AC 0093497-SP, 2ª Turma, j. em 25.09.1984; AC 0099201-SP, 2ª Turma, j. em 21.05.1985; AC 0096682-SP, 2ª Turma, j. 04.06.1985; AC 0086523-SP, 3ª Turma, j. 29.11.1983; AC 0085172-SP, 3ª Turma, j. 07.02.1984; AC 0082479-SP, 3ª Turma, j. 07.08.1984.

²³ TFR, AC 0087506-SP, 1ª Turma, j. em 07.08.1984.

²⁴ TFR, AC 0099208-SP, 2ª Turma, j. em 13.08.1985.

²⁵ TFR, AC 0090820-SP, 2ª Turma, j. em 04.09.1984 e TFR, AC 0086535-SP, 2ª Turma, j. em 07.08.1984, respectivamente.

de que se submetia, de forma habitual e permanente²⁶, a agentes insalubres, penosos ou perigosos. Dito de outro modo, permitiu-se ao segurado não amparado pelo direito de categoria a possibilidade de comprovar a especialidade do seu labor pelo viés da submissão aos agentes nocivos arrolados no Decreto, mediante prova pericial. Assim: “não é exaustiva a relação das atividades insalubres, nocivas ou perigosas constante das tabelas que acompanham os decretos regulamentadores da legislação pertinente, podendo o judiciário identificar outras como passíveis de concessão do benefício especial”.²⁷ Ainda: “nem todas as atividades penosas, insalubres ou perigosas estão relacionadas nos regulamentos do poder executivo, pois há outras que podem ser constatadas através de perícia. Havendo confirmação de que a atividade exercida pelo segurado é considerada insalubre, deve-lhe ser concedida a aposentadoria especial, preenchidos que foram os demais requisitos”; e “a profissão exercida pelo autor não se encontra relacionada como perigosa ou insalubre, motivo pelo qual somente prova técnica poderia afastar a dúvida”.²⁸

O alcance da súmula restringia-se à consideração de não-taxatividade ou não-exaustividade das categorias profissionais elencadas pelos diversos decretos regulamentadores. É o que se depreende das decisões que, aplicando-a, fizeram alusão a ocupações específicas, tais como a de operador de transferência e estocagem e operador de processamento da Petrobras, engenheiro civil e pedreiro em caldeiraria.²⁹

26 Registre-se que, a despeito de hoje haver alguma controvérsia quanto ao período anterior à Lei n.º 9.032/95, a exigência de habitualidade e permanência nunca foi afastada por aquele tribunal. Assim: “Previdência social. Aposentadoria especial. Exposição eventual a agentes agressivos. 1. Provado que no exercício da atividade laborativa esteve o autor exposto, eventualmente, a agentes químicos e físicos, nocivos à saúde, descabe deferir-se a aposentadoria especial, a qual é concedida quando verificada a exposição habitual e permanente as condições agressivas. 2. Recurso desprovido” (TFR, AC n.º 0119904-SP, 2ª Turma, j. em 05.05.1987); “para a concessão de aposentadoria especial, a legislação de regência exige que a atividade seja exercida em caráter permanente em condições hostis, mediante contato direto com agentes agressivos à saúde” (TFR, AC 010257-SP, 1ª Turma, j. em 29.04.1986).

27 TFR, AC 0104491-SP, 1ª Turma, j. em 08.10.1985.

28 Na ordem, TFR, AC 0118779-SP, 3ª Turma, j. em 15.03.1988 e TFR, AC 0115453-SP, 2ª Turma, j. em 11.11.1986.

29 “I. A relação das atividades insalubres ou penosas inseridas nos quadros anexos do Decreto n.º 83.080/79 não alcançou todas elas, pois muitas dependem de aferição através de perícia. II. Realizada esta e afirmado que a atividade de operador de transferência e estocagem (Petrobras), exercida pelo segurado, é considerada insalubre, deve-lhe ser concedida a aposentadoria especial. III. Sentença que se confirma” (TFR, AC 0098898-SP, 3ª Turma, j. em 30.04.1985); “É devida a aposentadoria especial se a perícia judicial constata que a atividade exercida pelo operador de processamento da Petrobras é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo que não inscrita em regulamento (Súmula n.º 198 do TFR)” (TFR, AC 0120456-SP, 3ª Turma, j. em 16.12.1986); “Não constando dos quadros da regulamentação sobre aposentadoria especial a atividade de engenheiro civil, e não provada em perícia judicial que a

Os julgados jamais afastaram, porém, a necessidade de previsão legal dos agentes nocivos tidos como caracterizadores da especialidade. Veja-se: “preenchendo o segurado os requisitos para obtenção da aposentadoria especial (art. 31, da Lei n. 3807/60), a falta de indicação de seu emprego nas categorias contempladas nos quadros regulamentares não constitui obstáculo ao deferimento da vantagem, desde que comprovado que sempre exerceu atividade laboral sujeita ao rigor das condições preestabelecidas, que ensejam a aplicação do regime excepcional”.³⁰

É bem verdade que, já na LOPS, o que se pretendia era abandonar a categoria profissional como fator de diferenciação, direcionando a contagem privilegiada de tempo de serviço para a efetiva exposição a agentes nocivos, ou seja, voltar-se para as reais condições do ambiente de trabalho do segurado. Apesar disso, durante quase trinta e cinco anos ainda subsistiu o chamado direito de categoria, ou seja, a presunção legal de especialidade concedida a certos profissionais relacionados nos anexos dos decretos. Tratava-se, pois, de direito excepcional, o qual beneficiava os segurados cujas atividades, ocupações, funções e profissões estavam arrolados nos mencionados anexos com a presunção *jure et de jure* de exposição aos agentes nocivos, restando eles, assim, dispensados de qualquer outra demonstração.³¹

Desobrigados, por força da presunção, de comprovar que se expuseram aos agentes nocivos, aqueles trabalhadores cujas funções estivessem previstas nos quadros dos decretos precisavam apenas demonstrar que pertenciam a uma das categorias ali elencadas e que a exerciam habitual e permanentemente, sem desvios de função. No entanto, diversas atividades não se encontravam ali arroladas, subsistindo, assim, dúvida quanto à possibilidade de seu enquadramento como tempo especial. É que, se era certo que um trabalhador poderia pertencer a uma categoria que ensejasse a aposentadoria especial em razão de constar no anexo do Decreto vigente à época e, nem por isso, ter sido submetido a qualquer agente nocivo³², igualmente correto era

desenvolvida pelo autor seja insalubre, penosa ou perigosa, resta sem base de fato a pretensão a obter aposentadoria com tempo reduzido, tanto mais quando, na vigência da legislação anterior a 1968, o mesmo não implementou as condições para obtê-la (art. 1º Lei 5.527/68)” (TFR, AC n.º 0137576-MG, j. em 11.12.1987); e “Não constando dos quadros da regulamentação sobre aposentadoria especial a atividade de pedreiro em caldeiraria e não provada, em perfeita judicial, que a desempenhada pelo autor seja insalubre, penosa ou perigosa, resta sem base de fato a pretensão a obter aposentadoria com tempo reduzido” (TFR, AC n.º 0137495-SP, j. em 15.12.1987).

30 TFR, AC 0117169-MG, 2ª Turma, j. em 21.10.1986.

31 MARTINEZ, Wladimir Novaes. Op. cit., p. 117.

32 RIBEIRO, op. cit., p. 82.

afirmar que uma atividade não arrolada poderia ter sido exercida com submissão a algum dos agentes nocivos mencionados. Por isso, como lembra Louzada, a regra de enquadramento jamais foi *numerus clausus*, na medida em que as consultas ao Departamento Nacional de Higiene e Segurança do Trabalho e à Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho sempre serviram à ampliação do rol.³³

Ao compatibilizar as relações de agentes nocivos e categorias profissionais então existentes, a redação do enunciado guardou consonância com a legislação vigente quando da sua edição. Por isso, ela fazia menção, a um só tempo, à desnecessidade de a atividade exercida pelo segurado estar inscrita no regulamento, à possibilidade de, ainda assim, ser ela considerada perigosa, insalubre ou penosa, e, também, à comprovação de tal circunstância por meio de perícia judicial.

De fato, a menção a insalubridade, penosidade e periculosidade no enunciado da súmula derivavam da própria legislação de regência, na medida em que, como já afirmado, até o advento da Constituição Federal de 1988 tais termos constavam do conceito legal de aposentadoria especial. De outra parte, a perícia judicial a que o verbete fazia alusão como meio de prova das condições anormais de trabalho era aquela prevista no artigo 195 da Consolidação das Leis do Trabalho, como se depreende dos seguintes precedentes: “na falta da inclusão da atividade profissional na relação legal de insalubridade e periculosidade, é indispensável a realização da prova técnico-pericial tratada no art. 195, parágrafo 2º, da CLT, para efeito de aposentadoria especial”; “é imprescindível a prova pericial técnica, nas causas de aposentadoria especial, quando há necessidade de averiguar-se a existência ou não de atividades insalubres e perigosas. A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do MT, podem ser apuradas através de perícia a cargo de médico do trabalho ou engenheiro do trabalho, registrados no Ministério do Trabalho (CLT, art. 195)”.³⁴

³³ LOUZADA, L. M. G. op. cit., p. 512. Salienta o autor que houve inúmeras consultas desse tipo, as quais, baseando-se em estudos técnicos ostensivos, levaram à inclusão de algumas atividades não previstas expressamente, como, por exemplo, feitor de turma ou de estrada de ferro em via permanente (Parecer do DNHST no processo n.º 133.290/71), pedreiro refratário (Parecer do DNHST no processo n.º 320.643/72), e forneiro queimador de olaria (Parecer da SSMT no processo n.º 105.914/79).

³⁴ TFR, AC 0102999-MG, 3ª Turma, j. em 05.08.1986 e TFR, AC 0095839-SP, 2ª Turma, j. em 26.04.1985.

Com a Constituição de 1988, os termos trabalhistas restaram extirpados do conceito da aposentadoria especial, quando foram substituídos pela noção de desempenho de atividades laborais em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, como se vê da redação original tanto do parágrafo 2º do art. 201 da Constituição como do artigo 57 da Lei n.º 8.213/91, que o regulamentou. Desenhou-se, a partir daí, nova filosofia previdenciária relativamente ao benefício, marcada pelo abandono das premissas em que se baseou a súmula n.º 198 do TFR, que, na atualidade, está a reclamar nova leitura.

2 SÚMULA N.º 198 DO TFR: DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS À SUPERAÇÃO

Depois da Constituição de 1988 e com mais clareza a partir da Lei n.º 9.032/95, a legislação previdenciária alterou de forma substancial o tratamento conferido à aposentadoria especial. Passou-se a permitir o enquadramento de uma atividade como especial somente em razão da efetiva submissão aos agentes arrolados como nocivos, abandonaram-se os conceitos trabalhistas de insalubridade, periculosidade e penosidade e, pela primeira vez, a própria lei de regência trouxe os meios de prova exigíveis para sua concessão.

Dante de tais alterações, era de se esperar releitura da súmula n.º 198 do TFR, na medida em que, por sua imprecisa redação, a interpretação literal tende a gerar conclusões distanciadas tanto do ordenamento jurídico ora vigente como do alcance pretendido com sua edição. Em sentido diverso, porém, o que se viu foi o surgimento de correntes interpretativas pouco críticas, desatentas à falta de contexto do enunciado diante do novo cenário legislativo e que, em verdade, passaram a dar a ele tratamento de norma autônoma, por si só suficiente para a não-observância do novel regramento.

Há necessidade, portanto, de progredir no enfrentamento da matéria, especificamente no que tange à viabilidade de aplicação, na atualidade, do enunciado sumular em questão. É que, por conta de mudanças legislativas, é possível que um precedente seja superado, por tornar-se obsoleto ou inadequado à nova ordem. Supõe-se, assim, que, com o advento da Lei n.º 9.032/95, que passou a exigir a efetiva comprovação da submissão habitual e permanente do trabalhador a agentes nocivos, o entendimento sumulado deixou de se coadunar com o regramento previdenciário atinente à comprovação da atividade especial.

2.1 REGRAMENTO DO BENEFÍCIO APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o advento da Constituição de 1988, a aposentadoria especial sofreu significativa alteração. O *status* constitucional conferido ao benefício veio acompanhado de mudança em seu conceito, e as noções de insalubridade, penosidade e periculosidade restaram substituídas pela menção a “atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”, a teor do art. 201, §1º, da CF, em sua redação original.

A matéria foi regulamentada pela Lei n.º 8.213/91, que dispôs, na redação original de seu art. 57, que “a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. Por sua vez, o art. 58 previa que “a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica”. Essa lei específica, no entanto, jamais foi editada, e a matéria continuou sendo regulamentada por meio de Decretos do Poder Executivo.

De início, seguiram aplicáveis os róis dos Decretos n.º 53.831/64 e 83.080/79, já que, por força do art. 152 da Lei de Benefícios, a lista constante da legislação então em vigor prevaleceria até que elaborada nova relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física. Também os Decretos n.º 357/91 e 611/92 previram, com idêntica redação, que para efeito de concessão das aposentadorias especiais seriam considerados os Anexos I e II do Decreto n.º 83.080/79 e o Anexo do Decreto n.º 53.831/64, até que promulgada lei específica.

Em 28.04.1995, porém, a Lei n.º 9.032 deu nova redação ao art. 57 da Lei n.º 8.213/91, que passou a dispor que “a aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.” Da legislação de regência, portanto, extirpou-se a referência ao enquadramento por atividade profissional, na medida em que tal locução foi substituída pela expressão “conforme dispuser a lei”. A partir daí, não mais se permitia o enquadramento de tempo de serviço como especial simplesmente por pertencer o segurado a determinada categoria profissional, à exceção daquele que implementou os requisitos necessários ao deferimento de aposentadoria especial em

conformidade com a legislação anterior, ou seja, com base na atividade profissional, os quais, como bem advertem Rocha e Baltazar Jr., não foram nem poderiam ser prejudicados pela nova disciplina do benefício.³⁵

A intenção do legislador consistiu na restrição do benefício de aposentadoria especial a direito individual, e não mais de determinados grupos ou profissões. Abandonando a técnica de presunção absoluta, a lei passou a exigir que cada segurado comprovasse sua efetiva exposição a condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física.³⁶ Por isso, a mesma Lei n.º 9.032/95, alterando os §§ 3º e 4º do art. 57 da Lei de Benefícios, atribuiu ao segurado, para a concessão do benefício, o ônus de demonstrar a real exposição aos agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes, perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

Na sequência, a Medida Provisória n.º 1.523, de 11.10.1996, trouxe duas outras inovações, ambas complementares à nova redação do *caput* do art. 57 da Lei de Benefícios. A primeira delas, explicitada nos quatro parágrafos inseridos no artigo 58, disse com a especificação da forma de comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos. No ponto, a Medida Provisória previu que tal prova se faria mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o qual, a seu turno, deveria ser emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por profissional habilitado. Como salientam Rocha e Baltazar Jr., “o legislador não quis deixar qualquer dúvida quanto à necessidade de demonstração das condições especiais, impedindo que o simples exercício de uma determinada profissão – onde se presumia que determinada categoria estaria submetida a agentes insalutíferos – pudesse permitir o direito à prestação”.³⁷ O diploma fixou, ainda, a obrigatoriedade de as empresas manterem laudo técnico atualizado, sob pena de multa, e de elaborarem e manterem perfil profissiográfico³⁸ abrangendo as atividades desenvolvidas por seus trabalhadores.

³⁵ ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 267-268.

³⁶ DUARTE, op. cit., p. 213.

³⁷ ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 268.

³⁸ Para Martinez, a Medida Provisória introduziu exigência trabalhista-previdenciária que, à época, não restou bem explicitada, dada a redação difícil do dispositivo. Para o autor, se o objetivo era habilitar o segurado a no futuro requerer a aposentadoria especial, a lei deveria ter previsto a obrigação da empresa de fornecer o DIRBEN 8030 e/ou o laudo técnico. Mais tarde, com o Decreto 4.032/01, referidos documentos foram substituídos pelo PPP. op. cit., p. 82.

A segunda inovação consistiu na remissão da definição dos agentes nocivos ou prejudiciais à saúde ou integridade física ao Poder Executivo. Por meio de nova redação do *caput* do art. 58 da Lei de Benefícios, suprimiu-se a exigência de lei, delegando ao Poder Executivo a atribuição de fixar os agentes agressivos.

A transferência da competência à esfera do Poder Executivo via medida provisória teve sua constitucionalidade questionada por meio da ADI n.º 1885-DF, uma vez que o art. 202, II, da CF, em sua redação original, previa a aposentadoria em tempo inferior “se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei”. O julgamento da medida cautelar, entretanto, não chegou a ser concluído, já que, com o advento da EC n.º 20/98, a matéria foi tratada de forma diversa no art. 201, §2º, da CF, que passou a exigir a edição de lei complementar, o que levou o Supremo Tribunal a acolher questão de ordem para o efeito de julgar prejudicada a ação direta.³⁹

A MP n.º 1523/96 foi sucessivamente reeditada até ser convertida na Lei n.º 9.528/97, que revogou também o art. 152 da Lei n.º 8.213/91. Abria-se, assim, caminho para que as antigas listas que disciplinavam as atividades consideradas especiais, integrantes dos Decretos n.º 53.831/64 e 83.080/79, fossem modificadas.

Se a Lei n.º 9.032/95 redefiniu o art. 57 da Lei n.º 8.213/91 e a Lei n.º 9.528/97, desde a MP n.º 1.523/96, redesenhou o art. 58, as transformações havidas na disciplina legal da aposentadoria especial somente tiveram termo com a Lei n.º 9.732/98, que conferiu nova redação ao §6º do art. 57, acresceu-lhe os §§7º e 8º e alterou os §§1º e 2º do art. 58, sendo que, no tocante ao escopo deste trabalho, detalhou o laudo técnico de condições ambientais, determinando que sua feitura observasse os termos da legislação trabalhista. Ambos os dispositivos seguem em vigor a despeito de a EC 20/98 ter previsto, em seu artigo 15, a edição de lei complementar - da qual ainda não se tem notícia - para disciplinar a matéria.

O rol com a classificação dos agentes nocivos - físicos, químicos e biológicos-, além da associação de agentes, constou do Decreto n.º

³⁹ Os Ministros Ilmar Galvão, Nelson Jobim, Octavio Gallotti e Carlos Velloso, considerando que a definição do rol de agentes nocivos poderia ser delegada pela lei ao Poder Executivo, indeferiram a medida cautelar. Já os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Néri da Silveira, entendendo que a exigência constitucional demandava definição integral por meio de lei, deferiram a suspensão da norma.

2.172, de 05.03.1997 e, depois disso, do Decreto n.º 3.048, de 06.05.1999. O Anexo IV desse último, ainda em vigor, mas com as alterações trazidas pelos Decretos n.º 3.265/99 e 4.882/03, condiciona o direito ao benefício, relativamente aos agentes químicos, à presença do agente nocivo no processo produtivo e no meio ambiente de trabalho em nível de concentração superior aos limites de tolerância estabelecidos, com a ressalva de que o rol de agentes nocivos é exaustivo, enquanto as atividades listadas, nas quais pode haver a exposição, é exemplificativa. Para os agentes físicos, a previsão de enquadramento se dá em razão da exposição acima dos limites de tolerância especificados ou pelas atividades descritas. Para os biológicos, o enquadramento é restrito às hipóteses de exposição aos agentes citados unicamente nas tarefas relacionadas. Por sua vez, na associação de agentes se considera o enquadramento relativo ao agente que exigir menor tempo de exposição. Passou-se, pois, a um único determinante para a classificação da atividade como especial: a submissão a agentes nocivos, assim considerados aqueles com potencial de ocasionar danos à saúde ou à integridade física do trabalhador nos ambientes de trabalho, em razão da sua natureza, concentração ou intensidade.⁴⁰

Desde então, a legislação de regência prevê que o enquadramento de atividade como especial somente se dá em razão de efetiva submissão aos agentes arrolados como nocivos para este fim por meio de Decreto do Poder Executivo e, mais que isso, que tal comprovação, a cargo do segurado, se faz mediante formulário (hoje perfil profissiográfico previdenciário) embasado em laudo técnico elaborado em consonância com a legislação trabalhista. Em síntese, as sucessivas alterações legislativas adotaram nova filosofia previdenciária relativamente à aposentadoria especial, na medida em que delinearam os contornos do maior rigor a ser empregado, doravante⁴¹, na verificação e enquadramento de uma atividade como especial.

2.2 EQUÍVOCOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA SÚMULA

Como alerta Santos⁴², as súmulas dos tribunais têm sido vítimas de dois graves vícios de interpretação. O primeiro deles consiste em

⁴⁰ MARTINS, op. cit., p. 374.

⁴¹ O Decreto n.º 4.827, de 03.09.2003, incluiu parágrafo único no art. 70 do Decreto n.º 3.048/99, reconhecendo que a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais devem obedecer ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.

⁴² SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. A Súmula n. 260 do Tribunal Federal de Recursos e a vinculação do benefício ao salário mínimo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2032, 23 jan. 2009. Disponível em:

sua alçada ao patamar de instrumentos normativos primários, de forma que as manifestações pretorianas passam a ser confundidas com entes normativos originariamente vinculantes, muito embora não se revistam de tal natureza. Daí decorre o segundo equívoco no seu tratamento: a interpretação em desarmonia com o restante do ordenamento jurídico.

Incorrendo nesses equívocos, parcela da doutrina especializada e da jurisprudência atual tem olvidado que, tendo sido editada ainda em 1985 e sob a égide do Decreto n.º 89.312/84, o entendimento consagrado na súmula n.º 198 do extinto TFR foi profundamente afetado pelo advento da Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional que deu tratamento diverso à matéria. Mediante simples alusão à literalidade do seu enunciado, tem-lhe sido conferida interpretação absolutamente desconexa com seu real alcance.

3 PRIMEIRO EQUÍVOCO

Em primeiro lugar, e a despeito do item 01 do anexo IV do Decreto 3.048/99 mencionar, modo expresso, que “o rol de agentes nocivos é exaustivo, enquanto que as atividades listadas, nas quais pode haver a exposição, é exemplificativo”, passou-se a afirmar, com embasamento no enunciado da súmula, que a jurisprudência já havia sedimentado posição quanto à não-taxatividade também dos agentes nocivos elencados nos decretos.

Fortes, por exemplo, afirma, com fundamento no enunciado, que o atual rol de agentes não é taxativo, na medida em que “a jurisprudência já há muito tempo vinha considerando que o rol de agentes nocivos previsto pela legislação previdenciária não é taxativo, de sorte que, restando comprovada a exposição a algum agente efetivamente nocivo não previsto nos instrumentos normativos pertinentes, ainda assim o segurado teria direito a vê-lo considerado como tempo especial”.⁴³ Duarte, conquanto não o diga expressamente, refere que o enquadramento deve ser feito de acordo com a legislação vigente à época do exercício da atividade, observados os decretos e agentes neles definidos, salientando, porém, que, além desses, haveria ainda a prescrição da súmula.⁴⁴

<<http://jus.com.br/revista/texto/12235>>. Acesso em: 28 fev. 2012. p. 1.

43 FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 201.

44 DUARTE, op. cit., p. 213.

Castro e Lazzari, também fazendo referência ao teor da súmula n.^º 198, sustentam que a relação de agentes nocivos constante do Anexo IV do Decreto n.^º 3.048/99 não é exaustiva, e sim enumerativa.⁴⁵ Ribeiro, conquanto faça alusão a ambos os entendimentos, parece posicionar-se no mesmo sentido.⁴⁶ Também Vianna afirma que a lista dos agentes nocivos é meramente exemplificativa, ao argumento de que, não obstante o atual decreto diga o contrário, o entendimento jurisprudencial consolidou-se naquele sentido.⁴⁷

No entanto, o resgate do histórico jurisprudencial que deu ensejo à súmula n.^º 198 do TFR permite a conclusão de que, até a extinção do direito de categoria pela Lei n.^º 9.032/95, entendia-se que somente as *atividades* previstas nos decretos anteriores eram exemplificativas. Não se verifica dos julgados do extinto TFR, tampouco da jurisprudência dominante do STJ, qualquer precedente no sentido da não-exaustividade dos agentes nocivos elencados nos decretos.

No mais das vezes, a doutrina especializada, ao se posicionar num ou outro sentido, faz referência a decisões do Superior Tribunal de Justiça. No julgado citado por Vianna⁴⁸, por exemplo, questionava-se a possibilidade de enquadramento de operador de cédula de cunhagem II, atividade não inscrita no Decreto 83.080/79, em razão da comprovação da submissão ao agente físico ruído, acima dos limites de tolerância. Do corpo do acórdão, a par da menção a outros julgados no mesmo sentido, colhe-se: “nesse contexto, é também assente na jurisprudência desta Corte ser devida a concessão de aposentadoria especial quando a perícia médica constata a insalubridade da atividade desenvolvida pela

⁴⁵ CASTRO, LAZZARI, op. cit., p. 639.

⁴⁶ RIBEIRO, op. cit., p. 177.

⁴⁷ VIANNA, op. cit., p. 526.

⁴⁸ PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE COMPROVADA POR PERÍCIA TÉCNICA. TRABALHO EXPOSTO A RUÍDOS. ENUNCIADO SUMULAR N^º 198/ TFR. 1. Antes da lei restritiva, era exigível a comprovação da efetiva exposição a agentes nocivos, porque o reconhecimento do tempo de serviço especial era possível apenas em face do enquadramento na categoria profissional do trabalhador, à exceção do trabalho exposto a ruído e calor, que sempre se exigiu medição técnica. 2. É assente na jurisprudência deste Superior Tribunal ser devida a concessão de aposentadoria especial quando a perícia médica constata a insalubridade da atividade desenvolvida pela parte segurada, mesmo que não inscrita no Regulamento da Previdência Social (verbete sumular n^º 198 do extinto TFR), porque as atividades ali relacionadas são meramente exemplificativas. 3. In casu, o laudo técnico para aposentadoria especial foi devidamente subscrito por engenheiro de segurança do trabalho e por técnico de segurança do trabalho, o que dispensa a exigibilidade de perícia judicial. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ, REsp 689195/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 07/06/2005, DJ 22/08/2005, p. 344).

parte segurada, ainda que não inscrita no Regulamento da Previdência Social (verbete sumular nº 198 do extinto TFR), vez que as atividades ali relacionadas são meramente exemplificativas e não taxativas.” Em outra decisão, o STJ consignou, da mesma forma, que, conquanto o Decreto n.º 83.080/79 nada dispusesse acerca das profissões de encarregado geral e servente de carpinteiro, estando-se, portanto, diante de atividades profissionais que não se enquadravam no rol de atividades especiais, tal circunstância não seria óbice ao reconhecimento da especialidade porque, no caso concreto, laudo técnico atestava a submissão a agentes nocivos.⁴⁹

Entretanto, a mera transferência do caráter exemplificativo das atividades profissionais consagrado na súmula para o atual rol de agentes nocivos parece despida de qualquer fundamento. Ainda que, na origem, a aposentadoria especial não tenha sido precedida de estudos técnicos que apontassem para a necessidade de redução do número de anos de trabalho sujeito a exposição aos agentes nocivos, o atual rol de agentes decorreu de análises propriamente médicas sobre seus efeitos deletérios, ao passo que os limites de tolerância foram fixados com base em pesquisas atinentes à degeneração do organismo humano a partir da efetiva submissão a níveis variáveis de determinados agentes nocivos.⁵⁰

Assim, correta a interpretação do teor da súmula aventada por Tavares e Rocha e Baltazar Jr.⁵¹, que limitam sua incidência às hipóteses em que a atividade, embora comprovadamente nociva, não se encontra prevista nos decretos vigentes até Lei n.º 9.032/95, e a incisiva manifestação de Martinez, para quem, “para todos os fins de direito

49 AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE INSALUBRE NÃO PREVISTA EM REGULAMENTO. MATÉRIA PACIFICADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 198 DO EXTINTO TFR. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que ao trabalhador que exerce atividade insalubre, ainda que não inscrita em regulamento, mas comprovada por perícia judicial, é devido o benefício de aposentadoria especial. 2. Fundamentada a decisão agravada no sentido de que a questão já está pacificada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, deveria o recorrente, em sede de agravo regimental, demonstrar que outra é a positivação do direito na jurisprudência desta Corte. 3. “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 182). 4. “Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em Regulamento.” (Súmula do extinto TFR, Enunciado nº 198). 5. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 228.832/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, julgado em 13/05/2003, DJ 30/06/2003, p. 320).

50 LOUZADA, op. cit., p. 526.

51 TAVARES, op. cit., p. 154; ROCHA, BALTAZAR JUNIOR, op. cit., p. 252.

previdenciário, se uma substância não consta do anexo IV do RPS, é como se ela não existisse”.⁵²

Não se está a defender, porém, a impossibilidade de fugir à lista alguma situação justificadora de proteção, e sim a afirmar que sua elaboração tem perspectiva técnica, não podendo ser ampliada de forma aleatória, à vista de um ou outro caso judicial específico. Veja-se que, embora oficial, o rol dos decretos não é definitivo, nada obstante seja encaminhado pedido fundamentado de inclusão de algum agente nocivo, providência, aliás, que, além de ter sido sempre permitida, atualmente vem prevista no §1º do art. 68 do Decreto n.º 3.048/99.⁵³

3.1 SEGUNDO EQUÍVOCO

Uma segunda interpretação, também distanciada do alcance da súmula n.º 198, consiste na afirmação de que, ao fazer menção a atividades *insalubres, penosas e perigosas*, ela autorizaria, por si só, a extensão dos agentes nocivos para outras situações, que, embora não mencionadas no Decreto, também submettessem o segurado a estas condições de risco. A controvérsia ganha relevo porque desde o Decreto n.º 2.172/97 não houve menção a condições ambientais que, até então, eram contempladas nos Decretos anteriores, tais como umidade, frio, eletricidade e radiação não-ionizante, ou, como lembra Ribeiro, agentes “cuja exposição anteriormente incluía a atividade como penosa ou perigosa, e que continua a ser apontada como fator de risco para o trabalhador”.⁵⁴

Favorável a essa possibilidade está Savaris, que, em estudo de caso, conclui pela persistência da orientação consolidada na súmula n.º 198, de forma que, mesmo após a revogação dos Decretos n.º 53.831/64 e 83.080/79, seria devido o reconhecimento da natureza especial da atividade se identificado por prova técnica que ela tem potencialidade de prejudicar a saúde ou a integridade física do trabalhador.⁵⁵ Na mesma linha, Martins, que, depois de mencionar o correto teor da súmula, afirma que “provando o segurado que trabalha em condições perigosas,

52 MARTINEZ, op. cit., p. 133.

53 Ibid., p. 42. O art. 68, § 1º, dispõe que “as dúvidas sobre o enquadramento dos agentes de que trata o caput, para efeito do disposto nesta Subseção, serão resolvidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pelo Ministério da Previdência e Assistência Social.”

54 RIBEIRO, op. cit., p. 91.

55 SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 458.

insalubres ou penosas, terá direito ao benefício”.⁵⁶ Por sua vez, Saliba, também invocando o enunciado sumular, refere que, conquanto receber adicional de insalubridade ou periculosidade não garanta ao trabalhador, administrativamente, o direito à aposentadoria especial, pela via judicial haveria possibilidade de enquadramento como especial da atividade insalubre ou perigosa mesmo que não mencionada pelo regulamento da Previdência.⁵⁷

Na jurisprudência, encontram-se decisões reconhecendo a especialidade de atividades perigosas mesmo após o Decreto nº 2.172/97. No âmbito da Quarta Região, tanto o Tribunal Regional Federal como a Turma Regional de Uniformização têm julgados favoráveis à tese. Por vezes, o argumento é singelo, limitando-se à invocação do teor da súmula n.º 198 do TFR como permissivo para que atividades insalubres, perigosas ou penosas que não constem do regulamento sejam tidas como especiais por meio de perícia judicial. Noutros julgados, acrescenta-se o fundamento da proteção constitucional à integridade física do trabalhador, de forma que, como a Constituição e a lei previdenciária referem proteção do segurado contra agentes nocivos à integridade física, não estaria vedada a aposentadoria especial por periculosidade.⁵⁸ Além disso, há decisões monocráticas do STJ que incorrem em equívoco quanto à própria *ratio decidendi* da jurisprudência daquele Tribunal, aplicando à hipótese específica do enquadramento por periculosidade após 05.03.1997 o entendimento de que o rol das atividades profissionais é meramente exemplificativo, como se idênticas fossem as questões postas. Com isso, tais julgados incidem no primeiro equívoco interpretativo já mencionado neste trabalho.⁵⁹

⁵⁶ MARTINS, op. cit., p. 375.

⁵⁷ SALIBA, op. cit., p. 19.

⁵⁸ Há precedentes da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região admitindo o reconhecimento de especialidade por periculosidade mesmo após 05.03.1997, todos não-unâimes: IUJEF 0006690-11.2008.404.7051, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão José Antonio Savaris, D.E. 30/03/2011, para o frentista; IUJEF 0023137-64.2007.404.7195, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão José Antonio Savaris, D.E. 30/03/2011, para o vigilante; e IUJEF Nº 0003372-14.2008.404.7053/PR, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relatora Lúisa Hickel Gambá, D.E 30/08/2011, para a eletricidade.

⁵⁹ É o que se verifica nas decisões monocráticas do STJ a que, com frequência, se referem os julgados do TRF4 favoráveis à tese: REsp n. 1109871, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 29-09-2010; REsp n. 1105560, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 29-09-2010; REsp n. 758866, Rel. Ministro (convocado) Celso Limongi, Sexta Turma, DJe de 21-05-2009; REsp n. 1126722, Rel. Ministro (convocado) Haroldo Rodrigues, Sexta Turma, DJe de 30-09-2009; REsp n. 1108335, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 12-05-2009; AgRg no REsp n. 1055462, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 16-09-2008. Algumas delas, no entanto, não analisaram a matéria específica:

Ora, em que pese os conceitos de insalubridade, periculosidade e penosidade não sejam encontrados na legislação previdenciária e tenham servido de base para regulamentar no passado o tempo de serviço de algumas profissões ou atividades, a aposentadoria especial jamais se confundiu com a percepção dos adicionais de remuneração.⁶⁰ A diferenciação, em verdade, parece vir da própria autonomia do direito previdenciário em relação ao direito trabalhista. Por isso, como lembra Fortes, muitas vezes a insalubridade prevista no art. 189 da CLT coincide com o conceito de especialidade, mas, por vezes, tal não ocorre, como no caso do deficiente iluminamento, que nunca foi contemplado como agente nocivo gerador de aposentadoria especial.⁶¹ Note-se que já no Decreto n.º 53.831/64 se enquadrou ampla variedade de atividades previstas na Portaria Ministerial n.º 262/62, que regulava o adicional de insalubridade à época, mas esse mesmo decreto previu também o enquadramento de atividades que não eram contempladas com o adicional de periculosidade, como os bombeiros de socorro a incêndios. Caso não houvesse tal diferença, jamais poderiam ter constado do rol de enquadramento previdenciário atividades perigosas como vigias e trabalhadores em construções de edifícios e pontes, ou ocupações tidas por penosas, como a dos motoristas de ônibus de linha.⁶² Dessa maneira, entende-se que, embora bastante próximos, os conceitos de insalubridade, periculosidade e penosidade do Direito do Trabalho não são utilizados no âmbito previdenciário.⁶³

Partindo de tais premissas, assiste razão à parcela considerável da doutrina e à jurisprudência que defende, na atual legislação, não haver mais espaço para que sejam consideradas como especiais atividades penosas ou perigosas, mas apenas atividades insalutíferas, e, mesmo nesse caso, apenas se o agente nocivo estiver elencado especificamente como tal para fins previdenciários. Assim, dentre outros, Tsutiya, para

REsp n. 504569, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, DJ de 26-06-2003; REsp n. 116.2088, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe de 14-04-2010; REsp n. 1104385, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJe de 30-03-2010.

60 VIANNA, . op. cit., p. 528; TSUTIYA, op. cit., p. 341; MARTINS, op. cit., p. 376.

61 FORTES; PAULSEN, op. cit., p. 201.

62 LOUZADA, op. cit., p. 520.

63 FORTES, Simone Barbisan e PAULSEN, Leandro. Op. cit., p. 201. Segundo Marina Vasques Duarte (op. cit., p. 212), a legislação previdenciária tem requisitos próprios, assim como o direito trabalhista. O reconhecimento do adicional trabalhista é indício, mas não asseguratório do direito à aposentadoria especial, e vice-versa. Sérgio Pinto Martins (op. cit., p. 326) também afirma que não necessariamente a aposentadoria especial coincidirá com as pessoas que recebem adicionais de remuneração, a exemplo do adicional de periculosidade.

quem, desde a Lei n. 9.032, de 28.04.1995, apenas atividades insalubres se enquadraram como especiais⁶⁴; Tavares, entendendo que, resguardadas as situações de direito adquirido, não são mais consideradas especiais as atividades perigosas, mas somente as insalubres⁶⁵; Fortes, segundo a qual, como a legislação previdenciária exige submissão efetiva a agentes nocivos à saúde ou à integridade física do segurado, dificilmente uma atividade profissional que somente exponha o seu exercente a risco, sem contato direto com agente nocivo, poderia ter enquadramento como especial⁶⁶; e Martinez, que fixa o marco da desproteção da penosidade e da periculosidade em 05.03.1997.⁶⁷ Com efeito, a aplicação da súmula como fundamento bastante para enquadramento de atividades *perigosas* ou *penosas* depois do advento do Decreto n. 2.172/97, ao argumento de que sua redação assim autorizaria, implica interpretá-la de forma dissociada da lei vigente à época - que expressamente fazia menção a tais conceitos - e, mais do que isso, conferir-lhe peso maior que o atribuído à atual legislação de regência.

Ocorre que, a contar de 1988, a concessão da aposentadoria especial se ateve às hipóteses em que o segurado tenha laborado em condições que comprovadamente impliquem desgaste superior ao do trabalho comum. Daí a exclusão de atividades penosas ou perigosas do rol de agentes nocivos atualmente vigente, porque, diversamente dos agentes insalutíferos, que efetivamente ensejam erosão cumulativa da saúde ou integridade física por envolverem circunstâncias ambientais geradoras de distúrbios na higidez do trabalhador caso superados os níveis de tolerância, aquelas se fundam na noção de risco potencial, e não na de efeitos danosos ao organismo.⁶⁸

Saliente-se, entretanto, que não se está a defender total dissociação entre a legislação previdenciária e a trabalhista. Na verdade, a partir da Lei n. 9.032/95 o Ministério da Previdência Social interessou-se pela disciplina laboral, inserindo nas normas previdenciárias conceitos como laudo técnico das condições ambientais de trabalho e seus substitutivos. Sintomaticamente, a Lei n. 9.732/98 reportou-se *in fine* ao LTCAT “nos termos da legislação trabalhista”, no que foi acompanhada pelo Decreto n. 4.882/03. Além disso, o Decreto n. 3.048/99 uniformizou o

64 TSUTIYA, op. cit., p. 343.

65 TAVARES, op. cit., p. 152.

66 Ibid., p. 201.

67 MARTINEZ, op. cit., p. 114.

68 Ibid., p. 53.

tratamento de agentes como ruído, calor e vibração, fazendo-o de acordo com a Norma Regulamentadora n. 15 da Portaria n. 3214/78 do MTE.⁶⁹

A aproximação de ambos os ramos do direito é salutar e parece o caminho a ser trilhado. Todavia, a menção aos conceitos trabalhistas na súmula n. 198 - justificada, como já afirmado, pela redação do conceito legal de aposentadoria especial à época - não pode ser tomada como fundamento para ignorar que a legislação previdenciária tem autonomia para definir os agentes tidos como nocivos para seus fins. Do contrário, estar-se-á contrariando a lógica do próprio direito trabalhista, cuja sistemática normativa vigente, como adverte Cairo Jr., só considera insalubres as atividades expressamente discriminadas em rol produzido pelo órgão competente do Ministério do Trabalho, ainda que laudo pericial constate a presença de insalubridade no ambiente de trabalho⁷⁰, na esteira das Orientações Jurisprudenciais n. 4 e 173 da SDI-1 do TST e também da súmula n. 460 do STF.⁷¹

3.2 TERCEIRO EQUÍVOCO

Um terceiro equívoco consiste na utilização do enunciado como fundamento para o deferimento da realização de prova pericial em qualquer demanda judicial que verse sobre atividade especial. A despeito de a prova da exposição do segurado aos agentes nocivos à saúde ou integridade física ter de atentar para as normas vigentes na época da prestação do serviço (*tempus regit actum*), permanece o apego da jurisprudência ao entendimento sumular. Segue-se, então, certo descompasso entre a aplicação administrativa da legislação ora vigente e o tratamento jurídico conferido pelos Tribunais.

É verdade que, de modo geral, a doutrina especializada entende que “o direito previdenciário ainda se ressente enormemente de uma normatização em matéria probatória voltada especificamente para a dinâmica de constituição dessa relação jurídica”. Sem embargo, há reconhecimento praticamente unânime de que o processo previdenciário possui especificidades que lhe distinguem do processo civil tradicional, o que tem reflexo na temática específica dos meios de prova das diversas

69 SALIBA, op. cit., p. 14.

70 o CAIRO JR., José. *Direito do Trabalho*. Salvador: JusPodium, 2006. v. 1. p. 480.

71 o A súmula n.º 460 do STF é explícita no sentido de que “para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato da competência do Ministério do Trabalho e Previdência Social”. A súmula n.º 194 do STF reza que “é competente o Ministro do Trabalho para especificação das atividades insalubres”.

situações previdenciárias. No entanto, no âmbito da atividade especial, há uma tendência da mesma doutrina em afirmar que “nada obstante as exigências legais para o enquadramento de atividade especial, a comprovação da natureza especial da atividade pode se dar por qualquer meio de prova”.⁷² Essa, pois, a afirmação que deve ser contextualizada, porque, como já dito, a prova da atividade especial deve ser feita consoante as exigências da época do exercício da atividade profissional.

A despeito de não ter sido alterado o ônus do segurado de fazer prova de que pertencia a alguma das categorias profissionais ou de que se submetia, de forma habitual e permanente, a algum dos agentes nocivos para esse fim, fato é que, até o advento da Lei n.º 9.032/95, havia relativa flexibilidade quanto aos meios de prova aceitáveis. Ao tempo do advento da súmula n.º 198 do TFR, a par de constar dos quadros anexos, não se exigia qualquer formalidade para a comprovação do tempo de serviço especial. Em geral, o enquadramento por agente nocivo demandava preenchimento, pela empresa, dos formulários SB40, DISES SB 5235 ou DSS8030 (e hoje, ainda, DIRBEN 8030 ou PPP retroativos), indicando qual o agente nocivo a que estava submetido o segurado.⁷³ Nesse caso ou em se tratando de enquadramento por atividade profissional, era desnecessária a produção de prova pericial, exceto para ruído e calor ou na hipótese específica da súmula, ou seja, quando não militava em favor da categoria profissional a presunção de especialidade, por não estar arrolada no decreto. A perícia, portanto, não era regra, e sim exceção.

Depois da linha de corte da Lei n.º 9.032/95, a legislação previdenciária foi-se tornando cada vez mais restritiva quanto à comprovação da atividade especial, passando a exigir do segurado efetiva comprovação de que esteve exposto a agentes nocivos e, modo geral, priorizando a prova documental, com previsão taxativa dos documentos e informações necessários.

Conquanto aquele diploma tenha feito alusão à prova da exposição aos agentes nocivos, foi somente a Medida Provisória n.º 1.523/96, convertida na Lei n.º 9.528/97, que explicitou a exigibilidade de elaboração do formulário com informações advindas de laudo técnico de condições ambientais de trabalho expedido por profissional habilitado. Por isso, o Enunciado n.º 20 do Conselho de Recursos da Previdência Social firmou

⁷² SAVARIS, José Antonio. Algumas Reflexões sobre a Prova Material Previdenciária. In: *Direito Previdenciário em Debate*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 79.

⁷³ MARTINEZ, op. cit., p. 86.

entendimento de que a apresentação de laudo técnico pericial para períodos de atividades anteriores a 11.10.1996 não é obrigatória, salvo em relação ao ruído.⁷⁴ Ainda assim, como a exigência somente veio a ser regulamentada pelo Decreto n.º 2.172/97, esse foi o marco temporal adotado pelo STJ.⁷⁵

O laudo que passou a ser exigível para comprovação da especialidade de labor posterior a 11.10.1996 é aquele elaborado nos termos da legislação trabalhista, ou seja, o Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) ou seus substitutos, feito com observância do disposto no art. 195 da CLT. Trata-se, em síntese, da análise técnica das efetivas condições de trabalho da empresa empregadora, cuja elaboração e atualização é obrigação prevista na lei.

Ora, se ao tempo do advento da súmula n.º 198 do TFR a produção de prova pericial em juízo já era subsidiária - já que prioritária era a demonstração, por qualquer meio, do enquadramento pela atividade profissional - com mais razão após a Medida Provisória n.º 1.523/96, quando, em regra, já haverá prova pré-constituída das condições ambientais de trabalho da empresa por exigência legal. Dito de outro modo, a perícia judicial somente terá cabimento para suprir a ausência do LTCAT, ou seja, quando o segurado justificadamente e por responsabilidade alheia não tiver meios de obter a documentação exigida para comprovação da especialidade do labor.

Não se quer defender, portanto, que o segurado deva ter restringido seu direito à produção de prova; o que se afirma é que, na dinâmica do processo judicial previdenciário atual, a prova pericial, por vezes, mostrar-se-á inadequada ou mesmo desnecessária para o deslinde do feito. É que a perícia, como prevista no art. 420 do Código de Processo Civil, destina-se a levar ao juiz elementos que dependam de

⁷⁴ 20/JR/CRPS - SEGURIDADE SOCIAL. CRPS. BENEFÍCIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. SALVO EM RELAÇÃO AO AGENTE AGRESSIVO RUÍDO, NÃO SERÁ OBRIGATÓRIA A APRESENTAÇÃO DE LAUDO TÉCNICO PERICIAL PARA PERÍODOS DE ATIVIDADES ANTERIORES À EDIÇÃO DA MED. PROV. 1.523 -10, DE 11/10/96. Salvo em relação ao agente agressivo ruído, não será obrigatória a apresentação de laudo técnico pericial para períodos de atividades anteriores à edição da Medida Provisória 1.523 -10, de 11/10/96, facultando-se ao segurado a comprovação de efetiva exposição a agentes agressivos à sua saúde ou integridade física mencionados nos formulários SB-40 ou DSS-8030, mediante o emprego de qualquer meio de prova em direito admitido.

⁷⁵ Entendeu o STJ que, se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior que passou a exigir laudo técnico teria inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo ser aplicada às situações pretéritas. (STJ, RE 357.268/RS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 06.06.2002, entre outros.)

conhecimentos técnicos, devendo, porém, ser indeferida quando a prova do fato deles não depender, quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas, ou, ainda, quando a verificação for impraticável. Logo, em processos cuja prova documental permita a análise das condições de labor do segurado, incabível se fará a delegação da análise técnica ao perito, especialmente em se considerando o rito sumaríssimo dos juizados especiais federais.

Assim, forçoso é concluir que, de regra, a contar de 1996 não se fará necessária a feitura de qualquer perícia, porque bastará a análise do laudo da empresa. Na sua ausência, poderá ser determinada sua realização por profissional legalmente habilitado, dependendo, porém, de conhecimento prévio, somente obtido mediante prova documental, acerca das atividades, funções desempenhadas e setor de trabalho do segurado. De todo modo, a súmula não mais deve ser invocada, por si só, para substituir a documentação legalmente exigida pela simples realização de prova pericial determinada pelo juízo.

3.3 SUPERAÇÃO DA SÚMULA

A despeito de sua tradição romano-germânica, é inegável o poder persuasivo de um enunciado sumular no direito brasileiro. Por meio dele, identifica-se a jurisprudência consolidada de um tribunal. Por isso, embora não obrigatório, tende, por vezes, a valer mais que a norma legislada.

A inexorável evolução do direito decorrente da dinâmica social, porém, traz constante necessidade de revisão da pertinência de um entendimento sumulado às novas circunstâncias culturais, sociais e jurídicas, seja para diferenciar as situações de fato que permitem sua aplicação, seja para, em casos extremos, abandonar sua aplicação. A depender de mudanças legislativas posteriores, é possível que o precedente seja superado, por tornar-se obsoleto ou inadequado à nova ordem. É que, em regra, um enunciado não deve sobreviver se alterado o texto legal da norma legislada a que está vinculado, de modo que se tornem incompatíveis um e outro. Como alerta Alvim:⁷⁶

[...] a súmula, pois, em essência e em rigor, tem a estabilidade do princípio subjacente à lei, para a qual foi feita; assim é que, se tem a estabilidade do princípio embutido na lei, e, mesmo

⁷⁶ ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 2. p. 15.

que alterada a lei (o que tem ocorrido), desde que mantido rigorosamente o mesmo princípio, tal não implica a alteração da súmula, que continua a existir e haverá de ser aplicada.

Nesse passo, um enunciado somente sobrevive se a modificação da legislação que o embasou em nada afetar o princípio subjacente em relação ao qual está em consonância, pois, como visto, sua validade está sempre condicionada ao amparo da norma legislada.⁷⁷

De outra parte, a existência de um entendimento sumulado jamais supre a necessidade de o julgador atentar para a exata correspondência entre o caso concreto e a hipótese que justifica a *ratio decidendi* do enunciado. Se os fatos fundamentais de um precedente, analisados no apropriado nível de generalidade, não coincidirem com os fatos fundamentais do caso posterior em julgamento, o precedente não será seguido, o que, na teoria do *stare decisis*, é chamado de *distinguishing*, ou distinção entre os casos. Para tanto, deve o julgador valorar as circunstâncias tanto do caso anterior como daquele em julgamento a fim de concluir pela aplicação ou não do precedente.

No caso da aposentadoria especial, a Lei n.º 9.032/95 pode ser tida como marco temporal dos novos contornos do benefício previdenciário e, por conseguinte, da forma de analisar e enquadrar uma atividade como especial, na medida em que, a partir dela, passou-se a exigir efetiva comprovação da submissão habitual e permanente do trabalhador a agentes nocivos. Daí decorre, portanto, a necessidade de distinguir a aplicabilidade da súmula n.º 198 do TFR conforme o trabalho tenha sido exercido antes ou depois daquela linha de corte.

A distinção torna-se necessária porque o tempo de serviço é regido pela lei da época em que foi prestado, em observância ao princípio *tempus regit actum*. No caso específico do labor especial, além disso, é assente o entendimento de que também sua comprovação se regula pela legislação em vigor ao tempo em que exercido.⁷⁸ Por isso, a contagem do tempo de serviço especial pode submeter-se ao regramento de dada legislação, mesmo já revogada, mas vigente no momento da prestação do trabalho, ainda que o benefício postulado esteja em novo regramento.

⁷⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 526.

⁷⁸ A doutrina faz alusão ao Recurso Especial n.º 414.083/RS, julgado pela 5ª Turma do STJ, relator Min. Gilson Dipp, j. em 02.09.2002, para embasar o entendimento de que lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido.

Assim, forçoso é concluir que a súmula n.º 198 do extinto TFR somente tem aplicabilidade para períodos de labor havidos até a Lei n.º 9.032/95 e, ainda assim, apenas quando houver subsunção dos fatos à sua inteligência. Os motivos que ensejaram a *ratio decidendi* do enunciado, já detalhados na primeira parte deste trabalho, circunscrevem-se à possibilidade de ampliação do rol de categorias profissionais para as quais, à época, havia previsão de enquadramento expressa nos decretos regulamentadores. Além disso, a possibilidade se operacionalizava por meio de prova pericial que atestasse a submissão efetiva a agentes insalubres, penosos ou perigosos, porque esses eram os agentes tidos, até a Lei n.º 8.213/91, como ensejadores da especialidade do labor.

Por outro lado, a aplicação do enunciado depois da Lei n.º 9.032/95 perdeu o sentido, já que não mais vigentes os preceitos nos quais estava fundamentalmente embasado. Dito de outro modo, a alteração das circunstâncias que justificavam o enunciado implicou sua superação. Nessa seara, o fato de ter sido largamente utilizado - inclusive como única fundamentação - na construção de decisões judiciais, sem observância do referido marco legislativo, tem sido causa dos equívocos interpretativos já relatados. O âmago das distorções, em última análise, reside na interpretação da própria finalidade do benefício e, por conseguinte, na desconsideração de que a legislação exige, hoje, efetiva submissão do segurado a condições nocivas à saúde ou integridade física, ou seja, condições que comprovadamente importem em desgaste superior ao comum e que, por isso, justificam a diminuição do tempo de serviço exigido para a jubilação.

4 CONCLUSÃO

O incremento no número de demandas judiciais versando sobre o benefício de aposentadoria especial não tem sido condizente com sua natureza excepcional. A despeito do regramento específico constante da legislação previdenciária, a ele tem-se reservado finalidade e alcance cada vez mais alargados. Não se olvida que a aposentadoria especial pode ser tida como técnica legislativa de proteção à saúde e à integridade física do segurado; no entanto, não deve ser vista como corolário de todo e qualquer labor havido sob condições adversas.

Considerando que o desgaste progressivo pelo decurso do tempo é inerente ao exercício do trabalho, a aposentadoria especial, menos do que compensação pela prestação de serviço em condições potencialmente

adversas, consiste em prestação previdenciária vinculada à perda da capacidade laborativa em ritmo mais acelerado que o normal, o que torna relevante reavaliar o tratamento que tem sido conferido, na doutrina e na jurisprudência, aos critérios e formas de comprovação da atividade especial. Daí a necessidade de releitura da súmula n.^o 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, na medida em que o entendimento nela consagrado é tido, ainda hoje, como fundamentação bastante nas decisões judiciais sobre a matéria.

Analizando-se os precedentes que a embasaram e a legislação vigente ao tempo de sua edição, forçoso é concluir que o alcance da súmula restringia-se à consideração de não-taxatividade ou não-exaustividade das *categorias profissionais* elencadas pelos diversos decretos regulamentadores, desde que, por perícia judicial, se comprovasse que a atividade era insalubre, perigosa ou penosa. Sua redação, ademais, era consentânea com a legislação então em vigor.

Com a Constituição de 1988, porém, os termos trabalhistas restaram extirpados do conceito da aposentadoria especial, quando foram substituídos pela noção de desempenho de atividades laborais em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Desenhou-se, a partir daí, nova filosofia previdenciária relativamente ao benefício, marcada pelo abandono das premissas em que se baseou a súmula. Com mais clareza a partir da Lei n.^o 9.032/95, passou-se a permitir o enquadramento de uma atividade como especial somente em razão da efetiva submissão aos agentes arrolados como nocivos e, pela primeira vez, a própria lei de regência trouxe os meios de prova exigíveis para sua concessão.

Nesse contexto, a subsistência de aplicação da súmula a casos regidos pela legislação atual tem dado ensejo a equívocadas interpretações e, mais do que isso, servido como fundamento suficiente para sua não-observância. Não atentando para a necessidade de distinção entre os casos, ela tem sido utilizada para ampliar o rol de agentes nocivos, para permitir enquadramento de situações nas quais não há efetiva submissão do segurado a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física e, ainda, para substituir a documentação legalmente exigida, mesmo nas hipóteses em que se poderia exigir sua apresentação.

Diante de tais equívocos, há necessidade de distinguir a aplicabilidade da súmula n.^o 198 do TFR conforme o trabalho tenha sido

exercido antes ou depois da Lei n.º 9.032/95, porque, como já afirmado, tal diploma deve ser tido como marco temporal dos novos contornos da aposentadoria especial. É que, se a existência de um entendimento sumulado jamais supre a necessidade de o julgador atentar para a exata correspondência entre o caso concreto e a hipótese que justifica a *ratio decidendi* do enunciado, também é certo que, a depender de mudanças legislativas posteriores, é possível que o precedente seja superado, por tornar-se obsoleto ou inadequado à nova ordem.

Não se quer, com isso, defender total dissociação entre a legislação previdenciária e a trabalhista, tampouco afirmar que o segurado deve ter restringido seu direito à produção de prova. O que se sustenta é que, partindo da premissa de que a aposentadoria especial não é meio de se compensar um ambiente laboral imperfeito, não há qualquer incorreção no fato de a legislação previdenciária ter se afastado da noção de mero risco e, por exigir a efetiva submissão a agentes nocivos para comprovação da especialidade do labor, não mais albergar como especiais situações consideradas, no âmbito trabalhista, como penosas ou perigosas. Da mesma forma, as exigências legais quanto à pré-constituição das provas hoje exigíveis para comprovação da especialidade nem sempre tornarão necessária a feitura de perícia judicial.

Em síntese, defende-se a interpretação de que a legislação previdenciária tem autonomia para definir os agentes tidos como nocivos para seus fins e, mais do que isso, a superação - ou limitação de aplicação no tempo - de um verbete sumular cujas bases já não mais subsistem e cuja aplicação tem sido feita ao arrepio da lei.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. v. 2.

BERBEL, F. L. V. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BRASIL. *Anteprojeto da Lei Orgânica da Previdência Social*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952.

BRASIL. *Legislação*. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

CAIRO JR., José. *Direito do Trabalho*. Salvador: JusPodium, 2006. v. 1.

- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 12. ed. Florianópolis: Conceito, 2010.
- DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- DUTRA, Alexandre Pereira. *A função norteadora da jurisprudência: aplicação da súmula vinculante à luz da doutrina do stare decisis*. In: HIROSE, Tadaaqui; SOUZA, Maria Helena Rau de. *Curso Modular de Direito Processual Civil*. São Paulo: Conceito, 2011.
- FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DONADON, João. *O benefício de aposentadoria especial aos segurados do regime geral de previdência social que trabalham sujeitos a agentes nocivos: origem, evolução e perspectivas*. 2003. 94f. Monografia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- GUSTIN, Miracy B. S; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2007.
- LAZZARI, João Batista. *Aposentadoria Especial: Estudo Técnico e Apreciação Judicial*. Porto Alegre: TRF – 4^a Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Previdenciário: módulo 3).
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- LOUZADA, L. M. G. *Aposentadoria Especial: Técnica, Ficção ou Arbitrariade?* In: Temas Aprofundados AGU. Salvador: Juspodivm, 2012.
- MARCELO, Fernando Vieira. *Aposentadoria Especial*. Leme: Mizuno, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Aposentadoria Especial*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

NOJIRI, Sergio. *A interpretação judicial do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NOWACKI, Paulo Sérgio. Trajetória Histórica da Aposentadoria Especial no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; FOLMANN, Melissa; Di BENEDETTO, Roberto (Orgs.) *Previdência Social: aspectos controversos*. Curitiba: Juruá, 2009.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. *Aposentadoria Especial*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSAS, Roberto. *Direito Sumular*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SALIBA, Tuffi Messias. *Aposentadoria Especial: aspectos técnicos para caracterização*. São Paulo: LTr, 2011.

SANTOS, Sérgio Roberto Leal dos. A Súmula n. 260 do Tribunal Federal de Recursos e a vinculação do benefício ao salário mínimo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2032, 23 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12235>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

SAVARIS, José Antonio. Algumas Reflexões sobre a Prova Material Previdenciária. In: *Direito Previdenciário em Debate*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 53-79.

_____. *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

SERRA E GURGEL, J. B. *Evolução da Previdência Social*. Brasília: FUNPREV Fundação ANASPS, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA

***TERMINATION OF THE EFFECTIVENESS OF TAX RES
JUDICATA IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF FREE
COMPETITION***

Anderson Ricardo Gomes

Procurador da Fazenda Nacional

*Mestrando em Direito pela UNIMAR – Universidade de Marília
Especialista em Direito Tributário pela UnB – Universidade de Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Coisa julgada tributária; 1.1 Relação jurídica tributária como uma relação continuativa (sucessiva ou de trato sucessivo); 1.2 Coisa julgada e eficácia das sentenças que julgam questões tributárias: eficácia desconstitutiva (efeitos retroativos) e eficácia declaratória (efeitos prospectivos); 1.3 Da positivação da segurança jurídica e seus reflexos nas decisões proferidas pelo supremo tribunal federal; 1.4 Da livre concorrência como

princípio constitucionalizado: especialização do princípio da igualdade; 1.5 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como inovação no direito; 1.6 Cessação da eficácia da coisa julgada tributária no que tange aos seus efeitos prospectivos; 1.7 Forma e momento de cessação da eficácia da coisa julgada tributária em razão do advento de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: Defender-se-á a interpretação de que as decisões do Supremo Tribunal Federal, dotadas de eficácia vinculante e aplicáveis *erga omnes*, prolatadas posteriormente ao trânsito em julgado das ações concretas fundadas na(s) mesma(s) questão(ões) de Direito, mas em sentido diverso dessas últimas, têm o condão de esvaziar a eficácia da coisa julgada tributária, em virtude do caráter continuativo que caracteriza a relação jurídica tributária. Considerando a função política da qual se reveste a Corte Constitucional brasileira ao proferir decisões em controle de constitucionalidade, quando este tribunal fixa a interpretação do ordenamento jurídico à luz da Constituição Federal, o seu posicionamento definitivo acerca da(s) questão(ões) de Direito Tributário consiste em modificação do Direito Objetivo brasileiro, apta a proporcionar a incidência da norma tributária cuja constitucionalidade fora ratificada pelo Tribunal Constitucional, ou, a obstar tal incidência, no caso de declaração de inconstitucionalidade da mesma, não obstante as partes envolvidas na relação jurídica tributária (Fazenda Pública e contribuinte) dispuserem de decisão judicial transitada em julgado favorável aos respectivos interesses, e fundadas em interpretação jurídica diametralmente oposta ao do egrégio tribunal. E esta cessação da eficácia da coisa julgada, que se restringe aos efeitos futuros ou prospectivos da relação jurídica tributária, ocorre de forma automática, eis que aludido entendimento dá concretude imediata ao estado de coisas ideal proposto pelo princípio da livre concorrência, eis que proporciona a isonomia tributária entre os concorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Relações Jurídicas Continuativas. Coisa Julgada Tributária. Livre Concorrência.

ABSTRACT: Defender will be the interpretation that the decisions of the Supreme Court, endowed with effective binding and enforceable *erga omnes*, handed down after the *res judicata* based on concrete actions (s) it (s) question (s) of law, but in a different sense of the latter, have the power to empty the *res judicata* effect of the tax, because of continuative character that characterizes the relationship legal tax. Considering

the political function of which takes the Brazilian Constitutional Court to render decisions in judicial review when this court fixed the interpretation of law in the light of the Constitution, its position on the final (s) question (s) of Law tax law is to change the Brazilian goal, able to provide the incidence of tax law whose constitutionality had been ratified by the Constitutional Court, or to prevent such incidence in the case of unconstitutionality of the same, notwithstanding the parties involved in the legal tax (Treasury and taxpayer) has set final court decision favorable to their interests, and based on legal interpretation diametrically opposed to the eminent tribunal. And this cessation of effectiveness of res judicata, which is restricted to the effects of future or prospective legal tax relationship, occurs automatically, behold alluded immediate understanding gives concreteness to the ideal state of affairs proposed by the principle of free competition, behold provides tax equality among competitors.

KEYWORDS: Legal Relations Continuativas. Res Judicata Tax. Free Competition.

INTRODUÇÃO

A problemática tratada nesse artigo consiste na definição das repercussões que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos terão sobre as pré-existentes decisões declaratórias transitadas em julgado, que tenham analisado a mesma questão constitucional concernente à tributação.

Busca-se a análise da correta compatibilização entre juízos de validade diversos, proferidos por diferentes órgãos do Poder Judiciário, acerca de um mesmo enunciado normativo, de índole jurídico-tributária, a fim de se determinar quais os efeitos que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal irradiará sobre as decisões individuais e concretas, transitadas em julgado perante as instâncias inferiores.

Insta ressaltar que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula na estrutura do Poder Judiciário pátrio, detendo a competência para interpretar em última instância a Constituição Federal, e, por consequência, suas manifestações, além de técnicas sob o aspecto jurídico, são dotadas de forte carga política, no sentido de propiciar a exata definição do Direito Objetivo.

Dessa circunstância decorre, por corolário, que a superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre questão tributário-constitucional se caracteriza como *alteração do estado do direito*, apta a interferir na eficácia prospectiva de comandos normativos constantes de decisões judiciais com preponderante eficácia declaratória, que julgando relações jurídicas tributárias, fixaram-lhes os respectivos “esquemas de agir”¹ entre o Estado-fisco e o contribuinte, de modo até então definitivo.

Isso faz com que os fatos tributários futuros passem a ser regulados de acordo com a normatividade extraída da manifestação do Supremo Tribunal Federal para a norma em questão, tal qual ocorreria se houvesse mudança legislativa.

E nesse contexto, todos os agentes econômicos que praticarem os fatos econômicos sujeitos à tributação por força dessa norma tributária devem se sujeitar à mesma incidência do comando normativo, independentemente de serem ou não favorecidos por anterior decisão declaratória transitada em julgado, uma vez que a isonomia concorrencial exige tal providência por parte do Estado-fisco.

Para o bem desenvolvimento da tese, fixar-se-á alguns conceitos processuais pertinentes ao tema, tais como relação jurídica continuativa, sentença declaratória, coisa julgada, e alteração do estado de direito.

1 COISA JULGADA TRIBUTÁRIA

1.1 RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA COMO UMA RELAÇÃO CONTINUATIVA (SUCESSIVA OU DE TRATO SUCESSIVO)

O professor Teori Albino Zavascki² ensina que, sob o critério das circunstâncias temporais do fato gerador das relações jurídicas, estas podem ser classificadas em: 1) instantâneas; 2) permanentes (ou duradouras); e 3) sucessivas (continuativas ou de trato sucessivo).

¹ “A norma jurídica individual e concreta transitada em julgado definirá um ‘esquema de agir’ entre Estado e contribuinte na feliz expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Segundo esse autor, quando se requer que o decisum de uma sentença, para valer para processos futuros, envolva as mesmas partes, a mesma causa petendi e o mesmo objeto, obviamente que a suposta identidade não pode se referir ao ato concreto, único e irrepetível, mas aos esquemas de agir ou atividade.” (PONTES, 2005, p. 190-191)

² ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 25 ago. de 2012.

A relação jurídica *instantânea* se caracteriza por seu fato gerador ocorrer e se consumar em um único momento, de forma imediata, e sem continuidade no tempo, ou, resultando de fato desdobrado no tempo, só atrair uma única vez a incidência da norma no momento em que estiver inteiramente formado.

A relação jurídica *permanente* (ou *duradoura*) é aquela que se origina de suporte fático de incidência ou fato gerador consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo, fazendo com que a incidência da norma também seja continua e ininterrupta.

A relação jurídica *sucessiva* (continuativa ou de trato sucessivo), por sua vez, é aquela que surge de fatos geradores instantâneos, mas que se repetem periodicamente, de forma uniforme e continuada. Nestes casos, há uma relação jurídica permanente entre as partes, conferindo às mesmas certo *status* jurídico, e, de tempos em tempos, se dá a ocorrência de fatos geradores instantâneos, vinculados e decorrentes daquela relação jurídica permanente, sendo que a incidência da norma jurídica recai sobre esse suporte fático complexo³.

Teori Albino Zavascki segue lecionando que a sentença judicial se pauta pelo princípio da retroatividade, expressando um juízo de subsunção normativa sobre fatos passados e impondo os efeitos jurídicos previstos pelo ordenamento para o ocorrido *sub judice*.

Portanto, em regra, as sentenças só têm força vinculante sobre fatos passados e as relações jurídicas efetivamente concretizadas ou consumadas.

No entanto, quando a relação jurídica apreciada pelo juízo se caracterizar como sucessiva (continuativa ou de trato sucessivo), a sentença a ser proferida pode irradiar eficácia sobre fatos futuros, na medida em que disciplina o especial modo de ser desta relação jurídica e os efeitos jurídicos dos ulteriores fatos recorrentes que apresentarem o mesmo suporte fático - elementos normativos - do fato passado sobre o qual recaiu a análise judicial.

Tal solução jurídica é possível devido à fisiologia da relação jurídica sucessiva (continuativa ou de trato sucessivo), a qual surge de um suporte fático complexo, em que existe uma relação jurídica

³ ZAVASCK, op. cit.

permanente, dentro da qual ocorrem fatos geradores instantâneos, que se repetem de forma periódica e uniforme, como ensina Teori Albino Zavascki⁴, *in verbis*:

Em nosso entender, também nessa matéria tributária a eficácia prospectiva do julgado pode ser sustentada, sem que venha a configurar julgamento sobre a norma em tese ou sentença com efeito normativo, justamente nisto; em ter a sentença lançado juízo de certeza sobre determinada situação jurídica, concreta e presente, mas de *caráter duradouro*, como a que diz respeito à natureza das atividades ou ao *status fiscal* do contribuinte, situação esta na qual se inserem os elementos próximos da obrigação tributária e o das semelhantes obrigações tributárias sucessivas. [...].

Pelas peculiaridades da relação jurídica sucessiva (continuativa ou de trato sucessivo), a coisa julgada que se forma sobre a sentença que a julga (sentença essa designada de *determinativa*) se sujeita a um regime jurídico diferenciado em relação às demais e traz em si, de forma implícita, a cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido em que admite sua reapreciação para ser adaptada ao estado de fato e/ou ao direito superveniente, conforme expressa previsão do Código de Processo Civil brasileiro, constante de seu art. 471, I.

Nesse ponto, cumpre anotar que as relações jurídicas tributárias podem ser *instantâneas*, surgidas a partir da ocorrência de um fato jurídico-tributário isolado, ou *sucessivas (continuadas ou de trato sucessivo)*, que representam a grande maioria das referidas relações⁵.

O objeto de análise do presente escrito recai justamente sobre as repercussões que a ulterior decisão final do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante e *erga omnes*, em sentido contrário ao entendimento fixado na *res judicata* tributária, surtirá sobre os fatos jurídico-tributários que se repetirem após a decisão da Corte Constitucional brasileira.

⁴ ZAVASCKI, op. cit.

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em Matéria Tributária*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003. p. 43-44.

1.2 COISA JULGADA E EFICÁCIA DAS SENTENÇAS QUE JULGAM QUESTÕES TRIBUTÁRIAS: EFICÁCIA DESCONSTITUTIVA (EFEITOS RETROATIVOS) E EFICÁCIA DECLARATÓRIA (EFEITOS PROSPECTIVOS)

A coisa julgada é a imutabilidade do comando normativo concreto e individual da decisão judicial, que tem a finalidade de estabilizar definitivamente a relação sociológica refletida na relação jurídica de direito material levada à apreciação do Poder Judiciário, dando concretude ao valor segurança jurídica.

A coisa julgada material, que se dá em relação a processos nos quais houve resolução do mérito, impede que aquele fato jurídico *sub judice* seja apreciado novamente pelo Poder Judiciário no processo em que se formou ou em qualquer outro processo, salvo as hipóteses de ação rescisória.

Quanto aos limites objetivos da coisa julgada, o art. 469 do Código de Processo Civil prescreve que somente o dispositivo da decisão judicial transita em julgado, o qual por sua vez, é delimitado pela congruência que apresenta com os pedidos do autor e a causa de pedir exposta na exordial. Por outro lado, não adquirem o atributo da indiscutibilidade os motivos, ainda que importantes para se determinar o alcance da parte dispositiva, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da decisão e a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469, I, II e III do *codex* supra mencionado).

No que tange aos efeitos da decisão judicial transitada em julgado que decide a relação jurídica tributária, tem-se que a decisão pode ser *meramente declaratória* ou *desconstitutiva*, também chamada de *constitutiva negativa*.

Segundo ensinam os eminentes processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Ahenhart⁶, “a sentença declaratória apenas ‘declara’ a existência, a inexistência, ou o modo de ser de uma relação jurídica. A ela recorre aquele que necessita obter, como bem jurídico, a declaração da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica”. Seu objetivo é a eliminação da incerteza que recai sobre determinada relação jurídica.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 455.

Por seu turno, a sentença constitutiva é aquela que cria, modifica ou extingue certa relação jurídica, podendo “ser constitutiva positiva ou constitutiva negativa, também ditas em outras terminologias, mas no mesmo sentido, sentenças constitutivas e desconstitutivas”⁷.

Como já mencionado, as relações jurídicas tributárias podem ser *instantâneas* ou *continuativas* (*sucessivas ou de trato sucessivo*). Doravante, o estudo passará à inter-relacionar as eficácia preponderantes das sentenças com o processamento e julgamento das relações jurídicas tributárias *continuativas* (*sucessivas ou de trato sucessivo*).

No processo tributário, as ações e respectivas sentenças *declaratórias* terão cabimento quando uma das partes interessadas tencionar obter provimento jurisdicional que espanque incertezas jurídicas que recaiam sobre a existência ou não da relação jurídica tributária,⁸ ou quando a dúvida consistir na definição de algum ou alguns elementos da relação jurídica tributária, por exemplo, a natureza das atividades ou o *status fiscal* do contribuinte.

As sentenças desta natureza transitadas em julgado determinam quais os parâmetros jurídicos a serem observados naquela específica e concreta relação jurídica tributária, definindo o especial modo de ser da relação jurídica tributária, o que refletirá no modo como se produzirão os efeitos dos fatos geradores instantâneos que irão se repetir no futuro, de tal forma que os efeitos futuros da sentença perdurarão enquanto se mantiverem inalteradas as mesmas condições fáticas e jurídicas sobre as quais a decisão judicial foi proferida e se repetirem fatos geradores idênticos aos discutidos na aludida ação judicial.

De outra feita, as ações e sentenças tributárias de natureza desconstitutiva vão se destinar à invalidação do ato jurídico de constituição do crédito tributário.

Em tais ações tributárias, desde que haja pedido declaratório do autor (cumulativo com o pedido constitutivo negativo), a sentença desconstitutiva produz duas espécies de eficácia distintas: uma primeira, desconstitutiva, que vai recair sobre o ato concreto e pretérito de constituição do crédito tributário, invalidando-o, logo, gerando

⁷ MARINONI, op. cit., p. 458.

⁸ Por exemplo, como ocorre quando o contribuinte alega que a obrigação nascida com a relação jurídica tributária é juridicamente inexistente em virtude da inconstitucionalidade da norma tributária que instituiu a hipótese de incidência do tributo.

efeitos retroativos (pois incide sobre fatos consumados); e uma segunda eficácia, de natureza declaratória, por meio da qual o Poder Judiciário vai fixar quais os parâmetros jurídicos a serem observados naquela específica e concreta relação jurídica tributária e que vão reger as futuras incidências tributárias dos vindouros fatos geradores idênticos aos discutidos naquela ação judicial, ensejando efeitos prospectivos (pois se refere a fatos futuros).

Ressaltando a necessidade de se discernir os efeitos passados dos futuros da coisa julgada em relações jurídicas continuativas, ensina Hugo de Brito Machado⁹, *verbum ad verbum*:

Conhecemos situações nas quais existem sentenças afirmando a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade de uma lei tributária, e tais sentenças transitam em julgado, vindo mais tarde o Supremo Tribunal Federal a resolver a questão em sentido oposto ao albergado pela sentença.

À primeira vista pode parecer que a coisa julgada deve subsistir em qualquer caso, salvo apenas a possibilidade de ação rescisória. Essa idéia, entretanto, resulta da não consideração de que os efeitos da coisa julgada devem ser distintos, em relação aos fatos passados e aos fatos que, embora idênticos ou da mesma natureza, sejam de consumação futura, o que ocorre na relação jurídica continuativa.

Podem possuir a referida eficácia declaratória tanto sentenças proferidas em ações com tramitação sob as regras do procedimento processual ordinário quanto às prolatadas no procedimento do mandado de segurança.

Delimita-se esta análise somente sobre a eficácia declaratória contida nas sentenças tributárias.

A fim de se examinar o alcance da coisa julgada tributária, há que se reforçar que a grande maioria das relações jurídicas tributárias entre o Estado-fisco e o contribuinte caracteriza-se como uma relação jurídica *continuativa (sucessiva ou de trato sucessivo)*, pois há a reiteração periódica do substrato fático que enseja a incidência dos efeitos da norma

⁹ MACHADO, Hugo de Brito. Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade e de Legalidade em Matéria Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. Fortaleza: Dialética, 2006. p. 157-158.

tributária sobre os fatos jurídico-econômicos descritos pela lei como hipótese de incidência tributária, sendo que periodicamente surgem novas obrigações tributárias referentes àquela relação jurídica tributária.

Tal característica tem grande influência na delimitação da eficácia da coisa julgada tributária, uma vez que quando os integrantes da relação jurídica de direito material a expõem à apreciação do Poder Judiciário, o Estado-juiz analisa e resolve questões de direito concernentes a uma gama de elementos objetivos que periodicamente se repetirão no futuro, e que, não fosse a coisa julgada sobre aquela situação permanente, dariam azo a idênticos questionamentos jurídicos a cada ocorrência fática.

Dentro dos limites da demanda exposta, o Poder Judiciário poderá apreciar todos os elementos substanciais da obrigação decorrente da relação jurídica tributária, resolvendo as questões jurídicas pertinentes e determinando quais os parâmetros jurídicos regentes daquela específica e concreta relação jurídica fiscal, criando o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior designa de “esquema de agir” entre o Estado-fisco e o contribuinte.¹⁰

Transitada em julgado a decisão que aprecia e julga a relação jurídica tributária *continuativa* (*sucessiva ou de trato sucessivo*), essa decisão surtirá naturalmente efeitos prospectivos para todas as ocorrências futuras de fatos geradores idênticos - que apresentem os mesmos elementos objetivos descritos na norma tributária -, ao analisado na ação judicial, justificando-se tal efeito no mencionado caráter continuativo da relação jurídica.¹¹

À luz dessas premissas processuais, tem-se que a resposta à análise da questão central deste trabalho passa pela ponderação de princípios positivados na Constituição Federal de 1988, eis que há um patente conflito normativo-principiológico, no qual se apresenta a *segurança jurídica*, de um lado, representada pela garantia da coisa julgada, e o princípio da *igualdade material* de outro, concretizada na *livre concorrência*.

¹⁰ PONTES, Helenilson Cunha. Coisa julgada tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coords.). *Coisa julgada tributária*. São Paulo: MP, 2005. p. 190-191.

¹¹ Ibid., p. 203.

1.3 DA POSITIVAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E SEUS REFLEXOS NAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A segurança jurídica remete à idéia de estabilidade das situações individuais consumadas e previsibilidade perante o Direito. Trata-se de um valor norteador da ordem jurídica brasileira, conforme explicitado no preâmbulo constitucional, o qual alude à segurança como algo a ser propiciado aos integrantes da sociedade, conduzida por um Estado Democrático de Direito.

O princípio da segurança jurídica está positivado em nossa Constituição Federal de forma implícita, mas claramente aflorando em vários dispositivos que trazem regras que preveem a estabilidade das relações jurídicas como direito subjetivo, tais como a garantia de que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (art. 5.º, XXXVI), “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*” (art. 5.º, XXXVII), “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*” (art. 5.º, XXXIX), “*a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*” (art. 5.º, XL). Também, na vedação à União, Estados, Distrito Federal e Municípios de cobrar tributos “*em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado*”, “*no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*” ou “*antes de decorrido noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*” (art. 150, III, “a”, “b” e “c”).

Há que se lembrar ainda que a Emenda Constitucional n.º 45/2004, com a inserção do art. 103-A, instituiu a súmula vinculante, com a finalidade de harmonizar a interpretação de controvérsia sobre questões jurídicas que acarretem divergência jurisprudencial, em prejuízo à certeza da norma, o que reforçou a importância da segurança jurídica em nosso ordenamento na medida em que a edição de súmula vinculante objetiva extirpar grave *insegurança jurídica*.

Essa preocupação com a consagração e concretude da segurança jurídica nas relações intersubjetivas também se faz presente nos normativos que disciplinam os efeitos temporais das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, sendo a segurança jurídica critério determinante na atividade de *modulação dos efeitos da decisão*.

Nesse contexto jurídico-constitucional, de consagração do princípio da segurança jurídica, a positivação da garantia da coisa julgada

dá concretude ao referido princípio, no sentido em que proporciona a estabilidade das relações intersubjetivas qualificadas como jurídicas, satisfazendo as expectativas humanas de segurança, com a definição acerca da regra jurídica a ser aplicada e da conduta a ser seguida, pondo fim à discussão judicial, e promovendo a pacificação social por meio do término da lide¹².

1.4 DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONALIZADO: ESPECIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

No Brasil, o constituinte de 1988 previu a livre concorrência como princípio da ordem econômica, de maneira a impor ao Estado o dever de implementar políticas públicas que propiciem a higidez do mercado, por meio da promoção do maior grau de concorrência possível entre os agentes econômicos privados que atuam nesse mercado, conforme art. 170, VI, e art. 173, § 4.º, da Constituição Federal.

Buscando o sentido destes comandos constitucionais, Eros Grau¹³ assevera que o princípio da livre concorrência, insculpido no inciso IV do art. 170 da Constituição, é correlato ao princípio da livre iniciativa econômica, e desdobra-se em liberdades privadas e liberdade pública concernentes à concorrência, apresentando a liberdade de concorrência os seguintes aspectos:

- 1) faculdade de conquista de clientela, desde que não se utilize de concorrência desleal – liberdade privada;
- 2) proibição de formas de atuação que impeçam a concorrência – liberdade privada;
- 3) a neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública.

O eminent professor leciona que é a competitividade no mercado que define a livre concorrência, tomando emprestado para tal mister as lições de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Extraí-se da obra de Eros Grau¹⁴:

¹² PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia*. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF>>. Acesso em: 30 de ago. de 2012.

¹³ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 184-190.

¹⁴ Ibid., p. 190.

Mais uma vez recorro à exposição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (*A economia e o controle do Estado*, cit.): ‘A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluída, isto é, exigência estrita de pluralidade de agente e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base de formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada’.

A proteção à concorrência justifica-se na medida em que a mesma desenvolve o mercado, proporcionando benefícios aos consumidores em geral e incentivando a pesquisa tecnológica e o aproveitamento sustentável e eficiente de todos os fatores empregados no processo de produção.¹⁵

Carlo Barbieri Filho¹⁶ ensina que “concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais. Consiste, no setor econômico, na disputa entre todas as empresas para conseguir maior e melhor espaço no mercado”.

A concorrência que o Direito Econômico Constitucional objetiva promover é a chamada “concorrência perfeita”, estrutura de mercado caracterizada pela homogeneidade dos produtos, atomicidade do

¹⁵ PLAWIAK, Rainer Belotto. O controle das estruturas do Direito Concorrencial Brasileiro: Aspectos Teóricos e Práticos. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coords.). *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 66-68.

¹⁶ BARBIERI FILHO, apud TAVARES, 2011. p. 256.

mercado, mobilidade dos fatores de produção e transparência e fixação de preços pelo próprio mercado¹⁷.

Por outro lado, é importante fixar que a competição por espaço no mercado entre os agentes econômicos, ou, em outros termos, a prática da livre concorrência, pressupõe igualdade de condições entre esses agentes, de tal maneira que se pode afirmar que o princípio da livre concorrência consiste na especialização do princípio da isonomia aplicado à ordem econômica.

Este entendimento reclama do Estado atuações que promovam a igualdade de condições de competição no mercado, e, inclusive, impõe ao mesmo o dever de manter a neutralidade da tributação, de forma que a incidência do ônus tributário recaia isonomicamente sobre todos os concorrentes e não se torne um fator de desequilíbrio irrazoável e injusto na busca pelo mercado. Segundo ensinam Fellipe Cianca Fortes e Marlene Kempfer Bassoli¹⁸, o “Princípio da Neutralidade Fiscal [...] possibilita: (i) igualdade de condições no jogo de mercado; (ii) ausência de barreiras estatais de ingresso e permanência no mercado; e (iii) interferência nula ou mínima do Estado no jogo de mercado”.

Portanto, a questão subjacente à questão sobre a juridicidade da cessação dos efeitos prospectivos da coisa julgada tributária em virtude de posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto, consiste em responder a qual princípio constitucional deve ser dada prevalência no caso de conflito entre os princípios da segurança jurídica (concretizado na garantia da coisa julgada) e da igualdade (concretizado no princípio da livre concorrência, e que, em última análise, é informado pelo valor justiça).

1.5 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INOVAÇÃO NO DIREITO

Alterando-se o suporte fático ou jurídico sobre o qual a decisão transitada em julgado se fundamentou, o art. 471, I, do Código de Processo Civil permite a rediscussão da relação jurídica tributária, o que é justificado ante a constatação de que em tais casos estar-se-á

¹⁷ ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 487.

¹⁸ FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. *Análise econômica do Direito Tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal*. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7659/6753>>. Acesso em: 10 set. 2012.

dante de uma nova ação, com uma diferente causa de pedir, não havendo identificação com a anterior ação transitada em julgado.

Nesse contexto, a superveniência de manifestação do Supremo Tribunal Federal, sobre a mesma questão tributário-constitucional, em sentido diverso da decisão individual transitada em julgado, caracteriza-se como modificação no estado de direito para os fins de cessação da eficácia declaratória prospectiva da coisa julgada tributária, como leciona Dalton Luiz Dallazem¹⁹: “A modificação no estado de direito, por seu turno, significa o comprometimento da interpretação levada a cabo na situação jurídica objeto de apreciação judicial por força de entendimento posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário quanto à questão constitucional”.

Helenilson Cunha Pontes²⁰ comunga do mesmo entendimento:

Ademais, inegável que a pronúncia de constitucionalidade com efeitos gerais, é circunstância que altera a situação de direito, sob a qual foi produzida a coisa julgada individual a impor a imediata adequação da norma individual ao novo momento vivido pelo ordenamento jurídico após aquela pronúncia.

Tal entendimento decorre da circunstância de ser o Supremo Tribunal Federal o órgão de cúpula na estrutura do Poder Judiciário pátrio, detendo a competência para interpretar em última instância a Constituição Federal, eis que é o guardião desta, e, por consequência, suas manifestações, além de técnicas sob o aspecto jurídico, são dotadas de forte carga política, no sentido de propiciar a exata definição do Direito Objetivo.

No âmbito da jurisprudência pátria, encontram-se no Superior Tribunal de Justiça precedentes que acolhem a tese acima explicitada, citando-se, exemplificativamente, trecho da ementa do REsp 822.683/PR, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, na qual resta consignado que “há *modificação do estado de direito* a partir do advento da Resolução do Senado Federal que, suspendendo a execução do preceito normativo, universaliza, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade”²¹.

19 DALLAZEM, op. cit., p. 94.

20 PONTES, op. cit., p. 205.

21 No mesmo sentido: EDcl no REsp 651.260/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 344.

Portanto, a sentença determinativa que julga a relação jurídica tributária *continuativa (sucessiva ou de trato sucessivo)*, sujeitando-se à cláusula *rebus sic stantibus*, tem sua eficácia sobre os fatos geradores futuros influenciada pela superveniência de decisão final do Supremo Tribunal Federal, em sentido oposto, visto que, para os fins de revisão da coisa julgada, a que se refere o art. 471, I, do Código de Processo Civil, esta decisão da Corte Constitucional brasileira caracteriza alteração no estado de direito, consoante ensina Hugo de Brito Machado²², *ipsis litteris*:

A solução que, a nosso ver, é a mais adequada, e que tende a prevalecer, é a de considerar a decisão do STF como direito novo. Trata-se de alteração no contexto fático/jurídico à luz do qual o acórdão foi proferido, e que impede a produção de seus efeitos quanto a fatos posteriores que ocorrem no âmbito das relações continuativas.

1.6 CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA NO QUE TANGE AOS SEUS EFEITOS PROSPECTIVOS

O exame sobre as repercussões ou efeitos que as ulteriores decisões do Supremo Tribunal Federal, com eficácia vinculante e *erga omnes*, conferindo à questão tributária sentido diverso do atribuído na ação individual, produzirão sobre a coisa julgada tributária, deve se assentar sobre duas premissas:

- 1 - a de que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada tributária formada na ação individual tem eficácia *ex nunc* ou não retroativa, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da irretroatividade normativa;
- 2 - os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada tributária formada na ação individual repercutem sobre a eficácia no tempo da decisão declaratória, não se formulando qualquer juízo ou questionamento sobre a validade da referida decisão, razão pela qual se rechaça qualquer indagação sobre a aclamada *teoria da relativização da coisa julgada*.

Em relação aos fatos tributários cujos *efeitos já foram consumados*, objeto de coisas julgadas anteriores em sentido diverso do ulterior entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a questão

²² MACHADO, 2006, p. 169.

constitucional, devem os mesmos ser rediscutidos por meio de eventual ação rescisória, caso os respectivos trânsitos em julgado tiverem ocorrido em data até o limite de 2 (dois) anos imediatamente anteriores à decisão final do Tribunal Constitucional. Caso contrário, salvo melhor juízo, a incidência da norma, mesmo contrária da interpretação posteriormente atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, não será passível de qualquer impugnação.

De outro lado, em relação à sentença determinativa que julga relação jurídica tributária *continuativa (sucessiva ou de trato sucessivo)*, a resolução da questão tributário-constitucional pelo Supremo Tribunal Federal caracteriza-se como *modificação no estado de direito*, passando a dar a exata conformação do Direito Objetivo no que se refere àquela questão jurídica, em situação similar à publicação de uma nova lei.

Deste modo, o posterior pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não retira a validade da decisão individual transitada em julgado, uma vez que essa, por ocasião de sua prolação, não apresentava qualquer vício, intrínseco ou intrínseco, passível de lhe acarretar sua invalidade por meio do instrumento processual cabível, que em último caso seria a ação rescisória (abstraindo-se as situações em que os atos decisórios efetivamente apresentam nulidades).

A repercussão desse pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na coisa julgada tributária individual recairá sobre *o plano de sua eficácia prospectiva*, retirando-lhe a normatividade de que dispunha para reger *os futuros fatos jurídicos* subjacentes ao “esquema de agir” que fora fixado nessa decisão.

Aludida conclusão visa a compatibilizar as normas principiológicas que positivam os valores da segurança jurídica, da irretroatividade normativa e da proteção da boa-fé com os princípios da justiça, da igualdade e da livre concorrência, tendo como absoluta a garantia da coisa julgada referente a *fatos consumados* e flexibilizando a garantia no que tange aos *fatos tributários futuros*, conforme anota Hugo de Brito Machado²³:

Por isto entendemos que a decisão que declara a inexistência da relação jurídica tributária de natureza continuativa, ou concede mandado de segurança contra a cobrança de um tributo albergado

²³ MACHADO, 2006, p. 165.

por uma relação jurídica continuativa, transita em julgado e se faz imodificável. De modo absoluto, no que diz respeito aos fatos consumados e aos fatos que se vão consumando sem mudança no elemento fático ou no elemento jurídico da relação. E de modo relativo no que diz respeito aos fatos futuros, posto que não impede a alteração do elemento normativo formador da relação jurídica.

Cabe lembrar que o art. 146 do Código Tributário Nacional, norteado pelos mesmos valores da segurança jurídica, da irretroatividade normativa e da proteção da boa-fé, prescreve que a alteração *no critério jurídico a ser aplicado no lançamento pela autoridade fiscal* só terá aplicação em fatos geradores futuros.

Por derradeiro, reafirma-se que não se está diante da relativização da coisa julgada, uma vez que não se tenciona desconstituir a decisão judicial, mas tão-somente, precisando os exatos termos dos limites objetivos da coisa julgada, fazer cessar a eficácia prospectiva da carga eficacial declaratória daquela decisão.

1.7 FORMA E MOMENTO DE CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA EM RAZÃO DO ADVENTO DE PRONUNCIAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Defende-se aqui, a desnecessidade de propositura da ação revisional prevista no art. 471, I, do Código de Processo Civil, para que o interessado possa se beneficiar da nova situação jurídica que lhe é favorável em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto à proferida na decisão transitada em julgado.

Esse posicionamento embasa-se, primeiramente, na função política que é conferida às decisões da Corte Constitucional, cujas decisões têm o condão de alterar o Direito Objetivo, uma vez que propiciam a exata definição do mesmo.

Para fatos posteriores à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de determinada questão jurídica, a incidência da hipótese de incidência sobre a situação fática a que se aplica se dará de acordo com a interpretação que o tribunal realizou sobre a norma abstrata que compõe aquela hipótese de incidência, sendo que a interpretação fixada pela corte incorporar-se-á, automaticamente, àquela norma abstrata acompanhando-a em todas as suas futuras incidências.

Adota-se essa interpretação por ser a que melhor compatibiliza os princípios da segurança jurídica (concretizado na garantia da coisa julgada) e da igualdade (concretizado no princípio da livre concorrência, e que, em última análise, é informado pelo valor justiça), cumprindo ressaltar que em tais situações deve ser dada primazia ao princípio da livre concorrência e da isonomia, a fim de equiparar todos os agentes econômicos, com igual capacidade contributiva, à mesma tributação, independentemente de um ou alguns deles ter a seu favor ou contra si, coisa julgada tributária, dando concretude ao princípio da neutralidade tributária sobre os diferentes concorrentes do mercado sujeito à tributação. Nesse sentido, posiciona-se Hugo de Brito Machado²⁴:

A prevalência da coisa julgada sobre a isonomia pode implicar, sim, maus tratos ao princípio da livre concorrência, cuja prática pressupõe igualdade de condições entre os concorrentes. *A relativização da coisa julgada em proveito da realização da justiça não só é admissível, como na verdade constitui a única solução plausível.* (grifo nosso).

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto no Recurso Especial n.º 686.058/MG, *in verbis*:

Ademais, o princípio da coisa julgada não é absoluto. Conforme assinalou Liebman, discorrendo sobre as restrições a serem impostas à coisa julgada, ‘a razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima e não expandir-se fora dela’ [LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da coisa julgada, *op. cit.*, p. 573]. Assim, no âmbito do conflito aqui examinado, a coisa julgada formada no caso concreto deve ser harmonizada com os demais princípios e valores consagrados na Constituição. *Ora, militam em favor da prevalência da força vinculante da Resolução dois princípios constitucionais, pelo menos: o da autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, que lhe deu suporte, e o da igualdade de todos perante a lei, especialmente a lei constitucional. Não teria sentido, por exemplo, invocar a coisa julgada para exigir que determinado cidadão continue pagando um tributo a que foi condenado em demanda particular, quando todos os demais estão desobrigados de fazê-lo porque o Senado, com base em decisão do Supremo, suspendeu, com eficácia erga omnes, a execução da lei criadora da exação fiscal.* (grifo nosso)

²⁴ MACHADO, 2006, p. 157.

Ademais, as implicações econômicas de eventual decisão judicial devem ser consideradas pelo julgador, conforme ensina André Ramos Tavares²⁵, *ad litteram*:

A constitucionalização do Direito consiste na imposição de que os diversos operadores do Direito, incluindo os juízes, promovam uma aplicação das leis e demais atos normativos secundários, a partir de uma leitura constitucionalmente atenta, quer dizer, por meio de uma interpretação sempre e constantemente imbuída das normas constitucionais.

[...]

Em termos econômicos, isso significa que é preciso atentar para possibilidades e perspectivas de cunho constitucional-econômico mesmo na interpretação de leis e demais atos normativos não diretamente relacionados ao tema, quer dizer, aparentemente fora do espectro de alcance do Direito econômico. Isso porque desde o momento no qual há uma incorporação expressa do econômico pela Constituição, uma interpretação conforme essas normas, das demais leis, torna-se imperativa.

Portanto, nesse contexto jurídico, torna-se desnecessária a utilização da ação revisional prevista no art. 471, I, do Código de Processo Civil, pelo favorecido, eis que, para os futuros fatos que correspondam ao mesmo “esquema de agir” da relação jurídica tributária com *res judicata* anterior, passará a incidir automaticamente a “nova normatização” referente à interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal àquela mesma norma.

2 CONCLUSÃO

As decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que resolvem questões constitucionais tributárias controvertidas na jurisprudência, fixando a exata interpretação da norma tributária, dado ao caráter político da Corte Constitucional, consubstanciam-se em alteração do estado de direito, sendo que os efeitos de tais decisões irão se irradiar sobre os futuros jurídico-tributários, normatizando-os de acordo com o entendimento consagrado pelo Tribunal Constitucional.

²⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. p. 81-82.

A especial característica das relações jurídicas continuativas (sucessivas ou de trato sucessivo) acarretará a influência direta de aludidas decisões sobre a eficácia prospectiva da coisa julgada individual prolatada anteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, em sentido oposto.

Essa interferência na eficácia prospectiva da coisa julgada é justificada pela isonomia que deve imperar entre os diferentes agentes econômicos que competem no meio econômico, em especial o imperativo de manutenção da livre concorrência, a qual pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes, sendo imperativo ao Estado a observância da neutralidade tributária.

Por tal razão, defende-se aqui que em relação aos fatos geradores posteriores à decisão do Supremo Tribunal Federal a nova interpretação da norma tributária deve incidir *erga omnes*, independentemente da existência de anterior coisa julgada tributária, propiciando, destarte, a igualdade na tributação dos concorrentes.

Ademais, essa “nova normatização” deve incidir de forma automática, independentemente de nova manifestação judicial, dispensando-se, pois, a ação revisional, prevista no art. 471, I, do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2011.

DALLAZEM, Dalton Luiz. A coisa julgada e a posterior apreciação da constitucionalidade pelo STF. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coords.). *Coisa julgada tributária*. São Paulo: MP, 2005.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. *Análise econômica do Direito Tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal*. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7659/6753>>. Acesso em: 10 set. 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em Matéria Tributária*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade e de Legalidade em Matéria Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária*. Fortaleza: Dialética, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mértires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La Seguridad Jurídica: una garantía del Derecho y la Justicia*. Disponível em: <<http://e-socio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-2000-15-48A09575&dsID=PDF>>. Acesso em: 30 de ago. de 2012.

PLAWIAK, Rainer Belotto. O controle das estruturas do Direito Concorrencial Brasileiro: Aspectos Teóricos e Práticos. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coords.). *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PONTES, Helenilson Cunha. Coisa julgada tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coords.). *Coisa julgada tributária*. São Paulo: MP, 2005.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em: 25 ago. de 2012.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO SUSTENTÁVEL

***PUBLIC ADMINISTRATION AND SUSTAINABLE
CONSUMPTION***

*Cirlene Luiza Zimmermann
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O desenvolvimento sustentável como premissa para a garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado; 2 A defesa do meio ambiente como premissa da ordem econômica; 3 O consumo sustentável; 4 A3P: a gestão socioambiental sustentável da Administração Pública; 5 Licitações e contratações públicas: regras para o consumo estatal; 6 Desenvolvimento nacional sustentável: o mais novo princípio regente das licitações; 7 A concretização do princípio do desenvolvimento sustentável através das licitações e contratações públicas; 8 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A expressão desenvolvimento sustentável surgiu a partir da necessidade de se harmonizar o crescimento econômico *com a preservação da natureza, de modo a garantir vida digna às presentes e futuras gerações.* A mudança dos padrões de consumo, tanto privado quanto público, é impositiva para o atingimento de um desenvolvimento ambientalmente amigável. Com o propósito de fazer a Administração Pública cumprir a sua parte no dever constitucional de defender e preservar um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Lei de Licitações brasileira passou a prever a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios de observância obrigatória em todas as fases dos certames que envolvem as aquisições públicas. Assim, abordam-se no presente artigo a evolução da temática ambiental até se chegar à exigência do consumo compatível com o desenvolvimento sustentável, o conceito de licitações sustentáveis, os parâmetros que orientam a sua realização, as práticas desejáveis na sua execução e os resultados que se almejam com a sua utilização, dentre os quais se destacam o exemplo para o consumidor privado e o desenvolvimento do mercado de produtos e serviços ambientalmente corretos.

PALAVRAS-CHAVE: A Sustentabilidade. Desenvolvimento. Consumo. Administração Pública. Licitação.

ABSTRACT: The term sustainable development arose from the need to harmonize economic growth with the preservation of nature, to ensure decent life for present and future generations. The changing patterns of consumption, both private and public, is imposing for the achievement of an environmentally friendly development. In order to make the public administration to do its part in the constitutional duty to defend and preserve an ecologically balanced environment, the Brazilian Procurement Law now provides for the promotion of sustainable national development as one of the principles from obligatory observance in all phases of contests involving public procurement. So it was discussed in this article the evolution of environmental issues until they reach the demand of consumption compatible with sustainable development, the concept of sustainable procurement, the parameters that guide its implementation, the desirable practices in their implementation and the results they aim with your using, among which stand out the example for the private customer and the market development of environmentally friendly products and services.

KEYWORDS: Sustainability. Development. Consumption. Public Administration. Procurement.

INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas (ONU) começou a abrir os olhos do mundo para a relação conflituosa que estava se estabelecendo entre o homem e o meio ambiente em 1972, quando da realização da Primeira Conferência Mundial sobre o tema, em Estocolmo, na Suécia. Na oportunidade, já estava claro que o desenvolvimento a qualquer custo precisava ser freado, pois a natureza, diversamente do compreendido até aquele momento, era finita.

Depois de um entendimento inicial de que tal situação somente seria resolvida com a estagnação das atividades econômicas prejudiciais ao meio ambiente, verificou-se que a solução sugerida não era adequada. De fato, não há atividade econômica que não necessite da natureza para se desenvolver, nem desenvolvimento humano e social possível se não houver recursos financeiros, os quais, em geral, são obtidos em razão das atividades econômicas desempenhadas pela sociedade.

Diante disso, em 1992, em nova Conferência das Nações Unidas sobre a temática ambiental, difundiu-se o conceito de desenvolvimento sustentável, isto é, aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades, apostando-se na concretização desse princípio como meio para salvar o planeta.

No plano prático, um dos principais pontos a ser trabalhado para o atingimento desse desenvolvimento harmonizado com a natureza é a transformação dos hábitos de consumo, seja do consumidor particular, seja do público, tendo em vista a relevância das aquisições estatais na economia de muitos países.

No Brasil, o consumo público submete-se ao procedimento licitatório, nos termos do determinado pelo art. 37, inciso XXI, da CF/88 e conforme regulamentação da Lei nº 8.666/93. A partir de alteração legislativa provocada pela Lei nº 12.349/2010 na Lei de Licitações, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou a ser princípio regente das contratações efetuadas pela Administração Pública. Com isso, a concepção de consumo público sustentável restou inserida de forma expressa em nossa legislação, tratando-se de exigência de observância obrigatória, inclusive como meio de concretização do dever constitucional imposto ao Poder Público de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado em prol da coletividade.

Os diversos aspectos jurídicos e práticos das licitações sustentáveis, também conhecidas por compras públicas sustentáveis, serão abordados no presente artigo, com a intenção de analisar a sua efetiva capacidade de garantir um consumo (público e, por reflexo, privado) harmonizado com o princípio do desenvolvimento sustentável.

1 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO PREMISSA PARA A GARANTIA DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A Organização das Nações Unidas (ONU) conceituou o *desenvolvimento sustentável*, como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”¹. A definição ganhou força com a ECO-92, Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992. Nessa reunião foi produzida a Agenda 21, um programa de ação a ser desenvolvido pelos 179 países signatários com o intuito de atingir o desenvolvimento sustentável.

O desenvolvimento sustentável visa à harmonização *do crescimento econômico com a preservação da natureza, de modo a garantir vida digna às presentes e futuras gerações*. *O esgotamento dos bens naturais é consequência lógica da sua utilização desenfreada, em um ritmo muito mais acelerado do que o da capacidade de recuperação/recomposição da natureza. Logo, somente um uso moderado e compassado dos recursos naturais é que será capaz de garantir sua disponibilização para as gerações do porvir*.

Nalini lembra que “a noção de *limiar* precisaria estar na consciência dos que vitimam a natureza. Cada aspecto de um sistema natural é provido de um *limiar*; para além do qual a mudança infligida se converte em dano irreversível” [grifos do autor]. O homem precisa estar atento a esse limiar, especialmente porque ele está muito próximo. A verdade é que “a criatura racional, com sua arrogância de *dona da natureza*, não tem sabido comportar-se como depositária fiel” [grifos do autor]. Entretanto, “a continuar assim, responderá por sua ganância e por sua incúria com a extinção da própria espécie”. Diante desse cenário, o autor destaca que, no Brasil, a pretensão humana com relação à natureza buscou ser amenizada com a Constituição Cidadã de 1988, já não se justificando a

¹ O conceito constou do *Relatório Brundtland*. Gro Harlem Brundtland era a primeira-ministra da Noruega que presidia, à época, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada pela ONU, em 1983. Os trabalhos da comissão foram concluídos em 1987, com a apresentação de um relatório completo sobre os principais problemas ambientais em todo planeta, conhecido como Relatório Brundtland.

continuidade do maltrato ao ambiente, às vezes perpetrado pelo próprio Estado, outras vezes com sua conivência ou passividade.²

Ocorre que o Poder Público, nos termos do § 1º do art. 225 da CF/88, tem a obrigação de intervir, de diversos modos, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, consequentemente, o desenvolvimento sustentável.

É por isso que, para Fensterseifer, “os princípios que regem o desenvolvimento ambiental e socialmente sustentável devem orientar e vincular as condutas públicas e privadas no seu trânsito pela órbita econômica”.³

O princípio do desenvolvimento sustentável, ainda que não com esse nome, possui previsão legal no Brasil desde a vigência da Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, com vistas à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico (art. 4º, inciso I) e à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico princípio à vida (art. 4º, inciso VI).

Para Sachs, o *ecodesenvolvimento* ou desenvolvimento sustentável harmoniza os objetivos sociais, ambientais e econômicos. No entanto, qualquer tentativa de atribuir valor aos serviços do ecossistema mundial e ao capital da natureza deve ser evitada, sendo, evidentemente, incompatível a ideia de desenvolvimento sustentável com o jogo sem restrições das forças do mercado. Assim, o autor prega a economia de permanência, isto é, a retirada da natureza do necessário para a economia girar, mas com a manutenção do suficiente para permitir a renovação dos recursos, sendo que isso requer uma gestão ecológica prudente, com o envolvimento das pessoas que vivem no entorno das áreas a serem protegidas.⁴

Na mesma linha de raciocínio, Leff, expõe que “a sustentabilidade aparece como uma necessidade de restabelecer o lugar da natureza na teoria econômica e nas práticas do desenvolvimento, internalizando

² NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2003, p. 7, 18-28.

³ FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 103.

⁴ SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

condições ecológicas da produção que assegurem a sobrevivência e um futuro para a humanidade". Nessa perspectiva, o autor destaca que:

o desenvolvimento sustentável vai além do propósito de capitalizar a natureza e de ecologizar a ordem econômica. A sustentabilidade ambiental implica um processo de socialização da natureza e o manejo comunitário dos recursos, fundados em princípios de diversidade ecológica e cultural.⁵

Não há qualidade de vida sem qualidade do ambiente, sendo que o desenvolvimento equilibrado e sustentável depende justamente da manutenção dessa qualidade ambiental, que reflete em bem-estar para toda a população, já que o bem jurídico meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitucionalmente protegido, não pode ser desmembrado, sendo seu aproveitamento sempre coletivo.

Para Alier, *desenvolvimento* é uma palavra detentora de uma forte conotação de crescimento econômico e modernização uniforme, motivo pelo qual seria preferível deixá-la de lado e falar somente de *sustabilidade*, apesar de a maioria dos economistas ecológicos aceitarem a expressão *desenvolvimento sustentável*, que implicaria mudanças na estrutura econômica e social, mas não *crescimento* sustentável, que significaria uma expansão na escala da economia que provavelmente não teria condições de se sustentar ecologicamente.⁶

No entanto, como bem lembrado por Derani, "não há atividade econômica sem influência no meio ambiente. E a manutenção das bases naturais da vida é essencial à continuidade da atividade econômica." Além disso, a autora refere que a atividade estatal necessária ao bem-estar social somente se dá se houver recursos disponíveis, os quais o Estado arrecada em decorrência da atividade econômica da sociedade, sendo essas as externalidades positivas da atividade econômica. Assim, "a concretização de uma qualidade de vida satisfatória, capaz de atingir toda sociedade, está intrinsecamente relacionada ao modo de como esta sociedade dispõe da apreensão e transformação de seus recursos, ou seja, de como desenvolve sua atividade econômica" [grifo da autora].⁷

⁵ LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder*. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 48 e 82.

⁶ ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. Traduzido por Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007, p. 47.

⁷ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 201, 240-259.

A atividade econômica, portanto, faz parte de qualquer sociedade que almeja uma melhor qualidade de vida para toda a sua população. Todavia, essa atividade precisa ser desenvolvida de modo sustentável, de modo a garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado não apenas para a geração presente, mas também para as futuras.

2 A DEFESA DO MEIO AMBIENTE COMO PREMISSA DA ORDEM ECONÔMICA

Entre os princípios da ordem econômica constitucional está o da defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI). A proteção ambiental, geralmente, costuma ser vista como um obstáculo ao crescimento econômico, entretanto, é indispensável para a garantia do desenvolvimento sustentável, até porque somente esse é capaz de assegurar os objetivos maiores da atividade econômica, que são a existência digna das presentes e futuras gerações e a justiça social, já que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos.

Para Tavares, o princípio da defesa do meio ambiente na ordem econômica exprime a necessidade de conciliação entre o desenvolvimento econômico e as práticas de preservação do meio ambiente, sendo que nem o desenvolvimento pode ser impedido pela proteção ambiental, nem o meio ambiente pode ser desconsiderado pelo desenvolvimento econômico, devendo a exploração dos recursos ambientais necessários ser pautada pelas diretrizes do chamado desenvolvimento sustentável, opondo-se à devastação ambiental inconsequente e desmedida⁸, até porque assegurar uma vida digna e com qualidade a todos é (ou deve ser) o principal objetivo tanto do Direito Econômico quanto do Direito Ambiental.

Del Masso aborda a visão pessimista da defesa do meio ambiente como entrave à atividade econômica, mas conclui ser dever do Estado regular a exploração econômica tendo a preservação do meio ambiente, principalmente dos recursos naturais esgotáveis, como uma das mais importantes formas de desenvolvimento social.⁹

O conceito de atividade econômica é assim apresentado por Souza:

⁸ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003, p. 196.

⁹ DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 53-54.

Considera-se atividade econômica o conjunto de ações exercidas ou desempenhadas pelas pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado para a produção de riquezas, lucros ou vantagens para a satisfação de suas necessidades ou das necessidades de interesse pessoal, social ou coletivo, público ou de todos, observado o princípio geral de não lesar ninguém.¹⁰

Inegável, portanto, que a atuação do Estado voltada à satisfação de suas necessidades importa em exercício de atividade econômica, a qual deve ser desenvolvida em atendimento ao princípio da defesa do meio ambiente, em prol da garantia de uma vida digna, em um ambiente equilibrado, para as presentes e futuras gerações.

3 O CONSUMO SUSTENTÁVEL

A Organização das Nações Unidas (ONU) conceitua o *consumo sustentável* como o uso de serviços e produtos que respondem às necessidades básicas de toda a população e trazem a melhoria na qualidade de vida, ao mesmo tempo em que reduzem o uso dos recursos naturais e de materiais tóxicos, a produção de lixo e as emissões de poluição em todo o ciclo de vida, sem comprometer as necessidades das futuras gerações.

Um consumo sustentável, portanto, não impede a atual geração de consumir, mas lhe impõe o dever de consumir de forma sustentável, isto é, de uma maneira que não ofenda o meio ambiente, sem exageros e/ou supérfluos, que economize recursos naturais, como água e energia, que respeite o tempo de recomposição da natureza, que dê adequado tratamento aos resíduos, enfim, que não invabilize o consumo e a vida digna das gerações vindouras. É o consumo insustentável que incentiva o atual modelo econômico, o qual já demonstrou ser totalmente incompatível com a defesa do meio ambiente.

Lipovetsky explica que na sociedade do hiperconsumo, o princípio da descartabilidade substituiu o da durabilidade, sendo que o seu desenvolvimento se deu em nome da felicidade, todavia, produzimos e consumimos sempre mais, mas não somos mais felizes por isso, o que evidencia que o hiperconsumo é uma muleta de duração limitada.¹¹

10 SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103-115, p. 107-108.

11 LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Traduzido por Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 336, 354 e 356.

Para Fensterseifer, o atendimento do princípio do consumo sustentável exige uma atuação consciente do consumidor ajustada a um padrão de qualidade ambiental dos produtos e serviços de que dispõe no âmbito das suas práticas de consumo, sendo esse um instrumento de controle individual e social do comportamento de fornecedores de bens e serviços.¹²

O Capítulo 4 da Agenda 21 é direcionado à mudança dos padrões de consumo, apresentando como objetivos a promoção de padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade; e o desenvolvimento de uma melhor compreensão do papel do consumo e da forma de se implementar padrões de consumo mais sustentáveis. Além disso, dispõe que os Governos também devem estimular o surgimento de um público consumidor informado e auxiliar indivíduos e famílias a fazer opções ambientalmente informadas, inclusive através do exercício da liderança por meio das aquisições pelos Governos, os quais também desempenham um papel no consumo, especialmente nos países onde o setor público ocupa uma posição preponderante na economia, podendo exercer considerável influência tanto sobre as decisões empresariais como sobre as opiniões do público, motivo pelo qual esses Governos devem examinar as suas políticas de aquisição de modo a aperfeiçoar, sempre que possível, o seu aspecto ecológico.

Assim, o desenvolvimento e o consumo de produtos ambientalmente corretos dependem de estímulo governamental, o qual pode advir diretamente do exemplo, a ser dado pela aquisição desses produtos pelo próprio Estado, e indiretamente pela redução dos custos que o consumo estatal gerará nesses bens, tendo em vista o crescimento da demanda. Os produtos não ecológicos, em geral, costumam ser mais baratos e, consequente, têm melhores resultados de vendas, especialmente porque a maioria dos consumidores não tem condições financeiras de adquirir produtos sustentáveis. Todavia, com um Estado mais forte e influente, que limite a propaganda de produtos fabricados, usados e descartados sem respeito ao meio ambiente, regule o crédito, estimule o mercado e, principalmente, dê o exemplo através de aquisições públicas sustentáveis, os produtos ecológicos tendem a vingar.

Entretanto, é preciso destacar que consumo sustentável não importa, unicamente, em pagar pelas supostas externalidades negativas da produção do bem na natureza, notadamente porque tais externalidades, dificilmente, podem ser medidas em valores monetários.

¹² FENSTERSEIFER, op. cit., p. 131.

De qualquer modo, Fensterseifer lembra que o conteúdo do princípio do poluidor-pagador não se dirige única e exclusivamente ao fornecedor de bens de consumo, impondo também responsabilidades para o consumidor de tais produtos ou serviços:

De tal forma, é possível identificar o princípio do usuário-pagador, o qual orienta normativamente no sentido de adequar as suas práticas de consumo ao uso racional e sustentável dos recursos naturais, bem como à ampliação do uso de tecnologias limpas no âmbito dos produtos e serviços de consumo.¹³

As responsabilidades dos cidadãos-consumidores advêm do próprio *caput* do art. 225 da CF/88, que, ao impor à coletividade, assim como ao Poder Público, o dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, exige mudanças em seus hábitos de consumo, com vistas à preservação de um ambiente sustentável para as presentes e futuras gerações.

Assim, ainda que o consumidor tenha o direito da livre escolha, em nome da preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal direito pode ser limitado, especialmente porque tal dever também compete ao particular. O Poder Público, por sua vez, deve seguir o procedimento licitatório para realizar suas aquisições, mas a proteção ambiental, em razão do dever constitucional que emana do mesmo dispositivo, justifica determinados direcionamentos. A submissão do Estado ao procedimento licitatório, aliás, inclusive lhe traz vantagens em relação ao particular, sobretudo por não ser influenciável pelo choque publicitário, muitas vezes, contrário aos padrões de consumo ecologicamente sustentáveis.

3 A3P¹⁴: A GESTÃO SOCIOAMBIENTAL SUSTENTÁVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O dever constitucional imposto ao Estado de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado; sua obrigação de defender o meio ambiente decorrente do exercício de atividade econômica, inerente às ações realizadas com o intuito de satisfazer suas necessidades; bem como as recomendações constantes do Capítulo 4 da Agenda 21,

¹³ FENSTERSEIFER, op. cit., p. 132-133.

¹⁴ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental. Departamento de Cidadania e Responsabilidade Socioambiental. A3P - Agenda Ambiental na Administração Pública. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=36>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

anteriormente referidas, induziram a criação da Agenda Ambiental na Administração Pública.

A Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) é um programa que visa implementar a gestão socioambiental sustentável das atividades administrativas e operacionais do Governo, tendo como princípios a inserção dos critérios ambientais; que vão desde uma mudança nos investimentos, compras e contratação de serviços pelo governo; até uma gestão adequada dos resíduos gerados e dos recursos naturais utilizados, tendo como principal objetivo a melhoria na qualidade de vida no ambiente de trabalho.

A gestão ambiental, segundo Dias, consiste em:

um conjunto de medidas e procedimentos que permite identificar problemas ambientais gerados pelas atividades da instituição, como a poluição e o desperdício, e rever critérios de atuação (normas e diretrizes), incorporando novas práticas capazes de reduzir ou eliminar danos ao meio ambiente.¹⁵

A A3P é uma decisão voluntária respondendo à compreensão de que o Governo Federal possui um papel estratégico na revisão dos padrões de produção e consumo e na adoção de novos referenciais em busca da sustentabilidade socioambiental. A criação da A3P foi uma proposta do Ministério do Meio Ambiente (MMA) e tem sido implementada por diversos órgãos e instituições públicas das três esferas de governo e no âmbito dos três poderes, desde 1999. O MMA apoia tecnicamente as instituições interessadas em implementar a A3P, sendo que a participação pode ocorrer por meio da adesão formal¹⁶ ou através do cadastro na Rede A3P.

O desenvolvimento da A3P ocorre a partir de cinco eixos temáticos, quais sejam: licitações sustentáveis (sobre as quais se tratará adiante); uso racional dos recursos (redução do desperdício); gestão adequada dos resíduos (política dos 5 R's: Reduzir, Repensar, Reaproveitar, Reciclar e Recusar consumir produtos que gerem impactos socioambientais significativos); qualidade de vida no ambiente de trabalho (implantação de ações como: uso e desenvolvimento de capacidades, integração

¹⁵ DIAS, Genebaldo Freire. *Educação e gestão ambiental*. São Paulo: Gaia, 2006, p. 28.

¹⁶ Veja a lista completa dos parceiros com adesão formal em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?idconteudo=conteudo.monta&idEstrutura=36&idConteudo=10735&idMenu=11516>>.

social e interna, respeito à legislação e condições de segurança e saúde no trabalho); e sensibilização e capacitação dos servidores (criação da consciência cidadã da responsabilidade socioambiental nos gestores e servidores públicos).

5 LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: REGRAS PARA O CONSUMO ESTATAL

A CF/88 determina em seu art. 37, inciso XXI, que, ressalvados os casos especificados na legislação, as *obras, serviços, compras e alienações* da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Além disso, no art. 175, o constituinte dispôs que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de *concessão ou permissão*, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A Lei nº 8.666/93 estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

O art. 3º da Lei de Licitações, com redação dada pela Lei nº 12.349/2010, apresenta os princípios que devem ser observados no que se refere à licitação: *isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a administração e promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da *legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo* e dos que lhes são correlatos.

Di Pietro ensina que:

A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da *indisponibilidade do interesse público* e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público. [grifos da autora]¹⁷

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 329.

A escolha da proposta mais vantajosa, todavia, além de atender ao interesse público, deve atender ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, já que todos os princípios, inclusive o do interesse público, dele decorrem. Assim, ao abrir um procedimento licitatório, a Administração deve esclarecer com exatidão qual é o interesse público que ela está perseguindo, justificando-o pelos reflexos no princípio da dignidade da pessoa humana.

Justamente por considerar que os diferentes valores são manifestações de preservação da dignidade da pessoa humana e que os princípios jurídicos são normas orientadas a preservar os seus diferentes aspectos, Justen Filho rejeita a tese tradicional da “supremacia” do interesse público e aponta como indispensável determinar e definir, de modo claro, o conteúdo dos interesses perseguidos pelo Poder Público e pelos particulares, realizando ponderação entre eles segundo os valores e os princípios constitucionais.¹⁸

O inciso I, do §1º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93, *dispõe ser vedado* aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 do próprio art. 3º e no art. 3º da Lei nº 8.248/91. O art. 30, § 5º da Lei de Licitações, ainda veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nessa Lei, que inibam a participação na licitação. Nesses dispositivos está implícito o princípio da competitividade, decorrente do princípio da isonomia, cabendo desde já registrar que não é qualquer especificação de bens ou serviços a serem adquiridos que viola esse princípio, mas apenas aquelas feitas com tal grau de minúcias que, sem qualquer necessidade objetiva para a Administração ou mesmo sustentação jurídica, torne apenas um determinado fornecedor habilitado a fornecê-los.

Assim, determinados direcionamentos nas licitações podem ocorrer, sem qualquer prejuízo à competitividade, nem ao julgamento objetivo, desde que as exigências estejam claras no edital e sejam jurídica e/ou

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 59.

tecnicamente justificáveis¹⁹, como quando amparadas na defesa do meio ambiente, tendo em vista a relevância e a pertinência da questão ambiental para o futuro da humanidade, ou legalmente autorizadas, como no caso da preferência assegurada, em igualdade de condições, aos bens e serviços produzidos no País; produzidos ou prestados por empresas brasileiras ou que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, nos termos dos incisos II, III e IV, do § 2º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

Para Barcessat, se escolhas de produtos por razões de conveniência e oportunidade são aceitas, com muito mais razão há que se aceitar as escolhas motivadas na necessidade de conservação e de preservação do meio ambiente, que constituiu um dever (e não mera faculdade) do Estado. Além disso, a nova redação do *caput* do art. 3º da Lei de Licitações, impõe a observância do princípio da isonomia conjugado com a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.²⁰

A partir dos princípios e apontamentos até aqui abordados, pode-se explicar a licitação como o procedimento legal e obrigatório adotado pela Administração Pública com vistas à contratação da proposta mais vantajosa, dentre as apresentadas pelos interessados, que satisfaça suas necessidades de consumo (devidamente especificadas no instrumento convocatório) e promova desenvolvimento econômico e social sustentável, sem violar o princípio da competitividade entre os fornecedores.

Justen Filho aborda a licitação como um instrumento jurídico para a realização de valores fundamentais e a concretização dos fins impostos à Administração, motivo pelo qual a licitação não apresenta fins em si próprios, sendo imperioso ter em vista que a realização das formalidades próprias à licitação não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito, dentre os quais se podem citar o ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida. E continua o autor:

A licitação buscar realizar diversos fins, igualmente relevantes. Busca-se assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, com

19 Art. 7º [.] § 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. [grifo nosso]

20 BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 67-81, p. 72.

observância do princípio da isonomia. Mas a licitação também é instrumento de controle da regularidade dos gastos públicos, da regularidade ética das condutas dos agentes públicos e dos particulares. Também se pode apontar a licitação como meio para a realização de políticas públicas.²¹

E dentre as políticas públicas a serem realizadas por meio da licitação, sem dúvida, deve estar a da preservação e defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos, em razão do dever imposto ao Poder Público pelo *caput* do art. 225 da CF/88.

Tal qual a licitação, também a contratação pública, por ser a consequência lógica daquele procedimento, se revela como um relevante instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito econômico e social. Isso porque, segundo Justen Filho:

Os valores desembolsados pelo Estado por meio de contratos administrativos são muito relevantes. Por isso, as referidas contratações administrativas tornam-se um meio não apenas de satisfazer necessidades imediatas do Estado. Passam a ser um instrumento de incentivo e fomento a atividades reputadas como socialmente desejáveis. Afinal, é vultoso o montante de recursos financeiros desembolsados pelos cofres públicos relativamente a contratações administrativas. Em outras palavras, os gastos públicos são um fator essencial para a promoção do desenvolvimento econômico e social. Não é casual, por isso, que na maior parte dos países a disciplina das contratações administrativas incorpore regras destinadas a assegurar a realização de fins políticos de grande relevo.²²

A partir dessa ótica é que o legislador, com a edição da Lei nº 12.349/2010, incluiu a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios da licitação, conforme visto anteriormente e detalhado a seguir.

6 DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: O MAIS NOVO PRINCÍPIO REGENTE DAS LICITAÇÕES

O ser humano, seja enquanto indivíduo, seja enquanto Estado, sempre dependeu da natureza para satisfazer suas necessidades de

²¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 57 e 61.

²² JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 12.

consumo. De nada adianta criar regras para a economia gerir o consumo se a natureza não for mais capaz de nos fornecer o sustento. Tal já era o ensinamento de Aristóteles em sua obra *A Política*:

A questão pela qual começamos era saber se o governo, quer doméstico, quer político, comprehende a tarefa de adquirir ou se ele não pressupõe já feitas as aquisições. Pois, assim como a política não faz os homens, mas os recebe da natureza e se serve deles, assim também é preciso antes, para que a economia possa administrá-los, que a natureza forneça nosso sustento, ou do seio da terra, ou do mar, ou de qualquer outra maneira. Um fabricante de tecidos não faz a lã, mas serve-se dela; julga se ela é boa ou má e própria ou não aos seus fins.²³

A instituição da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como princípio das licitações trata-se do reconhecimento da natureza como uma responsabilidade humana.

Nesse sentido, Jonas explica que, antes de nossos tempos, as interferências do homem na natureza eram essencialmente superficiais e impotentes para prejudicar um equilíbrio firmemente assentado. Todavia, certas transformações nas nossas capacidades, decorrentes, especialmente, da técnica moderna, “acarretaram uma mudança na natureza do agir humano. E, já que a ética tem a ver com agir, a consequência lógica disso é que a natureza modificada do agir humano também impõe uma modificação na ética”. Assim, a natureza como uma responsabilidade humana é uma novidade sobre o qual uma nova teoria ética deve ser pensada, já que nenhuma ética anterior vira-se obrigada a considerar a condição global da vida humana e o futuro distante, inclusive a existência da espécie. Nesse contexto, importam o ator coletivo e o ato coletivo, não o ator individual e o ato individual, sendo que a “natureza modificada do agir humano altera a natureza fundamental da política”²⁴.

A atuação estatal, portanto, deverá levar em conta a responsabilidade coletiva pela perpetuação da espécie humana, uma responsabilidade que ultrapasse o momento presente, que se preocupe com o futuro, que transpareça um comportamento ético que induza toda a população ao que realmente importa, que é o convívio com a natureza de modo equilibrado e sustentável.

²³ ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

²⁴ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006, p. 29, 32, 39, 41 e 44.

O consumo público é orientado pelo procedimento licitatório e, diante do volume que representa, com seu consequente impacto ambiental, nada mais justificava sua prática em desacordo com as regras essenciais à garantia de um desenvolvimento sustentável. Em razão disso, sustenta Nalini:

As regras da licitação constituem imperativo global. Mas não podem ignorar os influxos da profunda mutação tecnológica e científica desta era turbulenta. No momento em que as ameaças à subsistência de vida no planeta deixam o capítulo do catastrofismo para assumirem consistência e proximidade, o Estado já não pode se contentar com o menor preço.²⁵

Assim, urgia o abandono da viabilidade econômica (aquisição pelo menor preço) como único ideal da licitação. Essa variável precisava ser harmonizada com os demais princípios que regem o Estado Brasileiro, em prol, especialmente, da garantia da dignidade da pessoa humana, quais sejam: a justiça social e a defesa do meio ambiente. Entretanto, vale referir que o simples fato de não se priorizar o menor preço no momento da contratação nem sempre importa em prejuízo econômico para a Administração, pois, a médio ou longo prazo, a aquisição de bens ou serviços ambientalmente corretos, que consomem menos água e energia, por exemplo, pode representar vantagens, inclusive econômicas, como as verificáveis com a redução dos gastos com esses insumos naturais.

A partir dessa ótica, Barki explica que a vantajosidade para a Administração nas contratações públicas “não pode ser considerada apenas sob o prisma econômico (direito ao desenvolvimento), importando também o ambiental (direito ao meio ambiente saudável)”.²⁶ Bliacheris, por sua vez, expõe que “a proposta mais vantajosa não é aquela de menor valor, como se poderia apressadamente concluir, mas aquela que melhor atende o interesse público”.²⁷ E quando se fala em interesse público está se falando em interesse da coletividade, sendo do seu maior interesse ver

²⁵ NALINI, José Renato. A sustentabilidade nas licitações (Prefácio). In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 11-14, p. 11.

²⁶ BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39-65, p. 53.

²⁷ BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 137-152, p. 142.

satisfeitos os direitos fundamentais, dentre eles, o da defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desse modo, cabe ao Estado, enquanto administrador de um sistema social encontrar os valores ideais para as variáveis desse sistema, sem ignorar nenhuma, pois, como explica Capra, “se tentarmos maximizar qualquer variável isolada em vez de otimizá-la, isso levará, invariavelmente, à destruição do sistema como um todo”.²⁸

O Estado que se habilita a agir dessa forma é o que se pode chamar de Estado Socioambiental, o qual, segundo Fensterseifer, é aquele que aponta para a compatibilidade da atividade econômica com a ideia de desenvolvimento sustentável, não se tratando de um Estado “Mínimo”, mas de um “Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigí-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável”.²⁹ Para Teixeira, o Estado Socioambiental deve levar em conta a crise ambiental e posicionar-se diante da sua tarefa de defesa do ambiente, tendo em vista o dever que lhe é imposto pelo *caput* do art. 225 da CF/88, cumprindo um papel intervencionista e implementador de novas políticas públicas para tal mister.³⁰

O constituinte, ao compartilhar o dever de tutela do ambiente entre particulares e Estado, impôs àqueles deveres fundamentais e a este, deveres de proteção. Os deveres de proteção ambiental do Estado, conforme nos ensina Fensterseifer, devem atender ao princípio da proporcionalidade, ou seja, estão proibidos os excessos, da mesma forma que as insuficiências, especialmente as decorrentes da omissão de medidas destinadas a efetivar esse dever, ou da atuação de modo manifestamente insatisfatório.³¹

Assim, no que se refere à tutela do meio ambiente, está proibido o Estado de consumir de forma insustentável, continuando a optar apenas pelo menor preço sem se preocupar com os reflexos ambientais das suas contratações, até porque, nos termos do art. 225, § 1º, inciso V, da

²⁸ CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Traduzido por Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 235.

²⁹ FENSTERSEIFER, op. cit., p. 100-101.

³⁰ TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 104.

³¹ FENSTERSEIFER, op. cit., p. 228-229.

CF/88, também lhe compete “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”. Por outro lado, também não se espera do Estado uma postura que apenas privilegia a proteção ambiental, devendo essa acontecer concomitantemente com o desenvolvimento do mercado, seja interferindo, seja regulando, para que a viabilidade econômica continue sendo alcançada por meio das licitações.

A inclusão da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios da licitação apenas tornou explícita a necessidade de a proteção do meio ambiente constar como um dos objetivos a ser atingido pelo procedimento licitatório, seja na contratação de obras e serviços sustentáveis, seja na aquisição de bens, pois, tendo em vista o disposto no *caput* do art. 225 e no inciso VI do art. 170 da CF/88, já se tratava de um objetivo implícito, do qual a Administração Pública não poderia afastar-se sob pena de violar seu dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto bem de uso comum do povo e essencial à sadias qualidade de vida.

Meneguzzi, entretanto, entende que tais dispositivos, cumulados com o inciso IV do § 1º do art. 225 da CF/88³², o parágrafo único do art. 5º e o art. 10 da Política Nacional do Meio Ambiente³³ e o art. 12 da Lei de Licitações³⁴, apenas serviam para exigir a contratação de obras e

³² Art. 225. [...] § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

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; (Regulamento)

³³ Art. 5º. [...] Parágrafo único - As atividades empresariais públicas ou privadas serão exercidas em consonância com as diretrizes da Política Nacional do Meio Ambiente.

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

³⁴ Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - segurança; II - funcionalidade e adequação ao interesse público; III - economia na execução, conservação e operação; IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) VII - impacto ambiental.

serviços sustentáveis, não possuindo o mesmo panorama a questão das compras.³⁵

A Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), todavia, já abordava as licitações sustentáveis *lato sensu* em um dos seus eixos temáticos antes mesmo da alteração legislativa que incluiu a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios da licitação. Segundo o referido programa, as denominadas licitações sustentáveis são aquelas que levam em consideração a sustentabilidade ambiental dos produtos e processos a ela relativos, sendo importantes não apenas para a boa conservação do ambiente, como também por representarem uma melhor relação custo/benefício a médio ou longo prazo quando comparadas às que se valem do critério de menor preço.

As licitações sustentáveis são também conhecidas por compras públicas sustentáveis, compras ambientalmente amigáveis, ecoaquisições ou compras verdes, sendo aquelas que consideram a variável ambiental, com o intuito de garantir um consumo harmonizado com o princípio do desenvolvimento sustentável.

Barcessat define a licitação sustentável como aquela que tem como objetivo precípua utilizar o poder de compra estatal visando a propiciar uma postura sustentável das empresas, que terão de se adequar às exigências caso queiram vender para o setor público. Assim, no entender da autora, visando a implementação dos ideais previstos na Constituição (art. 225 e 170), as licitações sustentáveis não só podem como devem ser utilizadas com fins regulatórios (não apenas econômicos), nos termos do art. 174 da CF/88³⁶, isto é, como meio de fomentar uma atividade, restringi-la ou até mesmo desestimulá-la, pois isso prestigia a ideia de bem comum, assim como a noção de relevante interesse coletivo, já que induz práticas que produzam efeitos sociais que venham ao encontro dos desígnios constitucionais.³⁷

Registre-se que tal entendimento não vai de encontro com a própria disposição do art. 174, pois, ainda que as funções de fiscalização,

³⁵ MENEGUZZI, Rosa Maria. *Conceito de licitação sustentável*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19-38, p. 23-27.

³⁶ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

³⁷ BARCESSAT, Lena, op. cit., p. 67, 70-71, 76 e 78.

incentivo e planejamento exercidas pelo Estado sejam apenas indicativas para o setor privado, a tendência é que as empresas queiram atender as exigências estipuladas para o consumo estatal, tendo em vista os elevados valores envolvidos nos contratos públicos. Todavia, inexistindo interesse de determinadas empresas em se submeter ao novo modelo de consumo, nenhuma penalidade lhe será imposta (pelo menos não diretamente), mas terá que arcar com as consequências de eventual desinteresse do consumidor (público e particular) pelos seus produtos, serviços ou obras.

Para Bliacheris, ao abrir um mercado significativo às empresas que produzem de um modo mais limpo e de menor impacto ambiental, as licitações sustentáveis incorporam claros elementos de incentivo, sendo que as questões pertinentes ao papel indutor do Estado, da utilização do poder do Estado para criar mercado para produtos sustentáveis estão sintetizadas no princípio da ecoeficiência, consagrado no art. 6º, V, da Lei nº 12.305/2010³⁸.³⁹

No mesmo sentido é o entendimento de Santos, que acredita que com a exigência de objetos sustentáveis por parte do Estado, o mercado passará a se movimentar para atender essa demanda, o que levará ao desenvolvimento de bens, serviços e obras que atendam a critérios de sustentabilidade. Dessa forma, as licitações e contratações públicas sustentáveis implicam em uma forma de intervenção do Estado na ordem econômica, visando assegurar a defesa do meio ambiente por meio do incentivo ao desenvolvimento de atividades e bens sustentáveis, o que também possui inegável caráter educativo.⁴⁰

Eventualmente, as formas de intervenção do Estado podem não ser suficientes para obter êxito em licitações sustentáveis, especialmente quando, apesar de adequadamente definido o bem ou serviço que se pretende adquirir, não se encontrar fornecedor apto no mercado. Nesses casos, deve-se cogitar a exploração direta da atividade econômica pelo Estado, tendo em vista o relevante interesse coletivo envolvido na

38 Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto ambiental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta; [...] .

39 BLIACHERIS, Marcos Weiss, op. cit., p. 143-144 e 149.

40 SANTOS, Murillo Giordan. *Poder normativo nas licitações sustentáveis*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 153-173, p. 165.

temática socioambiental, nos termos do art. 173 da Constituição de 1988⁴¹.

Para Bim, a licitação sustentável é aquela influenciada por parâmetros de consumo menos agressivos ao meio ambiente, que integra critérios ambientais de acordo com o estado da técnica. A licitação sustentável objetiva adquirir bens, serviços e obras com reduzido impacto ambiental em comparação com os outros que servem à mesma finalidade, sendo que tal comparação poderá, por exemplo, considerar o material bruto, a produção, o fabrico, o empacotamento, a distribuição, o reuso, a operação, a manutenção ou a disposição/eliminação do produto ou serviço.⁴²

O detalhamento do que vem a ser a promoção do desenvolvimento nacional sustentável almejada pelo legislador é de extrema importância, pois *desenvolvimento sustentável*, como bem alertado por Ferreira, é um conceito em aberto, cuja utilização poderá fazer a Administração Pública cair na armadilha da subjetividade, tão prejudicial aos processos licitatórios, em razão da abertura dada a impugnações e paralisações, que acabam prejudicando a população usuária do serviço público e o próprio meio ambiente, já que paralisação, em geral, se traduz em desperdício. Assim, imprescindível estabelecer com cautela as especificações dos bens e serviços a serem adquiridos, sendo que as Políticas Nacionais de Mudança Climática (Lei nº 12.187/2009, art. 6º, XII⁴³) e de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010, art. 7º, XI⁴⁴) vieram auxiliar nessa

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

42 BIM, Eduardo Fortunato. *Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 175-217, p. 176-177.

43 Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...] XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos; [...].

44 Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...] XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; [...].

atribuição, já que elas dão o norte, os parâmetros, para que se definam os produtos que favorecem o desenvolvimento sustentável.⁴⁵

Segundo o Ministério do Meio Ambiente, o poder de compra do governo representa cerca de 10 a 15% do PIB Nacional, o que evidencia sua importância enquanto agente econômico, na medida em que cria mercado, especialmente no que se refere aos produtos ambientalmente corretos, motivo pelo qual assume liderança dando o exemplo. Todavia, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não poderá, conforme já enfatizado anteriormente, violar totalmente os demais princípios da licitação, como os da isonomia e da economicidade, os quais devem ser harmonizados em prol do interesse da coletividade.

7 A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A Instrução Normativa nº 01/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), dispõe sobre critérios de sustentabilidade ambiental na contratação de serviços ou obras pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, prevendo expressamente que as especificações técnicas deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas, sem frustrar o caráter competitivo do certame.

Santos explica não haver qualquer impedimento jurídico de os critérios de preferência por contratações sustentáveis serem estabelecidos pelo Poder Normativo da Administração Pública, como ocorre com a IN SLTI/MPOG nº 01/2010. Aliás, no entendimento do autor:

o poder normativo da Administração deve ser utilizado para fornecer parâmetros à discricionariedade dos gestores públicos durante a escolha dos bens, obras e serviços a serem contratados, pautando essa limitação na defesa do meio ambiente, de acordo com as disposições constantes no ordenamento jurídico brasileiro.⁴⁶

⁴⁵ FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. *As licitações públicas e as novas leis de mudança climática e de resíduos sólidos*. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). Licitações e contratações públicas sustentáveis. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117-135, p. 131.

⁴⁶ SANTOS, op. cit., p. 155 e 158.

Para obtenção de obras públicas sustentáveis, a referida IN dispõe ser imprescindível a adoção de medidas como: uso de equipamentos de climatização mecânica, sem a utilização de energia elétrica; automação da iluminação do prédio, uso de sensores de presença; uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes; energia solar, ou outra energia limpa para aquecimento de água; sistema de medição individualizado de consumo de água e energia; sistema de reuso de água e de tratamento de efluentes gerados; aproveitamento da água da chuva; utilização de materiais que sejam reciclados, reutilizados e biodegradáveis, e que reduzam a necessidade de manutenção; comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou serviço; e priorização do emprego de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local para execução, conservação e operação das obras públicas (art. 4º, *caput* e § 1º).

Assim, a exigência de utilização de madeira legal nas obras promovidas pela Administração Pública ou nos produtos à base de madeira adquiridos pelo Estado também pode constar no edital a fim de garantir uma contratação sustentável. Todavia, madeira legal não pode ser sinônimo de madeira com certificação florestal.

Isso porque, conforme explica Porto-Gonçalves, a certificação florestal é um procedimento que implica uma avaliação por parte de um certificador independente (sem nenhum vínculo com o Estado), que dá lugar a um selo ou etiqueta que informará ao consumidor que a madeira (ou outro produto) que está adquirindo provém de um bosque certificado. Ocorre que, com o Mecanismo de Certificação Florestal (MCF), não se faz distinção entre florestas e áreas plantadas, considerando-se ambas como florestas. Além disso, a certificação e o mercado só reconhecem e pagam por alguns poucos produtos da floresta, em particular, a madeira, e algumas poucas espécies, enquanto os demais benefícios ambientais que um bosque tropical bem manejado proporciona (conservação da biodiversidade, paisagem, proteção do solo e regulação hídrica, produtos não madeiráveis, segurança alimentar etc.) não são valorizados. A certificação, portanto, não pode contribuir para a conservação e manejo sustentável daqueles bosques mais degradados; ou com espécies florestais de pouco valor para o mercado; ou em mãos de populações pouco interessadas ou impossibilitadas em inserir-se em mercados competitivos, que continuam com suas práticas de manejo, por mais insustentáveis que sejam. Diante disso, conclui o autor, os resultados das políticas de conservação de florestas têm sido medíocres e o avanço do desmatamento de áreas florestais continua elevado. E não seria para menos, visto que “não se pode exigir que o mercado faça aquilo que não

é da sua natureza, isto é, contribua para a justiça social, a diversidade cultural e uma sociedade sustentável, a não ser como ideologia".⁴⁷

Já no tocante à aquisição de bens, a IN estabelece a possibilidade de se exigir os seguintes critérios de sustentabilidade ambiental: que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado, atóxico, biodegradável; que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO) como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares; que os bens devam ser, preferencialmente, acondicionados em embalagem individual adequada, com o menor volume possível, que utilize materiais recicláveis, de forma a garantir a máxima proteção durante o transporte e o armazenamento; e que os bens não contenham substâncias perigosas em concentração acima da recomendada (art. 5º).

Por fim, quanto à contratação de serviços, dispõe a IN SLTI/MPOG nº 01/2010 que os editais deverão prever que as empresas contratadas adotarão as seguintes práticas de sustentabilidade na sua execução, quando couber: uso de produtos de limpeza e conservação que obedeçam às classificações e especificações determinadas pela ANVISA; adoção de medidas para evitar o desperdício de água tratada; observância da Resolução CONAMA nº 20/1994, quanto aos equipamentos de limpeza que gerem ruído no seu funcionamento; fornecimento aos empregados dos equipamentos de segurança que se fizerem necessários; realização de um programa interno de treinamento de seus empregados para redução de consumo de energia elétrica, de consumo de água e redução de produção de resíduos sólidos; realização da separação dos resíduos recicláveis descartados na fonte geradora e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, que será procedida pela coleta seletiva do papel para reciclagem; e previsão da destinação ambiental adequada das pilhas e baterias usadas ou inservíveis; além de outras, desde que devidamente justificadas (art. 6º, *caput* e parágrafo único).

As disposições das Políticas Nacionais sobre Mudança do Clima e de Resíduos Sólidos passaram a ser de observância obrigatória para a Administração Pública, tendo explicitado critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas para as propostas que propiciem

⁴⁷ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 359, 363-365 e 371-372.

maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos (art. 6º, XII, da Lei nº 12.187/2009) e a prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis, assim como para bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis (art. 7º, XI, da Lei nº 12.305/2010).

Para Bim, os parâmetros utilizados para tornar sustentável o consumo governamental são variados, podendo ser utilizados separada ou conjuntamente: especificações técnicas do produto (materiais a serem utilizados, custo do ciclo de vida do bem ou dos produtos de limpeza a serem empregados, exigência de certificações ou cadastros legalmente exigíveis etc); especificações de desempenho (cobrança de resultados ambientais, como, por exemplo, distribuição de energia, coleta e eliminação de lixo com menor prejuízo ao meio ambiente, aquisição de aparelhos elétricos que gastem menos energia ou veículos que consumam menos combustível etc); especificações de método de produção ou prestação de serviços ambientalmente defensáveis (recusar a compra de bens fabricados sem a utilização de energias renováveis etc); e elaboração de projetos estruturalmente sustentáveis.⁴⁸

As exigências de sustentabilidade a serem incluídas no procedimento licitatório e nos contratos públicos podem prever obrigações para o contratado e para os seus fornecedores, especialmente quando decorrentes de deveres legais, até porque não justificaria os critérios socioambientalmente sustentáveis deixarem de ser exigidos nos casos em que um terceiro realizasse o serviço (desde que devidamente permitida tal possibilidade na negociação) ou fornecesse os produtos necessários para o cumprimento do contrato, como os materiais utilizados em obras.

Outro tópico importante na concretização das licitações sustentáveis é o uso adequado da faculdade conferida à Administração Pública de acrescer ou suprimir até 25% das obras, serviços ou compras, nos termos do art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93⁴⁹. Para tanto, é imperiosa uma

⁴⁸ BIM, op. cit., p. 178-180.

⁴⁹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

fiscalização contínua e rigorosa dos contratos, de modo que as supressões ou os acréscimos sejam feitos no tempo e forma adequados, sem prejudicar o interesse público. O adequado e tempestivo controle da execução do contrato evitará a compra de excedente, já que eventual falta poderá ser facilmente suprida, bem como possibilitará a devolução de eventual sobra, com a devida restituição de eventual pagamento já realizado.

Enfim, a legalidade das licitações e contratações públicas sustentáveis já não permite mais questionamentos, sendo que a sua concretização depende apenas da boa vontade do administrador, tendo em vista os diversos instrumentos já disponibilizados, seja pela legislação, seja pelo conhecimento científico, para o seu adequado manejo, sem qualquer violação dos demais princípios regentes do procedimento que rege o consumo público.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inclusão da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como princípio do procedimento licitatório trata-se de inovação legislativa importante, pois, ainda que tal princípio pudesse ser invocado quando da realização das contratações públicas a partir das disposições constitucionais do *caput* do art. 225 e do inciso VI do art. 170, a ausência de previsão expressa a respeito causava insegurança jurídica nos gestores públicos, pela abertura dada a impugnações, em razão de eventual subjetividade ou direcionamento que pudesse ocorrer por conta da inclusão da variável ambiental no trâmite licitatório.

Todavia, a mera previsão do desenvolvimento sustentável como princípio não retira por si só essa ameaça. Isso porque a expressão, por mais debatida que já tenha sido nos mais diferentes setores da sociedade, ainda permite muitas interpretações, motivo pelo qual cabe aos poderes instituídos, inclusive e especialmente à própria Administração Pública, estabelecer critérios de observância obrigatória pelos gestores públicos nas licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações, com vistas à concretização de um consumo sustentável, que sirva de exemplo à população em geral e incentive os diversos setores econômicos a se adequarem a parâmetros ambientalmente corretos.

Tal mister já vem sendo cumprido pelo Poder Público, seja pela expedição da Instrução Normativa nº 01/2010, pela SLTI do MPOG, que dispõe sobre critérios de sustentabilidade ambiental na contratação

de serviços, bens ou obras pela Administração Pública; seja pela iniciativa do MMA de implementar a gestão socioambiental sustentável das atividades administrativas e operacionais do Governo por meio da Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P); seja pela instituição legislativa de especificações dos bens, serviços e obras a serem adquiridos, como é o caso das Políticas Nacionais de Mudança Climática (Lei nº 12.187/2009) e de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010).

Assim, os instrumentos já disponibilizados e o conhecimento já desenvolvido acerca dos meios de concretização de um consumo sustentável não permitem mais a omissão da Administração Pública quanto ao tema, especialmente porque a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é perfeitamente compatível com os demais princípios regentes do procedimento licitatório. Além disso, somente a prática das licitações e contratações públicas sustentáveis é que permitirá desenvolver ainda mais a questão, seja a partir do devido tratamento das impugnações que vierem, eventualmente, a ser apresentadas; seja em razão da evolução do mercado de tecnologias ecológicas, que certamente ocorrerá a partir da sua exigência pelo consumidor público.

Por fim, é preciso ressaltar que a adequada implementação das licitações sustentáveis não depende apenas da inserção de critérios de sustentabilidade ambiental nas especificações técnicas do objeto a ser licitado, seja com base jurídica, justificativa técnica ou autorização legal, e sua observância no momento da contratação, sendo imprescindível que tais critérios sejam fiscalizados no decorrer da execução do contrato (atividade muitas vezes deixada de lado pela Administração Pública com relação às mais diversas obrigações contratuais), com a devida aplicação das sanções quando verificado o inadimplemento, de modo a dar credibilidade às exigências editalícias e atingir o objetivo maior da defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ALIER, Joan Martínez. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. Traduzido por Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Direito internacional ambiental como fundamento jurídico para as licitações sustentáveis no Brasil. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BLIACHERIS, Marcos Weiss. Licitações sustentáveis: política pública. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental. Departamento de Cidadania e Responsabilidade Socioambiental. *A3P - Agenda Ambiental na Administração Pública*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=36>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

CAPRA, Fritjof. *A Teia da Vida*. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Traduzido por Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1996.

DEL MASSO, Fabiano. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação e gestão ambiental*. São Paulo: Gaia, 2006.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. As licitações públicas e as novas leis de mudança climática e de resíduos sólidos. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo*. Traduzido por Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- MENEGUZZI, Rosa Maria. Conceito de licitação sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Campinas: Millennium, 2003.
- _____. A sustentabilidade nas licitações (Prefácio). In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PORTE-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SANTOS, Murillo Giordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- SOUZA, Lilian Castro de. Política nacional do meio ambiente e licitações sustentáveis. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coordenadores). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Método, 2003.
- TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANOTAÇÕES SOBRE LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

***NOTES ON LIMITS AND RESTRICTIONS ON
FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE FEDERAL
CONSTITUTION OF 1988***

*Dermerval Rocha da Silva Filho
Advogado da União
Procurador-Seccional da União em Ilhéus/BA
Especialista em Direito Constitucional*

SUMÁRIO: Introdução: 1 Definindo o âmbito de proteção do direito fundamental; 2 Restrições mediante reservas legais simples e qualificada; 3 Direitos fundamentais com reserva legal simples; 4 Direitos fundamentais com reserva legal qualificada; 5 Outras limitações possíveis – Direitos Fundamentais sob limites imanentes; 6 Respeito a direitos fundamentais de terceiros; 7 Direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública; 8

Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição; 9 Os subprincípios da proporcionalidade como balizas para aferição da constitucionalidade dos limites e restrições aos direitos fundamentais; 9.1 Adequação; 9.2 Necessidade; 9.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 10 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 admite limites e restrições a direitos fundamentais, fazendo-o, em alguns casos, expressamente via reservas legais simples e qualificada. Contudo, há quem entenda que outros limites e restrições podem recair sobre os direitos fundamentais, independentemente de cláusula expressa nesse sentido, bastando para tanto que estejam em exame o interesse público, questões de ordem pública e relações especiais de sujeição. O presente artigo analisa o princípio da proporcionalidade como parâmetro eficaz na análise da constitucionalidade das afetações.

PALAVRAS-CHAVE: Limites e Restrições a Direitos Fundamentais. Princípio da Proporcionalidade no Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution admits limits and restrictions on fundamental rights, making it expressly reserves through simple legal and qualified. However, there are those who understand that other limits and restrictions may be on fundamental rights regardless of express provision to that effect, simply that they are both under consideration the public interest, public order issues and special relations of subjection. This article analyzes the principle of proportionality as effective parameter in analyzing the constitutionality of the damages.

KEYWORDS: Limits and Restrictions on Fundamental Rights. Principle of Proportionality in Control of Constitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar algumas hipóteses em que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 podem sofrer limites e restrições pelo legislador infraconstitucional. A tarefa não é fácil, já que o texto constitucional não tem uma regra geral sobre o assunto, o que tem levado o meio jurídico pátrio a defender, ora uma ampla concepção restritiva, ora uma reduzida possibilidade de restrições, e nesse último caso apenas nas hipóteses onde prevista uma cláusula de reserva legal.

Nessa perspectiva, destacar-se-á a importância do exame do âmbito de proteção da norma jusfundamental, para somente depois analisar onde e como o constituinte permite afetações onerosas aos direitos nela positivados. No segundo momento, estudaremos os limites e restrições sob reservas legais simples e qualificada, analisando as possibilidades de restrição quando ausentes tais reservas.

Por fim, esse trabalho propõe-se ainda a abordar, ainda que superficialmente, um dos parâmetros utilizados para aferir a constitucionalidade dessas afetações, fazendo-o via princípio da proporcionalidade e seus subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

1 DEFININDO O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

Nem toda violação de direito constitui afronta a um direito fundamental. Logo, a definição do âmbito de proteção de um direito tem a ver com o identificar agasalhado, ou não, à sombra de uma norma jusfundamental, e o necessário enquadramento de um pretenso titular no âmbito da proteção previsto na Constituição, parece ser condição para examinar até onde pode ir o legislador infraconstitucional, quando em foco limites e restrições ao direito fundamental ali albergado.

Gilmar Ferreira Mendes¹ diz que:

A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma séria

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 210.

de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do âmbito ou núcleo de proteção (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos.”

“É a parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção [...] da garantia fundamental².

Um precedente do Supremo Tribunal Federal, excluindo o trottoir da liberdade de locomoção às prostitutas, esclarece melhor³: “não há direito constitucionalmente assegurado à prática do trottoir, a qual é contrária aos bons costumes, ofensiva da moralidade pública e fonte de constrangimento para transeuntes e residentes”.

É a preocupação de saber se o direito que se julga limitado ou restringido está de fato inserido na categoria do direito fundamental trabalhado, na perspectiva de que, do possível âmbito de proteção inicialmente apresentado, se exclua, desde logo, toda ou qualquer hipótese fática que não permita o estabelecimento de uma mínima conexão com o provável conteúdo do direito fundamental em foco⁴.

2 RESTRIÇÕES MEDIANTE RESERVAS LEGAIS SIMPLES E QUALIFICADA

De início, importante ter presente que não se pode afirmar que todos os direitos fundamentais contemplados na CF de 88 são absolutos, primeiro porque são direitos históricos onde insita a idéia de transitoriedade, elevados a tal condição por uma geração constituinte, segundo, porque, em que pese sua função dirigente e sistematizadora, com projeção e irradiação sobre todo o ordenamento jurídico, eles não são infensos a limites e restrições implícita ou explicitamente contidos na própria Constituição que os concebe.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,⁵ “Não são eles nem anteriores nem superiores ao Estado, não são inalienáveis

² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 150-151.

³ STF. RHC 59.104, rel. Min. Moreira Alves, DJ 3.11.1981.

⁴ FREITAS. Luiz Fernando Calil. *Direitos Fundamentais Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 225.

⁵ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 282.

nem imprescritíveis... São propostas que o legislador, ordinário ou constituinte, adota ou não, quando melhor lhe parece".

Segundo Luiz Fernando Calil de Freitas:⁶

O sistema de direitos fundamentais desempenha a função de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo cristalizado no ordenamento jurídico democraticamente constituído [...] passando os direitos fundamentais a constituírem-se em um conjunto de valores e fins dirigentes da ação dos poderes públicos, não somente são ampliados os encargos – através da previsão dos direitos a prestações positivas –, como também se potencializa a produção de um efeito conformador de todo o sistema jurídico e, como tal, legitimador de uma específica compreensão do Direito adequada ao sistema de direitos fundamentais.

Sendo assim, partindo do princípio de que, via de regra, inexistem direitos fundamentais absolutos, examinemos onde seria possível haver restrições sobre eles.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COM RESERVA LEGAL SIMPLES

Diz Luiz Fernando Calil de Freitas,⁷ a propósito das reservas legais simples, que:

Por intermédio delas, o legislador constituinte simplesmente remete ao legislador ordinário a tarefa de em momento posterior limitar o conteúdo inicialmente amplo do direito tal como prefigurado na norma jusfundamental, sem, todavia, acrescer a tal autorização qualquer espécie de delimitação.

Na Constituição de 88, são exemplos de direitos fundamentais sob reserva legal simples, os constantes do art. 5º, incisos VI, VII, XV, XLV, entre outros:

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;

⁶ FREITAS, op. cit. p. 36.

⁷ FREITAS, op. cit. p. 163.

VII- é assegurada, *nos termos da lei*, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, *nos termos da lei*, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, *nos termos da lei*, estendidas aos sucessores e contra eles executados, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Em tais normas que prevêem direitos fundamentais sob reserva legal simples, o legislador constituinte abre espaço para que o legislador ordinário imponha restrições aos direitos ali positivados, conferindo tal mandato via expressões como: “nos termos da lei”, “na forma da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, como, por exemplo, se pode constatar dos incisos citados.

Dizendo de outra forma, na reserva legal simples, o constituinte admite restrições às liberdades públicas positivadas, bastando para isso que a lei seja editada com base em autorização da própria Constituição.

Interessante que em outras hipóteses mencionadas no mesmo artigo 5º, a Constituição vai mais longe e confere ao legislador ordinário a tarefa de não só restringir, mas também conferir contornos ao conteúdo do próprio direito fundamental assegurado.

É a observação de Gilmar Ferreira Mendes⁸, quando, ao comentar os incisos XLIII e LXVII, ambos do art. 5º da CF de 88, assim averbou:

No primeiro caso, relativos aos crimes hediondos, o constituinte adotou um conceito jurídico indeterminado que conferiu ao legislador ampla liberdade, o que permite quase a conversão da reserva legal em um caso de interpretação da Constituição segundo a lei. Os crimes definidos como hediondos passam a ter um tratamento penal agravado pela simples decisão legislativa. Essa questão tornou-se ainda mais polêmica, porque o legislador ordinário, de posse do mandato que lhe foi conferido constitucionalmente, entendeu por bem impor que a execução da pena se fizesse exclusivamente

⁸ MENDES. Gilmar Ferreira et al. op. cit., p. 236.

em regime fechado (Lei nº 8.072/1990, art. 33, §2º), em aparente contradição com o disposto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição.

No que se refere à liberdade provisória, também optou o constituinte, aparentemente, por conferir amplo poder discricionário ao legislador, autorizando que este defina os casos nos quais seria aplicável o instituto. É quase certo que a expressão literal aqui é má conselheira e que todo o modelo de proteção à liberdade instituída pela Constituição recomende uma leitura invertida, segundo a qual haverá de ser admitida a liberdade provisória, com ou sem fiança, salvo em casos excepcionais, especialmente definidos pelo legislador.

Vê-se, portanto, que, mesmo no caso dessa liberdade para restringir mais extensa franqueada ao legislador infraconstitucional, como abordado pelo autor referido, em verdade tal somente pode acontecer por conta de autorização ainda que imprecisa constante da própria norma jusfundamental, vazada na chamada reserva legal simples.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS COM RESERVA LEGAL QUALIFICADA

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes⁹:

Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada (qualifizierter gesetzesvorbehalt) quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Em nossa Constituição, pode-se citar como exemplos de reserva legal qualificada, os incisos XII e XIII, ambos do art. 5º. Veja-se:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

⁹ MENDES. Gilmar Ferreira et al. op. cit., p. 236.

No primeiro inciso, o constituinte estabelece como regra o sigilo das comunicações telefônicas, excepcionando-o em hipóteses expressamente delineadas, a saber: a quebra da inviolabilidade do sigilo somente é permitida mediante ordem judicial, quando em foco investigação criminal ou instrução processual penal, nas situações que a lei estabelecer¹⁰.

No caso, a restrição ao sigilo ora autorizado pela norma jusfundamental revela-se qualificada na medida em que exclusivamente autorizadas sob três balizas ali previamente impostas, ordem judicial, persecução criminal e instrução processual penal.

No segundo exemplo citado, o legislador constituinte foi claro no sentido de admitir restrições ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que naquilo que diga respeito à qualificação profissional. É o que se infere da lição de José Afonso da Silva¹¹, o qual assim expressou:

Mas o autor da Tese conhece a posição do autor do livro com relação aos direitos absolutos. Pois se sustento que os direitos fundamentais são históricos, só por isso já está reconhecido que não os acho absolutos. Mas, por outro lado, também não admito a interferência do legislador para restringi-los senão onde a própria Constituição autorize. A concepção da Tese, nesse particular, é perigosa, quando sustenta a restrinabilidade, sempre, dos direitos fundamentais, especialmente das liberdades públicas, pelo legislador, sem arrimo constitucional.

O autor critica a influência do direito alemão sobre o constitucionalismo pátrio, lembrando que a Constituição alienígena, em seu art. 2º, nº 2, diz que “Todos têm o direito à vida e à integridade física. A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos com base numa lei”.

Segundo ele, o direito constitucional brasileiro não confere essa autorização genérica ao legislador infraconstitucional,¹² não comungando

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal admite que Comissão Parlamentar de Inquérito quebre o sigilo telefônico, ao entender que tal material não está abrangida pela reserva absoluta de jurisdição (STF, Pleno, MS 23.452-1/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16-9-1999).

¹¹ SILVA, op. cit. p. 279.

¹² Ibidem, p. 284.

dessa idéia o professor Gilmar Ferreira Mendes,¹³ para quem o inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz consigo uma cláusula de reserva subsidiária.

Aliás, essa posição de José Afonso encontra assento explícito na Constituição de Portugal, art. 18º, nº 2, no sentido de que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

De qualquer sorte, parece não haver dúvida que há direitos que são amplos e preexistem a qualquer restrição, como o direito de não ser torturado, uma vez que sua eficácia jurídica brota do próprio texto constitucional, não dependendo de regulamentação, e não assentindo com outras afetações.

5 OUTRAS RESTRIÇÕES POSSÍVEIS - DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB LIMITES IMANENTES

Os direitos fundamentais com limites imanentes são aqueles que trazem em seu conteúdo barreiras inatas que comprometem a aparente amplitude de seu alcance, e isso independentemente de qualquer ingerência autorizada na norma que os agasalha. Enfim, são direitos que já surgem limitados.

Nas palavras de Luiz Fernando Calil de Freitas¹⁴, “Afirmar que os direitos fundamentais têm limites imanentes importa dizer que tanto do ponto de vista material, quanto do estritamente jurídico, as normas constitucionais jufundamentais ao estabelecerem tais direitos definem as respectivas fronteiras”.

Cite-se como exemplo o art. 5º, inciso X, da Carta de 88, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, revelando-se como liberdades insitamente condicionadas, na medida em que nem todas as formas de exercitá-las encontram abrigo na previsão normativa¹⁵.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica, 2000. p. 227 et seq.

¹⁴ FREITAS, op. cit. p. 83.

¹⁵ Ibidem, p. 83.

Mas será que todos os outros direitos estão sujeitos a afetações gravosas ainda que inexistente expressa autorização constitucional nesse sentido, ou o choque com outros direitos de igual estatura constitucional, é o bastante para a intervenção legislativa em seu âmbito de proteção?

A despeito da opinião de José Afonso da Silva, já citada neste trabalho, no sentido da impossibilidade de restrições não expressamente autorizadas pelo legislador constituinte, há quem advogue a compatibilidade de tais restrições a partir das seguintes situações: respeito a direitos fundamentais de terceiros, direitos fundamentais limitados por questões de ordem pública e direitos fundamentais submetidos a relações especiais de sujeição.

6 RESPEITO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIROS

Como dito, os direitos fundamentais via de regra não são absolutos, e seu exercício dá-se mediante o respeito ao direito daqueles outros que também titularizam liberdades públicas de igual importância constitucional (direito dos outros), sendo tal convivência harmonioso corolário lógico da vida em sociedade. Leciona Luiz Fernando Calil de Freitas¹⁶:

Saber qual direito fundamental agride a esfera de outro direito fundamental é de suma importância, já que por aplicação da doutrina dos direitos dos outros enquanto limite imanente dos direitos fundamentais o Estado fica na posição de obrigação a observar seus deveres de omissão, tanto quanto na de obrigado a desenvolver seus deveres de proteção, devendo concomitantemente prevenir atuações suas e dos particulares que sejam lesivas e atuar posteriormente à agressão.

Com base nos chamados direitos de terceiros, seria possível fazer afetações gravosas ao conteúdo dos direitos fundamentais, ainda que sem reservas legais simples ou qualificadas.

7 DIREITOS FUNDAMENTAIS LIMITADOS POR QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICO

Trata-se da relativização de direitos fundamentais que eventualmente cedem lugar para outros valores superiormente

¹⁶ FREITAS, op. cit. p. 91.

consagrados como expressão da tutela do bem comum, do interesse público, do interesse social, dos bons costumes e da segurança pública.

Cite-se, ainda a título de exemplo, a possibilidade do Poder Público proibir a realização de um culto religioso, em que pese a norma jusfundamental contida no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal. Essa vedação, contudo, deve acontecer sempre à luz do princípio da proporcionalidade, valendo salientar, de antemão, algumas ressalvas de José Afonso da Silva, no sentido de que¹⁷:

Deve-se, apenas, acrescentar que as regras de contenção da eficácia daquelas normas não podem ir ao ponto de suprimir as situações subjetivas em favor dos governados. Essa contenção só pode atuar circunstancialmente, não de modo contínuo. Isso seria ditadura.

O constitucionalista defende que se ao Estado compete promover a ordem pública, certamente que para a consecução desses objetivos, há que ser autorizado pela constituição (nos estritos termos de suas normas), quer por conceitos gerais – bons costumes, bem comum etc., -, quer por lei cuja eficácia e aplicabilidade ficam delimitadas ao equilíbrio perseguido pelo Estado, na busca da efetivação da prosperidade da comunidade¹⁸.

Aqui as liberdades individuais encontram condicionamentos em nome de razões que digam respeito a uma convivência ordenada entre os cidadãos.

8 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Há hipóteses em que se pode cogitar da possibilidade de interferências sobre os direitos fundamentais, bastando para tanto que seus titulares, a exemplo de servidores públicos, militares, presos, estudantes de instituições públicas, estejam numa relação especial de sujeição perante o Poder Público, de modo a receberem tratamento distinto e mais gravoso em face da generalidade das pessoas. Com base nessa situação jurídica especialmente voltada para grupos determinados, é que, por exemplo, a nossa Constituição restringe o habeas corpus aos militares, art. 142, §2º, limita o direito de greve dos trabalhadores,

¹⁷ SILVA, op. cit. p. 173.

¹⁸ Ibidem, p. 114-115.

art. 9º, caput e §1º, suspendendo direitos políticos, consoante se vê do art. 15, incisos III e V.

Luiz Fernando Calil de Freitas¹⁹, citando Jane Reis Gonçalves Pereira, assinala:

Nessa linha, a autora propugna – com apoio na doutrina de Hesse – inexistir necessidade de específica previsão no texto constitucional da relação especial, bastando que se possa objetivamente verificar a legitimidade constitucional da inserção da instituição no contexto de que aqui se trata.

Paulo Gustavo Gonet Branco não parece divergir, e recomenda, antes da interferência, a ponderação dos direitos fundamentais atingidos, quando ausente lei autorizativa de restrições eventualmente necessárias. *Verbis:*

As restrições dos direitos fundamentais hão de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há que se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial.

Com outros termos, ele lembra mais claramente que as restrições devem obediência ao princípio da proporcionalidade²⁰:

Hão de ser proporcionais, não se elastecendo necessariamente a todos os aspectos da vida do sujeito. Desse modo, a liberdade de expressão dos militares pode vir a ser contida, mas na medida em que isso for necessário à disciplina. A liberdade de expressão artística dos militares, entretanto, não é de ser necessariamente afetada. De outra parte, os presos não vão poder cobrar o direito de livre circulação e a plenitude dos direitos políticos. Mas não se justifica que se lhes recuse o direito à vida, o direito à incolumidade física, a liberdade de crença religiosa ou mesmo o direito de petição.

Enfim, é possível impor afetações gravosas no caso em foco desde que não exceda tanto que acabe sufocando outros direitos fundamentais.

¹⁹ FREITAS, op. cit. p. 129.

²⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et all. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 2002. p. 192-193.

9 OS SUBPRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE COMO BALIZAS PARA AFERIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES E RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O princípio da proporcionalidade e da “proibição de excessos” para os alemães, princípio da razoabilidade para os americanos, sem designação consensual no direito pátrio, referido princípio, que é mais fácil de ser sentido do que conceituado ou definido²¹, é parâmetro de justiça e da aferição da menor ingerência possível na atuação restritiva do Estado.

Segundo Anderson Sant’ana Pedra²²:

O princípio da proporcionalidade é axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânones do Estado Democrático de Direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro da juridicidade de cada tema legítimo de autoridade.

Na visão de Sylvia Marlene de Castro Figueiredo²³, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito exige uma concordância prática entre os diferentes valores constitucionalmente consagrados, objetivando que sejam minimamente limitados em caso de colisão”.

Humberto Ávila²⁴, que usa o termo postulado em vez de princípio, ensina o seguinte:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a

²¹ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

²² PEDRA, Anderson Sant’ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 94.

²³ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: RCS. 2005. p. 174.

²⁴ ÁVILA, op. cit. p. 146.

relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Nessa obra referida, o autor trata dos subprincípios da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, balizas que servem para aferição da constitucionalidade da restrição, lembrando que todas devem ser observadas, sob pena de invalidade da norma.

9.1 ADEQUAÇÃO

Se o meio se revela adequado quando atinge o fim a que se destina, surge a necessidade de entender qual a finalidade pretendida pelo legislador infraconstitucional, ao impor uma determinada restrição, para só então aferir se o remédio receitado é o apropriado.

Diz Luiz Fernando Calil de Freitas²⁵ que:

O princípio da adequação, princípio da idoneidade ou da conformidade, como também é conhecido, estabelece que, no exame do caso concreto, se verifique se a afetação desvantajosa no direito fundamental foi produzida com o emprego de meio que de forma mais adequada se mostre apto a promover o atingimento da finalidade perseguida. É dizer: examina-se se o meio eleito, quanto produza limitação ou restrição a direito fundamental, é útil, idôneo, apto, apropriado à promoção do resultado pretendido.

Na prática, porém, há proibições que, embora quase inexpressivas em termos de resultados, não chegam a ser inconstitucionais²⁶, eis que, conforme escreveu Suzana de Toledo Barros²⁷:

Sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.

25 FREITAS, op. cit. p. 208.

26 MENDES, Gilmar Ferreira et al. op. cit., p. 249

27 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica. 1996. p. 223.

Tal significa a possibilidade de uma dada proibição vir a passar no teste da adequação, embora não tenha a mesma sorte com relação à necessidade.

9.2 NECESSIDADE

Segundo Gilmar Ferreira Mendes²⁸, “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa.”

Nas palavras de Paulo Armínio Tavares Buechele²⁹.

Constatada, em um primeiro plano, a aptidão da lei restritiva para atingir o fim perseguido pelo Texto Constitucional (proteção e efetivação de um determinado direito fundamental), o passo seguinte, na tarefa de controlar a constitucionalidade da limitação normativa, é aferir se a imposição do legislador era, realmente, naquele preciso instante, além de imprescindível para assegurar o exercício do direito fundamental objeto da restrição (fim), o instrumento (meio) mais eficaz e menos oneroso para o cidadão.

Em outras palavras, há quem defenda, por exemplo, que determinados agentes públicos podem ser enquadrados na chamada relação especial de sujeição, podendo o legislador conformador fazer recair sobre eles restrições outras não expressamente previstas na Constituição, desde que em intensidade compatível com seus direitos fundamentais, resolvendo-se eventuais excessos através do filtro da proporcionalidade.

Não sem razão Clémerson Clève³⁰ afirma que há atos de conformação, por se revelarem desnecessariamente onerosos ao direito fundamental atingido, sabido que há outros menos traumáticos de igual eficácia, que não cabem na moldura da proporcionalidade, sendo materialmente inconstitucionais, *verbis*:

²⁸ MENDES, op. cit. p. 250.

²⁹ BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999. p. 130.

³⁰ CLÈVE. Clémerson. *Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p. 45.

Pode ocorrer também inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à ‘liberdade de conformação do legislador’, tenha sido editada ‘não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosseguir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles, ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável.

É o chamado excesso do poder de legislar, a teor das palavras de Anderson Sant’ana Pedra, a atrair a censura do Poder Judiciário:

É cediço que a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), mas a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura excesso de poder de legislar. Isto se impõe haja vista que a presunção de liberdade, que lastreia o Estado Democrático de Direito, pressupõe um regime legal mínimo, que não reduza ou restrinja, imotivadamente ou desnecessariamente, a liberdade de ação no âmbito social. As leis têm de ter, pois, um fundamento objetivo, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas que estabelecem restrições dispensáveis.

É o teste da necessidade ou da menor ingerência possível.

9.3 PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito ter a ver com o ponderar se um remédio, embora adequado e necessário, trouxe os resultados pretendidos sem sobrecarga desmedida ao paciente.

Paulo Armínio Tavares Buechele³¹ sintetiza:

O aspecto chave é a ponderação, a relação “custo-benefício”, ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional. Vale dizer,

³¹ BUECHELE, op. cit. p. 132.

se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trouxer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante à sua proteção e concretização, terá ela atendido ao Princípio da Proporcionalidade em todos os seus elementos.

Em outros termos, o remédio da proibição deve constituir meio idôneo para atingimento de suas finalidades, princípio da adequação, deve passar pelo crivo da menor ingerência possível, princípio da necessidade, e por último deve submeter-se ao necessário equilíbrio entre meio e fins, de modo a evitar qualquer intervenção que não se revele justa ou razoável, e que poderia ser concretizada de forma alternativamente menos dolorosa ao direito fundamental atingido.

10 CONCLUSÃO

Vê-se assim que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser limitados e restringidos, sendo certo que tais afetações gravosas a esses direitos podem acontecer mediante autorização implícita ou explícita da própria Constituição. Ou seja, via reservas legais simples e qualificada (reservas expressas), respeito a direitos fundamentais de terceiros, por questões de ordem pública e tendo em vista relações especiais de sujeição (reservas não expressas). Essas afetações, contudo, devem submeter-se ao controle de constitucionalidade, dentro do qual o princípio da proporcionalidade, sobretudo em se tratando de reservas não expressas, aparece como de grande importância.

REFERÊNCIAS

- ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARCELOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2004.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- CLÈVE, Clémerson. *Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais Limites e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: RCS, 2005.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Do Processo Legislativo*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Brasília: Saraiva, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- PEDRA, Anderson Sant'ana. *O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Editora, 2008.
- _____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TOLEDO, Suzana. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 1986.

O MODELO DEMOCRÁTICO-DELIBERATIVO À LUZ DO PLURALISMO POLÍTICO

***THE DEMOCRATIC-DELIBERATIVE MODEL ACCORDING
TO POLITICAL PLURALISM***

Fabrício Faroni Ganem

Procurador Federal lotado no INSS

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD-UFRJ

Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o
Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado ao PPGD-UFRJ

Bernardo Zettel

Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro

Bolsista de Iniciação Científica – IC/FAPERJ

Membro do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento
das Instituições (LETACI), vinculado ao PPGD-UFRJ

SUMÁRIO: Introdução; 1 Uma Concepção Deliberativa sobre a Democracia; 2.1 Princípios Estruturais e Condições para a Deliberação; 2.2 O Procedimento Deliberativo; 3 Limites da Deliberação: as Possibilidades de Consenso Ante o Pluralismo Razoável; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar os principais elementos de um modelo de democracia deliberativa, que teve as suas características essenciais traçadas a partir do resgate do marco liberal pela filosofia política de John Rawls, com a publicação de “Uma Teoria da Justiça” (1971). A partir de então, novos estudos despontaram no campo da ciência política, apresentando, em comum, aqueles que podem ser considerados os elementos fundamentais de um ideal democrático-deliberativo. Contudo, dois problemas podem ser apresentados como objeções ao ideal deliberativo: (I) a dificuldade em se alcançar o consenso dentro do procedimento deliberativo; (II) o modo como diferentes pontos de vista morais e políticos podem sem compatibilizados dentro da estrutura institucional dessa democracia deliberativa. Como resposta a essas questões, alguns argumentos estão baseados na ideia de pluralismo razoável (John Rawls) e de acordos incompletamente teorizados (Cass Sunstein).

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade Política. Teoria da Democracia Deliberativa. Pluralismo Político. Consenso Democrático. Acordos Incompletamente Teorizados.

ABSTRACT: This study aims to analyze the main elements of a deliberative democracy model, which had their essential characteristics designed from the John Rawls's liberal political philosophy, with the publication of “A Theory of Justice” (1971). Since then, new studies have come in the field of political science, presenting, in common, those that can be considered the basic elements of a democratic-deliberative ideal. However, two problems may be presented as objections to the deliberative ideal: (I) the difficulty in achieving the consensus within the deliberative procedure; (II) how different moral and political points of view may be compatible within the institutional structure of a deliberative democracy. In response to these questions, some arguments are based on the idea of a reasonable pluralism (John Rawls) and incompletely theorized agreements (Cass Sunstein).

KEYWORDS: Political Legitimacy. Theory of Deliberative Democracy. Political Pluralism. Democratic Consensus. Incompletely Theorized Agreements.

INTRODUÇÃO

Os estudos sobre modelos de democracia no âmbito da ciência política estiveram, em grande parte, voltados para a fundamentação da legitimidade do poder governamental e da estruturação de diversas formas de proteção de direitos e liberdades fundamentais individuais. O pensamento liberal filosófico a partir do final do século XVII desfere os primeiros golpes contra o antigo regime absolutista, buscando delimitar novas bases para a legitimidade do poder político com fundamento em anseios de ordem democrática e popular¹. Com efeito, o nascimento das democracias modernas, acompanhado do surgimento do movimento constitucionalista liberal, teve como principal alvo a desconstrução da arbitrariedade e da concentração de poder nos regimes monárquicos². A democracia, enquanto nova proposta de governo, surge como um fenômeno revolucionário, ao menos no seu sentido político-formal, na medida em que rompeu com antigas tradições e com a forma de organização do poder político no Estado, até então extremamente centralizado.

Nesse sentido, e não poderia ser de outra forma, os primeiros modelos democráticos esboçados a partir do embrião do pensamento liberal sempre estiveram voltados para a fundamentação política da democracia. A questão da legitimidade foi conformada à busca por valores de ordem política que pudessem legitimar o exercício do poder

1 John Locke publica em 1689 o “Segundo tratado sobre o governo civil”, onde, no estado de sociedade, confere a soberania integralmente ao povo. “149. Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou;” LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006. p. 76.

2 Quatro movimentos filosóficos foram marcantes para romper com as estruturas do modelo medieval: o renascimento; o racionalismo; o empirismo e o individualismo. Tais movimentos levaram às disputas por liberdade religiosa e posteriormente à luta contra qualquer tipo de opressão carente de legitimidade. A luta pelas liberdades fundamentais eclodiu com a Revolução em França, no ano de 1789, consolidando a fonte propulsora de uma nova consciência revolucionária: “Revolutionary consciousness was expressed, finally, in the conviction that the exercise of political domination could be legitimated neither religiously (by appeal to divine authority) nor metaphysically (by appeal to an ontologically grounded natural law). From now on, a politics radically situated in this world should be justifiable on the basis of reason, using the tools of postmetaphysical theorizing. [...] Revolutionary practice could thus be understood as a theoretically informed realization of human rights; the Revolution itself seemed to be derived from principles of practical reason.” HABERMAS, Jürgen. “Popular Sovereignty as Procedure”. In: BOHMAN, James; REGH, William (Eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: MIT Press, 1997. p. 41-42.

estatal sobre cidadãos dotados de direitos e garantias fundamentais. Essa foi a principal preocupação do modelo lockeano (John Locke), que buscou no estado de natureza direitos inerentes à condição humana e os transferiu ao estado de sociedade para que também aqui pudessem proteger o homem contra a tirania do governo. No modelo montesquiano (Montesquieu), a separação entre os poderes do Estado é retomada com algumas novidades em relação ao modelo lockeano, com objetivo de salvaguardar as liberdades políticas por meio da divisão e mútuo controle dos poderes entre forças autônomas. O modelo rousseauiano (Jean-Jacques Rousseau), expressão do pensamento cívico republicano, identificou a legitimidade do poder político, em última instância, na sua capacidade de expressar a vontade geral de cidadãos autônomos e racionais que firmam as bases do governo a partir de um pacto (contrato) social. No cenário político econômico, mas na esteira das ideias liberais, Adam Smith desenvolve a tese segundo a qual, para a sociedade alcançar um bom nível de riqueza e de produtividade eficiente, deveria ser-lhe garantida a livre iniciativa sem a interferência estatal na economia³.

O traço característico desses modelos democráticos pode ser identificado na construção de um fundamento político para a legitimidade do poder estatal. Em linhas gerais, as liberdades fundamentais individuais representaram a principal base atribuída à constituição do poder político. São valores que resguardam o núcleo do fenômeno democrático, e que, por isso, estão imunes a qualquer ação do Estado. Nesse sentido, pode-se dizer que o fundamento legitimatório do poder político-estatal, em sua

³ O pensamento econômico de Adam Smith influenciou de forma decisiva os modelos capitalistas econômicos a partir da publicação de sua "A Riqueza das Nações. Uma Investigação sobre sua Natureza e suas Causas", em 1776. Em linhas gerais, a ideia de um sistema de *laissez-faire* é introduzida como principal instrumento para garantia das liberdades naturais do homem: "Consequentemente, uma vez eliminados inteiramente todos os sistemas, sejam eles preferenciais ou de restrições, impõe-se por si mesmo o sistema óbvio e simples da liberdade natural. Deixa-se a cada qual, enquanto não violar as leis da justiça, perfeita liberdade de ir em busca de seu próprio interesse, a seu próprio modo, e faça com que tanto seu trabalho como seu capital concorram com os de qualquer outra pessoa ou categoria de pessoas. O soberano fica totalmente desonerado [...]. Segundo o sistema da liberdade natural, ao soberano cabem apenas três deveres; três deveres, por certo, de grande relevância, mas simples e inteligíveis ao entendimento comum: primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e, terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade." SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações. Uma Investigação sobre sua Natureza e suas Causas*. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 169-170.

acepção democrática encontrada no liberalismo clássico, sempre esteve ancorada em um modelo político estático, direcionado à proteção de liberdades e direitos fundamentais.

Em verdade, o surgimento do pensamento liberal teve como principal objetivo confrontar a centralização do poder político no Estado. Nessa medida, precisava fornecer uma nova justificação para a sua distribuição e o seu modo de exercício. Foi um primeiro passo necessário para romper com o despotismo e para fundamentar, em novas bases políticas, a legitimidade do governo. No entanto, os modelos políticos estáticos até então propostos tiveram como principal preocupação a legitimidade do exercício do poder com base na justificação da sua própria constituição. Nesse sentido, é que se buscaram valores em forma de liberdades públicas e de autonomia privada como aspectos legitimatórios do modo de organização do poder político.

Após a Revolução Industrial⁴, a partir da segunda metade do século XIX, a sociedade ansiava por mudanças⁵ que, aliadas às disputas por definição de fronteiras entre alguns países, fizeram emergir o nacionalismo⁶ e o comunismo⁷, duas teorias filosóficas que vão de

4 “E tanto a Grã-Bretanha quanto o mundo sabiam que a revolução industrial lançada nestas ilhas não só pelos comerciantes e empresários como através deles, cuja única lei era comprar no mercado mais barato e vender sem restrição no mais caro, estava transformando o mundo. Nada poderia detê-la. Os deuses e os reis do passado eram impotentes diante dos homens de negócios e das máquinas a vapor do presente.” HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções, 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 3. ed., 2011. p. 95.

5 “No início de 1848, o eminentíssimo pensador político francês Alexis de Tocqueville ergueu-se na Câmara dos Deputados para expressar sentimentos que muitos europeus partilhavam: “Estamos dormindo sobre um vulcão [...]. Os senhores não percebem que a terra treme mais uma vez? Sopra o vento das revoluções, a tempestade está no horizonte”. Mais ou menos no mesmo momento, dois exilados alemães, Karl Marx com trinta anos, e Friederich Engels, com vinte e oito, divulgaram os princípios da revolução proletária contra a qual Tocqueville alertava seus colegas, no programa que tinha traçado algumas semanas antes para a Liga Comunista Alemã e que havia sido publicado anonimamente em Londres, em 24 de fevereiro de 1848, sob o título (alemão) de Manifesto do Partido Comunista, ‘para ser publicado em inglês, francês, alemão, italiano, flamengo e dinamarquês’. Em poucas semanas, ou, no caso do Manifesto, em poucas horas, as esperanças e os temores dos profetas pareceram estar na iminência da realização.” HOBSBAWN, Eric. *A era do capital, 1848-1875*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 27-28.

6 “I. Definição. – Em seu sentido mais abrangente o termo Nacionalismo designa a ideologia nacional, a ideologia de determinado grupo político, o Estado nacional, que se sobrepõe às ideologias de partidos, observando-as em perspectiva. O Estado nacional geral o Nacionalismo, na medida em que suas estruturas de poder, burocráticas e centralizadoras, possibilitam a evolução do projeto político que visa a fusão do Estado e nação, isto é a unificação em seu território, de língua, cultura e tradição.” BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*, v. II. Brasília, DF: UnB: Linha Gráfica Editora, 1991, p. 799.

7 O comunismo aqui referido é o Marxista, profundamente ligado à organização industrial do mundo moderno. Marx faz uma análise histórico-material da economia para concluir que, na verdade, no plano político, as diferenças sociais e de dominação política, com o fim do feudalismo, se transferiram dos senhores feudais para a burguesia. Em outras palavras, para Marx o liberalismo não tinha nenhuma

encontro ao projeto liberal. O descrédito do liberalismo é agravado pelas duas Grandes Guerras e leva os países ocidentais, em geral, a não confiarem que a sociedade justa e igualitária poderia ser construída por meio do direito e pela democracia, como eram os pilares do liberalismo político^{8 9}.

Nesse contexto, o desenvolvimento do fenômeno democrático foi marcado pelo surgimento de novos desafios à configuração da legitimidade do exercício do poder político. Mais do que saber quais valores devem constituir um governo democrático, se tornou necessário buscar medidas capazes de conferir legitimidade às decisões que são tomadas em diversos foros democráticos. O problema da legitimidade é, então, transferido do ponto de partida do poder político para o ponto de chegada de uma decisão estatal, ou seja, para o modo como as decisões são estruturadas. Nessa direção, a teoria deliberativa da democracia despontaria como uma nova faceta da democracia contemporânea, voltada para o modo como as decisões são formadas. Teoria que busca normatizar uma determinada forma ideal para a decisão. Por isso, pode ser considerada como modelo político normativo dinâmico¹⁰.

diferença substancial com relação ao absolutismo, sendo que no novo regime quem detinha o poder era a classe burguesa. Marx vislumbrava no comunismo a solução para o problema da desigualdade e das diferenças sociais. Cf. BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 240-241.

- 8 A nova virada do movimento liberal somente ocorrerá na década de 1970, com a publicação de "Uma Teoria da Justiça" (A Theory of Justice), de John Rawls. No livro, Rawls busca resgatar a essência de uma sociedade liberal e a sua crença sobre liberdades fundamentais como conteúdo nuclear da democracia. A tese da justiça como equidade (justice as fairness) de Rawls será tratada mais adiante nesse trabalho.
- 9 O liberalismo atual apresenta três correntes doutrinárias: (a) libertarianismo ou liberalismo ortodoxo que apresenta como um de seus defensores Robert Nozick. Em seu livro "Anarquia, Estado e Utopia", Nozick defende o Estado mínimo, com as funções limitadas à proteção contra roubo, fraude, violência e etc. O autor defende que somente o Estado mínimo pode ser considerado justo, e que não é legítimo o Estado obrigar as pessoas a cooperarem entre si; (b) liberalismo clássico que tem como expoente John Rawls. Em linhas gerais, o liberalismo clássico entende que a sociedade deve ser estruturada com base na cooperação social e em um princípio de justiça por equidade para que todo indivíduo tenha o mínimo essencial para realizar uma vida digna; (c) communitarismo defendido entre outros por Michael Sandel. Essa corrente defende que o indivíduo é um ser-político e seus objetivos de vida devem se adequar aos ideais da comunidade que faz parte. Nessa nova fase, muitos autores liberais buscam, por meio da democracia deliberativa, conciliar as duas principais matrizes da teoria política moderna: o liberalismo político consubstanciado no estado de direito e cuja principal ideia é de prevalência da autonomia privada, e a democracia, consubstanciada na soberania popular e cuja principal ideia é de prevalência da autonomia pública.
- 10 Nesse sentido, a democracia deliberativa pode ser definida como: "[...] un modelo político normativo cuya propuesta básica es que las decisiones políticas sean tomadas mediante un procedimiento de deliberación democrática. Por lo tanto consiste, encima de todo, en un modelo de toma de decisiones [...] Así que el procedimiento deliberativo actúa como proceso de justificación o legitimación de las decisiones

Com a concepção deliberativa de democracia, a questão da legitimidade é realocada no nível decisionista, ou seja, não mais na constituição (fundamento) do poder para decidir, mas no modo como as decisões políticas podem ser adequadas a um procedimento para tomada de uma decisão política.

Neste estudo, pretendemos abordar ainda uma das questões mais intrigantes da teoria deliberativista: a possibilidade de construção de um procedimento argumentativo para a deliberação capaz de produzir um procedimento capaz de levar as partes a alcançar um consenso mínimo sobre o tema debatido, isto é, sobre a decisão política final. Um dos argumentos mais importantes em defesa do modelo deliberativo foi apresentado por John Rawls, durante os anos 80, ao explicar a sua ideia sobre um pluralismo razoável necessário para a estabilização política das democracias constitucionais contemporâneas.

1 UMA CONCEPÇÃO DELIBERATIVISTA SOBRE A DEMOCRACIA

1.1 PRINCÍPIOS ESTRUTURAIS E CONDIÇÕES PARA DELIBERAÇÃO

Os principais estudos contemporâneos sobre a democracia deliberativa assinalam em comum os traços básicos desse modelo normativo. Em linhas gerais, costuma-se definir esse modelo como um processo ou procedimento de tomada de decisões coletivas com a participação de todos aqueles que restarão afetados pelo resultado da decisão, ou de seus representantes. Por sua vez, o procedimento em questão também é geralmente estruturado para possibilitar que os diversos participantes possam oferecer argumentos comprometidos com os valores da racionalidade e imparcialidade^{11 12}. Nesse sentido, as

políticas. En otras palabras, la utilización de un procedimiento deliberativo es una condición – al menos idealmente – necesaria de la legitimidad de las decisiones políticas.” MARTÍ, José Luis. *La República Deliberativa. Una Teoría de la Democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.p. 22.

- 11 No presente estudo serão analisadas as principais linhas teóricas contemporâneas da democracia deliberativa, delimitando-as a partir do final do século XX. Entre os autores deliberativistas mais expoentes serão abordadas as concepções de James Bohman, Joshua Cohen, José Luis Martí, Henry Richardson e, de forma particular, Cass Sunstein. Ao longo destas reflexões não poderemos deixar de tratar sobre alguns pontos específicos sobre os modelos democrático-deliberativos de John Rawls e Jürgen Habermas.
- 12 Para Joshua Cohen, a ideia de democracia deliberativa pode ser traçada da seguinte forma: “The notion of deliberative democracy is rooted in the intuitive ideal of a democratic association proceeds through public arguments and reasoning among equal citizens. Citizens in such an order share a commitment to the resolution of problems of collective choice through public reasoning, and regard their basic institutions as legitimate insofar as they establish the framework for free public deliberation.” COHEN,

características principais de um modelo democrático-deliberativo partem dos seus dois princípios fundamentais: (a) a delimitação dos participantes no procedimento, que deve incluir todos os possivelmente afetados pela decisão, configurando o princípio democrático; e (b) a definição da categoria de argumentos que podem ser considerados válidos para se alcançar uma decisão, configurando o princípio da argumentação. A confluência entre esses dois princípios resume a ideia de democracia deliberativa, e deve fornecer a base para a construção dos elementos estruturais do modelo^{13 14}.

J. "Deliberation and Democratic Legitimacy." In: BOHMAN, James; REGH, William (Eds.), op. cit., 1997. p. 72.

- 13 O modelo deliberativo pode ser compreendido como uma tentativa de superação dos modelos agregativistas acerca da democracia. O confronto entre esses dois modelos expressa concepções distintas sobre o fenômeno democrático, contrapondo, de um lado, o valor da deliberação como procedimento capaz de justificar a decisão política em um regime democrático, e, de outro, a valorização de mecanismos formais de agregação de vontades individuais. Enquanto a tese deliberativista ressalta a possibilidade de se alcançar um consenso razoável sobre questões políticas fundamentais através da deliberação pública, a tese agregativista propõe um modelo democrático de soma das vontades individuais por meio de mecanismos de votação que possam otimizar o resultado da decisão. Pode-se afirmar que os dois modelos, o deliberativo e o agregativista expressam visões políticas distintas sobre o fenômeno democrático: uma idealista e outra realista, respectivamente. Nesse sentido: "In political theory over the last generation, much of the debate about democracy has centered around conflicts between deliberative and aggregative accounts. Aggregative theories, typically presented as realist and descriptive accounts of political behavior, emphasize the interaction between the re-election incentives of politicians and the fixed, material interests of organized groups. In the aggregationist view, public policy emerges largely out of this interaction. Social-choice versions of these theories focus on the formal properties of collective choice mechanisms, such as voting rules; here the central claim is that no voting system can ensure that democratic outcomes will not be irrational and arbitrary. Public-choice versions claim that legislation typically reflects the rent-seeking successes of well-organized interest groups, rather than public-regarding aims. [...] In contrast to such views, political theory over the last decade has taken a strong deliberative turn. Deliberative theories, more admittedly aspirational, come in many variants. Essential to all such theories, however, is that the legitimacy of democratic outcomes depends on the kinds of reasons that are offered to justify collective choices. Deliberative theories seek to ensure that only the right kinds of reflective, public reasons are part of democratic debate; or they seek to bring about broader citizen participation in the making of public policy; or they seek government by discussion in which the interests and preferences brought to bear in politics become more well-informed and public regarding through the process of debate." PILDES, Richard. "Competitive, Deliberative and Rights-Oriented Democracy." New York University School of Law. Election Law Journal, Forthcoming. Disponível em SSRN: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=559741>.
- 14 A legitimidade democrática de um procedimento deliberativo ideal é fundada na articulação entre o princípio democrático e o princípio da argumentação. Esses dois princípios, quando reunidos, permitem criar um sistema de decisão coletiva baseado no compartilhamento de razões aceitas por indivíduos livres, iguais e razoáveis: "The principals virtues of the deliberative conception are allied closely with the way that the conception understands binding collective choice. By emphasizing the importance of articulating shared reasons, the deliberative view express an especially compelling picture of the possible relations among people within a democratic order; moreover, it states a forceful ideal of political legitimacy for

Para a análise do procedimento que compõe um ideal democrático deliberativo é necessário um olhar prévio sobre as condições que informam esse modelo. Joshua Cohen, propondo a construção de uma modelo procedural capaz de alcançar o bem comum e respeitar a autonomia dos membros deliberantes, estabelece cinco condições básicas para o seu ideal deliberativo:

- (I) uma democracia deliberativa é uma associação contínua, em que seus membros esperam permanecer durante um tempo indeterminado;
- (II) há entre os membros um acordo acerca das regras para o procedimento deliberativo – alcançadas também por meio de um processo deliberativo – necessárias para coordenar suas atividades dentro das instituições básicas da sociedade;
- (III) uma democracia deliberativa é uma associação pluralista, no sentido de que seus membros possuem preferências e interesses distintos sobre o modo de condução de seus objetivos pessoais;
- (IV) na medida em que a legitimidade política reside na institucionalização de procedimentos deliberativos, os membros deliberantes precisam ver nos termos de sua associação a expressão manifesta do resultado da deliberação;
- (V) os membros reconhecem uns aos outros como pessoas dotadas de capacidades deliberativas, tais como a capacidade para participar em um debate por meio de troca de razões e para agir conforme o resultado da deliberação¹⁵. Para Joshua Cohen, essas condições funcionam para um procedimento deliberativo ideal, como um parâmetro para as atividades das instituições e, particularmente, para as instituições de decisão coletiva na ordem política¹⁶.

a democracy." COHEN, Joshua. "Democracy and Liberty." In: COHEN, Joshua. *Philosophy, Politics, Democracy. Selected Essays*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p. 264.

¹⁵ COHEN, J. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In: BOHMAN, James; REGH, William (Eds.), op. cit., 1997. p. 72-73.

¹⁶ O objetivo em estabelecer tais condições para o ideal democrático deliberativo consiste em superar algumas críticas que foram tecidas em relação ao modelo deliberativo rawlsiano. Para Joshua Cohen, no modelo de justiça como equidade de John Rawls a ideia de deliberação focada no bem coletivo deriva diretamente de um sistema de cooperação social em que as liberdades políticas são priorizadas. Dessa forma, para Rawls, a posição original hipotética, baseada no princípio da participação – na representação

2 O PROCEDIMENTO DELIBERATIVO

Um dos desafios da teoria deliberativa consiste em distinguir os elementos que estruturam um procedimento deliberativo daqueles fatores que indicam as suas condições necessárias. Com base nessa dificuldade, Joshua Cohen procura diferenciar as condições como requisitos para se estruturar o modelo deliberativo a partir de quatro elementos:

- (I) a deliberação ideal deve ser livre, e, para tanto, deve atender a duas condições – em primeiro lugar, os participantes se consideram limitados somente pelo resultado da deliberação e pelas precondições do procedimento deliberativo, e, em segundo, os participantes supõem que podem agir conforme o resultado da deliberação, na medida em que o seu procedimento oferece razão suficiente para que seja adotada;
- (II) a deliberação é arrazoada (*reasoned*) enquanto as partes podem oferecer as suas razões para sustentar os diferentes argumentos que podem ser contrapostos na defesa de uma proposta¹⁷;

equânime dos participantes – deve servir de modelo para a deliberação nos foros coletivos de tomada de decisão sobre a estrutura básica da sociedade. No entanto, Cohen concebe uma nova perspectiva para um modelo deliberativo capaz de envolver três elementos: (a) a deliberação voltada para o bem coletivo; (b) um sistema de igualdade manifesta entre os participantes; e (c) um modelo para a formação da identidade e dos interesses dos cidadãos em função da noção de bem coletivo. Nesse sentido: “I want to suggest that the reason why the three are attractive is not that an order with, for example, no explicit deliberation about the common good and no manifest equality would be unfair. Instead, it is that they comprise of an independent and expressly political ideal that is focused in the first instance on the appropriate conduct of public affairs – on, that is, the appropriate ways of arriving at collective decisions. And to understand that ideal we ought not to proceed by seeking to ‘mirror’ ideal fairness in the fairness of political arrangements, but instead to proceed by seeking to mirror a system of ideal deliberation in social and political institutions.” *Ibidem*. p. 71.

17 A deliberação é arrazoada no sentido de que o resultado é obtido por meio de razões oferecidas em favor de uma proposta política determinada. A questão está intrinsecamente relacionada com o problema da justificação do procedimento deliberativo e, em última análise, com a própria legitimidade do poder político. O problema aqui consiste em saber quais os argumentos podem ser apresentados para justificar uma proposta política levada ao foro de deliberação pública. Uma primeira tentativa de resposta a esta questão foi oferecida por John Rawls, em “O Liberalismo Político” (Political Liberalism), ao introduzir o critério de razoável e a ideia de razão pública, ambos vinculados com o “fato do pluralismo”. Para Rawls, uma razão é pública se se refere ao bem público, se se apresenta de forma independente de qualquer doutrina religiosa ou filosófica compreensiva, e se pode ser aceita razoavelmente por um indivíduo racional e razoável. Dessa forma, o pensamento rawlsiano situa a razoabilidade na capacidade de agir conforme princípios em termos equitativos de cooperação e de defender doutrinas compreensivas razoáveis, perfeitamente compatíveis com uma concepção política de justiça. Somente por meio da posição original Rawls conseguiu demonstrar o modo como indivíduos descomprometidos com

- (III) as partes devem ser iguais formal e substantivamente, ou seja, as regras que estruturam o procedimento deliberativo, assim como a distribuição de recursos e de poder existentes na sociedade, não podem dificultar ou impedir o acesso dos participantes à deliberação;
- (IV) a deliberação deve estar voltada para a produção de um consenso racionalmente motivado, isto é, para encontrar as razões que podem ser aceitas por todos os membros que estarão vinculados pelo resultado da deliberação.

O procedimento pode também ser delineado a partir de princípios estruturais que funcionam como diretrizes para o processo democrático deliberativo. Os princípios estruturais, então, ditam as regras do procedimento ideal, e devem orientar os seus participantes ainda que de forma gradual, indicando um padrão de comportamento a ser seguido na deliberação¹⁸. Estes princípios podem ser sistematizados de modo a conferir maior organicidade ao procedimento. O princípio da argumentação, que caracteriza esse modelo democrático como um “governo de discussão”, pressupõe comunicação e possibilidade de transformar as preferências dos participantes por meio da formulação de argumentos em defesa de uma determinada proposta. Ainda em função do princípio da argumentação, os participantes devem estar dispostos a modificar suas próprias preferências à luz dos melhores argumentos apresentados com base em razões aceitas por todos os membros deliberantes. O princípio do procedimento coletivo decorre da natureza dialógica reflexiva do processo deliberativo, e requer uma relação

interesses e preferências pessoais podem alcançar um acordo sobre princípios de justiça, mostrando como uma doutrina pode se converter em razoável (Cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993). Outra estratégia para solucionar o problema da justificação é encontrada em Jürgen Habermas. Habermas pretende reconstruir uma noção de racionalidade que seja universal, capaz de superar as limitações próprias da noção clássica de racionalidade instrumental, característica do pensamento kantiano. Uma forma ideal de racionalidade somente poderia ser compreendida como uma forma ideal de comunicação. Habermas identifica no princípio do discurso toda a potencialidade para a construção de um diálogo ideal, capaz de justificar a pretensão de validade de um acordo intersubjetivamente construído. Todo o processo de comunicação se orienta para o consenso entre os comunicantes. Para Habermas, o ponto central para a legitimidade política pode ser reduzido na lógica argumentativa, entre atos de fala como unidades que pretendem obter validade dentro de uma relação comunicativa (Cf. HABERMAS, Jürgen. *Teoría de La Acción Comunicativa. Racionalidad de La Acción e Racionalización Social*. Trad. Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1987).

18 Sobre os princípios estruturais da democracia deliberativa, cf. MARTÍ, J. L., op. cit., pp. 90-97. No estudo, Martí elenca também como princípios estruturais o princípio da igualdade formal dos participantes e o princípio da liberdade. Contudo, conforme visto, esses princípios podem também ser considerados como elementos do procedimento deliberativo, conforme pretende Joshua Cohen.

comunicativa intersubjetiva entre, pelo menos, dois participantes. O princípio da inclusão determina que todos os possivelmente afetados por uma decisão devem ter a capacidade de participar do processo deliberativo, como reflexo do princípio democrático fundamental. O princípio da publicidade possui duas dimensões específicas:

- (a) o procedimento comunicativo deve ser baseado na transparência de razões e opiniões;
- (b) somente os argumentos que possam ser justificados com base em uma razão pública podem ser considerados no procedimento deliberativo. O princípio do procedimento aberto pretende conferir à deliberação um caráter autorreflexivo, ou seja, que o procedimento sirva também para refletir sobre a adequação e os limites do próprio processo, para questionar sua própria legitimidade. E o princípio do procedimento contínuo importa no caráter provisório dos resultados alcançados, que podem ser invariavelmente objeto de constante renovação de argumentos a partir do ingresso de novos participantes no debate. Nesse sentido, o resultado da deliberação pode ser constantemente regenerado, até mesmo em razão do caráter ideal do modelo deliberativo, na medida em que os participantes não podem estar seguros de que conseguiram alcançar o consenso arrazoado ou de que tomaram uma decisão correta.

Nesse sentido, uma concepção deliberativa de democracia desloca a fundamentação pela razão pública (public reasoning) para o centro da justificação do poder político. Essa concepção representa a idealização de um procedimento deliberativo, construído para capturar a noção de igualdade, liberdade e razão que figuram no ideal deliberativo. Os participantes num procedimento deliberativo são considerados razoáveis na medida em que defendem e criticam instituições e programas por meio de argumentos que os demais participantes, como pessoas livres e iguais, possuem razões para aceitar, dado o fato do pluralismo razoável.

3 LIMITES DA DELIBERAÇÃO: AS POSSIBILIDADES DO CONSENTO ANTE O PLURALISMO RAZOÁVEL

Em trabalhos de revisão teórica sobre sua “Uma Teoria da Justiça”, John Rawls buscou responder a algumas questões acerca do modo como compatibilizar a ideia de pluralismo, característico das modernas sociedades liberais, com a estabilidade de uma concepção política de

justiça. De forma peculiar, Rawls ressaltou que as sociedades marcadas pela proteção de liberdades fundamentais convivem, consequentemente, com o “fato do pluralismo”, isto é, um pluralismo de distintas e incompatíveis doutrinas compreensivas, religiosas e filosóficas. Uma concepção de justiça ajustada para estas sociedades precisa, então, conseguir apoio de todas as doutrinas compreensivas envolvidas, a partir dos diferentes pontos de vista que cada uma delas defende acerca dos valores morais que fundamentam uma concepção política de justiça¹⁹.

O problema relativo à produção do consenso, em Rawls, é explicado a partir da ideia de pluralismo razoável. O que se pretende esclarecer é o modo como uma sociedade com diferentes doutrinas morais pode alcançar um consenso sobreposto acerca de determinados princípios de justiça capazes de organizar a estrutura básica da sociedade e sustentar um esquema de cooperação social. Como resposta a esta dificuldade, Rawls confia na potencialidade da deliberação entre indivíduos racionais e razoáveis. A base para um consenso sobreposto está na crença rawlsiana sobre o comportamento racional das pessoas. Somente por meio da construção da figura da pessoa dotada de duas capacidades morais – uma concepção sobre o bem e um senso de justiça – foi possível a Rawls estabelecer as bases para uma deliberação pública orientada por argumentos razoáveis²⁰. Dessa forma, a conciliação entre pluralismo moral e a estabilidade de uma concepção política de justiça é justificada, em Rawls, no que se poderia chamar de fato do pluralismo razoável²¹.

Ante o fato do pluralismo razoável, é natural supor que um modelo democrático que aspira ao reconhecimento político deve buscar

19 Os artigos de Rawls voltados para o pluralismo foram escritos durante os anos 80, entre eles: “The Idea of an Overlapping Consensus” e “The Domain of the Political and Overlapping Consensus”, cf. FREEMAN, Samuel [ed.], John Rawls. *Collected Papers*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.

20 Cf. RAWLS, John. op. cit., Lecture I, §5, *The Political Conception of the Person*, 1993, p. 29-35.

21 Joshua Cohen propõe uma diferenciação entre o “simples fato do pluralismo” (the simple fact of pluralism) e o “fato do pluralismo razoável” (the fact of reasonable pluralism) como forma de leitura do pensamento rawlsiano. Nesse sentido, o fato do pluralismo razoável significa que a proteção das liberdades deliberativas resulta no pluralismo moral, e algumas dessas concepções morais serão compatíveis com o conjunto das concepções razoáveis. Para Joshua Cohen, a ideia de consenso sobreposto em Rawls não perde força ante o fato do pluralismo na medida em que este é caracterizado como razoável: “Following the reasonable pluralism interpretation, then, when we restrict ourselves to common ground in the face of the fact of diversity, we are acknowledging that reason does not mandate a single moral view and then are refraining from imposing ourselves on others who are prepared to be reasonable. [...] That is why we are not simply accommodating principles to power when we are concerned, to ensure that the conception of justice is acceptable to them as well.” COHEN, Joshua. “Moral Pluralism and Political Consensus.” In: COHEN, Joshua, op. cit., 2009. p. 55.

exclusivamente no procedimento formal de deliberação a sua fonte legitimatória. De acordo com essa ideia, o desacordo constante sobre valores políticos, econômicos, religiosos, somente pode confirmar um ideal democrático baseado no puro proceduralismo, em que não se precise de um consenso mais ou menos genérico sobre os valores que irão guiar a política. Em última análise, o pluralismo razoável demandaria uma concepção procedural da democracia, incompatível com a substancialização de valores políticos para a vida pública. Como foi visto, essa não é a conclusão a que chega Rawls em “O Liberalismo Político”. Também Joshua Cohen propõe uma combinação entre o pressuposto do pluralismo razoável e uma concepção mais substantiva da democracia. Seria possível, para Cohen, acomodar, dentro do ideal democrático, o pluralismo razoável sem recair em uma versão puramente procedural. Para tanto, Cohen propõe três condições, em forma de princípios, que constituem guias para os arranjos institucionais de uma democracia deliberativa²².

O primeiro princípio é identificado como o da inclusão deliberativa. Segundo Cohen, a deliberação é capaz de assegurar uma garantia mais extensa às liberdades fundamentais. Não somente as liberdades políticas são asseguradas pelo modelo deliberativo, mas também as liberdades de crenças e de ideologia. A deliberação consegue promover a prioridade das liberdades não políticas, na medida em que requer que os argumentos debatidos sejam fundados em razões aceitáveis pelos demais participantes, com base no pano de fundo das diferenças de convicção. Nesse sentido, é pressuposto para a argumentação na esfera pública a consideração das convicções religiosas e ideológicas dos demais participantes. As razões dadas para a defesa de uma proposta política deve ter em consideração a possibilidade de ser aceita por outros indivíduos que possuem crenças e convicções distintas. Disso decorre a proteção da liberdade de convicção.

O segundo princípio é o do bem comum. As políticas devem ser avaliadas de acordo com o interesse de todos os participantes da deliberação. A ideia central aqui é constranger o procedimento deliberativo de forma que esteja apto a alcançar uma consideração geral sobre os interesses da comunidade. Uma importante ilustração dessa ideia é fornecida pelo princípio da diferença rawlsiano²³. Tendo como ponto de

²² Cf. COHEN, Joshua. *Procedure and Substance*. In: COHEN, Joshua, op. cit., 2009.

²³ O princípio da diferença é introduzido em “Uma Teoria da Justiça” (1971) de John Rawls como o segundo princípio de justiça que seria adotado na situação hipotética da posição original. Sua formulação é descrita por Rawls da seguinte forma: “social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices

partida a igualdade, o princípio da diferença requer que qualquer forma de desigualdade estabelecida ou referendada por uma ação estatal deva promover a máxima vantagem dos menos favorecidos. Esse princípio indica uma medida capaz de constranger as razões para sustentar uma determinada política, tendo como pressuposto a ideia de bem comum.

O terceiro princípio conecta a visão deliberativa com os direitos de participação. Consiste na ideia rawlsiana traduzida no princípio da participação, pelo qual as chamadas liberdades dos antigos são acopladas ao procedimento deliberativo, assegurando a igualdade de oportunidades na construção de uma decisão política. No conjunto destes direitos está inserido o voto, a liberdade de associação e de expressão política. Em geral, o princípio da participação assegura que os cargos políticos devem estar abertos a todos os cidadãos, sem qualquer forma de discriminação^{24 25}.

open to all." (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Revised Edition, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971-1999, p. 53). Em "O Liberalismo Político" (1993), o princípio da diferença é reformulado, e passa a ser entendido como: "Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to positions and offices open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least advantaged members of society." (RAWLS, John. Op. cit., 1993, p. 6.) O princípio da diferença assegura que a estrutura básica de uma sociedade seja organizada de forma que a desigualdade na distribuição de renda possa ser compensada pela maximização dos ganhos das classes menos favorecidas.

24 Segundo Rawls, o princípio da participação pode ser delineado a partir de seu significado, de sua extensão e das medidas que o garantem: "Starting with the question of meaning, the precept of one elector one vote implies, when strictly adhered to, that each vote has approximately the same weight in determining the outcome of elections. And this in turn requires, assuming single member territorial constituencies, that members of the legislature (with one vote each) represent the same number of electors. [...] The principle of participation also holds that all citizens are to have an equal access, at least in the formal sense, to public office. Each is eligible to join political parties, to run for elective positions, and to hold places of authority. To be sure, there may be qualifications of age, residency, and so on. But these are to be reasonably related to the tasks of office; [...] Thus the most extensive political liberty is established by a constitution that uses the procedure of so-called bare majority rule (the procedure in which a minority can neither override nor check a majority) for all significant political decisions unimpeded by any constitutional constraints. [...] We may take for granted that a democratic regime presupposes freedom of speech and assembly, and liberty of thought and conscience. [...] All citizens should have the means to be informed about political issues. They should be in a position to assess how proposals affect their well-being and which policies advance their conception of the public good. Moreover, they should have a fair chance to add alternative proposals to the agenda for political discussion. [...] in a society allowing private ownership of the means of production, property and wealth must be kept widely distributed and government monies provided on a regular basis to encourage free public discussion. In addition, political parties are to be made independent from private economic interests by allotting them sufficient tax revenues to play their part in the constitutional scheme." RAWLS, John. op. cit., 1971-1999, p. 194-198.

25 Os três princípios estabelecidas por Joshua Cohen como condições para uma democracia mais substantiva reforçam a importância do modelo deliberativo na formação da ideia de comunidade política: "If political community depends on sharing a comprehensive moral or religious view, or a substantive

Com base nesses três princípios, Cohen procura demonstrar que um ideal procedural democrático pode ser substancializado para garantir o valor da igualdade e da liberdade. O modelo traçado por Cohen não garante apenas as chamadas liberdades dos antigos, ou seja, as liberdades de participação política, mas também as liberdades substantivas (explicar melhor liberdade substantivas). Garante a liberdade de consciência em geral, na medida em que reconhece o peso que valores morais podem ter sobre a formação da opinião de cada cidadão, e procura ajustá-los entre as razões oferecidas no debate público.

As respostas de John Rawls e Joshua Cohen para o pluralismo razoável não conseguiram, contudo, pôr fim ao debate sobre a possibilidade de se alcançar o consenso político por meio da deliberação pública. O modelo deliberativo é constantemente criticado a partir dos seus limites dentro de uma sociedade marcadamente heterogênea, do ponto de vista político e cultural. Os principais argumentos contra a tese deliberativa são fundados na impossibilidade de se alcançar um consenso ou um acordo mínimo sobre os chamados conflitos profundos, ou seja, sobre aqueles temas que envolvem valores morais e políticos difundidos de forma mais fragmentada na sociedade, como a vida, a religião e a liberdade. Sobre essas questões, a deliberação pode não ser capaz de gerar um maior acordo ou consenso entre os diversos membros de uma sociedade. Para ser adotada essa crítica, temos que pressupor que a deliberação tem como objetivo último a obtenção de um acordo razoável para a resolução de conflitos sociais. No entanto, como será adiante analisado, algumas linhas teóricas divergentes veem a deliberação como instrumento também essencial para a elucidação dos argumentos e das opções em confronto, para que se tome uma decisão final mais informada, ainda que não seja baseada no consenso.

A temática que envolve os conflitos profundos pode ser bem analisada quando está situada dentro da estrutura das democracias constitucionais. Os regimes constitucionais democráticos contemporâneos são fundados em princípios de caráter abstrato, que incutem valores morais e políticos em toda a ordem jurídica estatal. É comum que esses princípios

national identity defined in terms of such a view, then reasonable pluralism ruins the possibility of political community. But an alternative conception of political community connects the deliberative to the value of community. In particular, by requiring justification on terms acceptable to others, deliberative democracy provides for a form of political autonomy: that all who are governed by collective decisions – who are expected to govern their own conducts to those decisions – must find the bases of those decisions acceptable." COHEN, Joshua. "Procedure and Substance." In: COHEN, Joshua, op. cit., 2009, p. 163.

fundamentais sejam alvo de conflitos acerca de sua melhor interpretação ou aplicação. Enquanto carregam um profundo conteúdo axiológico, os princípios fundamentais abrangem distintas possibilidades interpretativas a partir de diferentes pontos de vista morais, filosóficos, religiosos ou políticos. Nessa medida, os conflitos profundos são produzidos em sociedades mais heterogêneas, e impedem, muitas vezes, que se alcance um consenso para uma decisão fundamental à ordem jurídico-constitucional. Tendo como pano de fundo esses desacordos persistentes, Sunstein introduz a ideia de “acordos incompletamente teorizados” (*incompletely theorized agreements*), como um acordo parcial necessário para decisão sobre os conflitos profundos. Ante um desacordo constitucional, duas possibilidades são traçadas por Sunstein: o consenso pode ser alcançado através da formulação de um princípio de grau alto, ou por meio da proposição de soluções concretas fundadas em algum princípio de grau baixo, deixando em aberto o acordo sobre questões mais abstratas²⁶.

A minha sugestão é basicamente que as pessoas podem muitas vezes concordar sobre procedimentos constitucionais, e até mesmo sobre direitos constitucionais, quando não podem chegar a um entendimento sobre teorias constitucionais. Em outras palavras, o bom funcionamento da ordem constitucional tenta resolver problemas através de acordos incompletamente teorizados. Às vezes, estes acordos envolvem abstrações, admitidas como tal entre graves divergências em casos particulares. [...] Mas, por vezes, acordos incompletamente teorizados envolvem resultados concretos em vez de abstrações. Em casos difíceis, as pessoas podem concordar que uma determinada prática é constitucional ou não é constitucional, mesmo quando as teorias que embasaram suas decisões forem fortemente divergentes. No funcionamento do dia-a-dia da prática constitucional, acordos teoricamente incompletos sobre determinadas normas e doutrinas contribuem para assegurar o sentido daquilo que a lei é, mesmo entre desacordos de grande escala sobre o que, em particular, representam as regras e as doutrinas (tradução livre)²⁷.

26 Para solucionar o problema do consenso sobre a interpretação de direitos constitucionais, Sunstein utiliza uma técnica de redução dos desacordos. Essa redução pode operar de duas formas inversas: o acordo pode ser alcançado sobre o caso em concreto, fundamentando-se em um princípio que assegure um mínimo de consenso entre as partes (princípio de grau baixo); mas o acordo, de outro modo, também é atingível sobre questões abstratas, ou seja, sobre princípios de grau alto, quando, por exemplo, um poder constituinte delibera sobre o conteúdo de uma nova Constituição. Cf. SUNSTEIN, Cass. “*Constitutional Agreements without Constitutional Theories.*” *Ratio Juris*, v. 13, n. 1, 2000.

27 “My basic suggestion is that people can often agree on constitutional practices, and even on constitutional rights, when they cannot agree on constitutional theories. In other words, well-functioning constitutional orders try to solve problems through incompletely theorized agreements.”

No entanto, os acordos incompletamente teorizados, segundo alguns deliberativistas, não são nada mais do que falsos acordos, aceitos na medida em que não se pode chegar a um acordo razoavelmente fundamentado mediante a deliberação. São, em verdade, acordos desqualificados do ponto de vista deliberativo, utilizados somente para justificar uma decisão pragmática. A dificuldade em se defender esses tipos de acordo está relacionada com o próprio valor epistêmico da democracia deliberativa. A justificação epistêmica da deliberação está na prioridade da construção de procedimentos legítimos capazes de garantir, em maior probabilidade, um resultado justo ou correto²⁸. Ora, quando se abandonam os procedimentos adequados para a tomada de uma decisão, que incluem a ponderação racional de argumentos, e se prioriza um acordo direcionado para uma questão concreta, acaba por ser violado o valor epistêmico do modelo democrático-deliberativo. Portanto, a legitimidade da democracia deliberativa depende da relação intersubjetiva entre indivíduos racionais, da troca de informações, ainda que seja para alcançar um desacordo razoável, necessário como primeiro passo para uma decisão posterior baseada em algum tipo de regra majoritária.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção de um modelo democrático-deliberativo tem sido objeto de diversos estudos na área da ciência política e em alguns setores da teoria e da filosofia do direito. A maior parte destes estudos está direcionada para a formulação daquelas que podem ser consideradas as bases de uma democracia deliberativa, indicando os seus pressupostos e o modo como o procedimento deliberativo deve ser estruturado a fim de atingir as condições essências para uma decisão política

Sometimes these agreements involve abstractions, accepted as such amidst severe disagreements on particular cases. [...] But sometimes incompletely theorized agreements involve concrete outcomes rather than abstractions. In hard cases, people can agree that a certain practice is constitutional, or is not constitutional, even when the theories that underlie their judgments sharply diverge. In the day-to-day operation of constitutional practice, incompletely theorized agreements on certain rules and doctrines help to ensure a sense of what the law is, even amidst large-scale disagreements about what, particularly, accounts for those rules and doctrines." SUNSTEIN, Cass. *"Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law."* University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper n. 147, 2007. p. 1-2.

²⁸ A justificação epistêmica da democracia deliberativa é composta por duas teses distintas: (a) a tese ontológica, segundo a qual existe ao menos um critério de correção para as decisões políticas, que deve ser independente das preferências individuais dos participantes no processo deliberativo; (b) tese epistemológica, pela qual é possível identificar o critério de correção das decisões políticas e, em consequência, identificar quais são as decisões corretas. A confluência entre essas duas teses formam as condições necessárias para que se defenda a deliberação democrática como instrumento mais adequado tomada de uma decisão política. Cf. MARTÍ, José L. op. cit. p. 182-183.

ideal. Em outras palavras, pode-se dizer que a teoria deliberativista predominante no cenário acadêmico está focada na elaboração de um macromodelo democrático, em que postulados como o da razoabilidade, da argumentação política, da igualdade entre os sujeitos deliberantes e do comprometimento com as liberdades e direitos fundamentais representam as condições essenciais para um ideal democrático.

É sobre essas condições que as instituições fundamentais da sociedade devem atuar. O ideal deliberativo tem como pressuposto um modelo de comportamento institucional, segundo o qual as instituições sociais garantem direitos inerentes à cidadania e atuam em conformidade com os princípios democráticos. Para John Rawls, a estrutura básica de uma sociedade bem ordenada, isto é, o conjunto de suas instituições sociais fundamentais, é o primeiro objeto de uma concepção política de justiça. Para Joshua Cohen, as instituições políticas funcionam como canais pelos quais os fluxos deliberativos podem correr de forma a se alcançar um ideal democrático procedural cada vez mais substantivo.

O percurso da história social e cultural contemporânea tem, contudo, levantado alguns desafios para o modelo deliberativo ideal. A ideia de democracia passou a ter que enfrentar aquele que pode ser considerado o seu desafio central: a produção do consenso ou do acordo político dentro de uma sociedade plural do ponto de vista sociopolítico. É dentro desse novo contexto que os postulados da democracia deliberativa são reformulados para adequar aquele fenômeno que foi cunhado como o *fato do pluralismo*, que nada mais expressa senão o próprio fenômeno da diversidade no âmbito da teoria democrática²⁹.

REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Política*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. v. II. Brasília, DF: UnB: Linha Gráfica, 1991.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

²⁹ O termo “fato do pluralismo”, como demonstrado ao longo deste estudo, foi bastante trabalhado pela filosofia política rawlsiana ao longo dos anos 80 e 90 até a publicação do seu “O Liberalismo Político” (1993).

- COHEN, J. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: James Bohman, William Regh (Eds.), *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: MIT Press, 1997.
- _____. Democracy and Liberty. In: Joshua Cohen, *Philosophy, Politics, Democracy. Selected Essays*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.
- _____. Moral Pluralism and Political Consensus. In: Joshua Cohen, *Philosophy, Politics, Democracy. Selected Essays*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.
- _____. Procedure and Substance. In: Joshua Cohen, *Philosophy, Politics, Democracy. Selected Essays*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009.
- FREEMAN, Samuel (ed.), John Rawls. *Collected Papers*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. Popular Sovereignty as Procedure. In: James Bohman, William Regh (Eds.) *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: MIT Press, 1997.
- _____. *Comentários à Ética do Discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. *Teoria de La Acción Comunicativa*. Racionalidad de La Acción e Racionalización Social. Trad. Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Humanidades, 1987.
- HOBSBAWN, Eric. *A era das revoluções, 1789-1848*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 3. ed. 2011.
- _____. *A era do capital, 1848-1875*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.
- MARTÍ, José Luis. *La República Deliberativa. Una Teoría de la Democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- PILDES, Richard. *Competitive, Deliberative and Rights-Oriented Democracy*. New York University School of Law. Election Law Journal, Forthcoming.

- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- _____. *A Theory of Justice*. Revised Edition, Harvard University Press, 1971-1999.
- RICHARDSON, H. S. Democratic Intentions. In: James Bohman, William Regh (Eds.). *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*. Massachusetts: MIT Press, 1997.
- SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Uma Investigação sobre sua Natureza e suas Causas. Trad. de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- SUNSTEIN, Cass. Constitutional Agreements without Constitutional Theories. *Ratio Juris*, v. 13, n. 1, 2000.
- _____. *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*. University of Chicago: Public Law and Legal Theory Working Paper, n. 147, 2007.

O PAPEL DO AMICUS CURIAE NO CONTEXTO DA OBJETIVADAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO OU CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

*THE ROLE OF AMICUS CURIAE IN DIFFUSE
CONSTITUTIONAL REVIEW WITH ERGA OMNES EFFECT*

Filipo Bruno Silva Amorim

Procurador Federal

Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNISUL-IDP-LFG

Mestre Direito e Políticas Públicas pelo CEUB

SUMÁRIO: 1 Do *Amicus Curiae* – seu Significado, Origem e Natureza Jurídica; 2 Do *Amicus Curiae* e do Caráter Democratizador da Interpretação da Constituição; 3 Do *Amicus Curiae* no Contexto da Objetivadação do Controle Difuso de Constitucionalidade; 4 Do *amicus curiae* nos juizados especiais federais; 5 Das partes, nos recursos extraordinários sobrerestados, atuando na qualidade de *amicus curiae*; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo estuda a relação entre o fenômeno da objetivação do controle difuso/concreto da constitucionalidade e a ampla participação do *amicus curiae* como legitimador das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na qualidade de guardião do texto constitucional. Em casos tais, muitos processos, fundados em idênticas controvérsias, deixam de ser apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, restando sobrestado na instância *a quo* aguardando o julgamento do feito paradigmático. Neste contexto, tem-se que a presença do *amicus curiae* pode garantir maior segurança e legitimidade à decisão prolatada pela nossa Corte Constitucional, funcionando, de igual modo, como corolário do amplo acesso ao Poder Judiciário, do contraditório e da ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVE: Objetivação. Controle. Difuso. Constitucionalidade. *Amicus Curiae*. Legitimador. Decisões. Supremo Tribunal Federal. Contraditório. Ampla Defesa.

ABSTRACT: This work approaches the relation between the phenomenon of objectivation of diffuse/concrete constitutional control and the broad participation of *amicus curiae* as a legitimizing agent for the decisions of the Supreme Federal Court as the guardian of the Constitution. In these cases, many processes which deal with the same controversies are not appreciated by the Supreme Federal Court, and are kept on hold on the lower instances waiting for the decision of the main case. In this context, the participation of *amicus curiae* may guarantee greater security and legitimation to the decision to be taken by the Constitutional Court, and also allow the implementation of the principles of access to justice, contradiction and extensive defense.

KEYWORDS: objectivation. Control. Diffuse. Constitutional. *Amicus curiae*. Legitimizing. Decisions. Supreme federal court. Contradiction. Extensive defense.

1 DO AMICUS CURIAE – SEU SIGNIFICADO, ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA

Antes de se adentrar diretamente ao cerne proposto neste artigo, necessária uma explanação acerca do significado, origem e natureza jurídica do amicus curiae.

Em seu dicionário jurídico (Law Dictionary, 3^a Ed., Barron's, New York, 1991), Steven H. Gifis¹ registra que – tradução livre operada por Carlos Fernando Mathias de Souza, em “O amicus curiae no ordenamento positivo brasileiro” (artigo publicado no Correio Brasiliense de 25 de março de 2002) – verbis:

Amicus curiae – do latim, amigo da corte; alguém que dá informação à corte em alguma matrícula (sic) de direito, em relação à qual ela esteja em dúvida [...] A função do *amicus curiae* é chamar atenção da corte para alguma matéria que possa, de outro modo (ou sob outros aspectos ou de outra maneira), escapar-lhe à atenção [...] Um *Amicus Curiae Brif* ou *Amicus Briel* (isto é, o Sumário ou Resumo do *Amicus Curiae*) é submetido, por quem não seja parte, ao *law-suit* (ou seja, ao processo, feito ou ação judicial) para ajudar a corte em obter informação de que necessite para proferir decisão apropriada ou para impedir um resultado particular no interesse público ou um interesse privado de terceiros (de partes terceiras) que seria afetado pela decisão (solução ou resolução) da disputa.

Nas palavras de Antônio do Passo Cabral², extrai-se que:

A expressão latina *amicus curiae* significa “amigo da Corte” (friend of the court ou Freund des Gerichts). As origens do instituto do *amicus curiae* remontam ao direito romano segundo alguns autores, mas foi certamente no direito norte-americano que a figura intervintiva desenvolveu-se. De fato, o sistema do *common law* adota o modelo do *stare decisis*, em que as decisões jurisprudenciais vinculam os casos semelhantes que venham a ocorrer no futuro. Assim, a força do precedente judicial pode fazer com que uma decisão proferida em relação a um litígio individual produza de algum modo efeitos a todos

¹ Apud. MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta dos Intérpretes da Constituição: O Amicus Curiae como Estratégia de Democratização da Busca do Significado das Normas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p.86, nota 2.

² CABRAL, Antônio do Passo. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *Amicus Curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n. 117, set./out. 2004. p.8.

os futuros processos de mesma natureza. Surge então a necessidade de se possibilitar que setores sociais diversos possam influenciar as decisões judiciais, ainda que não possuam interesse ou relação direta com o objetivo do processo em que se manifestam.

Em breves palavras, poder-se-ia dizer que o *amicus curiae* é instituto jurídico que adquiriu força e relevância no direito dos Estados Unidos, sendo adotado na Suprema Corte daquele país objetivando a proteção de direitos coletivos ou difusos, com a função precípua de chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia lhes escapar ao conhecimento ou à percepção.³

É bem verdade que no sistema de controle de constitucionalidade abstrato/concentrado adotado pelo Ordenamento Jurídico brasileiro não se admite a intervenção de terceiros – Lei nº 9.868/99. Referido diploma normativo é bastante claro ao vedar as clássicas figuras do Processo Civil – oposição, nomeação à autoria, denunciaçāo da lide e o chamamento ao processo – consoante se vê pela dicção dos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

Art. 18. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação declaratória de constitucionalidade.

A razão para tal impedimento é por demais lógica: ora, se no controle abstrato não há partes, eis que não existe pretensão resistida, mas apenas uma análise objetiva acerca da adequação da norma ao ordenamento Constitucional, não haveria razão para se admitir a participação de terceiros com interesse jurídico no feito, eis que ditas participações são próprias de demandas angularizadas, *inter partes*, nas quais há de fato autor e réu, figuras inexistentes em demandas objetivas como são as típicas ações de controle abstrato de constitucionalidade.⁴

³ SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito, Política e Ação Afirmativa*. Disponível em: <<http://www.achegas.net/>>

⁴ Doutrina e jurisprudência já firmaram o entendimento de que a propositura de ADIN ou ADC leva à instauração de um processo eminentemente objetivo, por quanto desrido de qualquer carga de subjetividade. Sim, trata-se de processo destituído de partes em litígio; não conta com a presença de lide, contendores, tampouco de interesses intersubjetivos em choque. Não cuida do julgamento de um caso

Mas então o que viria a ser, em que consistiria, a participação do *amicus curiae* para o direito brasileiro?

Segundo Fredie Didier Junior, o *amicus curiae* seria um verdadeiro *auxiliar do juízo*. Tratar-se-ia, no seu entender, de uma intervenção provocada ou pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo seria o de aprimorar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Assim, finaliza o autor, sua participação se consubstanciaria em simples apoio técnico ao magistrado.⁵

Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá, por sua vez, subdivide a natureza do instituto de acordo com a sua forma de manifestação no processo: por iniciativa do juízo ou por intervenção voluntária⁶, *verbis*:

Em brevíssima conclusão, e afora as demais adotadas no corpo deste trabalho, podemos afirmar que o instituto do *amicus curiae* no direito brasileiro pode ser visualizado, basicamente, a partir de dois ângulos, tomadas as diversas previsões legais que tratam do tema: *manifestação por iniciativa do juiz e intervenção vonuntária*.

Por essa razão, ou seja, pelo fato de o instituto englobar distintos fenômenos, não é errado atribuir ao *amicus curiae* a natureza de auxiliar do juízo e de terceiro interveniente, desde que a hipótese

concreto, mas, sim, da constitucionalidade da lei em tese, de uma relação de validade entre normas. No processo objetivo não subsiste o contraditório clássico – com partes atuando no processo em defesa de interesses contrapostos.

□ □

É espécie de processo que não se predispõe à tutela de situações subjetivas – sem vinculação a quaisquer pendengas concretas e individuais – mas, sim, de uma situação eminentemente objetiva: a adequação de norma infraconstitucional às normas constitucionais. Destina-se, assim, à guarda da Constituição, à defesa da ordem constitucional. Seu escopo é, portanto, estritamente político.

□ □

Enfim, é preciso salientar que sua natureza objetiva foi determinante no estabelecimento de inúmeras regras procedimentais, tais como a vedação explícita à desistência da demanda pelo ente acionante (art. 5º da Lei nº 9.868/99), a proibição da intervenção de terceiros (art. 7º da Lei nº 9.868/99), possibilidade de participação do *amicus curiae*, a irrecorribilidade – ressalvando-se os embargos de declaração e do agravo contra decisão do relator – e não-rescindibilidade de sua decisão (art. 26 da Lei nº 9.868/99).

(DIDIER JR., Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, in: *Ações Constitucionais*. 4. ed. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: JUSPodivm, 2009. p. 416-418)

5 DIDIER JR., Fredie. Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n 8, 2003, p. 34.

6 DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de Aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 127-128.

referida seja indicada. Isto é, caso se trate de hipótese de *manifestação por iniciativa do juiz*, não há equívoco em denominar esse terceiro de *amicus curiae*, desde que se reconheça que a função exercida, nessa hipótese, seja de uma espécie de auxiliar do juízo. Caso se trate de *intervenção voluntária*, estaremos sempre diante de hipóteses de *intervenção de terceiros*, nas quais o *amicus curiae* desenvolve papel diferente do que na situação anterior, podendo exercer faculdades processuais que ao mero auxiliar do juízo são vedadas.

Há, por fim, os que defendem ser o *amicus curiae* uma forma de *intervenção de terceiro especial*, ou um tipo de *assistência qualificada*, já que ele poderá intervir no processo objetivo para discutir questões constitucionais controvertidas.⁷

Seguindo esse raciocínio, Luís Sérgio Soares Mamari Filho⁸ descreve/traça a linha diferenciadora do instituto em análise, *amicus curiae*, das demais espécies de intervenção de terceiro, *in litteris*:

O *amicus curiae* se diferencia das clássicas modalidades de intervenção de terceiros no processo judicial previstas do (*sic*) Código de Processo Civil, assim como do instituto da assistência e do litisconsórcio em função de seu caráter público, isto é, transcende as motivações dos litigantes. *Como participante extraordinário do processo, não se legitima por possuir interesse jurídico particular no deslinde da demanda. Ao contrário, é o “amigo da corte” e nesse diapasão seu estandarte deve possuir as cores do interesse público, sendo sua atuação pautada por motivação ideológica.* (grifos nossos)

Vê-se, desse modo, que não há posição firme na doutrina acerca da natureza jurídica do *amicus curiae*. Todavia, essa mesma doutrina é uníssona ao descrever a excelência do instituto no exercício do papel de democratizador da interpretação constitucional.

⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *A intervenção de terceiro no processo de controle abstrato de constitucionalidade – a intervenção do particular, do co-legitimado e do amicus curiae na ADIn, ADC e ADPF*; DIDIER JR., Fredie. Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil. São Paulo: RT, 2004; BUENO FILHO, Edgard Silveira. A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. Revista de Direito Constitucional Internacional. n. 12, abr./jun. de 2004. Todos Apud CHANAN, Guilherme Giacomelli. *Amicus Curiae no Direito Brasileiro e a Possibilidade de seu Cabimento nas Cortes Estaduais*. Disponível em:<http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/amicuscuriae_guilhermechanan.htm>.

⁸ MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta dos Intérpretes da Constituição: O Amicus Curiae como Estratégia de Democratização da Busca do Significado das Normas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p.99.

2 DO AMICUS CURIAE E DO CARÁTER DEMOCRATIZADOR DA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Ao tratar dos métodos de Interpretação constitucional, J.J. Gomes Canotilho explana acerca do *método tópico-problemático* (tópoi: esquemas de pensamento, raciocínio, argumentação, lugares comuns, pontos de vista), que, salvo juízo diverso, muito se relaciona com o caráter democrático da interpretação constitucional que se pretende alcançar com a ampliação cada vez maior da participação dos *amici curiae, litteris*:

O método tópico-problemático, no âmbito do direito constitucional, parte das seguintes premissas: (1) *carácter práctico da interpretação* constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter abierto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo.

A interpretação da constituição reconduzir-se-ia, assim, a um processo aberto de argumentação entre vários participantes (pluralismo de intérpretes) através da qual se tenta adaptar ou adequar a norma constitucional ao problema concreto. Os aplicadores-interpretadores servem-se de vários tópoi ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema. (grifos nossos)⁹

De Luís Roberto Barroso, por sua vez, podemos extrair preciosa contribuição acerca da moderna hermenêutica constitucional (grifos nossos):

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional (*o próprio autor cita em nota de rodapé: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis e dos atos emanados do Poder Públicos, interpretação conforme a Constituição,*

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1211.

unicidade da Constituição, razoabilidade e efetividade). Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar; por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real.¹⁰

De igual modo, a festejada doutrina nos meios acadêmicos da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, proclamada pelo mestre alemão Peter Häberle, também robustece a teoria defensora da cada vez mais ampla participação de atores externos à relação angularizada do processo, de modo a conferir maior legitimidade às decisões tomadas pelas Cortes Constitucionais ao discutirem acerca da validade ou não – materialmente enxergada – de normas provenientes de órgão/Poder¹¹ com competência conferida pela própria Lei Fundamental para produzi-las.

Em três passagens extraídas de sua obra¹² percebe-se de modo claro essa tendência à expansão dos legitimados à atividade interpretativa constitucional, o que provoca, por consequência lógica, uma democratização dos debates versados nas Cortes Constitucionais e, conseqüentemente, uma democratização do acesso à própria justiça. Observe-se o que leciona o insigne Professor de Direito Público e de Filosofia do Direito da Universidade da Augsburg-RFA (grifos nossos):

10 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 332-333.

11 Art. 1º da Constituição: *omissis*, Parágrafo único. Todo Poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos esta Constituição.

12 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão: 2002.

Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta (Von der geschlossenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten zur Verfassungs-interpretation durch und für die offene Gesellschaft).

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” (zünftmässige Interpret) e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade (...weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird). Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.¹³

[...]

Todo aquele que vive o contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.¹⁴

13 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão: 2002. p. 12-13.

14 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão: 2002. p. 15.

[...]

Tem-se aqui uma derivação da tese segundo a qual todos estão inseridos no processo de interpretação constitucional, até mesmo aqueles que não são diretamente por ela afetados. Quanto mais ampla for, do ponto de vista objetivo e metodológico, a interpretação constitucional, mais amplo há de ser o círculo dos que dela devam participar. É que se cuida de Constituição enquanto processo público (Verfassung als öffentlichen Prozess). Diante da objeção de que a unidade da Constituição se perderia com a adoção desse entendimento, deve-se observar que as regras básicas de interpretação remetem ao “conerto” que resulta da conjugação desses diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação! A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Aqui devem ser desenvolvidas reflexões sob a perspectiva da Teoria da Constituição e da Teoria da Democracia.¹⁵

Vê-se, portanto, que quanto maior for a participação dos intérpretes da Constituição – entenda-se por intérpretes, todos aquele que vivenciam a norma, seus reais destinatários – maior será o contorno democrático da decisão tomada; consequentemente, maior legitimidade terá a Corte Constitucional para confirmar ou retirar do Ordenamento a norma que lhe foi submetida à análise.

Neste sentido, mister citar elucidativo trecho extraído da já citada obra de Luís Sérgio Soares Mamari Filho¹⁶, no qual o autor consigna:

No caso do Brasil, a existência de uma Corte, o Supremo Tribunal Federal, encarregada da guarda da Constituição, não garante por si só que o resultado da interpretação seja o mais adequado possível. Nessa esteira, os agentes clássicos (tidos como oficiais) não são mais capazes de garantir a correspondência entre o texto da Constituição interpretado e o senso de justiça da sociedade.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão: 2002. p. 32-33.

¹⁶ MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta dos Intérpretes da Constituição: O Amicus Curiae como Estratégia de Democratização da Busca do Significado das Normas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 84-85.

A ampliação do número de intérpretes da Constituição é, dessa forma, a alternativa vislumbrada para que seja mitigada a insegurança quanto ao fruto do processo de interpretação. Em sociedades plurais, quanto maior for o número de entes capacitados para intervir na conformação do sentido da Constituição, na mesma proporção, maior a certeza de que os direitos serão tutelados da forma mais próxima da ideal.

[...]

O debate público deve ser privilegiado em detrimento das decisões monocráticas (ou das disposições representativas da inteligência de um segmento do colegiado). A fixação do conteúdo da Constituição, ainda que, na prática, seja dada por um tribunal constitucional, deve estar amparada pelo consenso fruto de ampla deliberação coletiva.

Destes entendimento, não discrepa a posição externada pelo também já citado Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá¹⁷, *in verbis* (grifos nossos):

A partir de 1988, inaugura-se uma nova ordem constitucional, que erigiu os valores da democracia e da soberania popular à condição de pilares do próprio Estado brasileiro. Essa mudança de condição de foco refletiu-se em todo o texto constitucional e, no que ora nos interessa mais, também no que tange à prestação jurisdicional.

[...]

A participação popular passa a não mais restringir-se à esfera política, no sentido, v.g., de exercício da representação direta pelo voto, mas, ao contrário, inunda campos maiores de atuação, possibilitando mais amplo debate nas instâncias jurisdicionais, com o objetivo de fazer valer os direitos constitucionalmente assegurados, quer de forma individual, quer coletiva. Assim é que, dentre esses novos instrumentos, podemos destacar a *ação popular*, o *mandado de segurança coletivo*, o *mandado de injunção* e o *habeas data*.

¹⁷ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá 2008. p. 72 -74.

Nesse sentido, emblemática foi a ampliação dos legitimados ativos para as ações diretas de constitucionalidade, promovida pela Constituição Federal de 1988.

Ademais, outros caminhos foram abertos, criando-se novos instrumentos para promover esse controle: ação direta de constitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade (introduzida pela Emenda Constitucional 3/93) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental (regulamentada pela Lei 9.882/99).

Essa abertura, que se verifica tanto em nível quantitativo (mais legitimados) como em nível qualitativo (mais instrumentos), parece apontar para um objetivo: ampliar a participação da sociedade civil no controle judicial dos casos em que há violação à ordem constitucional.

Trata-se de sintoma cada vez mais presente nos regimes democráticos de todo o mundo, e que consiste em constatar (e implementar) uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, na feliz expressão de Peter Häberle.

Ora, com efeito, o alargamento subjetivo da via do controle da constitucionalidade é manifesta concretização de uma tendência mundial – em grande parte iniciada e desenvolvida a partir da obra de Häberle, em 1975 – de reconhecer que as normas constitucionais necessitam ser integradas no tempo e na realidade socioeconômica-cultural (sic), tarefa incumbida não só aos juízes, mas a todos aqueles que, de qualquer forma, vivenciam a Constituição.

Esse processo de abertura da hermenêutica constitucional é essencial para a saúde de um regime democrático, porque somente por meio dele se pode efetivamente obter uma verdadeira integração da realidade ao conteúdo das normas constitucionais.

Conclui-se, portanto, que a ampla presença da sociedade nos debates acerca da constitucionalidade das normas, discussões que passam necessariamente pela interpretação constitucional, uma vez que para se aferir a legitimidade de qualquer texto legal deve-se obrigatoriamente interpretá-lo à luz da norma que o alicerça – a Constituição –, se mostra cada vez mais premente em uma sociedade que se diz pluralista.¹⁸

¹⁸ Art. 1º da Constituição: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] V – o pluralismo político.

Ora, se todo o poder emana do povo, se vivenciamos uma realidade constitucional plural e se a República Federativa do Brasil possui bases constitucionais democráticas, qual a justificativa para se tolher a voz daqueles que poderiam, e de fato podem, contribuir para o estabelecimento de interpretações mais condizentes com as variadas leituras possíveis de se extrair dos textos constitucionais que fundam uma sociedade em constante evolução? Crê-se não haver justificativa, senão robusta, ao menos plausível.

Nessa esteira, o próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de preconizar (grifos nossos):

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei n. 9.868/99, art. 7º, § 2º), permitindo que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. *A admissão de terceiro, na condição de amicus curiae, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais.* Em suma: a regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.¹⁹

Destarte, crê-se poder afirmar, ser o *amicus curiae* corolário basilar da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, preconizada e difundida pelo jus filósofo alemão, Peter Häberle e hodiernamente aceita no Ordenamento Jurídico Pátrio.

3 DO AMICUS CURIAE NO CONTEXTO DA OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

De conhecimento amplo e geral, o acesso ao Poder Judiciário deve ser garantido a todos os que sentirem necessidade de buscar sua

¹⁹ STF, ADI 2.884-MC/RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, publicada no Diário da Justiça de 02-02-2001.

guardada, bem como que tal acesso deve ser acompanhado das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV e LV, CF/88) a ele inerentes: *processo dialético em que ambas as partes, autor e réu (recorrente e recorrido), devem ter a mesma oportunidade de expor ao Poder Judiciário – o qual submeterá os demandantes à sua decisão – seus argumentos e interpretações*, de modo que essa garantia constitucional de fato se exteriorize, passando a ser *realidade* e não apenas *texto programático*²⁰, intenção política externada na *folha de papel* a que se referiu Lassale.²¹

Sobre o tema, o Professor Alexandre de Moraes²² assim discorre:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto. Assim, conforme salienta Nelson Nery Jr., “podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação.”

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição (*RTJ* 99/790), uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “como princípio da legalidade, o do controle judiciário é intrínseco à democracia de opção liberal”, pois, como salienta José Alfredo de Oliveira Baracho, “o direito à tutela jurisdicional é o direito que toda pessoa tem de exigir que se faça justiça, quando pretenda algo de outra, sendo

²⁰ A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciais dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, pois não são mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando o asseguramento de justa e imparcial decisão. MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 4.ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 363.

²¹ LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. , 8. ed, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008

²² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional* , 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 291-292.

que a pretensão deve ser atendida por um órgão judicial, através de processo onde são reconhecidas as garantias mínimas. O *acesso dos cidadãos* aos tribunais de justiça, à procura de uma resposta jurídica fundamentada a uma pretensão ou interesse determinado, realiza-se pela interposição perante órgãos jurisdicionais, cuja missão exclusiva é conhecer e decidir as pretensões, que são submetidas ao conhecimento do órgão judicante, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa”.

Neste mesmo sentido, roga-se *vénia* para mais uma vez reproduzir lição de José Afonso da Silva²³:

O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. Agora a seguinte passagem do magistério de Liebman tem ainda maior adequação ao Direito Constitucional brasileiro:

“O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam a garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados *direitos cívicos*”.

Ainda neste contexto, impõe-se consignar as lições de Celso Ribeiro Basto e Ives Gandra Martins²⁴:

A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 430.

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTIRNS, Ives Gandra. *Comentário à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988 – 2º v. Arts. 5º a 17. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 267.

Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda a uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu.

Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.

O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz.

Deste modo, como já lecionavam os mestres acima nominados, “*o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas*” (*op. cit.*, p. 267), e de igual modo o acesso ao Judiciário, que lhe é necessariamente anterior, não pode sé-lo de modo apenas formal, mas, ao contrário, insofismavelmente real.

Destarte, legítimo se questionar: o sobrerestamento dos recursos extraordinários, com a aplicação a eles de decisão proferida em outro(s) processo(s), não geraria um vício insanável de validade, principalmente se a decisão for contrária a pretensão daqueles que não tiveram a oportunidade de ver suas irresignações de fato analisadas pelo Tribunal *ad quem*, por ofensa aos princípios encartados no art. 5º, XXXV e LV da Constituição?²⁵ E a súmula vinculante, oriunda do julgamento de um ou alguns RREE, não retiraria do demandante, que ainda não logrou chegar

²⁵ O princípio do devido processo legal possui, em seu aspecto material, estreita ligação com a noção de razoabilidade, pois tem por finalidade a proteção dos direitos fundamentais contra condutas administrativa e legislativas do Poder Público pautadas pelo conteúdo arbitrário, irrazoável, desproporcional. [...] O princípio da razoabilidade pode ser definido como aquele que exige proporcionalidade, justiça e adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades – administrativas ou legislativas –, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes. MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 369.

às portas do STF, o direito constitucionalmente garantido de externar sua irresignação e expor seus argumentos àquela Corte Constitucional?

Ao se analisar as mutações operadas no sistema de controle de constitucionalidade nas diversas constituições brasileiras, vê-se que o atual controle de constitucionalidade evoluiu de um modelo eminentemente difuso e incidental, portanto subjetivo, para um modelo abstrato, consequentemente objetivo. Embora subsistam contemporaneamente ambos os modelos, a Lei Fundamental de 1988 deu maior relevo ao controle abstrato, criando novas ações de cunho objetivo, e ampliando o rol dos legitimados a ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão e argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Além disso, percebe-se sem muita dificuldade que o próprio controle difuso/incidental assumiu contornos objetivos, e que as decisões Plenárias do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada lei, tomadas no bojo de Recursos Extraordinários, p. ex., podem ter eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, ultrapassando, portanto, as fronteiras do intersubjetivismo antes predominantes nesta seara.

Exemplificativamente, observem-se as normas do Código de Processo Civil abaixo transcritas (arts. 475, § 3º, 481, parágrafo único, 557, § 1º-A); tais dispositivos autorizam respectivamente:

Art. 475, § 3º - O afastamento do reexame necessário da sentença pelo Tribunal *ad quem* quando a decisão estiver em consonância com decisão plenária do STF;

Art. 481, parágrafo único - O afastamento da reserva de plenário no incidente de argüição de inconstitucionalidade, quando o Plenário do STF já houver se pronunciado sobre a matéria;

Art. 557, § 1º-A - O julgamento monocrático pelo relator, quando a decisão recorrida estiver contrariando súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal.

Isto significa que decisões tomadas em outros processos de ínole subjetiva, aprioristicamente falando, podem influenciar de modo direto nos resultados dos julgamentos de outras demandas, entre outras partes

e com pretensões resistidas diversas das do processo paradigma. Isso é sim objetivação dos parâmetros de julgamento de demandas *inter partes*.

Nesta esteira, não se pode perder de vista “a reforma do judiciário” operada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim, a criação da súmula vinculante, bem como do instituto da repercussão geral, retraçaram as linhas do Recurso Extraordinário, possibilitando que a decisão tomada num único recurso entre duas partes, previamente determinadas e individualizadas, pudesse ultrapassar os limites daquele processo específico e atingir de modo certeiro dezenas, centenas, talvez milhares de outras relações jurídicas, que sequer chegaram a ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste ponto é que a figura do *amicus curiae* ingressa como fonte legitimadora das decisões proferidas em sede de controle difuso com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Nossa legislação não é contrária à figura do *amicus curiae*, ao contrário: o amigo da corte vem sendo admitido, de forma esparsa, diga-se de passagem, em diversos diplomas legais, de modo a conferir maior segurança e legitimidade, bem como delinear contornos mais democráticos às decisões judiciais ou administrativas.

O fato é que entidades com conhecimentos abalizados sobre determinados temas foram admitidas a participar de certas demandas e externar as razões que entendem pertinentes ao caso, de modo a robustecer a convicção do magistrado, no processo judicial, ou da comissão processante, nos casos de Processos Administrativos. A título de registro, cite-se²⁶:

1. *Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976:* Dispõe sobre o Mercado de Valores Mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Alterada pela Lei nº 6.616, de 16 de dezembro de 1978, foi a primeira no Brasil a instituir a figura do *amicus curiae*, uma vez que determina em seu art. 31 que a CVM será sempre intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos em demandas judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da referida Comissão.

²⁶ MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta dos Intérpretes da Constituição: O Amicus Curiae como Estratégia de Democratização da Busca do Significado das Normas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 87-88.

2. *Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994:* Dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, além de transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia. Em seu art. 89 prevê que o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir nos processos judiciais em que se discuta a aplicação do referido diploma legal.
3. *Lei 9.469, de 10 de julho de 1997:* Dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem como autores ou réus entes da administração indireta (art. 5º).
4. *Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999:* Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e em seu art. 31 assevera que quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

Mais recentemente, com a regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, operada pela Lei 9.868/99, embora seja vedada a intervenção de terceiros, como prevista pelo Código de Processo Civil, permitiu-se, ainda que de forma tímida – timidez essa superada pela prática judiciária –, a manifestação de outros órgãos e entidades, bem como de pessoas com notória experiência e autoridade sobre a matéria, em total consonância com o postulado da segurança jurídica, ante a força dos efeitos e abrangência da eficácia da decisão tomada no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, senão observe-se (grifos nossos):

Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ação Declaratória de Constitucionalidade:

Art. 20. Vencido o prazo do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Pouco tempo depois da edição de Lei 9.868/99, surgiu a Lei 9.882/99 que dispôs sobre o processo e julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, §1º da CF/88 e que completou o arcabouço de ações constitucionais objetivas, alcançando de uma vez por todas o controle concentrado/abstrato à hegemonia dentro do nosso sistema de controle de constitucionalidade. Tal lei, embora temporalmente vizinha à Lei 9.868/99, foi mais além no que toca à permissibilidade do *amicus curiae*. Permitiu-se, além das previsões já constantes do primeiro diploma, a juntada de memoriais e a sustentação oral de interessados no feito, como se vê claramente pela norma constante do dispositivo abaixo reproduzido:

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Assim, *permissa máxima vénia*, nada mais natural a um modelo que pretenda adotar as características/conseqüências do controle concentrado, como ora passa a ocorrer com o controle difuso de constitucionalidade, que a utilização dos mesmos mecanismos existentes no paradigma.

Neste pórtico, fato é que o nosso ordenamento processual tem se moldado a essa tendência, como se pode notar pela norma inscrita no art. 482 e seus §§, do Código de Processo Civil²⁷, que permite a participação de terceiros não integrantes da relação jurídica na discussão acerca da (in) constitucionalidade da norma submetida ao Plenário ou Órgão Especial do Tribunal – *amicus curiae*. Observe-se o que dispõe referido dispositivo (grifos nossos):

Art. 482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Públíco e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a respetatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (§§ 1º a 3º acrescidos pela Lei nº 9.868/99)

Tal opção legislativa não discrepa da adotada pela Lei nº 11.418/06, que acrescentou o já mencionado art. 543-A ao Código de Processo Civil (tópico 3.1.1), eis que na apreciação da Repercussão Geral o relator poderá admitir a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do RISTF (§ 6º do art. 543-A, CPC). Outro clássico exemplo da abertura de portas ao *amicus curiae* em processo, de índole subjetiva, objetivado.

Sublinhe-se que no primeiro modelo (controle abstrato/concentrado de constitucionalidade), por tratarem-se de ações precipuamente objetivas, onde não se discute o direito individualmente

²⁷ Trata do procedimento da declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais, anteriormente comentada quando se falou do art. 481, parágrafo único, exemplo de objetivação do processo declinado no tópico 3 desta monografia.

considerado de “A” ou de “B”, o *amicus curiae* funciona para conferir maior segurança à decisão. Seria, em outras palavras, a voz da população (outros órgãos e entidades, peritos, depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria, audiências públicas, juntada de memoriais e sustentação oral de interessados), maior interessada no resultado do julgamento, em um processo eminentemente técnico e de feição, como dito, exclusivamente objetiva. Já no segundo modelo (controle concreto/difuso de constitucionalidade), o qual parte de um processo eminentemente intersubjetivo (Recurso Extraordinário) com vistas a alcançar os objetivos pretendidos pelo controle concentrado, além de se buscar a segurança das relações jurídicas – por si só suficiente a permitir a participação do *amicus curiae* – busca-se, precípuamente, a preservação dos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º do texto constitucional, próprios a toda e qualquer demanda judicial, principalmente às demandas intersubjetivas, quais sejam: o pleno acesso ao Poder Judiciário, acobertado pelo manto dos postulados do contraditório e da ampla defesa.

Nessa esteira, e por derradeiro, mister conferir-se importante inovação trazida à baila pela Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais.

4 DO AMICUS CURIAE NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal - JEF. Tal diploma normativo, como dito acima, trouxe importante inovação ao rito sumaríssimo (rito dos Juizados Especiais) no que toca ao julgamento dos Recursos Extraordinários oriundos de demandas próprias do JEF, senão observe-se o que consta do seu art. 14 e §§ e art. 15 (grifos nossos):

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

[...]

§ 4º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça - STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

§ 5º No caso do § 4º, presente a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 6º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequente mente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

§ 7º Se necessário, o relator pedirá informações ao Presidente da Turma Recursal ou Coordenador da Turma de Uniformização e ouvirá o Ministério Público, no prazo de cinco dias. Eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de trinta dias.

§ 8º Decorridos os prazos referidos no § 7º, o relator incluirá o pedido em pauta na Seção, com preferência sobre todos os demais feitos, ressalvados os processos com réus presos, os habeas corpus e os mandados de segurança.

§ 9º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

[...]

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.

Como se vê, a Lei do JEF permitiu de forma expressa que, tal qual o art. 543-B, do CPC, apenas um ou alguns RREE subissem ao STF, ao passo que os demais RREE, alicerçados em idênticos fundamentos, quedassem sobrestados aguardando a decisão do(s) processo(s) paradigma(s). Ocorre que nesse caso, o § 7º do art. 14 prevê expressamente que eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar no julgamento da demanda. Observe-se que tal manifestação não se restringirá aos casos de controle difuso de constitucionalidade, conferindo não só objetivação ao sistema de controle difuso de constitucionalidade, mas sim uma objetivação do próprio processo.

A parte final do art. 15 assevera que, além dos §§ 4º a 9º do art. 14, o recurso extraordinário no JEF observará as normas regimentais do STF. Deste modo deve-se verificar o que reza o RISTF acerca do tema (grifos nossos):

Art. 321. O recurso extraordinário para o Tribunal será interposto no prazo estabelecido na lei processual pertinente, com indicação do dispositivo que o autorize, dentre os casos previstos nos artigos 102, III, a, b, c, e 121, § 3º, da Constituição Federal.

[...]

§ 5º Ao recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, instituídos pela Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001, aplicam-se as seguintes regras:

I – verificada a plausibilidade do direito invocado e havendo fundado receio da ocorrência de dano de difícil reparação, em especial quando a decisão recorrida contrariar Súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, poderá o Relator conceder, de ofício ou a requerimento do interessado, ad referendum do Plenário, medida liminar para determinar o sobremento, na origem, dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida, até o pronunciamento desta Corte sobre a matéria;

II – o Relator, se entender necessário, solicitará informações ao Presidente da Turma Recursal ou ao Coordenador da Turma de Uniformização, que serão prestadas no prazo de 05 (cinco) dias;

III – eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão manifestar-se no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da decisão concessiva da medida cautelar prevista no inciso I deste § 5º;

IV – o Relator abrirá vista dos autos ao Ministério P\xfablico Federal, que deverá pronunciar-se no prazo de 05 (cinco) dias;

V – recebido o parecer do Ministério P\xfablico Federal, o Relator lançará relatório, colocando-o à disposição dos demais Ministros, e incluirá o processo em pauta para julgamento, com preferência sobre todos os demais feitos, à exceção dos processos com réus presos, habeas-corpus e mandado de segurança;

VI – eventuais recursos extraordinários que versem idêntica controvérsia constitucional, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais ou de Uniformização, ficarão sobrestados, aguardando-se o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal;

VII – publicado o acórdão respectivo, em lugar especificamente destacado no Diário da Justiça da União, os recursos referidos no inciso anterior serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal;

VIII – o acórdão que julgar o recurso extraordinário conterá, se for o caso, Súmula sobre a questão constitucional controvertida, e dele será enviada cópia ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais, para comunicação a todos os Juizados Especiais Federais e às Turmas Recursais e de Uniformização.

A simples leitura das normas acima transcritas nos confere a real envergadura da inovação trazida à baila pela Lei nº 10.259/01. Não obstante tal fato, interessante registrar empolgante debate travado no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem levantada no RE 415.454-4/SC, acerca da admissibilidade ou não da participação (sustentação oral) de *amicus curiae* em processo subjetivo oriundo dos Juizados Especiais Federais, *verbis*:

SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – (Relator):

Da Possibilidade de sustentação oral por *amicus curiae* em sede de Recurso Extraordinário proveniente de Juizados especiais

Senhor Presidente, antes de analisar o caso, apresento a este Plenário questão de ordem.

[...]

Conforme tenho sustentado em sede doutrinária, a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 10.259/2001), afasta-se de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário. Assim, o seu art. 14, § 7º, autorizou o relator, se assim entender necessário, a pedir informações adicionais ao Presidente da Turma Recursal ou ao

Coordenador da Turma de Uniformização, podendo também ouvir o Ministério Público no prazo de 5 (cinco) dias.

Na mesma linha, a aludida disposição permitiu que eventuais interessados, ainda que não sejam partes, se manifestem no processo submetido no prazo de 30 dias (art. 14, § 7º, *in fine*).

Trata-se, portanto, de um amplo reconhecimento da figura do *amicus curiae*, que, como se sabe, foi prevista na Lei da ADI e da ADC [...] ; no art. 482, do CPC (relativo ao incidente de inconstitucionalidade); e na Lei da ADPF [...].

Ressalte-se que a participação de *amicus curiae* em RE interposto de decisão de juizados especiais poderia justificar-se em razão da singular conformação desse processo perante o Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que esse modelo, que se desvincula de uma postura estritamente subjetiva, já foi implementado, algumas vezes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

[...]

Baseado nesses fundamentos, entendo ser o caso de se decidir a questão de ordem no sentido de reconhecer a admissão das requerentes sob a condição de *amicus curiae* no RE em apreço.

No caso da ADI e da ADC, compete ao Relator, por meio de despacho irrecorrível, acolher ou não pedido de interessados para que atuem na situação de *amici curiae* – hipótese diversa da figura processual da intervenção de terceiros. Nesse caso, em princípio, a eventual manifestação deveria ocorrer no prazo das informações [...].

Em recente julgamento, porém, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, resolveu questão de ordem no julgamento das ADIn's nºs 2.675-PE (Rel. Min. Carlos Velloso) e 2.777/SP (Rel. Min. Cezar Peluso), ambas julgadas em 27.11.2003, para reconhecer, excepcionalmente, a possibilidade de realização de sustentação oral por terceiros admitidos no processo de fiscalização abstrata de normas, sob a condição de *amicus curiae*.

Essa nova orientação, apesar de ter contrariado os precedentes existentes [...], garante a possibilidade de que o procedimento de

instrução da ação direta de constitucionalidade seja subsidiado por novos argumentos e diferentes alternativas de interpretação da Constituição.

Esse parece ser, pelo menos, o espírito da norma constante da parte final do art. 7º, § 2º da Lei nº 9.868/1999.

[...]

No entanto, especialmente diante da relevância do caso, ou, ainda, em face da notória contribuição que a manifestação possa trazer para o julgamento da causa, é possível cogitar de hipóteses de admissão de *amicus curiae* fora desse prazo.

É necessário ressaltar, contudo, que essa possibilidade ainda não é consolidada na Jurisprudência do STF. A esse respeito, vale mencionar a ADIn nº 2.238-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão. Nesse caso, o relator considerou ser impossível a admissão de *amicus curiae* quando já em andamento o julgamento do feito, por considerar tal manifestação destinada unicamente a instruir a ADIn.

Na ADIn nº 2.690-RN, de minha relatoria, tendo em vista a conversão da ação para o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, admiti a participação do Distrito federal, dos Estados de Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro, da Associação Brasileira de loterias Estaduais (ABLE) e, ainda, determinei a nova audiência da Procuradoria Geral da República.

Em síntese, creio que o instrumento da admissão de *amicus curiae* confere ao processo de fiscalização de constitucionalidade um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto que, a meu ver, não pode ficar restrito ao controle concentrado. Pelo contrário, penso que, justamente por se tratar de matéria ínsita ao modelo dos juizados especiais, a jurisdição constitucional exercida por este Tribunal deve se afastar de uma perspectiva estritamente subjetiva do recurso extraordinário.

Com relação à questão de ordem por mim suscitada, meu voto, Senhor Presidente, é no sentido de deferir o pedido das requerentes para que possam ser admitidas no feito na condição de *amicus curiae* e para que possam realizar sustentação oral no julgamento do recurso.

Iniciados os debates, acompanhando o voto do relator, dignas de nota são as seguintes manifestações:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE –
Trata-se de uma questão que tem uma nítida vocação, seja qual for o decidido, de converter-se em súmula vinculante. É mais que adequado admitir-se aqui, por analogia, a intervenção do *amicus curiae*, previsto no controle abstrato de constitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITO – o instituto do *amicus curiae* homenageia o princípio que é constitucional do pluralismo, e isso, sem dúvida, ampliando a participação de setores da sociedade nos nossos processos decisórios, legitima ainda mais as decisões emanadas nesta Corte.

[...]

SENHOR MINISTRO CARLOS VELOSO – Sra. Presidente, também o que me preocupa é o precedente, mas estamos diante de um caso de Juizado Especial.

Examinarei caso a caso esses pedidos. Neste caso, parece-me razoável a admissão dos *amici curiae*, tendo em vista a natureza objetiva que predomina na questão.

Peço licença para acompanhar o voto do eminentíssimo Ministro-Relator.

[...]

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Sr. Presidente, trata-se formalmente de um processo subjetivo, mas com uma vocação evidente para generalizar-se a decisão a ser tomada.

Não posso, com todas as vêniás, por outro lado, tratando-se de caso de Juizado Especial, negar a clara aplicabilidade do artigo 15, combinado com o artigo 14, § 7º, da Lei nº 10.259. Seria paradoxal, que, em termos dessa uniformização de interpretação da lei federal, coubesse a admissão do *amicus curiae* e ela não pudesse ser admitida no Supremo Tribunal Federal, apenas porque se trata de uma questão constitucional ou, pelo menos, que se alega ser constitucional.

Peço vénia para acompanhar o eminent Relator, também com a reserva óbvia, que preside toda a questão da admissibilidade do *amicus curiae*, de exame caso a caso.

[...]

Lembro que a nossa experiência em casos tais, sobretudo em questões tributárias, é a de que, admitidos ou não, os *amici curiae*, somos felizmente submersos por toneladas de memoriais e pareceres, alguns deles notáveis, e que efetivamente trazem auxílio ao Tribunal. Não vejo como fincar pé nos deslindes do processo subjetivo, em casos como o de hoje, apenas para evitar uma sustentação oral.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (Presidente) – Também eu, pedindo vénia aos colegas que divergiram, acompanho o eminent Relator na solução desta questão de ordem.

A questão de direito de que se cuida, evidentemente, é multitudinária, e tudo recomenda a que se ouçam os *amici curiae*.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator) – Parece haver 1.500 (mil e quinhentos) processos só no Tribunal.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (Presidente) – Imagine quantos processos haverá nos juizados especiais.

Da leitura acima, constata-se que a principal preocupação dos Ministros que acompanharam o voto do Relator na questão de ordem era a de garantir a maior legitimidade possível à decisão do STF, eis que o caso detinha nítido contorno objetivo, ou seja, ultrapassaria os limites do processo paradigma para alcançar diversas outras relações jurídicas que, por essa razão, não seriam apreciadas individualmente pelo Supremo Tribunal Federal. Por óbvio que tal preocupação tem razão de ser, mormente ante a expressa previsão do RISTF (art. 321, § 5º, VII acima transcrito) no sentido de que, publicado o acórdão do RE, os recursos sobrerestados serão apreciados pelas Turmas Recursais ou de Uniformização, que poderão exercer o juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se cuidarem de tese não acolhida pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, a decisão do STF, de certo modo, vinculará a Turma de Uniformização e as Turmas Recursais quando da apreciação dos demais Recursos Extraordinários retidos.

Sobre o tema discorreu Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá em sua obra *Amicus Curiae – Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, in litteris* (grifos nossos):

De qualquer forma, a decisão do STF (i) vinculará a Turma de Uniformização e as Turmas Recursais ao conhecer dos demais recursos extraordinários retidos (RISTF, art. 321, § 5º, VII), e (ii) poderá importar em edição de súmula pelo STF, a vincular, para os demais casos, o STJ, os Tribunais Regionais Federais, os Juizados Especiais Federais, as Turmas Recursais e de Uniformização (RISTF, art. 321, § 5º, VIII).

É exatamente essa eficácia da decisão, a projetar sua sombra para além das partes, com potencialidade de atingir um número indeterminado de indivíduos, que, pensamos, parece justificar uma abertura procedural para a participação de terceiros no processamento do recurso extraordinário.

Com efeito, em todos os casos o julgamento do recurso extraordinário, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, representará influência sobre a situação jurídica de terceiros, seja porque se fixará a tese jurídica a ser aplicada aos casos futuros (pela edição de Súmula), atingindo potenciais litigantes (hipótese “ii”, *supra*), ou porque atingirá diretamente os demais litigantes que tenham interposto recursos extraordinários “que versem idêntica controvérsia constitucional” e que, portanto, estão retidos (hipótese “i”, *supra*).

Essa influência sobre a situação jurídica de terceiros demanda uma abertura procedural, para autorizar a participação destes na construção da decisão que lhes atingirá. E, no nosso sentir, é nesse sentido que o art. 15 da LJEF, ao prever o procedimento diferenciado para o processamento do recurso extraordinário, determina a aplicação do § 7º do art. 14, autorizando que “eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar, no prazo de 30 (trinta) dias”.

A dúvida persiste, entretanto, quanto a quem poderá intervir nessa qualidade: se somente os terceiros cujos recursos estejam retidos e os terceiros que tenham pretensão potencial cujo objeto dependa do julgamento do STF; ou, ao contrário, se quaisquer outros terceiros.²⁸

²⁸ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 106-107.

No caso, o citado autor prevê a participação, no julgamento do recurso paradigma, dos terceiros que tiveram seus recursos retidos na instância *a quo*, os quais terão suas pretensões fatalmente atingidas pelo que restar decidido no julgamento do RE paradigma.

Questiona-se, todavia, sobre quem mais, além daqueles que tiveram seus recursos sobrestados, poderá intervir na demanda na qualidade de *amicus curiae*. Crê-se que o STF já deu tal resposta, como se vê do julgado antes reproduzido, pois naquele caso foram admitidas na qualidade de *amici curiae* entidades representativas de classes e não os demais demandantes que viram seus processos paralisados a espera do julgamento do recurso selecionado pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, tem-se que a questão levantada na doutrina de Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá alicerça a pedra de toque deste estudo: a participação dos demandantes – que viram seus recursos retidos na espera do julgamento de um único (ou de poucos) Recurso Extraordinário –, em processos análogos, na qualidade de *amici curiae*. E é sobre esse tema que se passará a tratar.

5 DAS PARTES, NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS SOBRESTADOS, ATUANDO NA QUALIDADE DE AMICI CURIAE

No decorrer deste artigo percebeu-se, ainda que *en passant*, que muitos foram os mecanismos adotados pelo nosso legislador ordinário e pelo Poder Constituinte Reformador para conferir um ar de definitividade, ou pelo menos de maior amplitude, às decisões emanadas no Plenário do Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhes eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Fórmulas tendentes à “otimização” dos trabalhos desenvolvidos por nossa Corte Constitucional, voltadas ao anseio da busca por uma maior celeridade nos julgamentos das demandas e inspiradas pelo art. 5º, LXXVIII da Constituição²⁹, resultaram na adoção de dispositivos como os já anteriormente comentados arts. 475, § 3º, 481, parágrafo único e 557, § 1º-A, todos do CPC e arts. 102, § 3º e 103-A, ambos da Constituição.

²⁹ Art. 5º [§] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Ocorre que a adequação do sistema de controle de constitucionalidade a essa nova realidade da objetivação do processo deve resguardar minimamente os preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), que adjetivam o pleno acesso (inafastabilidade) ao Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV da nossa Lei Fundamental, sem os quais toda e qualquer decisão, seja proferida por juiz singular, seja proferida pelo Plenário do STF, padece de nulidade.

Deste modo, ao lado de dispositivos legais que determinam o sobrestamento de dezenas, centenas e, talvez, milhares de processos judiciais (art. 543-B, §§ 1º e 3º do Código de Ritos e art. 14, § 6º c/c art. 15 da Lei 10.259/01), de modo a que uma única decisão – tomada em um feito aprioristicamente subjetivo –, fruto de uma análise abstrata da matéria, possa vir a alcançar todas aquelas relações jurídicas retidas e não julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, deveria haver uma espécie de “válvula de escape” a garantir a legitimidade das decisões do STF.

Ora, se um único (ou poucos) Recurso Extraordinário deve ser analisado, abstratamente, sem qualquer vinculação à causa de pedir veiculada na demanda, ultrapassando os limites subjetivos da causa³⁰, de modo a que tal decisão tenha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, é pressuposto lógico que a Corte esteja devidamente subsidiada e cercada por toda a sorte de teses, argumentos e pontos de vista possíveis, a fim de que, analisando-os e sopesando-os todos, possa tomar a decisão mais acertada para o caso, que, frise-se, não é caso *in concreto*, mas *in abstracto*, e alcançará todas as demais relações jurídicas sobrestadas na origem.

Lógicas, e por que não dizer justas, também seriam as indagações dos cidadãos jurisdicionados que tiveram suas pretensões recursais sobrestadas: *Porque não o meu RE foi escolhido como paradigma, mas, sim, o de um terceiro? E se os argumentos deduzidos no meu RE não tiverem sido reproduzidos no paradigma? E se o STF não atentar para a peculiaridade*

³⁰ Código de Processo Civil: Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Regimento Interno do STF: Art. 322. O Tribunal recusará recurso extraordinário cuja questão constitucional não oferecer repercussão geral, nos termos deste capítulo. Parágrafo único. Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões que, relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

que o caso detém se observado sob o ponto de vista externado no meu RE? Dentre inúmeros outros “se”... Assim, há de se franquear a oportunidade para que esses mesmos cidadãos participem ativamente, caso queiram, do julgamento do processo paradigma, que deixa de consistir em apenas mais “UM” RE, dentre tantos outros, passando a ser “O” RE que decidirá por todos os outros.

Essa, ao nosso sentir, é a função do *amicus curiae* nos casos de RREE objetivados, em que todos os outros recursos restaram sobreestados aguardando o pronunciamento de um único (ou poucos) exemplar de várias irresignações comuns.

Neste ponto específico, poder-se-ia indagar se a participação dos terceiros que tiveram seus recursos retidos na inferior instância não se enquadraria na figura da assistência litisconsorcial³¹, prevista pelo art. 50 e seguintes do Código de Ritos, ao invés na do *amicus curiae*.

De fato, neste particular, as figuras se assemelham bastante. Todavia, a figura da assistência simples ou da litisconsorcial tem a aplicabilidade amoldada às querelas intersubjetivas que eventualmente

³¹ Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra.

Art. 51. Não havendo impugnação dentro de cinco dias, o pedido do assistente será deferido. Se qualquer das partes alegar, no entanto, que falece ao assistente interesse jurídico para intervir a bem do assistido, o juiz: I – determinará, sem suspensão do processo, o desentranhamento da petição e da impugnação, a fim de serem autuadas em apenso; II – autorizará a produção de provas; III – decidirá, dentro de cinco dias, o incidente.

Art. 52. O assistente atuará como auxiliar da parte principal, exercerá os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido. Parágrafo único. Sendo revel o assistido, o assistente será considerado seu gestor de negócios.

Art. 53. A assistência não obsta a que a parte principal reconheça a procedência do pedido, desista da ação ou transija sobre direitos controvértidos; casos em que, terminando o processo, cessa a intervenção do assistente.

Art. 54. Considera-se litisconorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido. Parágrafo único. Aplica-se ao assistente litisconsorcial, quanto ao pedido de intervenção, sua impugnação e julgamento do incidente, o disposto no artigo 51.

Art. 55. Transitada em julgado a sentença, na causa em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salve se alegar e provar que: I – pelo estudo em que recebera o processo, ou pelas declarações e atos do assistido, fora impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença; II – desconhecia a existência de alegações ou de provas, de que o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu.

atinjam a um (ou poucos) terceiro. No caso em análise, ultrapassam-se as fronteiras da demanda inicialmente proposta e a decisão proferida, não mais no caso concreto, mas sim abstratamente, alcançará todas as demais relações jurídicas retidas, exclusivamente a espera do julgamento do processo paradigmático.

Nos debates travados na apreciação da questão de ordem no RE 415.454-4/SC, transscrito em parte acima, há interessante passagem, que merece ser reproduzida, na qual o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Gilmar Mendes contendem, ainda que de forma breve, acerca da aplicação ou da intervenção de terceiros – assistência – no julgamento do RE advindo do Juizado Especial Federal, ou do instituto do *amicus curiae*, observe-se:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A única dificuldade que vejo [o Ministro trata da admissão dos terceiros no julgamento do RE em apreciação] – eu não mesclaria os processos subjetivo e objetivo – é que, considerada a figura do processo civil, teríamos de estabelecer, diante do pedido de assistência, o contraditório, ouvindo as partes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Por isso não gostaria de falar nessas figuras processuais de assistência, litisconsorte e coisas semelhantes, mas de tratar como *amicus curiae* dentro do processo da Lei nº 10.259.

Mais adiante o Ministro Marco Aurélio finaliza:

[...] Assim, não vejo como, sem que sejam observados os parâmetros do processo civil e do Código, pertinentes, no caso, em especial o disposto no artigo 51 desse mesmo Código, admitir-se terceiro, que realmente tem interesse jurídico – não desconheço isso –, como assistente sem o estabelecimento do contraditório, a menos que as partes presentes concordem com essa participação; se concordarem, evidentemente, consignando-se na ata de julgamento o fato, admito a participação.

Fora isso, peço vênia para divergir e não admitir.

Percebe-se que o Ministro Marco Aurélio insiste na aplicação das tradicionais figuras de intervenção de terceiros, próprias das demandas intersubjetivas, a processos que restaram objetivados. Em contraposição,

o Ministro Gilmar Mendes defende a participação do *amicus curiae*, instituto previsto na Lei nº 10.259/01.

Tal posicionamento, o do Ministro Gilmar Mendes, pode tranquilamente ser transposto do sistema dos Juizados Especiais Federais para o rito adotado pelo Código de Processo Civil, eis que no caso dos RREE, objetivados pelo instituto da repercussão geral, permite-se expressamente, quando da sua análise, a participação de terceiros, subscrita por procurador habilitado³², nos termos do Regimento Interno do STF³³.

Nas sábias palavras do Professor Peter Häberle³⁴:

Os instrumentos de informação dos juízes constitucionais – não apesar, mas em razão da própria vinculação à lei – devem ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas gradativas de participação e à própria possibilidade de participação no processo constitucional (especialmente nas audiências e nas “intervenções”). Devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. [...] Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes *materialmente* afetadas (atingidos). A íntima relação contextual existente entre Constituição material e direito constitucional processual faz-se evidente também aqui.

[...]

Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem

³² Art. 543-A, § 6º, do CPC.

³³ Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. [...] § 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

³⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão: 2002. p. 47-49.

as condições básicas para assegurar a pretendida legitimidade da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia.

Nessa esteira, não haveria razão para se permitir a participação de terceiros, inclusive daqueles que tiveram seus recursos sobrestados, na fase da apreciação da existência ou não da repercussão geral e negá-la quando do julgamento do mérito do RE. Raciocínio inverso traz consigo uma enorme incongruência em seus próprios termos.

Ainda que se sustente não haver norma expressa a descrever tal pretensão, não se pode esquecer a prescrição posta pelo art. 4º do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, a nossa Lei de Introdução ao Código Civil, que assim se encontra versada: “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a *analogia*, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Assim, como instrumento interpretativo e integrador de normas jurídicas, a analogia deve ser utilizada nesse caso, a fim de suprir omissão legislativa que pode, nessa linha de raciocínio, ser considerada como uma lacuna a ser preenchida pelas normas acima mencionadas.

Ora, se o próprio STF entende, subsidiado pela ampla participação dos terceiros, que a causa ultrapassa os limites subjetivos do processo, e por esse exclusivo motivo deve ser julgado pela Corte, com muito mais razão deverá pluralizar/democratizar o debate meritório da demanda, de modo a legitimar sua atuação, eis que o *decisum* atingirá de forma certeira todos os demais feitos retidos a espera do julgamento do recurso escolhido como paradigma.

A higidez da decisão do STF não pode ficar refém de uma interpretação rígida e restritiva do Código de Processo Civil, ao contrário, esse diploma deve ser flexibilizado de modo a que seus institutos possam alcançar os reais objetivos para os quais foram criados.

6 CONCLUSÕES

Alicerçado no conteúdo do estudo acima declinado, pode-se concluir com certa margem de segurança que o fenômeno da objetivação

do controle difuso de constitucionalidade, ou a objetivação do próprio Recurso Extraordinário, não obstante possa gerar ganhos na seara da celeridade e da racionalidade processual ou procedural, pode ocasionar a perda da legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal ante o alijamento, ainda que de forma indireta, do princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, adjetivado pelos corolários do contraditório e da ampla defesa. Tal circunstância se observa com tranqüilidade pela leitura, principalmente, do art. 543-B, § 1º do CPC e do art. 328 do RISTF, que determinam o sobrerestamento dos processos cujas questões debatidas sejam suscetíveis de se reproduzirem em múltiplos feitos, com a remessa de apenas um ou alguns processos (RREE) representativos da controvérsia para serem analisados, pelo STF, por todos os demais.

Em casos tais, a presença do *amicus curiae* é fundamental para, democratizando e pluralizando o debate, conferir legitimidade às decisões proferidas pelo Plenário do STF, mormente no caso da apreciação abstrata de RE cuja decisão será difundida e replicada em todos os demais recursos “irmãos”, que restaram retidos na inferior instância.

Nestes casos específicos, entende-se que a leitura feita da regra que permite a participação dos terceiros (*amici curiae*) cujos recursos restaram sobrerestados, quando da análise da repercussão geral (Art. 543-A, § 6º, do CPC), deve ser ampliada e estendida, com muito mais razão, à apreciação meritória do RE, eis que tal *decisum* ultrapassará a fronteira do intersubjetivismo, anteriormente existente no recurso paradigmático, e alcançará a todos os demais RREE retidos no Tribunal *a quo*.

Por fim, registre-se, ainda a título de conclusão, que o *amicus curiae*, conforme difundido por toda a doutrina especializada na matéria, bem como pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, consubstancia-se em instituto de natureza democrática, próprio a Ordenamentos Jurídicos fundados em bases plurais, não podendo ter sua função diminuída ou desprestigiada, eis que alicerçada em bases erigidas à condição de princípios fundamentais da nossa Constituição, devendo, portanto, sua participação ser fomentada diuturnamente pela nossa prática judiciária, de modo a tornar-se corriqueira e natural aos olhos desta e das futuras gerações de cidadãos Brasileiros, intérpretes da Constituição.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentário à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – v. 2, Arts. 5º a 17*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CABRAL, Antônio do Passo. Pelas Asas de Hermes: a intervenção do *Amicus Curiae*, um terceiro especial. *Revista de Processo*, n. 117, set./out. 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHANAN, Guilherme Giacomelli. *Amicus Curiae no Direito Brasileiro e a Possibilidade de seu Cabimento nas Cortes Estaduais*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/amicuscuriae_guilhermechanan.html>.
- DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae: Instrumento de Participação Democrática e de aperfeiçoamento da Prestação Jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 8, 2003.
- DIDIER JR., Fredie; SARNO, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade. 4. ed. in *Ações Constitucionais*. Fredie Didier Jr. (org.). Salvador: JUSPodivm, 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão: 2002.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.
- MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. *A Comunidade Aberta dos Intérpretes da Constituição: O Amicus Curiae como Estratégia de*

Democratização da Busca do Significado das Normas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31. ed. atualizado por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed São Paulo: Atlas, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. *Amicus Curiae, Direito, Política e Ação Afirmativa*. Disponível em: <[http:// www.achegas.net](http://www.achegas.net)>.

DA NATUREZA HÍBRIDA DO DIREITO À SAÚDE E NECESSIDADE DE PLURALIZAÇÃO DO DEBATE JUDICIAL COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO

***ON THE HYBRID NATURE OF THE RIGHT TO HEALTH
AND THE NEED OF A PLURALIST JUDICIAL DEBATE AS
A MEANS TO ITS EFFECTIVENESS***

Flávia Martins Affonso
Advogada da União

SUMÁRIO: Introdução: da natureza híbrida do direito, reforma legislativa e necessidade de pluralização das ações judiciais como mecanismo de real efetivação do direito à saúde; 1 Da breve contextualização histórica do direito à saúde no Brasil; 2 Da crítica ao conceito de bem-estar para definir o critério de integralidade; 3 Da definição do que seria o princípio da integralidade; 4 Da natureza híbrida do direito à saúde; 5 Das hipóteses em que o direito à saúde se encontra afetado na sua transindividualidade; 6 Do processo de incorporação de tecnologia; 7 Da análise das ações judiciais e adequação do rito; 8 A pluralização do debate como mecanismo para melhor resolução dos

conflitos na sociedade; 9 Das ações individuais e possível solução a ser dada pelos incidentes de demandas repetitivas; 10 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo, analisando a instrumentalidade do processo, enfatizar o caráter de transindividualidade do direito à saúde, sem, contudo, se esquecer do seu enfoque de direito humano e subjetivo, ressaltando, inclusive, diante do conhecimento interdisciplinar que a matéria exige, a necessidade de abertura do diálogo, para fins de se permitir uma maior aceitabilidade racional, e participação dos diversos interessados no processo. Aproveita, também, para esboçar o panorama estabelecido pela nova reforma legislativa, no âmbito do Direito sanitário, que teve por finalidade a definição tanto do conceito de integralidade, no Sistema Único de Saúde- SUS, como da coibição da omissão na análise de tecnologia, pelo Executivo, com o estabelecimento de um processo administrativo, com prazos, público, e aberto à manifestação a qualquer interessado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Direito Humano. Natureza Híbrida: Subjetiva e Coletiva. Reforma Legislativa. Definição do Conceito de Integralidade. Instrumentalidade do Processo. Medicina Baseada em Evidência- MBE. Necessidade de Abertura do Diálogo. Aceitabilidade Racional.

ABSTRACT: This paper analyses the instrumental character of legal procedure in order to emphasize the collective aspect of the right to health, without prejudice to its nature of subjective human right. As a result, and given the needs set out in the interdisciplinary study, the opening of a dialogue, during the judicial proceedings, has shown itself to be necessary, for the purpose of the acceptability of sentence and citizen participation and access to justice. This paper also traces the new programme of legislative reform that has defined the concept of integral and equal right of access to health.

KEYWORDS: Right to Health. Fundamental Human Right. Collective Aspect of the Right to Health and Subjective Human Right. Legislative Reform. Integral and Equal Right of Access to Health. Instrumental Character of Legal Procedure. Evidence-Based Medicine –EBM. The Opening of a Dialogue. The Acceptability of Sentence.

INTRODUÇÃO: DA NATUREZA HÍBRIDA DO DIREITO À SAÚDE, REFORMA LEGISLATIVA, E NECESSIDADE DE PLURALIZAÇÃO DAS AÇÕES JUDICIAIS COMO MECANISMO DE REAL EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO

Depois de um período de excessiva judicialização das ações versando sobre o direito de saúde, e esforço conjunto das instituições para a sistematização da matéria, chega o momento de se começar a reconhecer a necessidade de maturação do direito sanitário no país, pelo prisma de uma abordagem própria, e sem o excesso de sensacionalismo, muitas vezes provocado, que a discussão envolve.

Partindo da insuficiência do conceito de bem-estar para definir o critério de integralidade, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS, e de divergências sobre a sua abrangência, o artigo enfatizará a necessidade de sua sistematização, sob pena de se colocar em risco o próprio sistema, e a saúde da coletividade. Também, sob o enfoque da instrumentalidade do direito processual, assim como do processo como meio de exercício político do direito, buscará analisar, a partir do reconhecimento da natureza híbrida do direito à saúde, meios de sua efetivação, sem perder de vista a transindividualidade, bem como a necessidade de adequação do rito.

Por fim, concluirá no sentido de ser a pluralização do debate o mecanismo para melhor resolução dos conflitos relativos à matéria, a ser utilizado inclusive pelo Judiciário, com o agravante de que, nas ações de saúde, existiria a necessidade de abertura do diálogo a verdades extrajurídicas.

1 DA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Podemos encontrar o embrião do direito sanitário, no Brasil, com a vinda da Corte Portuguesa, no século XIX, e criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, responsável pela luta no sentido da efetivação das políticas sanitárias. Nesse período, eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre portos e ruas.

Entre 1870 e 1930, o Estado passa a praticar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso da força policial no controle das doenças

epidêmicas, por campanhas de vacinação, que levou inclusive, no governo de Rodrigues Alves, à Revolta da Vacina, em 1904, caracterizada pela insatisfação do povo frente às medidas tomadas pelo poder público.

Somente a partir da década de 30, há a estruturação básica do sistema de saúde, que passa a também realizar ações curativas, com a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública e dos Institutos de Previdência- IAPs. Contudo, a saúde não era universalizada em sua dimensão curativa, restringindo a beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência.

Durante o regime militar, os IAPs foram unificados, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social- INPS, do Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Com esse sistema, todo trabalhador urbano com carteira assinada seria seu contribuinte e beneficiário, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde. No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo da caridade pública.¹

Influenciados pelo movimento sanitarista mundial, ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, e reconhecimento da saúde como direito humano fundamental, para que muito contribuíram a criação da Organização das Nações Unidas de 1945 e posterior elaboração da Constituição da Organização Mundial de Saúde, em 22 de julho de 1946, na cidade de Nova Iorque, com entrada em vigor em 07 de abril de 1948², a Declaração Universal de Direitos Humanos (art. 25, item 1³), de 1948, assinada pelo Brasil, em 10 de dezembro de 1948, assim como o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, de 1966, ratificado pelo Brasil somente em 24 de janeiro de 1992 (art. 12-1 e 2⁴), os constituintes

1 As referências históricas foram extraídas de BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>.

2 A Organização Mundial de Saúde conta, atualmente, com 193 Estados-membros, sendo o Brasil um deles.

3 A declaração dispõe, em seu art. 25, item 1, que todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como: “um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

4 O art. 12-1 vem estabelecer que “os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”, dispendo o art. 12-2 que “as medidas que os Estados-partes

reconheceram a saúde como direito no Brasil, na Constituição de 1988, tanto no art. 6º, como no Capítulo II do Título VIII que trata da Ordem Social, especialmente Seção II, que cuida especificamente da Saúde, nos seus artigos 196 a 200.

A partir desse marco, passaram a ser elaborados inúmeros diplomas legais a respeito do Direito Sanitário: Leis números 8.080 (Lei Orgânica da Saúde) e 8.142, ambas de 1990; Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; Lei nº 9.782, de 1999 (ANVISA); Lei nº 9.656, de 1988 (Saúde Suplementar); Lei nº 10.972, de 2004 (Hemobrás); Lei nº 11.105, de 2005 (Lei de Bioética), além de inúmeros regulamentos infralegais.⁵

Recentemente, apresentando-se como importantes marcos legais a Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, assim como o Decreto nº 7.646/2011, que dispõe sobre a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde e sobre o processo administrativo para incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS, e dá outras providências.

Por consequência, inclusive, da positivação do direito à saúde, porém não única, uma vez que diversos interesses econômicos vêm influenciando esse número, atualmente, vislumbramos um quadro de crescente judicialização de demandas tendo esse direito como objeto.

Também, contribuindo para esse fator, e como fato positivo, nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou verdadeiramente força normativa e efetividade, deixando as normas constitucionais de serem percebidas como integrantes de um documento político, como mera convocação à atuação do Legislativo e Executivo, e passando a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata, por juízes e tribunais, convertendo-se

deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para garantir: a) a diminuição da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade."

⁵ AITH, Fernando. A emergência do Direito Sanitário como um novo campo do direito. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia. (Orgs.). *Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa e saúde*. Brasília: Senado Federal, 2011, p. 25-29.

os direitos constitucionais, em geral, e os direitos sociais, em particular, em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica⁶.

Não se pode esquecer, também, da influência que os estudos de Ronald Dworkin⁷ e Robert Alexy⁸, a respeito dos princípios, tiveram no Brasil, ao final da década de 80 e ao longo dos anos 90 do século passado, desenvolvendo o pensamento jurídico a respeito de atribuição de normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios.

Contudo, hoje, como já fato notório, o excesso de demandas envolvendo o direito à saúde vem pondo em risco a própria existência do Sistema Único de Saúde- SUS, que adota por princípios a universalidade (art. 196, caput, da CRFB/88) e a integralidade (art. 198, II, da CRFB/88). Pelo princípio da universalidade, todos devem ter direito de acesso à saúde, independente de contribuírem para o sistema ou não, sendo decorrência, como acima já afirmado, do movimento denominado de “Reforma Sanitária”, em contraposição à antiga política denominada de “Hospitalocêntrica”, que garantia proteção somente àqueles que contribuíam para o sistema.

Por sua vez, quanto ao princípio da integralidade, as discussões existentes quanto ao seu alcance e a inexistência de uma delimitação segura durante anos vieram propiciar, não só uma exploração econômica desse vácuo, o que influenciou à crescente judicialização, como divergências jurisprudenciais.

2 DA CRÍTICA AO CONCEITO DE BEM-ESTAR PARA DEFINIR O CRITÉRIO DE INTEGRALIDADE

Ao lidarmos com o direito à saúde, não podemos deixar de desconsiderar a grande carga psicológica que tem o tema, uma vez que o grande dilema do homem sempre foi o medo da morte. Como canta Gilberto Gil, em sua música “Não tenho medo da morte”, “não tenho medo da morte, mas sim medo de morrer...é que a morte já é depois que eu deixar de respirar, morrer ainda é aqui, na vida, no sol, no ar”.

⁶ BARROSO, op. cit., p. 3.

⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Assim, a noção de bem-estar, quando lidamos com esse direito fundamental, sempre vem alargada pela tentativa do homem em superar esse grande trauma, que se revela inevitável.

O art. 193, da Disposição Geral (Capítulo I) do Título VIII- “Da Ordem Social” da nossa Constituição, onde também se encontra o Capítulo que cuida da Saúde (Cap. II – Seguridade Social, Seção II- Da Saúde), vem estabelecer que a ordem social possui, como base, o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Contudo, como ressaltado por Ronald Dworkin, em “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”⁹, tomar por base a ideia de bem-estar social como norte a ser alcançado pelas políticas sociais revela uma atitude inconsistente, diante da fluidez do conceito de “bem-estar”. O que seria “bem-estar” para um playboy não seria um “bem-estar” para um poeta.

Para muitos, no campo do direito sanitário, a sensação de bem-estar estaria atrelada à própria ideia de imortalidade. Assim, seria razoável deixar, em troca dessa busca da imortalidade para um grupo, que tenha acesso ao Judiciário, outra parcela da população, quiçá a maior, sem acesso básico a medicamentos e tratamentos, geralmente desfavorecida e hipossuficiente?

Dworkin, nessa sua obra, vem ressaltar que, diante do desequilíbrio que essa busca levaria, e visando à concretização da justiça distributiva de Aristóteles, deveria o Estado se preocupar em garantir a igualdade de consideração entre os cidadãos, ao cuidar de direitos sociais.

Especialmente quanto ao direito à saúde, porém, vem abordá-lo pelo prisma da realidade dos Estados Unidos, cujo sistema tem por base o seguro-saúde, não possuído por uma parcela considerável da população. Assim, Dworkin vem defender um sistema no qual todos tenham direito ao que o seguro hipotético recomendaria, estando as pessoas livres para adquirir mais serviços de saúde no setor privado.

Ao ser questionado em entrevista, publicada pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento- CEBRAP¹⁰, a respeito da realidade de que

9 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

10 DWORKIN, Ronald. *Igualdade como ideal*. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 77, Mar. 2007.

Disponível <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jun. 2012. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000100012>>.

pode parecer a muitas outras pessoas que outros sistemas seriam mais igualitários do que o proposto por Dwokin, como, por exemplo, o Serviço Nacional de Saúde britânico (*National Health Service, NHS*), e outros, na Europa, nos quais o Estado garante um pacote generoso de serviços à população (acima que a proposta de seguro hipotético faria), e o sistema privado seria marginal (garantindo basicamente acesso mais rápido), veio responder que o NHS britânico ficaria muito aquém do que o modelo de seguro justificaria, entendendo estar gravemente subfinanciado. Pois, ao permitir que pessoas gastem os seus excedentes como queiram, algumas em mais seguro-saúde, tratamentos experimentais caros poderiam ser testados no setor privado, por exemplo, tornando-se mais baratos mediante economia de escala, de modo a poderem ser introduzidos no sistema geral.

Nesse sentido, as questões que se impõe são: a integralidade abrangeia qualquer tipo de tratamento, ou medicamento, ainda que experimentais? Deve o acesso a medicamentos ser ilimitado, mesmo que sejam experimentais, sem registro no Brasil, sem comprovação científica de eficácia e eficiência, ou de ser um acesso tecnicamente parametrizado?

3 DA DEFINIÇÃO DO QUE SERIA O PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE

Atentando-se a isso, foi estabelecida, no âmbito do SUS, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde, em 2004, e publicada por meio da Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004, contemplando três grandes eixos estratégicos, já previstos na Política Nacional de Medicamentos (Portaria nº 3916, de 30 de outubro de 1998), quais sejam:

- (1) garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos;
- (2) promoção do seu uso racional;
- (3) o acesso da população aos medicamentos considerados essenciais, previstos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais- RENAME.

A política nacional de distribuição de medicamentos do SUS tem por base adotar um elenco padronizado de fornecimento de fármacos, com a finalidade de garantir a oferta regular de medicamentos aos usuários, sendo que a seleção ou definição de elencos ocorre tendo em

vista que o mercado farmacêutico oferece muitos medicamentos com as mesmas substâncias ativas e com idênticas propriedades terapêuticas.

Nesse sentido, o Sistema Único de Saúde deveria promover uma seleção de medicamentos disponíveis no mercado, empregando critérios aceitos cientificamente. O objetivo principal para essa seleção seria o fornecimento de medicamentos seguros, eficazes e que possam ser garantidos pelo Estado, indiscriminadamente para todo o cidadão/usuário do Sistema de saúde que dele necessite.

De acordo com a Organização Mundial de Saúde- OMS (Nairobi, Quênia, 1985), há uso racional quando pacientes recebem medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade.¹¹

Em maio de 2007, os Estados Membros da OMS, participando da Assembleia Mundial de Saúde, com o apoio do Brasil, adotaram a Resolução 60.16 sobre o Progresso no Uso Racional do Medicamento, que solicita a todos os países do mundo a renovação de seu compromisso em favor do “Uso Racional do Medicamento”, inspirado nos princípios da Medicina Baseada em Evidências- MBE, na ética profissional da atenção à saúde, e na objetividade e transparência nos processos institucionais orientados na padronização do acesso e do Uso Racional de Medicamentos.

Assim, o Uso Racional de Medicamentos implicaria na seleção de medicamentos baseada na eficácia e/ou efetividade, segurança e custo, com ênfase na lista de medicamentos essenciais e sob uma visão crítica do arsenal terapêutico disponível, em práticas de boa prescrição e na apropriada assistência farmacêutica.

Buscando esse uso racional, a Medicina Baseada em Evidências vem ser um movimento médico que adota a aplicação do método científico a toda a prática médica, significando a expressão “evidências”, aqui, provas científicas. O movimento propõe um saber científico seguro e democrático, contrapondo-se à chamada Medicina Baseada em Autoridade, caracterizada pela exclusiva opinião do especialista. Vem ser

¹¹ “O objetivo da OMS na área de medicamentos é contribuir para salvar vidas e promover a saúde, assegurando a qualidade, segurança e o uso racional dos medicamentos, incluindo medicamentos tradicionais e promovendo o acesso equitativo e sustentável a medicamentos essenciais, principalmente àqueles para os pobres e necessitados” (WHO, 2004. p. 4).

utilizada não só pelo Sistema Único de Saúde- SUS, no Brasil, como pelo o National Health Service - NHS da Grã-Bretanha (Sistema de Saúde Britânico) e pela Organização Mundial da Saúde - OMS como forma de análise do conhecimento científico médico de todo o mundo. Também se utilizam desse conhecimento instituições de grande relevância científica no seio da medicina, como as grandes universidades e as instituições de grande formação de opinião.

O movimento vem estabelecer uma pirâmide de evidência científica, em que a de maior validade vem ser a revisão sistemática (systematic reviews) e a de menor validade o estudo científico embasado unicamente na opinião do especialista (expert opinion)¹².

Nas ações de saúde a necessidade de discussão de caráter técnico biológico e médico mostra-se predominante, diante da própria natureza do bem envolvido, em detrimento da análise meramente jurídica.

Nesse sentido, a abertura do diálogo a uma abordagem técnica e interdisciplinar, até porque o conhecimento jurídico se mostra capenga em dar real solução às questões sanitárias que se apresentam, mostra-se imprescindível. Assim, as decisões deveriam buscar a melhor evidência clínica possível, sob pena de padecerem de vício de inconstitucionalidade.

12 Revisão Sistemática e Meta-análise de ensaios clínicos randomizados: é a melhor evidência científica existente, pois consiste em uma somatória de todos os estudos de alto nível científico catalogados na literatura médica e triados por um expert com critérios rigorosos de inclusão desses estudos e que levam a uma grande casuística (um grande número de casos analisados). 2) Ensaios clínicos randomizados: tipo de estudo onde são comparados dois ou mais grupos similares de doentes com tratamentos diferentes, ao acaso, diminuindo assim as tendenciosidades que porventura podem existir entre os grupos. Exemplo: distribuição similar dos doentes entre os grupos estudados no que diz respeito à idade, sexo, peso, localização geográfica, estadiamento do tumor dos doentes, etc (a única diferença entre os grupos deve ser o tipo de tratamento: A ou B ou C). 3) Estudo do Tipo Coorte: nome oriundo do latim Coorte = batalhão. Consiste em agrupar indivíduos com as mesmas características (exemplo: todos obesos), cuidando-se de um Estudo Observacional onde, ao contrário do ensaio clínico, em que há intervenção do pesquisador, (exemplo: cirurgia, medicação), somente é observado o grupo de indivíduos de mesmas características, não havendo uma interferência propriamente dita do pesquisador. 4) Estudo Caso-Controle (ou controlado): consiste em parear um grupo semelhante de indivíduos para cada grupo de indivíduos estudado, porém, não ao acaso, podendo assim apresentar interferências por tendenciosidades, apresentando, por isso, menor evidência científica. 5) Séries de Casos/relato de caso(s): consiste em um tipo de intervenção sem um grupo controle para comparação. (exemplo: realização de cirurgias em apenas um grupo de indivíduos). É um estudo de baixa evidência científica, pois não há uma comparação entre grupos de indivíduos distintos para decidir o que é melhor, e sim apenas uma descrição de casos. Sendo assim, não há uma análise comparativa: há relatos de casos. 6) Opinião do Especialista: é a menor evidência científica possível, pois é sujeita a grandes tendenciosidades, haja vista que se trata de uma análise totalmente subjetiva, não compatível com os métodos objetivos de análise científica.

Contudo, a falta de definição do que seria o princípio da integralidade, ou mesmo eventual mora da Administração Pública na atualização da lista de medicamentos, causava a incerteza do que deveria ser fornecido, conforme dever constitucional, ao cidadão.

Ademais, para tornar a discussão ainda mais relevante, demonstrando preocupações maiores que não seriam apenas as referentes às limitações orçamentárias, deve-se ter em mente que o medicamento, apesar de importante insumo no processo de atenção à saúde, pode constituir-se em fator de risco quando utilizado de maneira inadequada.

Também, não podem ser esquecidos os interesses econômicos que restam envolvidos na área da saúde, que, como qualquer indústria, busca a rentabilidade.

De importância o fato de que, recentemente, buscando definir o conceito de integralidade, houve a publicação da Lei nº 12.401/2011, que alterou a Lei nº 8.080/1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde- SUS, vindo estabelecer, nos artigos 19-M e 19-P, que será considerado atendido o princípio da integralidade quando previsto o medicamento em protocolo clínico ou diretriz terapêutica, ou mesmo, em sua falta, com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, ou mesmo, de forma suplementar, com base nas listas de medicamentos dos gestores estaduais ou municipais do SUS.

Contudo, buscando coibir que os protocolos, diretrizes e listas não contemplem a melhor tecnologia e uso racional dos medicamentos, visando conferir eficácia à norma prevista pelo art. 196 da Constituição, vem estabelecer o art. 19-P da Lei nº 8.080/90, com a alteração produzida pela nova legislação, que a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), regulamentada por meio do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, levará em conta, necessariamente:

- (I) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;
- (II) bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive

no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Também, visando reprimir a omissão e defasagem dos protocolos, diretrizes e listas, passa a existir um prazo fixado para a análise pela Comissão, nos termos do art. 19-R, 180 (cento e oitenta) dias, contados da data em que foi protocolado o pedido pelo interessado da incorporação, exclusão e alteração de listas e protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (§1º, inciso I), com a instauração de processo administrativo, admitida a prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Assim, a Lei 12.401/2011 vem estabelecer o que seria o princípio da integralidade, restringindo o seu alcance ao previsto em listas, protocolos e diretrizes terapêuticas no âmbito do SUS, estabelecendo um prazo a partir do qual estaria em mora a Administração Pública na análise, por meio da CONITEC, órgão plural, formado por representantes de vários órgãos e setores, permitindo o requerimento por qualquer interessado, bem como a realização de consultas e audiências públicas, estabelecendo a participação da sociedade civil como meio de garantir mais transparência nos processos de incorporação de novas tecnologias, produtos e serviços na rede pública de saúde (art. 19-R, §1º, III, IV, inseridos na Lei 8.080/90).

Entretanto, em razão da exiguidade do tempo transcorrido a partir de sua publicação, ainda não se sabe como a jurisprudência pátria vai reagir à novel legislação, não podendo se ignorar ser uma tentativa clara do legislador em definir os contornos do princípio da integralidade.

4 DA NATUREZA HÍBRIDA DO DIREITO À SAÚDE

Em ações pleiteando o fornecimento de medicamentos, próteses ou serviços no âmbito do SUS, impõe-se a construção de um raciocínio, a partir de resposta a determinados questionamentos e construção de premissas, diante da natureza híbrida que o direito à saúde possui.

Há situações em que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender das circunstâncias de fato, nem sempre se manifestando os conceitos de modo claro no plano da realidade. Nesse sentido, os ensinamentos do Ministro Teori Albino Zavascki, em sua obra “Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva

de direitos”¹³, em que, dando por exemplo a tutela do meio ambiente e do consumidor, aponta que, enquanto não se verifica qualquer efeito lesivo, o direito tem configuração típica de transindividualidade; todavia, violado o preceito, poderá existir dano patrimonial correspondente no patrimônio de pessoas determinadas, ensejando tutela reparatória em favor dos lesados, cujos direitos, divisíveis e individualizáveis, assumem áí configuração típica de direitos individuais homogêneos.

Conclui o Ministro e jurista que a existência de situações desse jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria. E, quando as peculiaridades do fato concreto não podem ser subsumidas direta e imediatamente aos gêneros normativos existentes e nem submetidas aos padrões conceituais preestabelecidos, cumprirá ao aplicador da lei a tarefa de promover a devida adequação, especialmente nos planos dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso.

O direito à saúde pode ser encarado sob esse prisma, com enfoque tanto subjetivo como transindividual. O primeiro enfoque é de fácil percepção, uma vez que cada um tem assegurado, inclusive constitucionalmente, pelo ordenamento, o direito de ser beneficiado por políticas públicas que visem à proteção de sua saúde. O segundo enfoque, por vezes esquecido, apesar de expressamente previsto pela Constituição, é o de que o Sistema Único de Saúde deve ter um alcance universal, ou seja, deve assegurar a todos que dele possam precisar uma igualdade de tratamento, o que implica não haver privilégio de um em detrimento de todos.

Roger Raupp Rios, em artigo publicado na Revista de Doutrina 4^a Região, “Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos”¹⁴, vem catalogar o direito à saúde conforme o seguinte quadro, objetivando conjugar as dimensões do direito (objetiva e subjetiva), suas eficácia (originária e derivada) e a sua titularidade (individual e coletiva): o direito à saúde possuiria dimensão objetiva e subjetiva, tendo a última

¹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 47-48.

¹⁴ RIOS, Roger Raupp. Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4^a Região*. Porto Alegre, n. 48.

titularidade individual e transindividual. Posiciona-se, assim, no sentido de que esse panorama reafirmaria a dupla condição do direito à saúde como direito individual e direito coletivo, tendo esta constatação especial relevância em face de demandas objetivando o direito ao fornecimento do medicamento pelo SUS.

Também, ressaltando a natureza coletiva do direito, Luís Roberto Barroso, em artigo já citado, vem lembrar que os excessos e inconsistências das ações judiciais põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. Vem sustentar que o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Por fim, exercendo juízo crítico, aduz que¹⁵:

Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

Ao se cuidar das ações judiciais de saúde, a primeira pergunta que importa a ser feita é – existe política estatal que abranja a prestação pleiteada?

Em sendo a resposta sim, então o direito subjetivo à saúde seria evidente, não afetando a decisão a sua dimensão transindividual.

Entretanto, sendo a resposta negativa, cuida-se de ação que possivelmente afetará as escolhas feitas pela política pública vigente, com potencialidade de provocação de efeitos no direito transindividual.

5 DAS HIPÓTESES EM QUE O DIREITO À SAÚDE SE ENCONTRA AFETADO NA SUA TRANSINDIVIDUALIDADE

Nessa última situação, aconselhável o uso de balizamentos estabelecidos, pelo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos das Suspensões de Tutela Antecipada números 175, 178 e 224. Assim, deve-se questionar se a inexistência de política decorreria de:

- a) omissão legal ou administrativa;

¹⁵ BARROSO, op. cit., p. 4.

- b) decisão de não fornecer a prestação pleiteada;
- c) vedação legal.

Isso porque, se o SUS não tem tratamento específico para determinada patologia, podem estar ocorrendo duas situações:

- (i) tratamentos puramente experimentais;
- (ii) novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS, sendo, nesse caso, imprescindível a ampla produção de provas.

Haveria vedação legal em caso de medicamentos não registrados na ANVISA, nos termos do que dispõe o art. 200, inciso I, da Constituição; arts. 1º, 2º, 10, 12, 76 e 77 da Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976; art. 6º, inciso I, “a”, e inciso VI, da Lei nº 8.080/1990; arts. 7º e 8º, §1º, inciso I,e §5º, da Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999; e, por fim, para espancar qualquer dúvida a respeito da vedação legal, o art. 19-T, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, introduzido pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Também, a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ, sobre o tema, onde sintetiza as conclusões do Supremo Tribunal Federal e recomenda aos Tribunais que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados na ANVISA¹⁶.

De maneira sintética, o registro de um medicamento na ANVISA tem por objetivos analisar a sua segurança, eficácia, qualidade e preço. Entende-se por medicamentos seguros aqueles cujos efeitos terapêuticos advindos de sua utilização superam os efeitos colaterais. Medicamento eficaz é aquele que, em um ambiente ideal, comprova atuar sobre a enfermidade que se propõe tratar, isto é, o medicamento comprova, em ambiente de laboratório (ideal), que realmente atua sobre a doença. Por sua vez, medicamento de qualidade é aquele que comprova obedecer as

¹⁶ Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ:

“CONSIDERANDO que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes;

RESOLVE:

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:

[-.]-

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;”

regras das Boas Práticas de Fabricação (BPF) expedidas pela ANVISA, consistente em um conjunto de exigências necessárias à fabricação e controle de qualidades de produtos farmacêuticos a fim de que o resultado seja a produção de lotes iguais de medicamentos, o controle de qualidade dos insumos, a validação dos processos de fabricação, instalações e equipamentos adequados e treinamento de pessoal.

Conforme já mencionado, além da vedação legal, a inexistência de política no âmbito do SUS pode decorrer de omissão legal ou administrativa ou de decisão de não fornecer a prestação pleiteada.

Tal quadro se deve ao fato de que a aprovação do medicamento pela ANVISA não implica em sua imediata incorporação no SUS. Para ser incorporado no âmbito do Sistema Único de Saúde, o medicamento deverá comprovar, além da sua segurança, eficácia e qualidade, outros requisitos mínimos, quais sejam, a efetividade e o custo-efetividade, o que é verificado em ambiente real, isto é, após o uso pela população em geral. A efetividade vem ser a análise dos resultados efetivamente obtidos com a utilização de determinado insumo em ambiente real. O custo-efetividade é o estudo que busca analisar se houve ganho de saúde adicional com a utilização do insumo, ou seja, no caso de assistência farmacêutica do SUS, se o medicamento que pretende utilizar traz maiores benefícios do que aqueles já disponíveis no sistema, e, em caso afirmativo, se o benefício advindo justificaria o gasto financeiro a ser realizado.

Ocorreria omissão legal ou administrativa quando, apesar de existência, no medicamento, dos requisitos de efetividade e custo-efetividade, além dos de segurança, eficácia e qualidade, deixa a Administração de incorporar o fármaco por falta de análise. Também, conforme já mencionado, a nova Lei 12.401/2011, ao introduzir a norma prevista pelo art. 19-R na Lei nº 8.080/90, busca estabelecer um critério objetivo para a caracterização da mora, uma vez que o processo administrativo deverá ser concluído em prazo superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, pelo interessado, admitida a prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

Por fim, pode a administração ter concluído pela inexistência dos requisitos para a incorporação do medicamento no âmbito do Sistema Único de Saúde, pela inexistência dos requisitos de efetividade e custo-efetividade, o que faz agora pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias- CONITEC, formada por especialistas indicados

por diferentes órgãos, tendo por norte os critérios estabelecidos pela Medicina Baseada em Evidência- MBE.

6 DO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIA

A incorporação de tecnologias em saúde ao SUS, pela nova legislação, resulta de processo administrativo que passa por 3 (três) fases principais.

A primeira delas é a análise técnica adequada, realizada atualmente pelo Plenário da CONITEC, quanto às evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, bem como a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (art. 19-Q, § 2º, da Lei n. 8.080/90).

Uma vez emitido parecer conclusivo pelo Plenário da CONITEC, dá-se início à segunda fase do procedimento, qual seja, a submissão do referido parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme art. 19 do Decreto n. 7.646/2011.

As contribuições e críticas resultantes da consulta pública serão analisadas pelo Plenário da CONITEC e, emitido relatório, o processo administrativo será submetido ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão (arts. 20 e 21 do Decreto n. 7.646/2011).

Querendo, o Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, antes de decidir, poderá solicitar realização de audiência pública, conforme a relevância da matéria, e, quando se tratar de elaboração ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 Decreto n. 7.646/2011).

A decisão quanto à incorporação compete ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, sendo essa a terceira fase do processo.

A partir da publicação da decisão do Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde no Diário

Oficial da União (art. 23 do Decreto n. 7.646/2011), começa-se a contar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para efetivar-se a disponibilização da tecnologia incorporada pelo SUS (art. 25 do Decreto n. 7.646/2011).

Por fim, da decisão final, cabe recurso sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, ao Ministro de Estado da Saúde, que poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (arts. 26 e 27 do Decreto n. 7.646/2011).

O Ministro de Estado da Saúde também poderá determinar a incorporação ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, em caso de relevante interesse público, mediante processo administrativo simplificado (art. 29 do Decreto n. 7.646/2011).

Verifica-se que, com a finalidade de aproximação da verdade, busca-se realizar uma dialética entre os grupos de diversos interesses visando à produção de uma maior adequação técnica de incorporação da tecnologia no Sistema Único de Saúde.

7 DA ANÁLISE DAS AÇÕES JUDICIAIS E ADEQUAÇÃO DO RITO

Temos, que, nas duas últimas hipóteses, que contemplam a inexistência de previsão de medicamentos nas políticas públicas estabelecidas, por diversos motivos, necessariamente estará em jogo o interesse transindividual da sociedade, quando de qualquer inovação na política pública que se pretenda fazer, inclusive na ação individual, decorrente do privilégio a um indivíduo em detrimento do estabelecido genericamente para o corpo social.

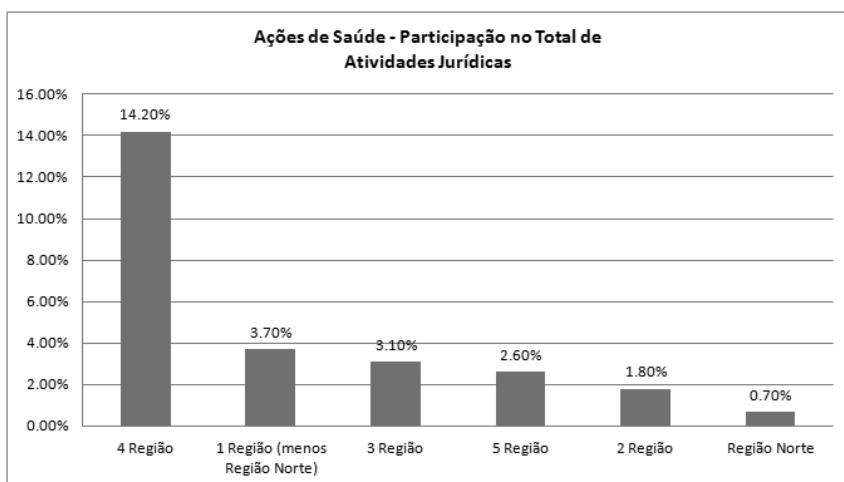
Já existem juristas nacionais defendendo que as ações individuais somente deveriam ser julgadas procedentes quando o objeto da ação se relacionasse a prestações já contempladas nas políticas públicas estabelecidas pelos poderes constituídos por um regime democrático de eleição, Legislativo e Executivo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação

execução de políticas públicas. É o caso de Luis Roberto Barroso, em artigo já citado no texto¹⁷.

¹⁷ BARROSO, op. cit., p. 30.

Uma vez não contemplado o que se pede, qualquer decisão concessiva poderia vir afetar o direito de todos, diante de uma nova alocação de recursos feita pelo Judiciário, cujos membros são escolhidos, em regra, por critérios técnicos e não eletivos.

Dados estatísticos comprovam, porém, que o ajuizamento de ações individuais, cujo objeto envolve o direito à saúde, vem aumentando a má distribuição das riquezas, uma vez que a população mais hipossuficiente tem menos condições de acesso à justiça, quebrando a isonomia no atendimento dos cidadãos. Nesse sentido, são os números extraídos de estudos da Advocacia-Geral da União, de 2011, demonstram que regiões com maiores índices de pobreza demandam menos no âmbito do direito à saúde que regiões mais abastadas, figurando a União no polo passivo da ação. Nesse sentido, os gráficos:



Assim, ainda que seja do Judiciário o papel de contraponto aos órgãos democráticos (representantes da maioria), no sentido da defesa das minorias, importa questionar se o alocamento de recursos feito pelo juízo em privilégio do autor da ação viria favorecer uma minoria, entendendo-se essa como grupo de menor força de representação na sociedade¹⁸, diante do que próprio comprovam os gráficos.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Afirma o autor que as pessoas não acreditam num dever geral de tratar todos os membros da comunidade com igual preocupação, mas que o governo, a comunidade personificada, possui esse dever, que ele denomina

Contudo, apesar de defender a impossibilidade de discussão no âmbito da ação individual, Luis Roberto Barroso vem se manifestar no sentido de que a alteração e inclusão em listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Aduz o jurista¹⁹:

Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que defiram a litigantes individuais a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias.

Aponta por fundamentos, em primeiro lugar, que a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas objeto da análise, tendo-se uma ideia mais realista de quais as dimensões da necessidade e qual a quantidade de recursos disponível como um todo. Em segundo lugar, que, preocupado com a solução dos casos concretos, o que chama de micro-justiça, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça. Em terceiro, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população, permitindo, inclusive, a decisão única que o Poder Público estruture os seus serviços de forma mais organizada e eficiente²⁰.

Contudo, divergindo do entendimento acima, importa se apontar que a natureza híbrida do direito à saúde não retiraria ao autor individual a legitimidade para o ajuizamento da ação, devendo-se observar, porém,

responsabilidade pública geral. O governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância.

19 BARROSO, op. cit., p. 30-31.

20 BARROSO, op. cit., p. 31-32.

como condicionantes, os mesmos estabelecidos para a ação coletiva, no que diz respeito ao interesse processual, como melhor será explicado abaixo.

Entretanto, nessa última hipótese, de ajuizamento da ação individual, quando se pleiteia a prestação de uma atitude positiva do Estado em caso de inexistência de política pública estabelecida, em razão dos reflexos nos direitos transindividuais, dever-se-ia haver a criação de mecanismos para a coletivização da ação, com a intimação dos órgãos legitimados para a proteção dos direitos difusos/coletivos, bem como, para a concretude do debate, de realização de audiências públicas, com a participação dos seguimentos sociais envolvidos.

Assim, diferente do defendido pelo jurista Luis Roberto Barroso, a posição aqui manifestada vem ser no sentido tanto da possibilidade de ajuizamento de ação coletiva quanto de individual, em razão da natureza híbrida do direito à saúde, contudo com necessidade de observância dos requisitos de condição da ação, notadamente, do interesse processual.

Ademais, em tendo sido a ação individual ajuizada, haver-se-ia a necessidade de adequação do rito processual, para contemplar também o interesse transindividual envolvido, inclusive porque a sentença somente produz efeitos *inter partes*.

Diante, porém, da nova legislação surgida em 2011, observações merecem ser feitas no que diz respeito à análise das condições da ação quando se pleiteia o fornecimento de um fármaco.

Isso porque, ainda que se entenda que a alteração e inclusão em listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas, haveria ausência da condição da ação de interesse processual em agir, caso os legitimados não tiverem, previamente, formulado pedido de incorporação de tecnologias no SUS, ou de elaboração/alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, nos termos da Lei nº 12.401/2011 e Decreto nº 7.646/2011, conforme acima já mencionado.

Dessa forma, os legitimados extraordinários para proporem as ações coletivas, como qualquer parte interessada, deveriam apresentar os documentos necessários, bem como formular pedido na via administrativa, onde já existente todo um sistema público, formado por técnicos especializados, órgão de composição plural e audiência pública, até tomado em consideração o princípio da eficiência, em razão do gasto econômico na manutenção da máquina estatal.

Assim, somente haveria legitimidade para o ajuizamento da ação em caso de omissão, nos termos da norma prevista pelo art. 19-R na Lei nº 8.080/90, ou mesmo alguma ilegalidade, no processo administrativo, que possa justificar a intervenção estatal.

Não demonstrando o interesse de agir, o processo, ainda que coletivo, deve ser extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

8 A PLURALIZAÇÃO DO DEBATE COMO MECANISMO PARA MELHOR RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE

Ao se permitir a pluralização de debate, tanto pela realização de audiências públicas como pelo chamamento dos legitimados para integrar a ação, buscar-se-ia que os discursos manifestados pelos atores sociais se encontrassem com a finalidade de alcance de um consenso social, sendo a pluralização do discurso método de exercício da democracia.

Nesse sentido, Jürgen Habermas, ao buscar substituir a metafísica de Kant, por um realismo interno, pautado em uma visão proceduralista, visa confrontar o universalismo cada vez mais inclusivo, altamente idealizador, com o particularismo de cada consenso e de cada comunidade de linguagem.

Sustenta Habermas, com a ideia de proporcionar juridicamente o exercício político de igual modo para todos os partícipes, que²¹:

Os participantes da comunicação podem se entender por cima dos limites dos mundos da vida divergentes, porque eles, com a visão de um mundo objetivo comum, se orientam pela exigência da verdade, isto é, da validade incondicional de suas afirmações.

Nessa medida, sabendo-se que a fórmula de divisão do orçamento da saúde pode envolver interesses diversos, importa a oportunização de um número máximo de discursos no processo judicial, oferecendo iguais oportunidades políticas de participação, a fim de se alcançar a aceitabilidade racional propalada.

Também de relevância lembrar que, mesmo na seara do processo administrativo de incorporação de tecnologia, uma vez emitido parecer

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 46-47.

conclusivo pelo Plenário da CONITEC, dá-se início à segunda fase do procedimento, com a submissão do parecer à consulta pública pelo prazo de 20 (vinte) dias, conforme art. 19 do Decreto n. 7.646/2011.

E não só, após o recebimento das contribuições e críticas resultantes da consulta pública, que serão analisadas pelo Plenário da CONITEC, e emitido relatório, com encaminhamento do processo administrativo ao Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde para decisão, querendo, antes de se manifestar, poderá realizar audiência pública, conforme relevância da matéria, e, quando se tratar de elaboração ou alteração de protocolo clínico ou diretriz terapêutica, deverá submetê-lo à manifestação do titular da Secretaria responsável pelo programa ou ação, conforme a matéria (arts. 21, 22 e 24 Decreto n. 7.646/2011).

Assim, constata-se que a abertura do diálogo, no âmbito administrativo, inclusive com a possibilidade de manifestação livre da comunidade científica, por meio de consulta pública, busca a aproximação da solução a um conceito de uma melhor verdade (conhecendo-se a crítica de ser um conceito relativo), ou melhor, a um ponto ótimo a ser alcançado.

Boaventura de Souza Santos, em sua “Sociologia das Emergências”, em uma visão crítica do conhecimento científico positivista do Direito, aponta a necessidade de se valorizar as mais variadas gamas de experiências humanas, com vista a ampliar o acesso ao conhecimento, mostrando-se os movimentos sociais e cívicos como essenciais ao controle democrático da sociedade e ao estabelecimento de formas de democracia participativa.²²

Assim, questiona-se qual a legitimidade que teria o Judiciário em alterar a decisão de incorporação de tecnologia, quando, para a sua tomada, na seara administrativa, houve a participação aberta da comunidade científica e a possibilidade de participação de todos os interessados, pela decisão de um magistrado, sem conhecimento técnico da matéria, ou mesmo assessorado por um perito, que não necessariamente vem ser conhecedor profundo do tema que está sendo debatido.

Verifica-se como tentativa de abertura de debate, ou, quiçá, por influência dos próprios pensamentos proceduralistas de Habemas,

²² SOUZA SANTOS, Boaventura. *Introdução a Ciência Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

que o Supremo Tribunal Federal, convocou, no período de presidência do Ministro Gilmar Mendes, audiência pública, onde ouviu 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, para tratar do tema da saúde.

Interessante também apontar que a convocação de audiências públicas vem se mostrando a tendência do Supremo Tribunal Federal, havendo o Ministro Luiz Fux, recentemente, convocado audiência sobre a nova regulamentação da TV por assinatura, criada pela Lei nº 12.485/2011, sob o fundamento de que apreciação do tema ultrapassaria os limites do estritamente jurídico, demandando “abordagem técnica e interdisciplinar, atenta às nuances do mercado audiovisual brasileiro e às repercussões práticas que o novo modelo normativo ensejará sobre a dinâmica do setor”. Salientou, contudo, que não seria objetivo da audiência colher interpretações jurídicas dos textos constitucional e legal²³.

9 DAS AÇÕES INDIVIDUAIS E POSSÍVEL SOLUÇÃO A SER DADA PELOS INCIDENTES DE DEMANDAS REPETITIVAS

Em razão da natureza híbrida do direito à saúde, e possibilidade de ajuizamento de ação individual, desde que também preenchidas as condições da ação, é fácil vislumbrar a deficiência do rito processual subsuntivo para tratar do tema em questão, posto ter reflexos no direito da transindividualidade.

Nesse sentido, sendo o processo adjetivo e instrumental²⁴, cabe ao direito processual apresentar soluções que busquem à consecução dos princípios constitucionais, em sua plenitude, no lugar de se viver na fórmula dos brioches, de Maria Antonieta²⁵, lembrada pela revolução francesa.

²³ Referências extraídas da página <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=211595>>.

²⁴ DINAMARCO, op. cit., 2005. p. 33 e ss. O jurista vem afirmar, após desenvolver o estudo no sentido de que o processo, como instrumento, guarda perene correspondência com a ordem constitucional a que serve, que “*No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutação da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ondas renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir.*”

²⁵ Maria Antonieta, em alemão: Maria Antonia Josepha Johanna von Habsburg-Lothringen; francês: Marie Antoinette Josèphe Jeanne de Habsbourg-Lorraine, arquiduquesa da Áustria e rainha consorte de França e Navarra, após a sua morte, condenada por traição e guilhotinada em 16 de outubro de

Como solução a ser pensada, de técnica de pluralização dos debates, poder-se-ia vislumbrar o incidente de demandas repetitivas, previsto no Projeto de Lei nº 8.046, de 2010, importado do Procedimento-Modelo (*Musterverfahren*), da Alemanha.

Esse procedimento, que entrou em vigor na Alemanha em 2005, foi instituído em caráter experimental, visando dar solução ao possível abalroamento da justiça diante dos danos causados a milhares de investidores da bolsa de Frankfurt, temendo-se o efeito multiplicador.

No procedimento, há uma fragmentação na cognição. A ação é proposta pelo juiz de primeiro grau e, após o incidente ter sido provocado pela parte, o processo será remetido ao Tribunal. A solução das questões apontadas pelo requerente como comum a várias demandas, que podem ser de fato ou de direito, atingem vários litígios individuais.

Visa o procedimento aglutinar, em uma única relação jurídica, um grupo de pessoas em idêntica ou similar posição jurídica, com a participação dos sujeitos legitimados à ação coletiva, condensando-se em um só processo a resolução de inúmeras lides, com um tratamento igualitário aos inúmeros envolvidos.

No Projeto de Lei nº 8.046/2010, que visa à reforma do Código de Processo Civil, o incidente de resolução de demandas repetitivas vem ser incorporado e disciplinado no Capítulo VII, arts. 930/941.

Prevê o art. 930, do Projeto, ser admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

O pedido de instauração do incidente seria dirigido ao Presidente do Tribunal, pelo juiz ou relator, por ofício, ou pelas partes, pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, por petição (art. 930, §1º, do Projeto), e julgado pelo Plenário do Tribunal (art. 933), sendo intimado o Ministério

1793, na Revolução Francesa, tornou-se parte da cultura popular e figura história importante, sendo retratada por um comportamento frívolo e superficial, sustentando alguns historiadores ter sido retratada injustamente. Teve atribuída, falsamente, a frase: “Se o povo não tem pão, que coma brioches! Como contexto, na primavera de 1775, o criticado programa econômico do ministro das finanças Jacques Turgot, levou a graves distúrbios, com a eclosão de motins em toda a França, conhecidos como a “Guerra da Farinha”.

Público da admissão do incidente (art. 932), assim como o Relator ouviria as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderiam requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-ia o Ministério Público (art. 935).

Julgado o incidente, a tese jurídica seria aplicada a todos os processos que versassem idêntica questão de direito e que tramitassem na área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 938, *caput*) e, havendo recurso e sendo apreciada a matéria, em seu mérito pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, teriam competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada seria aplicada a todos os processos que versassem idêntica questão de direito e que tramitassem em todo o território nacional (parágrafo único do art. 938).

A ideia do incidente seria afetar ao órgão jurisdicional superior o julgamento de questão jurídica comum a uma série de demandas já instauradas ou com possibilidade de sê-lo, para que seja veiculado pronunciamento único, com eficácia prospectiva e vinculante. Assim, tratar-se-ia, em conjunto, questões, que poderiam ou deveriam ser resolvidas de uma só vez e com eficácia para todos²⁶.

No que diz respeito ao direito sanitário, mostra ser procedimento harmonizador, pois, ao se aglutinar, em um só procedimento, a resolução de questão pertinente a um universo abrangente de pessoas, permitir-se-ia um pronunciamento uniforme, pelo Judiciário, constituindo o incidente em fator de efetividade do valor igualitário do processo, isso porque a igualdade perante a lei pressupõe a igualdade também de sua aplicação²⁷.

Contudo, ainda que previsto esse mecanismo, não se pode garantir menos diálogo científico para modificar um protocolo do que o previsto na esfera administrativa. Nesse sentido, de importância que não só audiências públicas sejam promovidas, a exemplo do que vem ocorrendo

²⁶ FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro – Direito em Expectativa* (obra coletiva). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 447.

²⁷ Ibidem, p. 447.

no STF, bem como que a exigência probatória siga os requisitos científicos de uma melhor medicina, como a Medicina Baseada em Evidências.

10 CONCLUSÃO

O artigo, após realizar uma breve contextualização histórica do direito à saúde, no Brasil, apontando se encontrar hoje o Sistema Único de Saúde regido pelos princípios da universalidade e integralidade, vem defender que a indefinição sobre esse último conceito propiciou a excessiva judicialização das ações que têm por lide controvérsias sobre o seu exercício, pondo em risco a própria existência do sistema, diante da natureza eminentemente híbrida desse direito, com enfoque tanto transindividual como subjetivo.

Nesse sentido, na esteira dos ensinamentos de Ronald Dworkin, vem criticar o conceito de bem-estar para definir o que seria a integralidade, apresentando a proposta legal, recente, da Lei nº 12.401/2011 que a estabeleceu, tendo por norte a política capitaneada pelas organizações internacionais, especialmente a Organização Mundial de Saúde, da qual o Brasil faz parte, de Uso Racional dos Medicamentos, a sua definição (arts. 19-M e 19-P), dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS, assim como o processo administrativo para sua incorporação.

Tendo por pano de fundo esse contexto, o artigo vem apontar a necessidade de observância da fase administrativa como requisito de análise do interesse processual no ajuizamento da ação, em prestígio, inclusive, ao princípio da eficiência, assim como do déficit de legitimidade do Judiciário na criação de políticas públicas, trazendo dados estatísticos que demonstram que as regiões mais ricas do país são as que têm maior número de ajuizamento de ação, em detrimento de uma população mais hipossuficiente, que ainda não possui acesso ao Judiciário.

Também enfatiza o artigo a observância, no processo administrativo, de um discurso aberto e plural, com realização de consultas e audiências públicas, estabelecendo a participação da sociedade civil como meio de garantir mais transparência nos processos de incorporação de novas tecnologias, produtos e serviços na rede pública de saúde (art. 19,R, §1º, III e IV), o que atenderia a ideia de aceitabilidade racional, de Jürgen Habermas.

Vem defender o artigo, diante do reconhecimento da natureza híbrida do direito à saúde, com enfoque tanto individual como

transindividual, a possibilidade de ajuizamento de ação individual ainda que o resultado reflita em discussão a respeito de políticas públicas, desde que, considerando a instrumentalidade do processo, haja adaptação do rito à natureza dos direitos discutidos, com a coletivização do debate.

Também, ressaltando a natureza do processo como campo de exercício dos direitos políticos, e tendo por pano de fundo as especificidades técnicas que envolvem a matéria, de campo extrajurídico, e natureza transindividual do conflito, defende o artigo a necessidade de abertura do processo judicial à pluralização do debate, a exemplo do que fez o administrativo, tanto pela intimação dos legitimados extraordinários, como por realização de audiências públicas.

Nesse sentido, sabendo-se que a fórmula de divisão do orçamento da saúde pode envolver interesses diversos, importa a oportunização de um número máximo de discursos no processo judicial, oferecendo iguais oportunidades políticas de participação, a fim de se alcançar a aceitabilidade racional propalada.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. A emergência do Direito Sanitário como um novo campo do direito. In: ROMERO, Luiz Carlos; DELDUQUE, Maria Célia. (Orgs.). *Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa e saúde*. Brasília: Senado Federal, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio- o ativismo judicial. In: *As Novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Jus Podium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- _____. *Igualdade como ideal*. Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 77, Mar. 2007 . Disponível <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-3002007000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 jun. 2012. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002007000100012>>.
- _____. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro – Direito em Expectativa* (obra coletiva). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão de verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos*. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Porto Alegre, n. 48.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *Introdução a Ciência Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- STRECK. Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

**DA APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO
FLORESTAL (LEI N° 12.651/2012) À PROJETO
DE REPARAÇÃO AMBIENTAL POR DANO
PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO
ANTERIOR UM ESTUDO SOBRE A
APLICAÇÃO DA LEI AMBIENTAL NO TEMPO**

***IMPLEMENTATION OF THE NEW FOREST CODE (LAW
N. 12.651/2012) TO ENVIRONMENTAL REMEDIATION
PROJECTS THAT AIM TO REPAIR DAMAGES CAUSED
DURING THE PREVIOUS LEGISLATION***

*Karla Virgínia Bezerra Caribé
Procuradora Federal em exercício no Ibama
Pós-graduada em Direito Processual Civil e em Direito Público*

SUMÁRIO: 1 Das considerações iniciais; 2 Da distinção entre a responsabilidade administrativa do infrator e o dever de reparar o dano ambiental causado (responsabilidade civil); 3 Da aplicação do princípio *tempus regit actum*; 4 Da utilização da interpretação teleológica; 5 Da inaplicabilidade das conclusões aqui aventadas à imposição de penalidades ao infrator pelo órgão ambiental (responsabilidade administrativa); 6 Das considerações finais; Referências.

RESUMO: Tema atualmente controvertido em Direito Ambiental, a aplicação, no tempo, das disposições legais trazidas pelo novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) exige cautela do intérprete, que se vê diante da possibilidade de observar a nova legislação ambiental, seja ela mais ou menos restritiva, na concretização da responsabilidade civil daquele que praticou dano ambiental e está obrigado a repará-lo. Buscar-se-á enfrentar a problemática acerca da pretensa aplicabilidade das novas regras do Código Florestal aos projetos de reparação ambiental em trâmite administrativo, ainda que a prática do correspondente dano ambiental tenha se perpetrado em momento anterior à vigência da atual disciplina legal. Para tanto, revelar-se-á imprescindível distinguir a responsabilização civil da responsabilização administrativa daqueles que cometem infração ambiental, para se concluir que, diferentemente do dever de reparar o dano ambiental, voltado para as atuais e futuras gerações, não há autorização legal que permita, no campo punitivo, retroagir, geral e irrestritivamente, a norma atual às práticas infracionais anteriores à vigência da nova Lei.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil e Administrativa em Matéria Ambiental. Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012). Aplicação da Lei no Tempo.

ABSTRACT: Currently controversial topic in environmental law, the application of the provisions introduced by the new Forest Code (Law No. 12.651/2012) requires caution by the interpreter, who is faced with the possibility of observing new environmental legislation, be it more or less restrictive, to civil environmental liability. This essay will face the possibility of enforcing the provisions of the new Forest Code to environmental remediation projects that aim to repair damages caused before the enactment of the new law. Therefore, it is essential to distinguish civil and administrative liability in order to conclude that, unlike the civil duty to repair the environmental damage, facing current and future generations, it is not possible to consider the Forest Act as a retroactive law in order to repeal administrative enforcement on violations committed before the enactment of the new Law.

KEYWORDS: Civil Liability. Administrative Liability. Retroactivity of Administrative Environmental Enforcement.

1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De 25 de maio de 2012, a Lei nº 12.651, mais conhecida como novo Código Florestal, foi objeto de acirradas discussões, desde a época de sua concepção, causando, mesmo depois de aprovada, severas críticas por parte daqueles que lidam cotidianamente com o Direito Ambiental e que enxergaram na nova disciplina um certo retrocesso legislativo.

Seja como for, é fato que a Lei foi finalmente aprovada e teve o seu texto consolidado após a tramitação de agitado processo legislativo. Agora, resta ao intérprete e aos aplicadores do Direito Ambiental a árdua tarefa de compreender-lhe o sentido e de colocá-la em prática, partindo sempre da busca dos objetivos traçados pelo legislador, ao confeccioná-la.

Reconhece-se, contudo, que os diversos assuntos envolvendo a compreensão da nova Lei carecem de maiores estudos e análises, mesmo porque, diante da sua recente entrada em vigor, ainda não há consolidados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca das suas disposições. É preciso, pois, especificar e concentrar as análises que se propõe apresentar, com suas respectivas fundamentações jurídicas, possibilitando-se, assim, uma compreensão mais delimitada e aprofundada de cada tema controvertido.

Nesse breve estudo, pretende-se discorrer acerca das possíveis implicações da vigência da nova Lei sobre a reparação ambiental, em análise administrativa, no âmbito do órgão ambiental que constatou o dano perpetrado, ainda que tal prática tenha se configurado em época pretérita à vigência da lei. Para tanto, deve-se afastar a aplicação da solução aqui aventada ao poder de polícia ambiental e à imposição de penalidades administrativas àquele que praticou infração, ou seja, à responsabilização administrativa do infrator ambiental. Trata-se, em qualquer das duas análises jurídicas, de problemática oriunda do Direito Intertemporal, que se propõe enfrentamento na seara jurídica ambiental:

O problema do Direito Intertemporal consiste no choque de dois dogmas jurídicos: a segurança das relações constituídas sob a égide da norma revogada e a evolução das necessidades sociais, o progresso, a visão moderna trazida pela nova lei.

Vale lembrar que toda a questão de conflito intertemporal das leis gira em torno do saber-se se a lei nova deve, ou não, respeitar os

efeitos presentes e futuros das situações pretéritas, concluídas sob o regime da lei revogada¹.

2 DA DISTINÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO INFRATOR E O DEVER DE REPARAR O DANO AMBIENTAL CAUSADO (RESPONSABILIDADE CIVIL)

Sabe-se que o poder de polícia ambiental é conferido ao Estado por força do dispositivo constitucional inscrito no artigo 225, § 3º da Constituição da República:

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.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em face do dispositivo constitucional transcrito, depreende-se que as condutas lesivas ao meio ambiente poderão acarretar ao infrator uma tríplice responsabilização. É que, caso também tipificado como crime, a ação ou omissão lesiva ao meio ambiente deverá gerar penalização a ser aplicada, necessariamente, pelo Poder Judiciário, em âmbito penal. Soma-se a isso a imposição de sanções, em instância administrativa, e o dever de reparar os danos ambientais, acaso configurados, em âmbito civil. A questão da tríplice responsabilidade é bem compreendida por José Afonso da Silva, para quem *a violação de um preceito normativo pode dar origem a sanções de diversas naturezas, e a cada uma corresponde um tipo de responsabilidade civil, administrativa ou penal, conforme seus objetivos peculiares e, em consequência, as sanções diferem entre si [...].*

1 DONDONI, Juliana. *Questões de Direito Intertemporal*: Uma abordagem sobre a combinação de leis face à nova Lei de Drogas. Disponível em: <http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-06_10-58-17.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2012.

2 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; citação feita pela Juíza de Direito do TJDFT Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto, em artigo publicado no site da Associação dos Magistrados Brasileiros e intitulado Responsabilidade administrativa por dano ambiental. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=233>.

É, destarte, distinto da responsabilização administrativa o dever cível de reparar os danos ambientais causados. As esferas de responsabilização são independentes e se sujeitam a normas e princípios diversamente aplicados.

Nesse sentido, importa compreender que a reprovabilidade constante em auto de infração, lavrado por órgão ambiental, que apura a prática de infração administrativa e justifica, na essência, a imposição de uma sanção ao infrator ambiental, rege-se por regramentos e princípios próprios.

De outro modo, a necessidade, voltada para o futuro, de obter a efetiva reparação de um dano ambiental causado, não pode se apegar ao passado e as regras jurídicas anteriormente vigentes. Com efeito, a obrigação reparatória não está atrelada à necessidade de punir àquele que, seguindo as regras da época do fato, praticou uma infração ambiental. Não há, portanto, na responsabilização civil em matéria ambiental fins pedagógicos e inibitórios, nem a censura a condutas antijurídicas, próprios da responsabilização administrativa, a qual demanda o exercício efetivo de reprovabilidade do ato, por meio de medidas que possam desestimular a sociedade na prática de ações delituosas.

O dever cível de reparar o dano ambiental causado se justifica, em prol da presente e das futuras gerações, e, nesse sentido, é desgarrado do passado, não havendo razão que justifique, em princípio, a aplicação de legislação já revogada, seja ela mais ou menos restritiva aos direitos individuais. Vale frisar:

Por igual, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) ressaltou essa dimensão temporal, averbando, no Princípio 3, que o direito ao desenvolvimento “deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidos equitativamente as necessidades [...] das *gerações atuais e futuras*”.

No ordenamento jurídico pátrio, o art. 225, caput, da Constituição Federal, refere-se expressamente à solidariedade intergeracional, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para *as presentes e futuras gerações*³.

³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual.e reform. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 1067.

Quer-se com isso dizer que, independentemente das normas vigentes em passado recente, o restauroação de condições favoráveis ao meio ambiente deve se focar no futuro, garantindo o exercício desse relevante direito às próximas gerações. Daí, costuma-se afirmar que, em matéria de responsabilidade civil ambiental, não importa quem foi o efetivo degradador (*obrigação propter rem*), suas intenções (responsabilidade objetiva), ou mesmo se, na época do fato, não foram adotadas medidas para evitar a ofensa ao meio ambiente, não havendo que se falar, portanto, na existência de situações jurídicas consolidadas ou no direito adquirido de poluir.

Em matéria ambiental, destarte, vale o direito difuso, das presentes e das futuras gerações, de obter um meio ambiente sadio e equilibrado, respeitando-se normas e regras ditadas pelo atual legislador. Destarte, não pode prevalecer direito individual quando em jogo o advento de uma norma de ordem pública, de aplicação geral e imediata, emanada do interesse coletivo em detrimento do particular:

Não se cogita da invocação de ‘direito adquirido’ pelo loteador ou adquirente para poder edificar, ainda que tenha havido aprovação do parcelamento em data anterior. Prevalece o interesse público e não há ‘direito adquirido de desmatar’.

(TJSP, 4^a Câmara, ApCiv 147.488-1/2, julg. 12/09/1991, relator Des. Lobo Júnior)

Seguindo-se igual lógica (e aí parece irrelevante que as novas regras sejam mais ou menos restritivas ao direito anterior), não há razão que justifique a aplicação de norma revogada à recomposição de dano ambiental que pretende adequar a degradação ambiental indesejada à regularização atualmente traçada pelo legislador. O que verdadeiramente interessa, destarte, é que seja recomposto, em matéria ambiental, o estado das coisas, garantindo-se a observância das normas, no momento, vigentes.

Nesse sentido, importa lembrar que a Constituição Federal Brasileira estabelece que *a propriedade atenderá a sua função social* (art. 5º, inciso XXIII), e ainda que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de “*utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente*” (art. 186, inciso II).

Outrossim, o Código Civil (Lei nº 10.406/2002) assinala que “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” (artigo 1.228, § 1º).

Assim, não se pode deixar de destacar, a respeito, que a própria função social da propriedade deve ser exercida em conformidade com as finalidades, ditadas pelo legislador, de preservar o meio ambiente. Cumpre reconhecer que tais necessidades são dinâmicas e, se sofrem mudança com o tempo, seguindo-se novas regras estabelecidas em leis posteriormente editadas, não há que afastar a aplicação destas às situações atuais.

Inclui-se aí o exercício do dever de reparar, voltado para o futuro, e o de garantir ao meio ambiente o retorno à situação de equilíbrio ditada pela legislação então em vigor. Tem-se, assim, que a reparação ambiental deve ser pautada pelas regras vigentes quando do seu adimplemento, mostrando-se relativamente irrelevante, para fins de responsabilização civil do reparador, o tempo em que praticada (e mesmo se configurada) infração administrativa ambiental.

3 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM

“O tempo rege o fato” constitui uma máxima principiológica do Direito Intertemporal segundo a qual os fatos devem ser regidos pela legislação aplicável na época da sua ocorrência. Segundo a doutrina:

[...] *tempus regit actum*” é uma expressão latina cuja tradução literal significa: o tempo rege o ato. Trasladado para o Direito, esta locução indica que os fenômenos jurídicos são regulados pela lei da época em que ocorreram. Ou seja, a lei incide sobre fatos ocorridos durante sua vigência⁴.

Em relação à problemática que se pretende enfrentar acerca da aplicabilidade das novas regras do Código Florestal aos projetos de reparação ambiental em trâmite administrativo, há que se observar o princípio em questão, para se concluir que a novel disciplina deve nortear

⁴ LA FUENTE. Rodolfo Ribeiro de. *Novatio legis in mellius na seara administrativa ambiental*. O conflito entre o “tempus regit actum” e a retroatividade da lei mais benéfica. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31064>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

a recuperação ambiental ainda pendente de análise e aprovação técnica. Trata-se da aplicação imediata da lei, não havendo que se confundir tal instituto com a possível e cogitada (mas afastada) retroatividade da norma:

Para ter efeitos imediatos, então, tanto a hipótese quanto o preceito devem atingir os fatos verificáveis, quanto a sua existência, no exato momento da sua entrada em vigor. Resumidamente, poderíamos dizer que o fato jurídico em que a nova lei irá incidir pode ter existência anterior a ela, porém se a verificação deste fato, bem como a atuação desta *norma*, coincidir com sua entrada em vigor, teremos eficácia imediata e não efeito retro-operante⁵.

Tem-se, assim, que a norma deve reger os acontecimentos ocorridos sob sua égide, entendendo-se aqui a realização do fato como a própria reparação ambiental e não a eventual prática infracional que tenha dada origem ao dano a ser recuperado, mesmo porque o dever de recomposição, como visto, independe da configuração da infração. A delimitação da aplicação da norma no tempo há de ser regida, destarte, pelo momento de apreciação do projeto reparatório, cabendo ao órgão ambiental competente aplicar, indubitavelmente, as regras do novo Código Florestal aos PRADs em processo de análise, que ainda dependem de aprovação administrativa.

Deve-se cogitar também, ainda que em tese, da possível aplicação da Lei recém editada aos projetos de recuperação já aprovados, mas cuja implementação ainda não foi iniciada ou mesmo está em fase de execução. Quanto a esses, cabe reconhecer que a decisão da autoridade competente que o aprovou, após toda instrução técnica adequada, o fez com base nas regras à época vigentes, e, diante disso, assumiu os contornos de um ato administrativo válido, perfeito e eficaz.

Em princípio, não haverá razão jurídica que justifique, de ofício, a revisão do ato, a não ser que o administrado ou qualquer outro interessado apresente requerimento administrativo, nesse sentido, o qual deverá ser analisado, motivadamente, em cada caso concreto, sendo válidos os ensinamentos doutrinários sobre o tema:

⁵ SILVEIRA, Márcio La-Rocca. *O direito intertemporal no ordenamento brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6639/o-direito-intertemporal-no-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

No conflito intertemporal, com efeito, entram em choque dois dogmas jurídicos: de um lado a segurança das relações constituídas sobre a égide da norma revogada que *a novatio legis* deve tentar preservar; por outro, a nova lei traz, em princípio, a evolução das necessidades sociais, o progresso, a visão moderna. Assim, determinados doutrinadores e a própria jurisprudência ora pendem para um lado, ora primam pelo outro. A solução, contudo, deve ser aristotélica, buscando um meio-termo para que não haja nem o apego retrógrado ao passado, tampouco o desfazimento do que já foi constituído⁶.

Assim, ao órgão ambiental competente caberá aplicar a nova disciplina legal aos projetos de reparação em processo de análise e ainda pendentes de aprovação definitiva, em respeito à máxima de que cada ato/fato deverá ser regido pela norma então em vigor quando da sua prática. Já em relação aos projetos já aprovados ou até mesmo àqueles cuja execução já foi iniciada sob a égide da legislação antiga, há que se respeitar, em princípio, a plena eficácia do ato administrativo já praticado, garantindo-se a estabilidade das relações e impedindo o desfazimento do que já foi constituído. A revisão deste, se, em tese, não pode ser afastada, depende de um pedido expresso e de análises técnicas e jurídicas direcionadas ao caso concreto e favoráveis ao pleito.

Não há que se admitir, nesse sentido, que eventual revisão do que decidido em âmbito administrativo, por ato pleno e eficaz, seja realizada pelo Poder Judiciário. Quer-se com isso dizer que se o órgão ambiental já se manifestou, em última instância, por determinada medida de reparação (aplicando a lei vigente naquele momento), não caberá ao Judiciário revê-la, mesmo porque restou devidamente analisada e apreciada, segundo a lei em vigor quando da prática do ato administrativo, a forma de reparação ambiental. Vê-se, inclusive, que o assunto já foi objeto de manifestação do próprio Poder Judiciário, que por meio de decisão recente do seu Superior Tribunal de Justiça, compartilhou esse entendimento:

[...]

Note-se que, conforme a Lei 12.651/2012, a regularização ambiental (“ambiental”, e não simplesmente “florestal”, o que implica o diálogo das fontes entre o novo Código, a Constituição Federal, a Constituição Estadual, e as demais leis que regem a proteção do meio ambiente) deve ocorrer na esfera administrativa, denotando

⁶ SILVEIRA, op. cit.

inconveniência, para não dizer despropósito, pretender que o Poder Judiciário substitua a autoridade ambiental e passe a verificar, em cada processo, e a acompanhar por anos a fio (no lapso temporal do cumprimento das medidas de repringimento ecológico, mitigação e compensação) a plena recuperação dos ecossistemas degradados e o cumprimento das obrigações instituídas no PRA. Aí estão providências intrincadas que devem ser técnica e previamente avaliadas e avalizadas, e depois fiscalizadas, pelo órgão ambiental, e não pelo juiz de demanda em curso.

[...]

(STJ. Pet. no Recurso Especial nº 1.240.122-PR (2011/0046149-6); Rel. Min. Herman Benjamin; publicado em 19/11/2012).

4 DA UTILIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA

Como ponto de interesse ao estudo acerca da aplicabilidade da Lei nº 12.651/2012 a acontecimentos iniciados em data anterior à sua vigência, cabe destacar a existência de normas de transição na nova legislação. Nessas, o legislador parece ter pretendido, para determinadas situações, aplicar a fatos pretéritos disposições específicas (aqui, inclusive, de cunho punitivo – art. 59), ainda mais benéficas que as normas gerais (art. 61-A).

Vê-se, que para situação específica, qual seja existência de áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008, o legislador estabeleceu regras de recuperação especiais, seja em termos numéricos (delimitação das APPs), seja material (forma de recomposição, tipo de plantio etc). Diante da configuração de tais hipóteses, que precisam estar informadas no CAR (Cadastro Ambiental Rural), a Lei foi expressa ao admitir a aplicação de normas mais brandas aos imóveis rurais com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastorais (art. 3º, inciso IV).

Nessas situações, acaso configuradas, ficou evidente a intenção do legislador em aplicar disposições do novo Código a fatos configurados no passado, inovando-se com normas mais brandas, a serem observadas, de forma evidente e inquestionável, no caso de áreas rurais consolidadas na data prevista.

Tais disposições transitórias, além de criarem uma situação específica, a ser observada pelo órgão ambiental na aprovação,

doravante, de projetos de recomposição ambiental, permitem ao aplicador da lei utilizar, no caso, a interpretação teleológica, própria da hermenêutica legislativa. Por meio da busca das finalidades traçadas pelo legislador, evidenciadas ainda mais nas disposições transitórias, é fato que se pretendeu garantir a aplicação da nova Lei a diversas situações, incluindo-se aquelas cujo fato gerador ou a prática dos atos danosos ao meio ambiente tiverem sua origem em datas pretéritas à sua vigência. Nesse sentido, são válidos os ensinamentos de Édis Milaré:

[...] deve-se buscar a finalidade que o ordenamento jurídico pátrio quer alcançar. Essa mentalidade transluz no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Logo, o intérprete deve pesquisar de maneira sistemática e utilizando-se da técnica teleológica, buscando quais os fins sociais e exigências do bem comum a que se dirige o conjunto de normas aplicáveis ao caso, adaptando-os à situação concreta.

[...]

Ainda acerca da técnica da interpretação teleológica, vale lembrar o ensinamento de Maria Helena Diniz, quando averba que “a técnica teleológica procura o fim, a raio do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido, ou seja, o resultado que ela precisa alcançar com sua aplicação⁷. [...]”

Não parece, pois, caber ao intérprete da Lei ignorar a intenção e os objetivos traçados pelo legislador, mormente quando tal postura significará negar, em última instância, a aplicação de algumas disposições legais expressas. A propósito, “é estrito dever do intérprete antes de chegar à interpretação ab-rogante (pelo qual, num primeiro momento, optaríamos) tentar qualquer saída para que a norma jurídica tenha um sentido. Há um direito à existência que não pode ser negado à norma, desde que ela veio à luz”⁸.

7 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual.e reform. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.1090.

8 NORBERTO Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 105.

Nesse sentido, analisando-se como um todo a novel disciplina legal, forçoso reconhecer a necessidade de aplicar muito dos seus termos, inclusive àqueles referentes às novas áreas e definições de Áreas de Preservação Permanente, de forma imediata, o que significará, muitas vezes, estender os seus efeitos a fatos iniciados no passado, mas que terão no futuro a implementação de recomposição ambiental desejada pelo legislador.

Nunca é demais reiterar, contudo, que tais disposições transitórias, ainda mais benéficas para o administrado do que as demais normas contidas na Lei nº 12.651/12, só deverão ser observadas em áreas rurais consolidadas, nos termos daquela norma, até 22 de julho de 2008, aplicando-se à grande maioria das situações, em matéria de responsabilidade civil, as regras gerais ali previstas.

5 DA INAPLICABILIDADE DAS CONCLUSÕES AQUI AVENTADAS À IMPOSIÇÃO DE PENALIDADES AO INFRATOR PELO ÓRGÃO AMBIENTAL (RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA)

É preciso, por fim, afastar qualquer intuito de aplicação das conclusões jurídicas aqui apresentadas à responsabilização administrativa do infrator ambiental, ou seja, às sanções, como é exemplo a multa, que porventura tenham sido impostas pelo órgão competente ao infrator ambiental. Da mesma forma, rechaça-se a aplicação à controvérsia posta dos princípios orientadores do poder sancionatório administrativo, e mais ainda do Direito Penal, ramo próprio do Direito, que, nem mesmo por analogia, deve ser estendido ao dever de recomposição ambiental:

Não raro a doutrina e jurisprudência pátrias confundem o gênero “Direito Sancionador” com as espécies que o integram: Direito Penal, Direito Administrativo Punitivo, Direito Ambiental, entre outros.

Com efeito, na seara penal, por expressa disposição constitucional (art. 5º, XL) e legal (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal) se aplica o regime da retroatividade da norma penal mais benéfica. Este mecanismo, porém, não é inerente ao Direito Sancionador. Pelo contrário, é peculiar a uma das espécies que o integram, o Direito Penal, não sendo automaticamente extensível às demais espécies (notadamente ao Direito Ambiental).

Os intérpretes mais desavisados, na situação hipotética descrita, requerem a aplicação do Decreto 6.514/08, porquanto, para

eles, obrigatoriamente a norma ambiental mais benéfica deveria retroagir. Trata-se, repita-se, de uma conclusão resultante da falta de diferenciação da relação gênero x espécie.

Foram apontados os fundamentos legais e constitucionais da aplicação da retroatividade da lei penal mais benéfica no âmbito penal. No microssistema ambiental, porém, inexiste norma que lhe estenda a aplicação desta técnica.⁹

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PODER DE POLÍCIA. SUNAB. APLICAÇÃO DE MULTA. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DE REGRAS DOS DIREITOS TRIBUTÁRIO E PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARGUMENTO CONSTITUCIONAL DA ORIGEM. RECURSO ESPECIAL VIA INADEQUADA.

1. Em primeiro lugar, a controvérsia foi decidida pela origem com fundamento constitucional (princípio da irretroatividade das leis - art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República vigente), motivo pelo qual a competência para apreciar e julgar eventual irresignação é do Supremo Tribunal Federal e o recurso especial é via inadequada para tanto. Precedente.

2. *Em segundo lugar, não são aplicáveis à espécie dispositivos do Código Tributário Nacional e do Código Penal porque, embora o especial tenha sido interposto nos autos de execução fiscal, a multa imposta decorre do exercício do poder de polícia pela Administração Pública - infração administrativa.*

3. Agravo regimental não provido. (Grifos nossos)

(AgRg no REsp 761.191/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 27/05/2009).

Vale ainda enfatizar que o próprio Superior Tribunal de Justiça em decisão recente, já citada, por meio da qual aprecia aquela instância Judiciária questões de interesse referentes à aplicação imediata do novo

9 FUENTE, Rodolfo Ribeiro de la. *Novatio legis in mellius na seara administrativa ambiental*. O conflito entre o "tempus regit actum" e a "retroatividade da lei mais benéfica". Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 fev. 2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31064>. Acesso em: 14 dez. 2012.

Código Florestal, rechaçou o propósito e o interesse de alguns de ser beneficiado, no que tange à responsabilização administrativa, com as normas atuais, mais brandas ao infrator ambiental. A argumentação utilizada pelo Poder Judiciário foi de uma clareza impar, recomendando-se, em face disso, transcrição literal de alguns dos seus trechos:

Importa, finalmente, alertar que se deve ter cautela na pura e simples transposição para o âmbito florestal administrativo e civil da previsão constitucional de que “a lei *penal* não retroagirá, *salvo para beneficiar o réu*” (art. 5º, inciso XL, grifei). Mesmo que se entenda, de maneira extensiva, que tal dispositivo aplique-se a toda e qualquer norma de imposição sancionatória (postulados extrapenais, isto é, os administrativos e civis), evidente que não se podem colocar sanções tributárias, de trânsito, de pesos e medidas, etc., em pé de igualdade com as de natureza ambiental.

Primeiro, porque, na esfera ambiental, a relação jurídica básica não é apenas entre Estado e particular, mas entre as gerações futuras e o utilizador de recursos naturais. Aqui, o Estado nada mais é que mero *administrador* de peculiar e transcendental modalidade de bem de uso comum do povo - valor fundamental da sociedade contemporânea – a quem se atribui o *officium* de cumprir obrigação fiduciária intergeracional, baseada na confiança e nos deveres de lealdade e exercício razoável e proporcional do poder de gestão legislativa, executiva e judiciária. É a concepção do *Estado Fiduciário Ambiental*, sob o manto do qual, tomando de empréstimo o pensamento de Evan Fox-Decent (*Sovereignty's Promise: The State as Fiduciary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 35 e 233), jamais se legitimará atuação estatal lastreada, aberta ou disfarçadamente, em discriminações arbitrárias, violadoras da dignidade e da igualdade entre os sujeitos-beneficiários, presentes e futuros, daí decorrendo, por outro ângulo, limites ao próprio conteúdo substantivo de legislação que, a ser diferente, seria válida.

Segundo, porque, exatamente pela complexidade e variabilidade dos sujeitos envolvidos (= polimorfismo subjetivo), a *lex mitior* (mais favorável) na perspectiva do degradador ambiental é *lex gravior* (mais prejudicial) quanto à posição jurídica das gerações pósteras: a benignidade para o infrator que dilapida os recursos naturais é a malignidade em detrimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; o benefício para uns será prejuízo para milhões, de hoje e do amanhã.

Terceiro, porque as sanções administrativas ambientais guardam, normalmente, uma forte vinculação com danos materiais produzidos, que deixam cicatrizes visíveis no bem jurídico tutelado, algo muito diferente daquele que, p. ex., avança um sinal vermelho de trânsito, altera pesos e medidas ou viola as formalidades do microssistema tributário, acima indicamos.

Por último, especificamente quanto a este, o Código Tributário, de maneira explícita, prevê que “A lei aplica-se a ato ou fato pretérito” desde que, “tratando-se de ato não definitivamente julgado”, comine-se “penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática” (art. 106, II, “c”). Ora, admitindo-se que tal previsão fosse constitucional se adotada, sem meias palavras, no Código Florestal de 2012, a verdade é que não se encontra nada parecido na nova lei¹⁰.

Assim, se há razões e fundamentos jurídicos válidos que permitem ao intérprete da lei aplicar a novel disciplina aos processos de reparação ambiental ainda em análise administrativa, ainda que o fato que deu origem à reparação tenha se concretizado em data anterior à vigência da norma, o mesmo não se pode dizer no que tange à responsabilização administrativa do infrator ambiental.

A exclusão de penalidades administrativas, de forma geral e irrestrita, não restou prevista pelo legislador. Na realidade, parece que a necessidade de se punir aquele que transgrediu a legislação ambiental, vigente à época do fato, não foi ignorada pelo Poder Legislativo, o que se justifica diante dos efeitos inibitório e pedagógico, seja individual, seja coletivo, que a penalidade administrativa ambiental deve surtir àquele que deliberadamente transgride normas ambientais ou que tem a intenção de um dia adotar uma postura ambiental típica e anti-jurídica. Para evitar essa atuação indesejada da sociedade, tem-se como imprescindível a manutenção, em regra, das penalidades administrativas eventualmente impostas pelo órgão ambiental.

6 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação pelo intérprete da Lei nº 12.651/2012, mais conhecida como novo Código Florestal, deve partir da distinção, na essência, da responsabilização administrativa e individual do infrator ambiental (punitiva) e do dever de reparar o dano ambiental configurado

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Reconsideração no Recurso Especial nº 1.240.122-PR (2011/0046149-6); Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 02/10/2012 e publicado em 19/11/2012.

(responsabilização civil), mesmo porque a obrigação reparatória pode ser imposta, inclusive, a pessoa diversa da que praticou a conduta típica, em razão do caráter *propter rem* que envolve o assunto.

Com foco em tal distinção, e considerando os objetivos traçados pelo legislador, evidenciados por meio de uma interpretação teleológica da nova norma, é possível concluir pela aplicabilidade das atuais regras do Código Florestal aos projetos de reparação ambiental em processo de análise no órgão ambiental competente, ainda que o dano ambiental que lhe deu origem tenha sido praticado em data anterior à vigência daquela Lei.

Já em relação aos projetos aprovados e até mesmo àqueles cuja execução já foi iniciada sob a égide da legislação antiga, há que se respeitar, em princípio, a plena eficácia do ato administrativo já concretizado, garantindo-se a estabilidade das relações e impedindo o desfazimento do que já foi constituído. A revisão deste, contudo, é em tese admitida, mas depende de um pedido expresso e de análises técnicas e jurídicas direcionadas ao caso concreto e favoráveis ao pleito.

A difícil tarefa de interpretar e aplicar a nova disciplina legal, principalmente em momentos de transição, a fato iniciados no passado, exigirá a sensibilidade necessária ao aplicador da lei, não se vislumbrando, de antemão, uma saída única, geral, pronta e acabada para todos os casos surgidos. Vale concluir o assunto com a valiosa reflexão apresentada pelo STJ, na recente decisão já citada:

[...]

De toda maneira, não se deve esperar solução hermenêutica mágica que esclareça, de antemão e globalmente, todos os casos de conflito intertemporal entre o atual e anterior Código Florestal. No entanto, na ausência de fórmula pronta e acabada, quase automática, podem aqui ser externadas algumas regras técnicas, aliás válidas para outros campos do direito material informado pela *ordem pública*.

O esquema é bem simples: o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da

“incumbência” do Estado de garantir a *preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais* (art. 225, § 1º, I). No mais, não ocorre impedimento à retroação e alcançamento de fatos pretéritos¹¹.

REFERÊNCIAS

NORBERTO Bobbio. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

DONDONI, Juliana. *Questões de Direito Intertemporal: Uma abordagem sobre a combinação de leis face à nova Lei de Drogas*. Disponível em: <http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2012-02-06_10-58-17.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2012.

LA FUENTE. Rodolfo Ribeiro de. *Novatio legis in mellius na seara administrativa ambiental*. O conflito entre o “tempus regit actum” e a retroatividade da lei mais benéfica. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31064>>. Acesso em: 21 dez. 2012.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atualizada e reformulada. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; citação feita pela Juíza de Direito do TJDFT Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto, em artigo publicado no site da Associação dos Magistrados Brasileiros e intitulado Responsabilidade administrativa por dano ambiental. Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=233>.

SILVEIRA, Márcio La-Rocca. *O direito intertemporal no ordenamento brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6639/o-direito-intertemporal-no-ordenamento-brasileiro>>. Acesso em: 26 dez. 2012.

¹¹ Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Reconsideração no Recurso Especial nº 1.240.122-PR (2011/0046149-6); Trecho encontrado no Voto do Ministro Relator Herman Benjamin. Julgado em 02/10/2012 e publicado em 19/11/2012.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS – UMA ANÁLISE DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

*CONSTITUTIONAL PROTECTION REGARDING
AREAS TRADITIONALLY OCCUPIED BY INDIGENOUS
POPULATIONS - A COMPARATIVE ANALYSIS OF
CONSTITUTIONAL LAW*

Luciana Laura Carvalho Costa Dias
Procuradora Federal
Mestranda em Direito das Relações Internacionais no UniCEUB

SUMÁRIO: 1 Do Exercício completo de Comparação; 1.1 Parâmetros utilizados na Comparação; 1.2 A escolha dos Países a serem Comparados com o Brasil; 2 Comparação entre Textos Constitucionais; 3 Dos Julgados envolvendo a proteção Constitucional das Terras Indígenas; 3.1 Caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol; 3.2 Caso Awá Tingni *versus* Nicarágua; 3.3 Casos Yakyé Axa, Sawhoyamaxa e Xákmok Kasec *versus* Paraguai; 4 Do efetivo cumprimentos dos Julgados analisados; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata o presente artigo de um exercício concreto de comparação entre ordenamentos constitucionais acerca do regramento reservado às terras tradicionalmente ocupadas por índios, a partir da análise de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. São comparados os dispositivos constitucionais, e suas respectivas efetivações, do Brasil, da Nicarágua e do Paraguai. A escolha dos países que terão suas Constituições comparadas à Constituição brasileira deu-se por meio da ótica de efetivação jurisprudencial dos respectivos textos constitucionais no que diz respeito às terras tradicionalmente ocupadas por índios. Em se analisando a jurisprudência internacional, percebe-se que o Brasil jamais se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca especificamente à questão da propriedade ancestral indígena, embora tenha ocorrido a judicialização interna de diversos processos demarcatórios de terras indígenas. O mais emblemático dos julgados nacionais acerca da demarcação e efetivação de terras indígenas certamente foi o julgamento da Petição 3388/RR, pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tratou da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Juntamente com a conclusão do presente trabalho surge uma indagação no sentido de haver ou não uma relação entre o regime jurídico constitucional dispensado às terras indígenas e a resolução interna dos conflitos envolvendo o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Comparado. Terras Indígenas. Regramento Constitucional. Supremo Tribunal Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Efetivação de Julgados.

ABSTRACT: This article deals with the exercise of a concrete comparison between constitutional provisions about lands traditionally occupied by indigenous populations, using the analysis of decisions originated from the Brazilian Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights. Constitutional provisions are compared, and their respective efecitivations, in Brazil, Nicaragua and Paraguay. The choice of the countries which have their Constitutions compared to the Brazilian Constitution justifies itself by the optical of the efectiveness of the jurisprudential decisions regarding the lands traditionally occupied by Indians. Analyzing the international jurisprudence, it is clear that Brazil was never submitted to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights in relation specifically to the issue of indigenous ancestral property, although there were various internal processes regarding the constitutional provision of the demarcation of indigenous lands. The most emblematic national trial concerning the demarcation

of indigenous lands was certainly Petition 3388/RR's judgment by the Brazilian Supreme Court, which dealt with the continuous demarcation of the Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Along with the conclusion of this work arises a question in the sense of whether there is a relationship between the constitutional provisions dispensed to indigenous lands and the resolution of internal conflicts involving the theme.

KEYWORDS: Constitutional Law. Comparative Law. Indigenous Lands. Constitutional Provisions. Brazilian Supreme Court. Inter-American Court of Human Rights. Enforcement of Judgment.

INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho de um exercício concreto de comparação entre ordenamentos jurídicos constitucionais, sendo que o tema a ser comparado é o tratamento constitucional reservado às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

No ordenamento jurídico pátrio, o tema em questão ainda é objeto de diversas discussões sob os mais diferentes enfoques - social, ambiental e econômico, v. g. -, embora o texto constitucional seja bastante claro ao estabelecer os modos e limites de propriedades dessas terras.

Para a escolha dos países a terem seus ordenamentos constitucionais comparados à Constituição brasileira, elegeu-se um critério jurisprudencial.

Assim, buscou-se junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos os países que já haviam se submetido à mencionada jurisdição regional para a resolução de conflitos afetos à propriedade ancestral indígena e sua respectiva efetivação no campo nacional. Por meio desse critério, chegou-se aos Estados da Nicarágua e do Paraguai.

Ao longo do trabalho, percebe-se uma clara distinção entre o conteúdo dos dispositivos constitucionais nacionais e o conteúdo relativo às Constituições da Nicarágua e do Paraguai.

A partir da diferença claramente percebida, analisam-se casos concretos de julgamento e efetivação dos dispositivos relativos às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, de modo a se perquirir as consequências das opções realizadas pelos legisladores constituintes dos três países estudados, vale dizer Brasil, Nicarágua e Paraguai.

No que se refere aos métodos de pesquisa a serem utilizados, estes terão natureza analítica, a qual consiste no exame para que se torne cognoscível a natureza do problema ora objeto de pesquisa, bem como natureza explicativa, que visa a tornar claro, inteligível, a realidade fático-jurídica em exame. Terão também natureza monográfica, que importa no estudo do tema escolhido, observando todos os fatores que o influenciaram e analisando-o em todos os seus aspectos.

Em se tratando do procedimento metodológico, as técnicas a serem utilizadas serão bibliográfica e documental. Esta última diz respeito à análise de acórdãos, para que a partir deles torne-se viável uma avaliação do tema sob exame, a partir dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 DO EXERCÍCIO CONCRETO DE COMPARAÇÃO

1.1 Parâmetros utilizados na comparação

Para que se realize uma comparação entre dois ou mais ordenamentos constitucionais, há que se levar em consideração a importância de se ter parâmetros balizadores da comparação a ser perpetrada.

Assim, com vistas à fixação dos mencionados parâmetros, traz-se à discussão a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776, por ter estabelecidos de modo exaustivo os dez traços essenciais do constitucionalismo moderno, quais sejam soberania popular, princípios universais, direitos humanos, governo representativo, a constituição como direito supremo, separação dos poderes, governo limitado, responsabilidade e sindicabilidade do governo, imparcialidade e independência dos tribunais, o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da própria Constituição.

Sob a ótica da aludida Declaração, o tema objeto de comparação, isto é, o tratamento constitucional dispensado às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, claramente se insere no terceiro princípio essencial do constitucionalismo moderno, os direitos humanos.

1.2 Escolha dos países a serem comparados com o Brasil

A escolha dos países que terão suas Constituições comparadas à Constituição brasileira deu-se por meio da ótica de efetivação

jurisprudencial dos respectivos textos constitucionais no que diz respeito às terras tradicionalmente ocupadas por índios.

Em se analisando a jurisprudência internacional, percebe-se que o Brasil jamais se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca especificamente à questão da propriedade ancestral indígena, embora tenha ocorrido a judicialização interna de diversos processos demarcatórios de terras indígenas.

O mais emblemático dos julgados nacionais acerca da demarcação e efetivação de terras indígenas certamente foi o julgamento da Petição 3388/RR, pelo Supremo Tribunal Federal, o qual tratou da demarcação contínua da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

No entanto, ao analisarmos a jurisprudência regional acerca do tema, percebemos que países como a Nicarágua e o Paraguai submeteram-se à Corte Interamericana de Direitos em casos afetos ao tema ora analisado.

A Nicarágua submeteu-se à Corte regional no caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *versus* Nicarágua, com sentença proferida em 31.08.2001. O Paraguai, por sua vez, foi figurou como parte passiva em três julgamentos diversos relativamente ao tema ora sob estudo, tendo como parte ativa, respectivamente a Comunidade Yakyé Axa (sentença proferida em 17.06.2005), a Comunidade Sawhoyamaxa (sentença de 29.03.2006) e a Comunidade Xákmok Kasek (sentença de 24.08.2010).

Desse modo, a comparação presente nesse trabalho partirá da análise de julgados envolvendo Brasil, Nicarágua e Paraguai, uma vez que as três nações enfrentaram julgamentos quer nacional (como ocorreu no caso brasileiro) quer regional, envolvendo especificamente a defesa da propriedade indígena ancestral e constitucionalmente assegurada, como veremos ao longo deste artigo.

2 COMPARAÇÃO ENTRE TEXTOS CONSTITUCIONAIS

A totalidade dos países objetos deste exercício concreto de comparação possuem dispositivos constitucionais expressos no sentido de se garantir proteção jurídica às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora tal proteção dê-se de um modo particular em cada uma das nações analisadas.

Assim, a Constituição brasileira prevê expressamente:

Art. 20 São bens da União:

[...]

IX – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

[...]

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, “ad referendum” do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cessar o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras

a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

A Constituição da Nicarágua também prevê expressamente a proteção jurídica às terras ora objeto de análise:

Artículo 5 Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia;elrespeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos. El pluralismo político asegura la existencia y participación de todas las organizaciones políticas en los asuntos económicos, políticos y sociales del país, sin restricción ideológica, excepto aquellos que pretenden el restablecimiento de todo tipo de dictadura o de cualquier sistema antidemocrático. El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución. Las diferentes formas de propiedad: pública, privada, asociativa, cooperativa y comunitaria deberán ser garantizadas y estimuladas sin discriminación para producir riquezas, y todas ellas dentro de su libre funcionamiento deberán cumplir una función social. Nicaragua fundamenta sus relaciones internacionales en la amistad y solidaridad entre los pueblos y la reciprocidad entre los Estados. Por tanto, se inhibe y proscribe todo tipo de acción política, militar,

económica, cultural y religiosa, y la intervención en los asuntos internos de otros Estados. Reconoce el principio de solución pacífica de las controversias internacionales por los medios que ofrece el derecho internacional, y proscribe el uso de armas nucleares y otros medios de destrucción masiva en conflictos internos e internacionales; asegurar el asilo para los perseguidos políticos y rechaza toda subordinación de un Estado respecto a otro. Nicaragua se adhiere a los principios que conforman el Derecho Internacional Americano reconocido y ratificado soberanamente. Nicaragua privilegia la integración regional y propugna por la reconstrucción de la Gran Patria Centroamericana.

Artículo 8 El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica y parte integrante de la nación centroamericana.

Artículo 89 Las Comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y como tal gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.

Las Comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones. El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

A Constituição paraguaia dispõe textualmente acerca da proteção às terras indígenas:

Artículo 62 DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 64 DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

A partir das transcrições acima, é possível perceber que o Brasil é o único dos três países analisados a não reconhecer o direito de propriedade comunitária das terras indígenas pelos seus povos, uma vez que o sistema brasileiro concede à União a propriedade das terras indígenas, apenas com o usufruto reservado às comunidades indígenas.

3 DOS JULGADOS ENVOLVENDO A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL ÀS TERRAS INDÍGENAS

3.1 Caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol

A Terra Indígena Raposa/Serra do Sol é uma área situada no nordeste do estado de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã e entre os rios Tacutu, Maú, Surumu, Miang. Faz fronteira com a Venezuela e é ocupada pelos grupos indígenas ingaricós, macuxis, patamonas, taurepangues e uapixanas.

No que diz respeito à Petição 3.388/RR, tratou-se de ação popular ajuizada pelo senador da República Augusto Botelho contra a União, assistido pelo também senador Mozarildo Cavalcanti, em que se impugna o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, situada no Estado de Roraima. O pedido carreado na mencionada ação consistiu na declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005, editada pelo Ministro de Estado da Justiça, bem como do Decreto homologatório de 15 de abril de 2005, editado pelo Presidente da República.

A supramencionada Portaria, posteriormente confirmada pelo Decreto homologatório, veio a ampliar a área anteriormente demarcada, por meio da precedente Portaria nº 820/98, de 1.678.800 ha (um milhão seiscentos e setenta e oito mil hectares) para 1.743.089 ha 28a 5ca (um milhão setecentos e quarenta e três mil e oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares).

Na tramitação da ação popular, compareceram, com o fim de requerer seu ingresso no feito, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o Estado de Roraima, a Comunidade Indígena Barro e outros, Lawrence Manly Harte e outros, e, bem assim, a Comunidade Indígena Socó. Tais entes foram admitidos no feito, em decisão de questão de ordem, na qualidade de assistentes simples.

O julgamento da mencionada ação popular trouxe à baila, a par das discussões acerca de eventuais irregularidades no processo demarcatório, diversas questões concernentes às mais variadas consequências a serem experimentadas quando da confirmação da demarcação da Terra Indígena Raposa/Serra do Sol, tais como os desdobramentos econômicos e sociais para o Estado de Roraima, alegados comprometimentos da segurança e da soberania nacionais (frente a demarcação abranger também áreas de fronteiras internacionais), desequilíbrio no concerto federativo, entre outros.

Os pedidos, por fim, da mencionada Ação Popular foram julgados parcialmente procedentes, nos termos do voto do relator, reajustado segundo as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, declarando constitucional a demarcação contínua da Terra Indígena, determinando-se que sejam observadas dezoito condições:

- 1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o interesse público da União na forma de Lei Complementar;
- 2 – O usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
- 3 – O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra de recursos naturais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- 4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, dependendo-se o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
- 5 – O usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
- 6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;

7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;

8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 – O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;

10 – O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;

11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;

12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;

14 – As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas;

15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;

16 – Os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;

17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.

3.2 Caso Awas Tingni versus Nicarágua

O caso Awas Tingni vs. Nicarágua foi de suma importância para a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais das comunidades indígenas e referiu-se à outorga, pelo Governo da Nicarágua, de uma concessão a uma empresa estrangeira para explorar madeira em uma extensão de terra não demarcada, a qual incluía parte do território ancestral da comunidade indígena Awas Tingni.

Com base no artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Corte reconheceu o caráter coletivo do direito à terra dos índios do povo Awas Tingni, bem como a intrínseca relação entre a terra, a cultura e a espiritualidade daquele povo.

Nessa oportunidade, a Corte estabelece que:

La Corte,

Por siete votos contra uno,

1. declara que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2

de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 139 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por siete votos contra uno,

2. declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 155 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por unanimidad,

3. decide que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la presente Sentencia.

por unanimidad,

4. decide que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 153 y 164 de la presente Sentencia.

5. declara que la presente Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación para los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

por siete votos contra uno,

6. decide, por equidad, que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 167 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por siete votos contra uno,

7. decide, por equidad, que el Estado debe pagar a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, por conducto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la suma total de US\$ 30.000 (treinta mil dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de dicha Comunidad y sus representantes, ambos causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 169 de la presente Sentencia.

Disiente el Juez Montiel Argüello.

por unanimidad,

8. decide que el Estado debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento.

por unanimidad,

9. decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en el presente fallo.

A partir das determinações acima transcritas, percebe-se que o direito de propriedade foi aplicado sob uma perspectiva coletiva, configurando um marco jurisprudencial da propriedade comunal.

3.3 Casos *Yakye Axa, Sawhoyamaxa e Xákmok Kasec versus Paraguai*

Como já mencionado, especificamente no que toca ao reconhecimento da propriedade ancestral das terras indígenas, o Paraguai já se submeteu à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em três oportunidades.

Em sentença proferida em 06.02.2006, a Corte julgou o caso da comunidade *Yakye Axa*, uma comunidade indígena de caçadores-coletores do Chaco paraguaio, vivendo em situação de extrema pobreza, em razão de seus territórios ancestrais estarem sob a propriedade privada de terceiros.

Ante a inação do Estado paraguaio, tanto para reconhecer a personalidade jurídica da comunidade indígena quanto para conceder-lhe a titularidade de suas terras ancestrais, a comunidade veio se assentar em local inóspito e em condições de vida precárias, em clara violação aos direitos à vida, à propriedade coletiva, ao devido processo e à proteção judicial.

Na análise dessa situação fática, a Corte considerou, uma vez mais, que a estreita relação que os indígenas mantêm com sua terra deve ser entendida como base e meio propulsor para o pleno exercício de seus demais direitos assegurados, como à defesa de sua cultura, integridade e sobrevivência econômica. Nesse sentido:

6. el Estado deberá identificar el territorio tradicional de los miembros de la Comunidad indígena *Yakye Axa* y entregárselos de manera gratuita, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 211 a 217 de la presente Sentencia.

7. mientras los miembros de la Comunidad indígena *Yakye Axa* se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia, en los términos del párrafo 221 de la presente Sentencia.

8. el Estado deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la Comunidad indígena *Yakye Axa*, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 218 de la misma.

9. el Estado deberá implementar un programa y un fondo de desarrollo comunitario, en los términos de los párrafos 205 y 206 de la presente Sentencia.

10. el Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas, en los términos del párrafo 225 de la presente Sentencia.

11. el Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 226 de la misma.

12. el Estado deberá publicar, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, al menos por una vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, tanto la sección denominada Hechos Probados como los puntos resolutivos Primero a Décimo Cuarto de ésta. Asimismo, el Estado deberá financiar la transmisión radial de esta Sentencia, en los términos del párrafo 227 de la misma.

13. el Estado deberá efectuar los pagos por concepto de daño material y costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 195 y 232 de esta Sentencia.

14. la Corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 241 de la misma.

Relativamente ao caso Comunidade Sawhoyamaxa *versus* Paraguai, novamente houve a constatação de que o Estado não garantiu o direito constitucional à propriedade ancestral do Povo indígena em questão, uma vez que, desde 1991, não havia dado resposta satisfatória ao processo de reivindicação territorial. Assim a comunidade foi levada a um estado de vulnerabilidade de natureza alimentar, médica e sanitária, o que pôs em risco sua sobrevivência e integridade.

Ao longo do processo, apurou-se que o Povo Sawhoyamaxa foi retirado de seus territórios e obrigado a viver às margens de rodovias: “Dentro de las estancias ganaderas, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa vivían en situación de pobreza extrema, caracterizada por los bajos niveles de salud y atención médica, explotación laboral y restricciones de poseer cultivos y ganado propio y de practicar libremente actividades tradicionales de subsistencia”.

Assim, as seguintes determinações foram feitas:

6. el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para, en el plazo máximo de tres años, entregar física y formalmente a los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa sus tierras tradicionales, en los términos de los párrafos 210 a 215 de la presente Sentencia.
7. el Estado deberá implementar un fondo de desarrollo comunitario, en los términos de los párrafos 224 y 225 de la presente Sentencia.
8. el Estado deberá efectuar el pago por concepto de daño inmaterial y costas y gastos dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente fallo, en los términos de los párrafos 218, 226 y 227 de esta Sentencia.
9. mientras los miembros de la Comunidad indígena Sawhoyamaxa se encuentren sin tierras, el Estado deberá suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia, en los términos del párrafo 230 de la presente Sentencia.
10. En el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, el Estado deberá establecer en los asientos Santa Elisa y Kilómetro 16 de la Comunidad Sawhoyamaxa un sistema de comunicación que permita a las víctimas contactarse con las autoridades de salud competentes, para la atención de casos de emergencia, en los términos de los párrafos 232 de la presente sentencia.
11. el Estado deberá realizar, en el plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente sentencia, un programa de registro y documentación, en los términos del párrafo 231 de la presente Sentencia.
12. el Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier

otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los miembros de los pueblos indígenas que haga cierto sus derechos sobre sus tierras tradicionales, en los términos del párrafo 235 de la presente Sentencia.

13. el Estado deberá realizar las publicaciones señaladas en el párrafo 236 de la presente sentencia, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la misma. De igual forma, el Estado deberá financiar la transmisión radial de esta Sentencia, en los términos del párrafo 236 de la misma.

14. la Corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para darle cumplimiento, en los términos del párrafo 247 de la misma.

O derradeiro caso jurisprudencial a ser analisado traz como partes a Comunidade Xákmok Kásec, no pólo ativo, e o Estado do Paraguai, no pólo passivo da demanda.

A situação fática narrava que cerca de dez mil hectares do território indígena estavam titulados em nome de outros proprietários, acarretando violação aos direitos à propriedade coletiva, à vida, à integridade pessoal, aos direitos da criança, à proteção judicial, às garantias judiciais e à pessoa jurídica, como veio a reconhecer a Corte:

DECLARA,

Por siete votos contra uno, que

2. El Estado violó el derecho a la propiedad comunitaria, las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados respectivamente en los artículos 21.1, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 54 a 182 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno, que,

3. El Estado violó el derecho a la vida, consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 195, 196, 202 a 202, 205 a 208, 211 a 217 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno, que,

4. El Estado violó el derecho a la vida, contemplado en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Sara González López, Yelsi Karina López Cabañas, Remigia Ruiz, Aida Carolina González, NN Ávalos o Ríos Torres, Abundio Inter Dermott, NN Dermott Martínez, NN García Dermott, Adalberto González López, Roberto Roa González, NN Ávalos o Ríos Torres, NN Dermontt Ruiz y NN Wilfrida Ojeda, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 231 a 234 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

5. El Estado violó el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 242 a 244 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno,

6. El Estado violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de NN Jonás Ávalos o Jonás Ríos Torres, Rosa Dermott, Yelsi Karina López Cabañas, Tito García, Aída Carolina González, Abundio Inter Dermot, NN Dermott Larrosa, NN Ávalos o Ríos Torres, NN Dermott Martínez, NN Dermott Larrosa, NN García Dermott, Adalberto González López, Roberto Roa González, NN Ávalos o Ríos Torres, NN Ávalos o Ríos Torres; NN Dermott Ruiz, Mercedes Dermott Larrosa, Sargento Giménez y Rosana Corrientes Domínguez, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 251 a 254 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

7. El Estado no violó el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, reconocido en el artículo 3 de la Convención Americana, en perjuicio de la Comunidad Xákmok Kásék, de conformidad con lo expuesto en el párrafo 255 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

8. El Estado violó los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de todos los niños y niñas de la Comunidad Xákmok Kásék, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 259 a 264 de esta Sentencia.

Por siete votos contra uno, que,

9. El Estado incumplió con el deber de no discriminar, contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, en relación con los derechos reconocidos en los artículos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3, y 19 del mismo instrumento, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos 273 a 275 de esta Sentencia.

Por unanimidad, que,

10. El Estado expresó su aceptación de ciertas reparaciones, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 32 de este Fallo, lo cual ha sido valorado por la Corte, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado párrafo de la presente Sentencia.

4 DO EFETIVO CUMPRIMENTO DOS JULGADOS ANALISADOS

No que toca ao julgamento acerca da constitucionalidade da demarcação da Terra indígena Raposa Serra do Sol, passados alguns anos de sua realização, as questões suscitadas não são poucas nem fáceis de serem respondidas.

Certamente, ainda há muitos desafios a serem vencidos, uma vez que as famílias produtoras rurais reassentadas reclamam que as terras são bem menores que as propriedades que tinham na reserva. Dizem também que a qualidade do solo é diferente e que não têm condições de produzir da mesma forma que antes. Além disso, quatro novas favelas brotaram na periferia de Boa Vista, nos últimos dois anos. O surgimento de Monte das Oliveiras, Santa Helena, São Germano e Brigadeiro coincide com a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol.

De toda sorte, o caso Terra Indígena Raposa Serra do Sol e o seu efetivo cumprimento são tão significativos porque, pela primeira vez, põe-se à prova o compromisso da Constituição Federal de 1988 em efetivar os direitos dos índios. Não restam dúvidas de que o texto constitucional representou um avanço na proteção desses direitos, reconhecendo expressamente o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam e a exclusividade no uso de recursos e na exploração de riquezas existentes nessas áreas. Porém, a real entrega da mencionada Terra às etnias presentes na região consagra o debate sobre a diversidade, revelando de que forma a experiência da “diferença” pode construir uma sociedade mais plural.

Relativamente aos casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da análise dos procedimentos das respectivas Supervisões de Cumprimento de Sentença, constata-se que no caso *Awas Tingni versus Nicarágua*, o Estado deu pleno cumprimento à sentença, tendo sido o procedimento arquivado em 03.04.2009.

RESUELVE:

1. Dar por concluida la supervisión del “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, en razón de que el Estado ha dado cumplimiento íntegro a lo ordenado en la Sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto de 2001.
2. Archivar el expediente del presente caso.
3. Comunicar esta Resolución a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su próximo período ordinario de sesiones por conducto del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2009.
4. Requerir a la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas.

De modo oposto, relativamente aos casos em que o Estado de Paraguai figurou no pólo passivo da demanda, nos respectivos procedimentos de Supervisão de Cumprimento de Sentença (relativos aos casos envolvendo as Comunidades Yakyé Axa e Sawhoyamaxa), convocaram-se audiências públicas com vistas a apurar razões para o

parcial descumprimento dos dispositivos contidos nas sentenças de fundo reparação e custas:

Y Resuelve:

1. Requerir al Estado del Paraguay que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento de conformidad con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. Solicitar al Estado del Paraguay que presente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 12 de mayo de 2008, un informe en el cual indique todas las medidas adoptadas para cumplir las reparaciones ordenadas por esta Corte que se encuentran pendientes de cumplimiento, y se pronuncie, conforme a lo indicado en el Considerando 47, sobre el supuesto pago a destiempo y la alegada aplicabilidad de intereses moratorios. El formato del informe estatal deberá ser el indicado por esta Corte en las notas de 18 de septiembre de 2006, 25 de abril y 23 de agosto de 2007.
3. Solicitar a los representantes de las víctimas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten las observaciones que estimen pertinentes al informe del Estado mencionado en el punto resolutivo anterior, en los plazos de dos y cuatro semanas, respectivamente, contados a partir de la recepción del informe.
4. Continuar supervisando los puntos pendientes de cumplimiento de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas.
5. Solicitar a la Secretaría de la Corte que notifique la presente Resolución al Estado del Paraguay, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los representantes de las víctimas.

[...]

RESUELVE:

1. Convocar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los representantes de las víctimas y a la República del Paraguay a una audiencia pública que se celebrará en el día 15 de julio de 2009, a partir de las 9:00 horas y hasta las 11:00 horas, en

la ciudad de La Paz, República de Bolivia, con el propósito de que la Corte obtenga información por parte del Estado sobre el cumplimiento de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas emitida en el presente caso, y escuche las observaciones de la Comisión Interamericana y de los representantes de las víctimas al respecto.

Relativamente ao caso Xákmok Kásec, o prazo fixado pela Corte para efetivação da sentença perdura até o ano de 2013, de modo que não é possível no momento a aferição acerca do real cumprimento da sentença.

5 CONCLUSÃO

Juntamente com a conclusão do presente trabalho surge uma indagação no sentido de haver ou não uma relação entre o regime jurídico constitucional dispensado às terras indígenas e a resolução interna dos conflitos envolvendo o tema.

Isso porque, como vimos ao longo do trabalho, o Brasil não dispensa um regime de propriedade comunitária a tais terras, embora os demais países constantes deste exercício concreto de comparação assim o façam.

Como cediço, a Constituição brasileira estabelece que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios pertencem à União, com usufruto das populações tradicionais. De outro modo, Nicarágua e Paraguai estabelecem expressamente em seus textos constitucionais que as terras indígenas são de propriedade coletiva dos próprios povos e comunidades indígenas.

Constatou-se que, dentre os países comparados, apenas o Brasil logrou efetivamente solucionar em sua jurisdição nacional um conflito envolvendo o tema, já que Nicarágua e Paraguai submeteram-se, ante a ineficiência de suas jurisdições nacionais neste particular, à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De toda sorte, a análise aqui formulada não pode ser de modo algum conclusiva quanto à relação entre a resolução interna dos conflitos envolvendo terras indígenas e a não aplicação constitucional do regime de propriedade comunitária, já que a comparação deu-se de modo pontual e meramente exploratório.

REFERÊNCIAS

- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidadade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Sentença. 31 ago. 2001.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidadade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai*. Sentença. 29 mar. 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidadade Indígena Yakyé Axa v. Paraguai*. Sentença. 17 jun. 2005.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Comunidade Indígena Xákmok Kasec v. Paraguai. Sentença. 24 ago. 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidadade Indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 3 de abril de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidadade Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de maio de 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidadade Indígena Yakyé Axa v. Paraguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 08 de fevereiro de 2008.
- INTERNET. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/09/indigenas-da-reserva-raposa-serra-do-sol-tem-problemas-com-o-alcoolismo.html>> Acesso em: 29 junho 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. PET nº 3388. Relator: Carlos Britto. Data do Julgamento: 19.03.2009. DJ de 30.06.2010.

EFETIVAÇÃO JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS JUDICIAL

ENFORCEMENT OF SOCIAL RIGHTS

Maria Laura Timponi Nahid
Procuradora Federal do Núcleo de Ações Prioritárias –
NAP da Procuradoria Regional Federal da 2ª Região
Especialista em Direito Constitucional

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Qualificação dos Direitos Sociais: Direitos Fundamentais, Subjetivos *Prima Facie*, Prestacionais?; 2 A Tutela Judicial dos Direitos Sociais; 2.1 Legitimidade Democrática do Judiciário; 2.2 Capacidade Técnica do Judiciário e Autocontenção Judicia; 3 A Escassez de Recursos Públicos e a Cláusula da Reserva do Possível; 3.1 Cláusula da Reserva do Possível e os Princípios Orçamentários; 3.2 Mínimo Existencial e Direito à

Segurança Social; 3.3 O princípio da vedação do retrocesso; 3.4 A Sociedade Civil pouco atuante ou politizada e os altos graus de miserabilidade da população; 4 Os instrumentos jurídicos adequados; 4.1 A universalização e o Princípio da Igualdade; 4.2 As demandas coletivas e individuais; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O estudo da efetivação judicial dos direitos sociais assume alta relevância, atualmente, face aos graves índices de desigualdade e miserabilidade em nosso país. Examinando, pois, a doutrina e jurisprudência que abordam a questão, o presente trabalho analisa a natureza dos direitos sociais e sua sujeição à tutela judicial, em virtude da supremacia das normas constitucionais. A monografia aborda, ainda, questões relativas à legitimidade democrática e capacidade técnica do Judiciário para implementação de políticas públicas. Ademais, observando a escassez de recursos públicos, examinam-se temas como a cláusula da reserva do possível, princípios orçamentários, direito ao mínimo existencial e à segurança social, princípio da vedação do retrocesso. Por fim, discute-se, brevemente, a utilização das ações coletivas e individuais, em relação à efetividade da tutela judicial dos direitos fundamentais sociais, com observância do princípio da igualdade e universalização dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais Sociais. Separação de Poderes. Cláusula da Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Ação Coletiva.

ABSTRACT: The study of the judicial effectiveness of social rights is currently under the spotlight, in view of serious levels of inequality and misery in our country. Under such context, this work addresses the nature of social rights and its submission to judicial review, in view of constitutional supremacy, reviewing doctrine and case law on the matter. This work also addresses issues regarding the democratic legitimacy and technical expertise of Courts to implement public policies. Moreover, taking into account the limitations to public resources, this work reviews issues such as “under reserve of possibilities clause”, budgetary principles, “minimal existential rights”, social legal security rights, and the “rights setback prohibition principle”. Finally, the author engages on a brief discussion on the use of class actions and individual actions vis-à-vis the effectiveness of judicial protection of fundamental social rights, taking into account principles of equality and universality of social rights.

KEYWORDS: Fundamental Social Rights. Checks and Balances Principle. Under Reserve of Possibilities Clause. Minimal Existential Rights. Class Actions.

INTRODUÇÃO

A proteção judicial dos direitos sociais constitui, atualmente, questão da mais alta relevância e vem sendo discutida tanto na doutrina como na jurisprudência.

Na história recente de nosso país, houve grande evolução no tratamento dos direitos previstos na Constituição da República, porquanto não se reconhecia, outrora, a efetividade das normas constitucionais.

Ao contrário, existe número significativo de decisões judiciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal¹ (guardião máximo da supremacia constitucional), que condenam o Estado lato sensu, aí considerados a União, os Estados-membros e os Municípios, à concretização de determinado direito social com previsão na Constituição da República, em especial, direitos à saúde e à educação.

Todavia, as referidas decisões judiciais provocam o surgimento de alguns questionamentos teóricos como a efetiva caracterização dos direitos sociais como direitos prestacionais, subjetivos e fundamentais, as supostas ausência de legitimidade democrática e incapacidade técnica do Poder Judiciário para intervenção na hipótese de omissão estatal na implementação de políticas públicas dispostas constitucionalmente, além da possível violação do princípio da separação dos Poderes.

Além disso, face à escassez de recursos públicos, são analisados temas como a cláusula da reserva do possível, princípios orçamentários, direitos ao mínimo existencial, à segurança social e o princípio da vedação do retrocesso.

Ademais, a doutrina² examina os parâmetros para o controle judicial dos direitos sociais, sustentando que as ações coletivas seriam

¹ Vide Supremo Tribunal Federal, ARE 639337 AgR/SP, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com agravo, Relator Min. Celso de Mello, Julgamento: 23/08/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação DJe-177, divulgação 14/09/2011, publicação 15/09/2011. Vide Supremo Tribunal Federal, SL 47 AgR/PE, Agravo Regimental na Suspensão de Liminar, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Julgamento: 17/03/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJe-076, divulgação 29/04/2010, publicação 30/04/2010.

² Vide, a esse respeito, BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2011; bem como SARMENTO, Daniel. Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

mais adequadas que as demandas individuais para efetivação das políticas públicas em consonância com o princípio da igualdade.

Sendo assim, o tema escolhido oferece indagações teóricas, bem como repercussão prática de grande importância para o contexto histórico de nosso país na atualidade.

1 A QUALIFICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUBJETIVOS PRIMA FACIE, PRESTACIONAIS?

Inicialmente, uma concepção brasileira tradicional entendia que os direitos sociais estavam contidos em normas meramente programáticas.

Contudo, a previsão dos direitos sociais no art. 6º da Constituição da República, Capítulo II, sob o Título II, referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, promoveu o reconhecimento, por grande parte da doutrina³, dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴ preleciona que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais⁵.

Nesse sentido, visão mais moderna identifica a efetividade das normas constitucionais, em consonância com o disposto no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição da República, que prevê a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais.

³ Vide, por exemplo, SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510. p. 483 e 486; bem como LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 87-88.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510. p. 482-483.

⁵ Paulo Gilberto Cogo Leivas conceitua os direitos sociais como “direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.” Vide LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89.

Todavia, há juristas como Ricardo Lobo Torres⁶, que restringe os direitos fundamentais sociais ao núcleo correspondente ao mínimo existencial, ou seja, apenas àqueles vinculados às condições mínimas para manutenção da dignidade da pessoa humana.

Fábio Konder Comparato⁷ sustentou que os direitos sociais não possuiriam uma dimensão subjetiva. Desse modo, seus titulares não fariam jus à exigibilidade de prestações positivas, mas teriam direito apenas a um controle judicial da razoabilidade das políticas públicas para sua formalização.

Há quem considere os direitos sociais como direitos subjetivos definitivos. No entanto, face à escassez de recursos e ao princípio da separação dos poderes, somente alguns direitos sociais, dispostos em regras e não princípios, podem ser qualificados como direitos subjetivos definitivos, como, por exemplo, o direito ao ensino básico obrigatório (art. 208, I, CRFB).

Robert Alexy⁸, Ingo Wolfgang Sarlet⁹ e Paulo Gilberto Cogo Leivas¹⁰ defendem que os direitos sociais são direitos subjetivos garantidos prima facie, ou seja, são direitos abarcados por princípios jurídicos, impondo-se uma ponderação no caso concreto para seu reconhecimento em definitivo.

Sendo assim, com base no princípio da proporcionalidade (subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido

6 TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 274.

7 COMPARATO, Fábio Konder. "O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. In: Eros Roberto Grau e Sérgio Sérvulo Cunha. Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 244-260 apud SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 193.

8 ALEXY, Robert. "Derechos Sociales Fundamentales". In: Miguel Carbonell, Juan Antonio Parcero y Rodolfo Vásques. *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 69-88 apud SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 194.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510, p.484.

10 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98.

estrito¹¹), proceder-se-á à ponderação no caso concreto, verificando-se o núcleo essencial do direito social que se pretende proteger, bem como o direito fundamental que sofrerá restrição, desde não seja violado seu núcleo essencial¹².

O subprincípio da adequação equivale à aptidão dos meios em alcançar os fins visados. A necessidade corresponde à inexistência de outros meios que restrinjam em menor intensidade os direitos para atingir os fins pretendidos. O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”¹³

Desse modo, deve ser eleito o meio menos gravoso para restrição a determinado direito fundamental e, portanto, adequado e necessário para os fins visados. Além disso, faz-se mister que se obtenha maior benefício com a proteção do núcleo essencial de um direito fundamental social do que sacrifício gerado pela restrição do outro direito fundamental (proporcionalidade em sentido estrito)¹⁴.

Ressalta-se, entretanto, que, ainda que os direitos sociais não sejam considerados como direitos fundamentais, não se pode negar que os direitos sociais agrupam direitos prestacionais e direitos defensivos. Os primeiros apresentam uma dimensão positiva, ou seja, sua efetivação demanda uma atuação positiva do Estado e da sociedade, como, por exemplo, os direitos à saúde e à educação. Os segundos, chamados direitos negativos, impõem uma proteção contra a atuação do Estado e também de particulares.

No entanto, observa-se que muitos direitos possuem uma dimensão positiva e outra negativa como, por exemplo, o direito à moradia, que

¹¹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011.

¹² SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98. p. 61.

¹³ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011. p. 17-18.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. p. 334-339.

demandas de proteção de não intervenção do Estado ou por terceiros, mas também pode ser exigido como uma prestação material do Estado.

Além disso, destaca-se que tanto os direitos subjetivos negativos como os direitos de caráter positivo apresentam custos¹⁵. O direito à liberdade, por exemplo, é um direito tipicamente defensivo, exigindo, porém, prestações relacionadas à segurança pública e os custos correspondentes.

Ricardo Lobo Torres¹⁶ corrobora o entendimento acima mencionado, acrescentando novo aspecto à distinção entre direitos positivos ou prestacionais e negativos ou defensivos: “Parece-nos, contudo, útil a distinção, por permitir o delineamento dos limites do *status positivus libertatis*, no que concerne às liberdades básicas e ao mínimo existencial, e ao seu contraste com o *status positivus socialis*.” (grifos nossos)

Ademais, sustenta-se a existência de uma dimensão objetiva dos direitos sociais, equivalente à sua força irradiante, transformando-os em diretrizes para interpretação do ordenamento jurídico. Nessa linha, há deveres do Estado de proteção e realização dos valores conexos aos direitos sociais.

2 A TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS

2.1 Legitimidade Democrática do Judiciário

Atualmente, na maior parte das democracias adotadas globalmente, apenas o Legislativo e o Executivo são poderes legitimados pelo voto popular, na medida em que os juízes não são eleitos. Nesse sentido, sustenta-se o caráter antidemocrático do controle dos direitos sociais pelo Judiciário.

No entanto, a legitimação¹⁷ do Judiciário se dá pela tutela dos direitos fundamentais, com fulcro na Carta Magna, bem como na

¹⁵ SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton and Company, 1999 apud SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 181.

¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 242.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 119-126

motivação de suas decisões, com explicitação e desenvolvimento dos argumentos escolhidos para fundamentar determinado resultado.

Outrossim, adotando-se a corrente que qualifica os direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*, faz-se mister a aplicação da ponderação no caso concreto, considerando-se, de um lado, os princípios constitucionais formais restritivos, quais sejam, os princípios democrático e da separação de poderes e de outro, os princípios materiais correspondentes aos direitos fundamentais sociais.

Nessa linha, preleciona Paulo Gilberto Cogo Leivas¹⁸:

No modelo aqui desenvolvido, que segue a teoria externa das restrições, os princípios democrático e da separação dos poderes, que efetivamente conferem, aos Poderes Legislativo e Executivo uma legitimação privilegiada para a conformação e execução dos direitos fundamentais sociais, são princípios constitucionais que restringem amiúde os direitos fundamentais sociais *prima facie*, porém não funcionam como obstáculos à efetividade destes direitos em caso de *omissão ou ação insuficiente, inadequada ou desnecessária dos Poderes Legislativo e Executivo*.

Os direitos fundamentais sociais somente serão restringidos, contudo, se, após submetidos à *análise da proporcionalidade em sentido estrito*, concluir-se que os chamados princípios formais (princípio democrático e separação de poderes) e os princípios materiais (v.g., os direitos fundamentais sociais de terceiros) apresentarem-se como *mais importantes no caso concreto, segundo a lei da ponderação, que os próprios direitos fundamentais sociais*. (grifos nossos)

Destaca-se, ainda, que a Constituição da República consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais, bem assim, previu, no art. 5º, XXXV, o princípio, segundo o qual, a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A alegação de que a atuação do Judiciário seria antidemocrática pode ser, segundo Daniel Sarmento¹⁹, relativizada, ou mesmo afastada, com a apresentação de três argumentos.

¹⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 95.

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186-187.

O primeiro fundamento seria a existência de uma crise da democracia representativa, agravada, em nosso país, na medida em que o povo tem baixa ou nenhuma confiança nos parlamentares e integrantes do Executivo. Desse modo, face à crise de credibilidade das instituições de representação popular, a atuação do Judiciário na proteção dos direitos sociais seria não só legitimada, mas bem-vinda.

Além disso, a liberdade e cidadania somente podem ser efetivamente exercidas se são garantidas condições mínimas para vida com dignidade.

Nesse sentido, ensina Ricardo Lobo Torres²⁰ que “de nada adianta ser titular da liberdade de expressão se não se possui a educação mínima para a manifestação de ideias”.

Ademais, o Poder Judiciário tem o dever de aplicar as normas constitucionais, inclusive aquelas relativas aos direitos fundamentais sociais. Destarte, faz parte da democracia o controle, pelo Judiciário, do Executivo e do Legislativo, conforme a teoria dos freios e contrapesos²¹.

Entretanto, apesar de ser extremamente importante a atuação do Judiciário na proteção dos direitos sociais, não se está advogando a substituição do Executivo e do Legislativo na escolha de políticas públicas e gerenciamento dos recursos públicos correspondentes. Pregase, na verdade, o seu poder-dever em atuar na garantia de efetividade dos direitos sociais tutelados constitucionalmente.

2.2 Capacidade Técnica do Judiciário e Autocontenção Judicial

Outra importante questão a ser analisada se refere à capacidade técnica do Judiciário para proteção dos direitos sociais, com intervenção nas políticas públicas.

Os juízes não, necessariamente, possuem o conhecimento específico requerido para tomar decisões complexas, em especial, de alocação de recursos públicos.

Ao contrário, os Poderes Executivo e Legislativo estão, em tese, mais bem amparados e aparelhados, possuindo servidores técnicos,

²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. p. 243-342. p. 262.

²¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 209.

especializados, para consultoria e assessoria para formalização de determinadas escolhas, que podem abranger aspectos políticos e econômicos.

Todavia, a doutrina mais moderna²² defende que o ato administrativo discricionário pode ser controlado pelo Judiciário, desde que sejam observados os princípios da legalidade, da razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, deve-se atentar para o fato de que, como explicitado anteriormente, os principais personagens na gestão das políticas públicas devem ser os Poderes Executivo e Legislativo, considerando-se o preparo técnico de seus quadros de pessoal e a observância dos princípios democrático e da separação dos poderes.

Desse modo, defende-se a contenção de ativismo judicial exacerbado, na medida em que os principais destinatários das normas constitucionais para implementação de direitos prestacionais são os Poderes Legislativo e Executivo, que possuem legitimidade privilegiada para realização dos direitos fundamentais sociais.

Ressalta-se, ainda, que para a efetivação dos direitos consagrados constitucionalmente, com desenvolvimento da democracia brasileira, faz-se mister a participação ativa da população na área pública para cobrança de promessas eleitorais e até mesmo para fiscalização do orçamento público, da alocação de recursos a determinadas políticas públicas eleitas.

Rogério Gesta Leal²³ conclui, com maestria, a questão analisada, no sentido de que “[...] o Poder Judiciário (ou qualquer outro Poder Estatal) não tem o condão de *make public choices*, mas pode e deve assegurar aquelas escolhas públicas já tomadas por estes veículos, notadamente as inseridas no Texto Político...”

Ademais, o Ministro Celso de Mello, em caso emblemático do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45/DF²⁴, manifestou-se no sentido

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 110

²³ LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157-178. p. 173.

²⁴ ADPF nº 45, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/05/2004.

de que não compete, aprioristicamente, ao Judiciário a formulação e implantação de políticas públicas:

Tal incumbência, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Em face do exposto, destaca-se, mais uma vez, a necessidade de autocontenção judicial na proteção dos direitos sociais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet²⁵:

No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável *auto-limitação funcional* (*do assim designado judicial self-restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo pró-ativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais. (grifos nossos)

Da mesma maneira, sustenta Luís Roberto Barroso²⁶:

Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. (grifos nossos)

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510. p. 507.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 13.

3 A ESCASSEZ DE RECURSOS PÚBLICOS E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

3.1 Cláusula da Reserva do Possível e os Princípios Orçamentários

A Cláusula da Reserva do Possível é sustentada, com frequência, pela Fazenda Pública, para argumentar a necessidade de impor limites à efetivação dos direitos sociais.

A referida cláusula apresenta um aspecto fático e outro jurídico. O aspecto fático da reserva do possível corresponde à limitação quanto à efetiva existência de recursos públicos para fazer frente aos custos dos direitos, tanto os positivos ou prestacionais, como os negativos ou defensivos. O aspecto jurídico diz respeito à necessidade de previsão orçamentária para o Estado realizar despesas.

Ingo Wolfgang Sarlet²⁷ sustenta que a reserva do possível apresenta dimensão tríplice.

A reserva do possível estabelece limites fático e jurídico à concretização dos direitos sociais. Contudo, poderá ser utilizada como garantia dos direitos fundamentais, em hipótese de conflito de interesses, em que, em virtude da escassez de recursos, verificados critérios de proporcionalidade e razoabilidade, elege-se determinado núcleo essencial de um direito fundamental para proteção em detrimento de outro²⁸.

27 “A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido mais amplo, apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também de sua razoabilidade.” Vide SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510. p. 498.

28 Vide SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510. p. 499.

Dante da escassez de recursos públicos, impõe-se a fundamentação e fixação de critérios objetivos para escolha de determinadas políticas públicas e não de outras.

Como explicitado no Capítulo 3, os principais personagens para estabelecimento de critérios e formalização de escolhas, no que concerne a políticas públicas, são os Poderes Executivo e Legislativo, além da saudável atuação da sociedade civil em um Estado Democrático de Direito.

O princípio da legalidade da despesa impõe a previsão orçamentária para realização de despesas, bem como a previsão das receitas correspondentes.

Nesse sentido, compete, prioritariamente, ao Legislativo dispor, por meio da lei orçamentária, quanto aos recursos a serem despendidos para implementação de alguns direitos sociais.

Faz-se mister ressaltar, contudo, que a ampla liberdade e discricionariedade do legislador são limitadas pelas disposições contidas na Constituição da República.

Nessa linha, caberá ao Judiciário exercer o controle das escolhas realizadas pelos outros poderes. Esse controle deve se dar no caso concreto, com fulcro na ponderação de interesses²⁹. Deve ser utilizado o princípio da proporcionalidade, verificando-se o núcleo essencial do direito fundamental que se pretende proteger e o grau de restrição a que se sujeitará o outro direito, desde que não seja atingido seu núcleo essencial³⁰.

Na hipótese de colisão entre direitos fundamentais, utiliza-se a técnica de ponderação³¹, no caso concreto, com base no princípio da razoabilidade-proporcionalidade. Destarte, o aplicador do direito deve realizar, segundo Luís Roberto Barroso, “concessões recíprocas” entre os valores em conflito, preservando-se o máximo de cada um.

²⁹ SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35-98. p.60-61.

³⁰ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, apud LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 104-105.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.p. 335-339.

Ademais, impõe-se a preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de criação de restrições inconstitucionais³².

Nessa linha, manifestou-se o Ministro Celso de Mello³³ do Supremo Tribunal Federal:

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, ‘hic e nunc’, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a ponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, *a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina. (grifos nossos)

Busca-se, desse modo, garantir o mínimo existencial, ou seja, as condições mínimas para a vida do ser humano, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Daniel Sarmento³⁴ apresenta observações importantes quanto à cláusula da reserva do possível, a previsão orçamentária e o controle judicial:

Penso, em síntese, que a ausência de previsão orçamentária é um elemento que deve comparecer na ponderação de interesses que envolve a adjudicação dos direitos fundamentais sociais previstos de forma principiológica. Trata-se de um fator relevante, mas que está longe de ser definitivo, podendo ser eventualmente superado de acordo com as peculiaridades do caso.

Além disso, o referido jurista sustenta, com razão, que, na hipótese de utilização da reserva do possível, pela Fazenda Pública, como matéria de defesa, em processo judicial, o ônus probatório quanto à inexistência

³² SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, mimeografado, 2005, p. 259-260 e 272 apud BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. p. 338.

³³ HC 82.424/RS, STF, voto do Ministro Celso de Mello, DJU de 19/03/2004.

³⁴ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 202.

de recursos públicos deveria recair sobre o ente público, por quanto somente este teria a possibilidade fática de provar o alegado³⁵.

Ademais, o Ministro Celso de Mello, no julgamento, mencionado anteriormente, da ADPF nº 45/DF³⁶, foi enfático:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, deste modo, que a *cláusula da reserva do possível*, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. (grifos nossos)

3.2 Mínimo Existencial e Direito à Segurança Social

O mínimo existencial consiste nas condições mínimas de existência humana, com dignidade, como, por exemplo, o direito à saúde, à alimentação, à moradia, à educação.

Destarte, as condições mínimas de sobrevivência do homem não podem ser objeto de intervenção por parte do Estado, exigindo-se, ainda, prestações estatais positivas.

Nesse sentido, ausentes as condições mínimas de vida digna, nas palavras de Ricardo Lobo Torres, “cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.”³⁷

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 200.

³⁶ ADPF nº 45, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/05/2004.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342. p. 267.

Ricardo Lobo Torres³⁸ preleciona sobre o mínimo existencial, sustentando que “a retórica do mínimo existencial não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial”.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso³⁹ conceitua o mínimo existencial como “as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate político.”

Desse modo, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45/DF⁴⁰, defendeu a tutela jurisdicional das políticas públicas na hipótese em que os Poderes Legislativo e Executivo atuarem visando ao estabelecimento da ineficácia dos direitos sociais:

como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um *conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.* (grifos nossos)

O mínimo existencial apresenta fundamentos instrumentais, como a proteção da liberdade material e da democracia, consubstanciada na participação efetiva dos cidadãos no espaço público. Todavia, o argumento não-instrumental é o principal, na medida em que se considera um fim em si mesmo a garantia das condições mínimas de existência para a vida digna.

Daniel Sarmento⁴¹ faz algumas considerações quanto à cláusula da reserva do possível face ao mínimo existencial:

Sem embargo, discordo daqueles que afirmam que o direito ao mínimo existencial é absoluto, não se sujeitando à reserva do possível. [...]

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342.p. 268.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 10.

⁴⁰ ADPF nº 45, STF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/05/2004.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 206-207.

Em suma, não me parece que o mínimo existencial possa ser assegurado judicialmente de forma incondicional, independentemente de considerações acerca do custo de universalização das prestações demandadas. [...]

Em outras palavras, a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado. *Mas não existe um direito definitivo à garantia do mínimo existencial, imune a ponderações e à reserva do possível.* (grifos nossos)

O direito ao mínimo existencial está intimamente ligado à ideia de segurança social, porquanto aquele garante as condições mínimas para uma vida digna em sociedade. Há quem faça referência, inclusive, a um Estado de Segurança, fundado no princípio da solidariedade.⁴²

A justiça social é traduzida por necessária distribuição de rendas, com fulcro nos princípios da igualdade e solidariedade para formação de uma sociedade equilibrada, impondo-se a intervenção estatal, com efetivação das normas constitucionais.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴³ manifestou-se acerca da segurança social:

Da mesma forma, *inquestionável a conexão direta entre a segurança jurídica* (nas suas diversas manifestações) e as demais dimensões referidas, notadamente da *segurança social e pessoal*, tal qual sumariamente delineadas, já que a segurança social – aqui destacada pela sua relevância para o presente ensaio – também envolve necessariamente *um certo grau de proteção dos direitos sociais* (*acima de tudo no âmbito dos benefícios de cunho existencial*) contra ingerências dos órgãos estatais, assim como contra violações provindas de outros particulares. (grifos nossos)

⁴² TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 243-342. p. 273-281.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direitos constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, março, abril, maio de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 273, 278.

3.3 O princípio da Vedação do Retrocesso

O princípio da vedação do retrocesso tem sua aplicação mais significativa nas chamadas “cláusulas pétreas”, em consonância com o disposto no art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição da República.

Desse modo, o dispositivo precitado dispõe que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais.”.

A doutrina⁴⁴ interpreta o referido artigo como proteção ao núcleo essencial de todos os direitos fundamentais, incluídos, naturalmente, os direitos sociais.

Destarte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais é garantido até mesmo contra eventual reforma constitucional.

Além disso, o princípio da vedação do retrocesso envolve considerações a respeito dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Dessa forma, os atos do Poder Público deveriam se sujeitar a patamares mínimos de continuidade da ordem jurídica, bem como deveriam preencher requisitos de confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência para garantir a segurança jurídica do cidadão, com manutenção de suas próprias posições jurídicas⁴⁵.

A vedação do retrocesso abrange não só a reforma constitucional, como referido anteriormente, mas a alteração legislativa, com retroação e exclusão de determinados direitos, bem como a atuação administrativa do Estado, com extinção de certos programas e consequente ineficácia de direitos sociais garantidos em momento prévio.

Há vinculação do legislador ao núcleo essencial efetivado no âmbito dos direitos sociais, haja vista que o contrário equivaleria à

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510. p. 494.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direitos constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, março, abril, maio de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 281.

violação dos mandamentos constitucionais que dispõem sobre os direitos fundamentais sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁶ reforça a adoção do princípio da vedação do retrocesso pela doutrina brasileira:

No plano doutrinário, valemo-nos da lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir *determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.* (grifos nossos)

A vedação do retrocesso tem como fundamentos⁴⁷: o princípio do Estado Democrático de Direito, que pressupõe, por sua vez, a garantia dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança; o princípio da dignidade da pessoa humana, com efetivação das condições mínimas de vida digna; o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, em especial, dos direitos fundamentais; a proteção constitucional contra retroatividade, prevista no art. 5º, XXXVI da CRFB, o qual dispõe que a “lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; a proteção da confiança equivalente à exigência de boa-fé subjetiva e objetiva na relação com particulares; a vinculação dos órgãos estatais a atos administrativos anteriores; a efetividade das normas constitucionais; aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como, por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁸, no sentido da progressiva

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direitos constitucional brasileiro.

Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), março, abril, maio de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 296.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direitos constitucional brasileiro.

Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), março, abril, maio de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 297-299.

⁴⁸ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19/12/1966, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226

implementação dos direitos sociais, em consonância com o art. 5º, parágrafo 2º da Constituição da República.

3.4 A Sociedade Civil Pouco Atuante ou Politizada e os Altos Graus de Miserabilidade da População

O estágio de desenvolvimento em que se encontra nosso país revela graves desigualdades sociais, altos graus de miserabilidade e, por consequência, uma sociedade civil pouco atuante, porquanto a população não tem, na prática, a garantia das condições mínimas de existência de vida digna.

Desse modo, é afetada a própria liberdade de expressão do povo, bem como o conhecimento necessário quanto a seus direitos para a sua efetivação.

Destarte, esses fatores devem ser considerados quando da análise de alegação da reserva do possível para controle judicial dos direitos fundamentais sociais, como defende Daniel Sarmento⁴⁹:

Nesta lista de direitos a serem assegurados para a viabilização da democracia não devem figurar apenas os direitos individuais clássicos, como liberdade de expressão e direito de associação, mas também direitos às condições materiais básicas de vida, que possibilitem o efetivo exercício da cidadania. *A ausência destas condições, bem como a presença de um nível intolerável de desigualdade social, comprometem a condição de agentes morais independentes dos cidadãos, e ainda prejudicam a possibilidade de que se vejam como parceiros livres e iguais na empreitada comum de construção da vontade política da sociedade.* [...]

Contudo, me parece que o argumento é contraditório, já que a maior carência econômica, presente em países do Terceiro Mundo, torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. *Por isso, o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua a sua importância.* (grifos nossos)

de 12/12/1991 e promulgado pelo Decreto 591 de 06/07/1992.

⁴⁹ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 198.

4 OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADEQUADOS

4.1 A Universalização e o Princípio da Igualdade

A cláusula da reserva do possível poderia ser interpretada de três formas, segundo os ensinamentos de Daniel Sarmento⁵⁰.

Uma interpretação radical seria admitir a efetivação de direitos sociais em quase todas as situações, salvo quando restasse comprovada a ausência total de recursos públicos.

Outra possibilidade seria “conceber a reserva do possível como uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental sobre o universo de recursos públicos.⁵¹”

Destarte, a efetivação do direito social poderia ser afastada apenas quando verificado impacto elevado sobre as contas públicas, admitindo-se a concessão individual de determinado benefício, ainda que o Estado não tenha recursos suficientes para estender o direito a outras pessoas, consoante o princípio da igualdade.

Todavia, o supracitado autor argumenta que a melhor interpretação é aquela, segundo a qual, “a reserva do possível fática deve ser concebida como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.”

Dessa forma, sustenta-se, com fulcro no princípio da igualdade, que o Estado não deveria conceder a efetivação de determinado direito a um indivíduo se não tiver condições de estender o mesmo benefício a todos que se encontrarem nas mesmas condições fáticas.⁵²

Além disso, considerados o princípio da igualdade e a desejável possibilidade de universalização de um benefício para a concessão judicial de um direito social, argumenta Daniel Sarmento⁵³:

50 SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 199.

51 SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 199.

52 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 106.

53 SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 205-206.

Por isso, não concordo com a argumentação aduzida em algumas decisões judiciais em matéria de saúde, no sentido de que, tendo em vista a universalidade deste direito, seria irrelevante *analisar se o autor da ação possui ou não os recursos necessários à aquisição da prestação demandada do Estado. Este dado me parece fundamental*, pois, num caso, o sacrifício eventualmente imposto pela denegação da pretensão repercute tão-somente sobre o patrimônio do paciente, enquanto no outro pode estar em jogo a sua própria vida. Temo que este tipo de raciocínio, num *contexto de acesso não igualitário à Justiça, possa legitimar um uso enviesado dos direitos sociais que, de instrumentos de emancipação em favor dos mais fracos, acabem se transformando em artifícios retóricos manejados pelas classes favorecidas.* (grifos nossos)

Face à escassez de recursos públicos, impõe-se a observância de tratamento igualitário, admitindo-se a concessão de certo direito social somente quando possível sua universalização, consoante Paulo Gilberto Cogo Leivas⁵⁴ “o mandado de igualdade material exige um tratamento desigual quando há razão suficiente para tanto”.

Em processos judiciais, em regra, trata-se de questões bilaterais e, no caso em testilha, observa-se o pedido de um indivíduo de efetivação de um direito social face ao Estado.

Sendo assim, considerada a escassez de recursos públicos, deve ser levada em conta a possibilidade de universalização do benefício, bem como a razoabilidade e essencialidade da concessão do direito social.

Luís Roberto Barroso⁵⁵ preleciona que “o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública.”

Impõe-se, portanto, a reflexão sobre casos em que o Judiciário concede, por exemplo, um tratamento de saúde extremamente caro e sem qualquer comprovação de sua eficácia, enquanto aqueles recursos públicos deixam de ser utilizados para políticas de prevenção da mesma doença relativamente a milhares de pessoas ou em saneamento básico e

⁵⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 106.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 25.

higiene, que, da mesma maneira, poderiam evitar diversas moléstias de inúmeras pessoas.

Nessa linha, ensina Daniel Sarmento⁵⁶:

O processo judicial foi pensado com foco nas questões bilaterais da justiça comutativa, em que os interesses em disputa são apenas aqueles das partes devidamente representadas. Contudo, a problemática subjacente aos direitos sociais envolve sobretudo questões de justiça distributiva, de natureza multilateral, já que, diante da escassez, garantir prestações a alguns significa retirar recursos do bolo que serve aos demais. Boas decisões nesta área pressupõem *a capacidade de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito de um processo judicial. [...] Na verdade, o processo judicial tende a gerar uma “visão de túnel”, em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário.* (grifos nossos)

Os obstáculos, acima descritos, quanto ao controle judicial das políticas públicas, podem ser reduzidos com a adoção, pelos juízes, de peritos especializados, inclusive no que diz respeito aos efeitos econômicos da decisão, bem assim com a maior participação de terceiros nas demandas judiciais (*amicus curiae*) e realização de audiências públicas.

4.2 As Demandas Coletivas e Individuais

Os problemas apontados no item 5.1 têm melhores chances de serem resolvidos ou, ao menos, atenuados, com escolha preferencial de ações coletivas em detrimento de individuais para efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nas demandas coletivas, o juiz pode perceber, com maior clareza, o impacto financeiro de sua decisão nas finanças públicas e promover a macrojustiça.

Ademais, seria facilitada a reflexão quanto à possibilidade de universalização do benefício requerido.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 210.

Além disso, as ações coletivas abrangem toda uma categoria de pessoas, inclusive os mais pobres e miseráveis, diversamente do que sói ocorrer nas demandas individuais. Isso porque, as ações individuais ficam restritas, em regra, à classe média, que possui maior conhecimento sobre seus próprios direitos e, portanto, maior acessibilidade efetiva à justiça.⁵⁷

Luís Roberto Barroso⁵⁸ esclarece quanto à escolha entre as demandas individuais e as ações coletivas:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres.

[...]

Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. *O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida.* Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública. (grifos nossos)

No mesmo sentido, defende Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁹ que estaria, por meio da ação coletiva, “assegurado, por esta via um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar ao máximo o casuísmo”.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 212.

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 26-27.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 479-510. p. 500.

Luís Roberto Barroso⁶⁰ sustenta que a discussão abstrata, em ação coletiva, permite uma análise do contexto geral, diversamente do que ocorre nas ações individuais, na medida em que os legitimados ativos terão maior possibilidade de trazer, aos autos, elementos necessários para análise do caso, como “as dimensões da necessidade” e a “quantidade de recursos disponível como um todo⁶¹.”

Ademais, o precitado autor defende que, nas demandas coletivas, será possível a realização da macrojustiça, com prévia análise de “alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral”⁶². Pode ser examinado, pelo Judiciário, “o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis”⁶³ de uma decisão, o que não se alcançaria em uma ação individual.

Outrossim, o referido autor preleciona que, nas ações coletivas, com efeitos *erga omnes*, poderão ser garantidas “a igualdade e universalidade no atendimento da população”. Dessa maneira, “a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal.⁶⁴”

5 CONCLUSÕES

Os direitos sociais são direitos fundamentais, com fulcro no art. 6º da Constituição da República, impondo-se a incidência do art. 5º, parágrafo 1º da CRFB, que dispõe sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Ademais, considera-se que os direitos sociais são direitos subjetivos prima facie, abarcados por princípios jurídicos. Nesse sentido, faz-se necessária uma ponderação de interesses, no caso concreto, com base no princípio da razoabilidade-proporcionalidade, para seu reconhecimento definitivo.

60 BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Eficácia à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011. p. 31-32.

61 BARROSO, Ibid., p. 32.

62 BARROSO, Ibid., p. 32.

63 BARROSO, Ibid., p. 13.

64 BARROSO, Ibid.

Em regra, defende-se que os direitos sociais seriam direitos prestacionais, exigindo uma prestação material do Estado.

Contudo, verifica-se que tanto os direitos prestacionais ou positivos como os direitos defensivos ou negativos acarretam custos, havendo a necessidade de previsão orçamentária para as receitas e despesas correspondentes.

Os principais personagens na implementação das políticas públicas são os Poderes Legislativo e Executivo, legitimados pelo voto popular. Ademais, deve ser incentivada, no Estado Democrático de Direito, a saudável participação da sociedade civil na esfera pública.

Todavia, admite-se o controle judicial da efetivação dos direitos sociais nas hipóteses de omissão, ação insuficiente ou inadequada do Executivo e Legislativo, de acordo com a teoria dos freios e contrapesos.

Tratando-se os direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*, faz-se mister a aplicação da técnica de ponderação no caso concreto, considerando-se, de um lado, os princípios constitucionais formais restritivos, quais sejam, os princípios democrático e da separação de poderes, e de outro, os princípios materiais correspondentes aos direitos fundamentais sociais.

A legitimação do Judiciário se fundamenta na tutela das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais, na motivação das decisões judiciais, bem assim na existência de uma crise de credibilidade, junto ao povo, das instituições de representação popular.

Outrossim, ressalta-se que a liberdade e a cidadania, num contexto democrático, somente podem ser efetivamente exercidas se garantidos os direitos sociais, em especial, as condições mínimas para vida com dignidade.

No entanto, reconhece-se que os juízes não possuem, em regra, conhecimento específico necessário para tomar decisões complexas, em especial, de alocação de recursos públicos.

Isso porque os Poderes Executivo e Legislativo estão, em tese, mais bem amparados e aparelhados, possuindo servidores técnicos, especializados, para consultoria e assessoria para formalização de determinadas escolhas, que podem abranger aspectos políticos e econômicos.

Sendo assim, defende-se a auto contenção judicial na proteção dos direitos sociais, com limitação do ativismo judicial exagerado.

Importante questão a ser analisada no âmbito da efetivação dos direitos sociais é a escassez de recursos públicos.

A cláusula da reserva do possível apresenta um aspecto fático, correspondente à limitação quanto à efetiva existência de recursos públicos para custeio dos direitos, e um aspecto jurídico, quanto à necessidade de previsão orçamentária para o Estado efetuar despesas.

O princípio da legalidade da despesa impõe a previsão orçamentária para a realização de despesas, cabendo ao Legislativo, prioritariamente, dispor quanto à existência de receitas correspondentes. Entretanto, a liberdade e discricionariedade do legislador são limitadas pelas normas constitucionais.

Destaca-se, ainda, que, na hipótese de utilização da reserva do possível, pela Fazenda Pública, como matéria de defesa, em processo judicial, o ônus probatório quanto à inexistência de recursos públicos deve recair sobre o ente público, porquanto somente este tem a possibilidade fática de provar o alegado.

O mínimo existencial, conceituado como as condições elementares de existência humana digna, reforça a necessidade da efetivação dos direitos sociais, na medida em que consiste em um fim em si mesmo (argumento não-instrumental), bem como apresenta um fundamento instrumental, equivalente ao acesso aos valores civilizatórios, proteção da liberdade material e da democracia, com participação efetiva dos cidadãos no processo e debate políticos.

O princípio da vedação do retrocesso envolve considerações a respeito dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Dessa forma, os atos do Poder Público deveriam se sujeitar a patamares mínimos de continuidade da ordem jurídica, bem como deveriam preencher requisitos de confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência para garantir a segurança jurídica do cidadão, com manutenção de suas próprias posições jurídicas.

A cláusula da reserva do possível fática deve ser interpretada como a possibilidade razoável de universalização de determinado direito social, verificados os recursos efetivamente existentes.

Face à escassez de recursos públicos e considerado o princípio da igualdade, defende-se que o Estado não deveria conceder determinada prestação material a um indivíduo se não tiver condições de estender o mesmo benefício a todos que se encontrarem em situações fáticas idênticas.

Impõe-se a observância da possibilidade de universalização de um direito social, bem como a razoabilidade e essencialidade da concessão do benefício.

Sem embargo, diversos problemas podem surgir, em uma demanda individual, dirigida a uma questão bilateral, no controle judicial das políticas públicas.

Isso porque, sob o exame econômico do direito, o juiz pode ficar restrito ao caso concreto apresentado e não ter acesso à visão do conjunto. Desse modo, o Judiciário pode conceder um tratamento extremamente custoso a um indivíduo, retirando a disponibilidade daqueles recursos públicos para saneamento básico, por exemplo, ou políticas de prevenção de doenças relativamente a milhares de pessoas.

Os problemas descritos acima podem ser reduzidos com a adoção, pelos juízes, de peritos especializados, inclusive no que diz respeito aos efeitos econômicos da decisão, bem assim com a maior participação de terceiros nas demandas judiciais (*amici curiae*) e realização de audiências públicas.

Contudo, as questões referidas poderiam ser solucionadas com a escolha preferencial de ações coletivas em detrimento de ações individuais para efetivação dos direitos fundamentais sociais.

As demandas coletivas permitem ao julgador uma análise do contexto geral, na medida em que os legitimados ativos têm melhores condições de apresentar, nos autos, os benefícios necessários e requeridos pela população, bem como a totalidade dos recursos públicos disponíveis.

Desse modo, o juiz pode examinar, com maior precisão, a possibilidade de universalização do direito social pretendido, o impacto de sua decisão nas finanças públicas, evitando-se o risco de efeitos sistêmicos e indesejáveis. Nessa linha, promove-se a macrojustiça em lugar da microjustiça.

Outrossim, as ações coletivas admitem um tratamento mais igualitário da população, haja vista que são incluídos os mais pobres e

miseráveis, diversamente do que sói ocorrer nas demandas individuais, restritas, em regra, à classe média, que tem maior conhecimento de seus direitos e, portanto, acessibilidade efetiva à justiça.

As demandas coletivas, notáveis por seus efeitos *erga omnes*, tendem, pois, a garantir, de forma mais abrangente, a observância do princípio isonômico e universalização da efetivação dos direitos sociais, porquanto se permite ao juiz um exame, mais próximo da realidade, no que concerne à disponibilidade e alocação dos recursos públicos.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito à Educação e o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BARRETTTO, Vicente de Paulo. Bioética, Biodireito e Direitos Humanos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARRETTTO, Vicente de Paulo. Para Além dos Direitos Fundamentais. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (Org.). *Direitos Fundamentais e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010.
- BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituciona_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 28 set. 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo: *história em debate*. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56016>>. Acesso em: 27 jul. 2010.

HARDAGH, C. C.; SOUZA, A. I.; PEREIRA, S. R. Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica. [S.l.]: [s.n.]. *Material de Aula da Disciplina: Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica*, ministrada nos Cursos de Pós Graduação Lato Sensu Televirtuais - Anhanguera-Uniderp - Rede LFG, 2011 (Aula 1 e Aula 2).

LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O Direito Fundamental à Saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMA, George Marmelstein. *Proteção Judicial dos Direitos Fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*, 2007. Disponível em: <<http://www.georgemlima.xpg.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 21, mar./abr./maio 2010.

PIOVESAN, Flavia; VIEIRA, Renato Stanziola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. Araucaria. *Revista Iberoamericana de Filosofia, Plática y Humanidades*, Sevilla, v. 8, n. 15, abril de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, mar./abr./ maio 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2011.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

O TERCEIRO COMO RÉU NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – REFLEXÕES SOBRE A REGRA DE EXTENSÃO DO ART. 3º DA LEI N° 8.429/92

*THE THIRD AS DEFENDANT AT THE ADMINISTRATIVE
MISCONDUCT ACTION – REFLECTIONS ON THE RULE OF
EXTENSION OF ART. 3, LAW N° 8.429/92*

Natália Hallit Moyses

Procuradora Federal

Especialista em Direitos Humanos

Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Regra de Extensão do Art. 3º da Lei nº. 8.429/92; 1.1 A Ação do Terceiro: elemento subjetivo (dolo ou culpa) e nexo de causalidade; 1.2 Agente Público e Terceiro: litisconsórcio passivo necessário na ação de improbidade administrativa?; 2 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho traz breves reflexões sobre o terceiro como réu na ação de improbidade administrativa, especialmente, no tocante a necessidade de configuração do elemento subjetivo e do nexo de causalidade entre a conduta ímpresa do agente público com o particular. Será debatido também a não imposição no art. 3º da Lei nº. 8.429/92 de formação de litisconsórcio passivo necessário, revelando-se, entretanto, imprescindível que o agente público figure no polo passivo da ação de improbidade administrativa para que o terceiro integre a lide como réu.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade administrativa. Terceiro. Elemento Subjetivo. Nexo de Causalidade. Litisconsórcio Passivo Necessário.

ABSTRACT: This academic work presents brief reflections on how the third defendant in the action of administrative misconduct, especially regarding the need to configure the subjective element and the causal link between the conduct of the public official with the particular. Also discussed will be the non-imposition of art. 3 of Law no. 8.429/92 training joinder of necessary liability, revealing, however, essential that the public official liability figure in polo action of administrative misconduct that integrates the third deal as a defendant.

KEYWORDS: Administrative Impropriety. Third. Subjective Element. Causation. Joinder Passive Necessary.

INTRODUÇÃO

A Lei nº. 8.429, de 2 de junho de 1992, foi editada para regular as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do cargo público, revogando as Leis nºs. 3.162/57 e 3.502/58. Enquanto o capítulo VI da Lei nº. 8.429/92 traz disposições de natureza penal, o restante da lei trata das sanções e procedimentos administrativos e civis. Daí nasceu, com a sua feição atual, a chamada ação de improbidade administrativa, tipo de ação que visa apurar e punir a prática de ilícitos na administração pública direta e indireta, além de recuperar os prejuízos em favor dos cofres públicos¹.

Mencionada lei, ao definir a tipificação dos atos de improbidade administrativa, instituiu termos genéricos e abrangentes para a definição e qualificação de condutas ímporas, agrupando-as em três categorias conforme o bem atingido: a) os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (art. 10º); e; c) os atos de improbidade que atentam contra os princípios da administração pública.

A ação de improbidade administrativa deve ser entendida, inclusive, como instrumento de recuperação do patrimônio público em geral, na medida em que abrange todas as sanções previstas nos incisos do art. 12º da Lei nº. 8.429/92, e não apenas o resarcimento ao erário, considerado espécie do gênero recuperação do patrimônio público.

Ocorre que, juntamente com o agente público, pode o particular integrar o polo passivo da ação de improbidade administrativa consoante regra de extensão insculpida no art. 3º da Lei nº. 8.429/92, possibilitando a ampliação do polo passivo da ação. É o que se discorrerá a seguir.

1 A REGRA DE EXTENSÃO DO ART. 3º DA LEI Nº. 8.429/92

No sistema da Lei nº. 8.429/92, os atos de improbidade somente podem ser praticados por agentes públicos, com ou sem auxílio de terceiros, assim dispondo o preceito que disciplina a matéria:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração,

¹ WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. A ação de improbidade administrativa. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*. Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: a. 6, n. 11, p. 70-90, jan./dez. 2002.

por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionas no artigo anterior.

A princípio, o *status* de ímprebo² é próprio dos que se enquadram na categoria ampla de agentes públicos, daqueles que se vinculam aos órgãos e entidades que compõem a administração pública direta e indireta dos poderes em todos os níveis de governo³.

Assim, os legitimados passivos da ação de improbidade administrativa são todos aqueles que tenham concorrido para a prática da conduta ímpreba. Nesse passo, devem ser submetidos a julgamento não só os agentes públicos que tenham violado o patrimônio público, mas também aqueles que tenham induzido ou concorrido para a prática de ato de improbidade ou deles tenham auferido qualquer benefício.

Portanto, o particular, ou *extraneus*⁴, igualmente pode concorrer ou se beneficiar da prática ilícita e estará sujeito às sanções cominadas ao ímprebo. Enuncia o art. 3º da Lei nº. 8.429/92⁵:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

A análise do dispositivo demonstra que o particular somente estará sujeito às sanções cominadas “no que couber”, o que deve ser entendido de forma a restringir as sanções àquelas compatíveis com sua condição de *extraneus*, afastando a possibilidade de perda da função pública, o que já seria consequência da própria natureza das coisas e não do preceito legal⁶.

² Entendido como aquele que administra desonestamente, fazendo vistas grossas para o princípio da moralidade administrativa.

³ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade de terceiro*. Disponível em: <<http://improbidadeadministrativa.com.br/improbidade-de-terceiro/>>. Acesso em: 11 out. 2012.

⁴ Do latim: estranho.

⁵ ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6. ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 267.

⁶ Ibid., p. 267.

Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, em voto da eminente Ministra Eliana Calmon, relatora do REsp nº 931135/RO:

Administrativo. Improbidade Administrativa. Terceiro não ocupante de cargo público. Concurso para a prática de ato descrito no art. 9º da Lei 8.429/92. Condenação. Possibilidade. Incidência dos arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92.

1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao preservarem a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.

2. *A expressão ‘no que couber’ prevista no art. 3º, deve ser entendida apenas como forma de restringir as sanções aplicáveis, que devem ser compatíveis com as condições pessoais do agente, não tendo o condão de afastar a responsabilidade de terceiro que concorre para ilícito praticado por agente público.*

3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp nº 931135/RO. Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma. DJ de 27.02.2009). Grifamos.

Dessa forma, observa-se que a intenção do legislador foi a de possibilitar a reparação integral do dano ao erário, mediante a ampliação do polo passivo da ação de improbidade administrativa e punindo todos os envolvidos.

1.1 A AÇÃO DO TERCEIRO: ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO OU CULPA) E NEXO DE CAUSALIDADE

A ação do terceiro pode se desenvolver em três ocasiões distintas, as quais são individualizadas a partir da identificação do momento de conformação do elemento subjetivo do agente público e da prática do ato de improbidade. Nesse sentido prelecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁷:

1º) O terceiro desperta no agente público o interesse em praticar o ato de improbidade, induzindo-o a tanto. Induzir significa incutir, incitar, criando no agente o estado mental tendente à prática do ato.

⁷ ALVES; GARCIA, op. cit., p. 268.

[...]

2º) O terceiro concorre para a prática do ato de improbidade, participação esta que pode consistir na divisão de tarefas com o agente público ou na mera prestação de auxílio material, o que importa em atividade secundária que visa a facilitar o atingimento do fim visado pelo agente (v.g.: o fornecimento de veículo para o transporte de bens e valores desviados do patrimônio público).

3º) O terceiro não exerce qualquer influência sobre o animus do agente ou presta qualquer contribuição à prática do ato de improbidade, limitando-se a se beneficiar, de forma direta ou indireta, do produto do ilícito.

Assim, constatado que o terceiro tinha conhecimento da origem ilícita do benefício auferido – pois a admissibilidade da responsabilidade objetiva, além de não ter amparo legal, em muito comprometeria a segurança das relações jurídicas – estará ele passível de sofrer as sanções cominadas no art. 12 da Lei nº. 8.429/92.

Além de ser imprescindível à identificação da responsabilidade do terceiro, a individualização das formas de participação contribuirá para a correta aferição da dosimetria da sanção que lhe será aplicável. Àquele que induz o agente público a praticar o ato de improbidade, concorre na divisão de tarefas e ainda se beneficia do produto do ilícito deve ser aplicada uma sanção mais severa do que àquele que tão somente induziu o agente à prática de ato de improbidade⁸.

Destaque-se que, sem a demonstração do elemento subjetivo da conduta do agente e do terceiro, não haverá a subsunção de suas condutas em um dos tipos descritos na Lei nº. 8.429/92.

Zavascki⁹ relembrava que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considera indispensável para caracterização da improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº. 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do art. 10 da mesma lei.

⁸ ALVES; GARCIA, op. cit., p. 269.

⁹ STJ, AIA 30/AM. Rel Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial, DJ 21.09.2011.

Com efeito, não se pode aceitar que o terceiro de comprovada boa-fé possa vir a ser evolvido em ação de improbidade administrativa se agiu com diligência e era incapaz de perceber a ilicitude do agente público com quem lidou¹⁰.

Não se olvide, entretanto, que o dispositivo tem caráter aberto, lacunoso, o que poderia ensejar a aplicação desproporcional da lei. Sobre o art. 3º, Mattos¹¹ assevera:

Para que o terceiro figure no polo passivo da ação de improbidade administrativa deverá estar invencivelmente caracterizada uma relação de promiscuidade com o agente público, evidenciada pelo dolo, com a obtenção de um resultado combatido pelo direito.

O nexo de causalidade também é imperioso para que ocorra a subsunção da conduta do particular na Lei nº. 8.429/92. Deverá haver uma relação direta entre o ato ímpreto praticado pelo agente público e o particular, justamente porque, obrigatoriamente, terão que ser partícipes da má-fé, visando à obtenção de um resultado ilícito e imoral.

Convém registrar que os particulares não podem ser responsabilizados com base na lei de improbidade administrativa sem que figure no polo passivo um agente público responsável pelo ato questionado, o que não impede, contudo, o eventual ajuizamento de ação civil pública comum para obter o resarcimento ao erário¹².

Entendendo da mesma forma, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves¹³ destacam que:

É importante frisar, uma vez mais, que somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei nº. 8.429/92. Não sendo divisada a participação do agente público, estará o *extraneus* sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal.

10 OSÓRIO. Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 117.

11 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p. 44.

12 AgRg no REsp 759.646/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 30/03/2010.

13 ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6 ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 269.

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Administrativo. Réu Particular. Ausência de participação conjunta de agente público no pólo passivo da ação de improbidade administrativa. Impossibilidade.

1. Os arts. 1º e 3º da Lei 8.429/92 são expressos ao prever a responsabilização de todos, agentes públicos ou não, que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta.

2. *Não figurando no pólo passivo qualquer agente público, não há como o particular figurar sozinho como réu em Ação de Improbidade Administrativa.*

3. Nesse quadro legal, não se abre ao *Parquet* a via da Lei da Improbidade Administrativa. Resta-lhe, diante dos fortes indícios de fraude nos negócios jurídicos da empresa com a Administração Federal, ingressar com Ação Civil Pública comum, visando ao resarcimento dos eventuais prejuízos causados ao patrimônio público, tanto mais porque o STJ tem jurisprudência pacífica sobre a imprescritibilidade desse tipo de dano.

4. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1155992/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/03/2010, DJe de 01/07/2010). Grifamos.

1.2 AGENTE PÚBLICO E TERCEIRO: LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA?

Outra questão relevante é a formação do litisconsórcio passivo necessário entre agente público e terceiro na ação de improbidade administrativa. O instituto do litisconsórcio necessário está regulado no art. 47 do Código de Processo Civil:

Art. 47 Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.

É certo, como visto, que os terceiros que participem ou se beneficiem de improbidade administrativa são sujeitos aos ditames da

Lei nº. 8.429/92, consoante o disposto em seu art. 3º, porém inexiste imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário.

Outrossim, não há de se falar em relação jurídica unitária, tendo em vista que a conduta dos agentes públicos pauta-se especificamente pelos seus deveres funcionais e independe da responsabilização dos particulares que participaram da probidade ou dela se beneficiaram¹⁴.

Ressalte-se que a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça reiterou esse entendimento no julgamento do REsp 759.646/SP, tendo o eminente Ministro Relator Teori Albino Zavascki asseverado que:

[...] não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda, o que afasta a incidência do art. 47 do CPC. (AgRg no REsp 759.646/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 30/03/2010).

3 CONCLUSÃO

A Lei nº. 8.429/92 visa resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento¹⁵.

O terceiro pode figurar o polo passivo da ação de improbidade administrativa desde que tenha concorrido dolosa (hipóteses do art. 9º e 11 da Lei nº. 8.429/92) ou culposamente (art. 10 da mesma lei) com o agente público, sendo necessário ainda o nexo de causalidade entre as condutas com vistas a obtenção de um resultado ilícito, imoral.

Visando ampliar a possibilidade de resarcimento do dano ao erário, o legislador objetivou punir todos os envolvidos na ação de improbidade administrativa, sem, contudo estabelecer imposição legal de formação de litisconsórcio passivo necessário, nos termos do art. 47

¹⁴ STJ. REsp. nº. 896.044/PA. Rel. Ministro Herman Benjamin. 2. Turma. DJE 19/04/2011.

¹⁵ STJ, REsp nº 108991/PE, Rel. Min. Castro Meira, 2. T., DJ de 25/11/1999.

do Código de Processo Civil, que reclama interpretação conjunta com o art. 3º da Lei nº. 8.429/92.

Cumpre registrar, por fim, que a ação de improbidade administrativa seja empregada com responsabilidade, naqueles casos em que realmente se vislumbre a prática de ilícitos, evitando a banalização de Lei nº. 8.429/92, que traz graves sanções aos agentes públicos e terceiros que concorreram para a prática de atos ímpuros.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco; GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. 6. ed., rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade de terceiro*. Disponível em: <<http://improbidadeadministrativa.com.br/improbidade-de-terceiro/>>. Acesso em: 11 out. 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

STJ, AIA 30/AM. Rel Ministro Teori Albino Zavascki. Corte Especial, DJ 21.09.2011.

STJ. AgRg no REsp 759.646/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 30/03/2010.

STJ. REsp. nº. 896.044/PA. Rel. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. DJe 19/04/2011.

STJ. REsp nº 108991/PE, Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. DJ de 25/11/1999.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. A ação de improbidade administrativa. *Revista de Direito da Câmara Municipal do Rio de Janeiro*, Procuradoria Geral, Rio de Janeiro: a. 6, n. 11, jan./dez. 2002.

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: RECONSTRUINDO O DEBATE ENTRE JÜRGEN HABERMAS E ROBERT ALEXY

***FUNDAMENTAL RIGHTS THEORY AND LEGAL
ARGUMENTATION: THE HABERMAS-ALEXY DEBATE***

Raphael Peixoto de Paula Marques

Procurador Federal (AGU)

Doutorando e Mestre em Direito, Estado e Constituição

pela Universidade de Brasília (UnB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy: constitucionalismo discursivo, princípios como mandados de otimização e balanceamento; 2 Direitos Fundamentais e Argumentação Jurídica em Jürgen Habermas: resgatando o aspecto deontológico do Direito; 3 Intensificando o Debate: a réplica de Alexy aos críticos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A falência do positivismo possibilitou o surgimento de vários modelos teóricos com o objetivo de tentar resolver o problema da indeterminação do direito. O artigo procura reconstruir dois desses modelos, o de Robert Alexy e o de Jürgen Habermas, evidenciando as premissas de cada um deles, bem como indicando os problemas e as consequências para os direitos fundamentais e para a argumentação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Argumentação Jurídica. Robert Alexy. Jürgen Habermas.

Abstract: The failure of positivism allowed the emergence of several theoretical models in order to solve the problem of indeterminacy of law. The article tries to reconstruct two models, Robert Alexy and Jürgen Habermas theories, highlighting the key assumptions of each, as well as indicating the problems and consequences for the fundamental rights and the legal argumentation

KEYWORDS: Fundamental Rights. Legal Argumentation. Robert Alexy. Jürgen Habermas.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca do caráter principiológico do Direito está, atualmente, no centro dos debates da teoria da Constituição.¹ A falência do paradigma jurídico positivista e a defesa de novos paradigmas – como o neoconstitucionalista e/ou pós-positivista – dependem, acima de tudo, de uma fundamentação teórica consistente e do exame de adequação de tais modelos ao Estado Democrático de Direito.

A mera constatação do estágio *principiológico* do Direito não encerra os problemas subjacentes a ele. O que se vê, na verdade, é uma pluralidade de perspectivas sobre qual o método, se é que possa existir um método para isso, para lidar com a indeterminação do Direito. De acordo com Menelick e Carvalho Netto:

Esse é o ponto de partida de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, enfim, de todos os autores atuais que vão herdar essa grande questão: qual certeza podemos ter do Direito, de sua aplicação? Quem ou o que pode limitar o aplicador? Essa é uma idéia que vai ganhar foros de consistência exatamente na reflexão desses autores.²

Podemos afirmar que algumas das perspectivas adotadas são problemáticas no que se referem a determinados pressupostos. No presente artigo analisar-se-á a teoria defendida por Robert Alexy baseada em princípios como mandados de otimização e o método da ponderação/balanceamento³ como forma de resolução da colisão de princípios. O exame da teoria alexiana far-se-á a partir das críticas realizadas por Jürgen Habermas.

Primeiro, faz-se necessário descrever as bases teóricas da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy:

(I) Em um segundo momento, abordar-se-á a crítica de Jurgen Habermas à ideia de que os princípios são mandados de

¹ Sobre o assunto, vale indicar duas obras fundamentais: CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011; STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

² CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 88, UFMG, 2003.

³ Para uma crítica do balanceamento na prática constitucional norte-americana, vide ALEINIKOFF, Thomas Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, 1987.

otimização e que a sua colisão resolve-se pelo “método” da ponderação ou balanceamento

(II) Em seguida, volta-se a atenção às respostas de Alexy às observações realizadas pelos seus críticos

(III) Ao final, tentar-se-á elencar os principais problemas da teoria de Robert Alexy.

1 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY: CONSTITUCIONALISMO DISCURSIVO, PRINCÍPIOS COMO MANDADOS DE OTIMIZAÇÃO E BALANCEAMENTO

Roberto Alexy tornou-se, nesses últimos anos, um dos mais importantes teóricos do direito constitucional. Seu livro *Theorie der Grundrechtf*⁴, escrito em 1984, exerce grande influência sobre a teoria constitucional contemporânea, inclusive no Brasil. Nessa seção, irei descrever a teoria do professor da *Christian-Albrechts University* nos seus pontos essenciais, de modo a tornar mais claro o fundamento das críticas de Jürgen Habermas.

Partindo da publicação da *Teoria dos direitos fundamentais* e do seu desenvolvimento em livros e artigos posteriores, Alexy estabelece o que ele chama de constitucionalismo discursivo. Esse termo expressa uma teoria que enlaça o conceito de ponderação com os de direitos fundamentais, de discurso, de jurisdição constitucional e de representação.⁵ Cada uma dessas idéias está logicamente entrelaçada com a outra, de modo que a compreensão do sentido da ponderação exige um prévio conhecimento dos outros conceitos.

Consoante Alexy, há duas construções principais de direitos fundamentais: uma estrita e outra ampla. Na verdade, essas duas construções não se realizam de forma pura, o que não quer dizer que não haja uma nítida diferença entre elas.⁶

4 Utilizar-se-á a tradução espanhola: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Todas as traduções dos textos em língua estrangeira são de responsabilidade do autor.

5 ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005. p. 572.

6 O próprio Alexy, afirma que o conceito de direitos fundamentais é compatível com ambas construções. Segundo o autor, “um sistema jurídico pode conter muitos direitos individuais que não se sustentam em princípios. [...] Em muitos casos, estar seguro da aplicação de regras nestes tipos de direitos definitivos

Na primeira abordagem, os direitos fundamentais qualificam-se como regras jurídicas. Embora se posicionem no grau mais alto do ordenamento jurídico, não se distinguem, do ponto de vista *estrutural* e no *modo de sua aplicação*, das demais normas jurídicas. A sua característica definidora é que protegem determinadas posições do cidadão, abstratamente descritas, contra o Estado. A segunda construção define os direitos fundamentais como princípios. Para Alexy, essa qualificação traz para os direitos fundamentais uma série de consequências: a) além de serem simples direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os direitos fundamentais expressam uma ordem objetiva de valores; b) os direitos fundamentais aplicam-se não só à relação entre cidadãos e Estado, mas a todas as áreas do Direito, possuindo, assim, uma eficácia irradiante; c) por se caracterizarem como princípios, os direitos fundamentais tendem a colidir⁷, o que faz com que essa colisão seja resolvida mediante o método da ponderação ou balanceamento.⁸ Dessa forma, ao contrário de se opor a abordagem estrita à ampla, “pode-se, então, justapor um enfoque de balanceamento a um de subsunção”⁹.

Dentro desse contexto, pode-se destacar a tese central de Alexy: os direitos fundamentais têm, essencialmente, o caráter de princípios e que princípios são mandados de otimização¹⁰ aplicáveis mediante o método da ponderação.¹¹ Para Alexy, a ponderação

não é uma tarefa fácil. Há muitos casos em que a vaguedade, a ambiguidade, a abertura valorativa ou as lacunas, não permitem chegar a uma decisão por meio de uma simples dedução. Nestes casos, a subsunção é simplesmente um marco dentro da qual tem que ter lugar a argumentação jurídica, para chegar a uma decisão racional” (*Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 01, outubro de 1994, p. 44). Em sentido semelhante, vide ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 65.

7 Acerca do fenômeno da colisão de direitos fundamentais, vide ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 55-69.

8 ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, volume 16, n. 2, 2003. p. 131-134. Registre-se que, para a teoria de Robert Alexy, os termos *ponderação*, *balanceamento* e *sopesamento* significam a mesma coisa.

9 Ibidem, p. 134. A justaposição entre ponderação e subsunção é problemática, na medida em que, além de ser uma distinção puramente semântica, a aplicação de regras mediante subsunção – através de regras da lógica – desconsidera por completo a virada linguística.

10 Conforme Alexy, o caráter dos princípios como mandados de otimização ultrapassam, e muito, o simples caráter metodológico. Traz consequências para o próprio conceito de Direito, na medida em que estabelece uma tarefa de otimização que, enquanto forma, é jurídica, mas, em relação ao conteúdo, é moral. Portanto, segundo Alexy, a teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar a tese positivista (Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 144).

11 Idem, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002. p. 13. De acordo com Alexy, a sua teoria dos princípios é capaz não só de resolver as colisões de direitos fundamentais, mas também de possibilitar uma solução intermediária entre vinculação

é parte de um princípio mais abrangente chamado de princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade consiste em três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos esses princípios expressam a idéia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade significa tratá-los como mandados de otimização, isto é, como princípios, não simplesmente como regras. Como comandos de otimização, princípios são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida do possível, dadas as possibilidades fáticas e jurídicas.¹²

A partir disso, pode-se afirmar que a ponderação é intrinsecamente ligada ao discurso.¹³ Se por um lado, a ponderação não é possível sem discurso; por outro, as formas de argumento da teoria do discurso incluem a estrutura da ponderação tal como ela é explicitada pela fórmula do peso.¹⁴ Ademais, a ponderação está ligada diretamente aos direitos fundamentais que, por sua vez, estão ligados, também, ao discurso.

Tudo isso assegura, para Alexy, a racionalidade do método da ponderação. No entanto, a teoria dos princípios não consegue por si só

e flexibilidade: "A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade. Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, mas também uma do problema da vinculação" (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 144).

12 Idem, Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005. p. 572-573. Lembre-se que os princípios da adequação e da necessidade relacionam-se com a otimização tendo em vista as possibilidades fáticas. Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que expressa a lei de ponderação, refere-se à otimização com relação às possibilidades jurídicas.

13 Para Alexy, o procedimento do discurso é um procedimento de argumentação. O procedimento P da teoria do discurso deixa definir-se por um sistema de regras do discurso, que expressam as condições do argumentar prático racional. Uma parte dessas regras formula exigências de racionalidade gerais e outra parte formula regras relacionadas com o procedimento do discurso, que objetivam a imparcialidade do discurso. Essa imparcialidade deve ser obtida pelo asseguramento da liberdade e igualdade da argumentação (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

14 Idem, Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005. p. 577. A fórmula do peso, que será explicada mais adiante, é um tipo de sistema inferencial implícito à ponderação. Segundo Alexy, essa fórmula torna ainda mais racional a sua metodologia, na medida em que se caracteriza como uma forma de argumento que define as estruturas lógicas dos movimentos no discurso (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007).

sustentar a tese da única resposta correta¹⁵, o que não quer dizer que o jurista alemão abandone tal idéia. Ao tentar captar os déficits da teoria dos princípios através de uma teoria da argumentação jurídica orientada pelo conceito de razão prática, Alexy vai defender uma versão fraca da tese da única resposta correta, isto é, que tal tese constitui-se como apenas uma idéia regulativa.¹⁶

De outro lado, Alexy adota uma tese forte com relação à distinção entre princípios e regras.¹⁷ Para ele, tal distinção não se baseia somente numa diferença de generalidade (grau), mas, sobretudo, numa diferença qualitativa.¹⁸ É analisando as colisões de regras e as colisões de princípios que Alexy vai estabelecer o critério central de distinção desses dois tipos de normas.¹⁹

Ao adotar uma postura que se encontra entre uma teoria *forte* e uma teoria *fraca* dos princípios²⁰, Alexy vai defender uma ordem fraca

15 Sobre a tese da única resposta correta, vide, em lados opostos: Idem, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n.º 05, 1988; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Para uma análise crítica das considerações de Alexy sobre a tese da única resposta correta de Dworkin, vide PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, v. 30, 2005.

16 ALEXY, Robert. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. *Doxa*, nº 05, 1988. p. 140.

17 Consoante Alexy, a distinção rigorosa entre princípios e regras encontra-se no cerne da sua teoria sobre os direitos fundamentais, pois “sem o estudo prévia da distinção em tela, não seria possível a construção de uma teoria satisfatória sobre os conteúdos, os limites, os relacionamentos e o papel assumido pelos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos contemporâneos. A análise dos princípios jurídicos [...] também são importantes para o estudo sobre as relações entre o Direito e a Moral” (Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n.º 05, 1988, p. 148). Sobre os critérios de distinção entre princípios e regras, vide Idem, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, nº 05, 1988. p.140-144; Idem, On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n.º 03, 2000.

18 Idem, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n.º 05, 1988, p. 141.

19 Longe de se caracterizar como uma contradição, a colisão de princípios revela-se como uma tensão a ser resolvida através de uma ponderação de princípios qualificados como mandados de otimização: “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandados de otimização* que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, senão também das possibilidades jurídicas. [...] Se se exige a maior medida possível de cumprimento em relação com as possibilidades jurídicas e fáticas, se trata de um princípio. Se só se exige uma determinada medida de cumprimento, se trata de uma regra” (Idem, Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n.º 05, 1988. p. 143-144).

20 “Suponhamos que se poderia criar uma lista de certo modo completa dos princípios de um sistema jurídico. Posto que não conteria nada sobre o peso relativo dos princípios, isto é, sobre a relação de prioridade entre eles [...]. Por isso, não seria muito mais que um catálogo de pontos de vista ou de topois. Esta simples relação de princípios representa, do ponto de vista de seu rendimento, a variante mais

de prioridades entre os princípios. Tal ordem consiste de três elementos: a) um sistema de condições de prioridade; b) um sistema de prioridades *prima facie*; c) um sistema de estruturas de ponderação.²¹

Com efeito, para Alexy, embora a colisão de princípios se resolva mediante uma ponderação relacionada ao caso concreto, isso não quer dizer que a solução encontrada seja significativa só para esse caso. Ao contrário, tal solução irá estabelecer relações de prioridade que serão importantes para novos casos. Isso é importante para o que o autor alemão chama de Lei de Colisão.²² Dessa forma, as condições de prioridade estabelecidas ao longo do tempo proporcionam a informação sobre o peso relativo dos princípios, formando um sistema de condições de prioridade.²³ Esse sistema, embora não tenha a capacidade de fornecer sempre a resposta correta para cada caso, vai instituir um sistema de prioridades *prima facie* que, ao estabelecer cargas de argumentação, cria certa ordem ou hierarquia no campo dos princípios. Por outro lado, isso não quer dizer que a prioridade *prima facie* de um princípio sobre outro acarrete uma determinação definitiva, pois toda colisão de princípios resolve-se mediante a ponderação.²⁴

Por fim, necessário deixar claro que, para Alexy, é somente através de uma teoria da argumentação jurídica orientada pelo conceito de razão prática que se pode complementar a ordem *fraca* de prioridades acima descrita. Embora não exista nenhum procedimento que permita chegar a uma única resposta correta, Alexy defende que, partindo de sua teoria da argumentação jurídica e de uma teoria moral procedural²⁵, é possível garantir a racionalidade da argumentação e de seus resultados mediante

fraca de uma teoria dos princípios. A variante mais forte seria uma teoria que contivesse, além de todos os princípios, todas as relações de prioridade abstratas e concretas entre eles e, por isso, determinasse a única decisão correta em cada um dos casos" (*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa*, n. 05, 1988. p. 144-145). A leitura de Alexy do que Dworkin chama de "única resposta correta" parece não ser adequada.

21 Idem, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa*, n. 05, 1988. p. 146.

22 "[...] as condições, sob as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o suposto de fato de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalecente" (Idem, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa*, n. 05, 1988. p. 147).

23 Ibidem, p. 147.

24 Ibidem, p. 148.

25 Segundo Alexy, "não é possível teorias morais materiais que para cada questão prática permitam extrair com segurança intersubjetivamente concluída precisamente uma resposta, mas sim que são possíveis teorias morais procedimentais que formulam regras ou condições da argumentação ou da decisão prática racional" (*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa*, n. 05, 1988, p. 150).

a observância de um sistema de regras e princípios do discurso. Nesse contexto, a tese da única resposta correta serviria como idéia regulativa.²⁶

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM JÜRGEN HABERMAS: RESGATANDO O ASPECTO DEONTOLÓGICO DO DIREITO

Será que a compreensão principiológica de Alexy é a mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito?²⁷ Será que sua metodologia da ponderação resguarda o caráter deontológico do Direito? Em última análise, para Habermas, a definição de princípios como mandados de otimização baseia-se em pressupostos metodológicos equivocados, pois, além de não preservar o código binário do Direito, assimila *direitos a valores*.²⁸

Essa conclusão do pensador alemão depende de premissas que foram desenvolvidas no seu livro *Faktizität und Geltung*.²⁹ Um dos objetivos desse livro é comprovar o princípio da teoria do discurso em questões centrais da teoria do Direito: a) como lidar com o problema da indeterminação estrutural do Direito e garantir a racionalidade da prestação jurisdicional?³⁰; b) como uma interpretação jurídica pode operar no interior dos limites da separação dos poderes sem que o judiciário

26 De acordo com Alexy, “a idéia regulativa da única resposta correta não pressupõe que exista para cada caso uma única resposta correta. Só pressupõe que em alguns casos se pode dar uma única resposta correta e que não se sabe que casos são esses, de maneira que vale a pena procurar encontrar em cada caso a única resposta correta. As respostas que se encontram, no marco desse objetivo, sobre a base do nível da regra e dos princípios, de acordo com os critérios de argumentação jurídica nacional, que incluem os da argumentação prática geral, também respondem então, ainda que não sejam as únicas respostas corretas, às exigências da razão prática e, nesse sentido, são ao menos *relativamente corretas*” (Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988. p. 151).

27 Sobre os paradigmas constitucionais vide HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. p. 123-192; CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 29-39; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004. p. 47-58.

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 314-323.

29 Utilizar-se-á, no presente trabalho, a tradução brasileira realizada por Flávio Beno Siebneichler: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

30 HABERMAS, op. cit., p. 241-295.

invada as competências legislativas e subverte os estritos limites legais da Administração?³¹

Em um Estado Democrático de Direito, a pretensão jurídica moderna de garantir certeza nas relações manifesta-se no exercício da jurisdição como a pretensão de que as decisões judiciais sejam, ao mesmo tempo, coerentes com o Direito vigente e adequadas ao caso posto à apreciação judicial.³² Segundo Habermas,

No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. [...] Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. [...] De um lado, o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, aos quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito.³³

O problema da racionalidade da prestação jurisdicional concentra-se, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser realizado de modo internamente consistente e externamente fundamentado de forma racional, de modo a garantir, simultaneamente, a certeza do Direito e a correção.³⁴ Para Habermas, a teoria de Ronald Dworkin pode ser vista como uma tentativa adequada em explicar – baseada em direitos concebidos de forma deontológica – como a decisão judicial pode cumprir, a um só tempo, as exigências de segurança jurídica e aceitabilidade racional. É a partir, principalmente, das críticas que faz ao positivismo – em especial à tese da neutralidade e à consequente idéia de uma legitimação do Direito através da simples legalidade do

³¹ HABERMAS, op. cit., p. 297-354.

³² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 2004. p. 51.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 246.

³⁴ HABERMAS, op. cit., p. 247.

procedimento legislativo – que Dworkin elabora alguns aspectos fundamentais da sua teoria.³⁵ Conforme Habermas,

Com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos de colocação de fins [de política], na prática da decisão judicial, e com a descoberta de uma camada mais elevada de normas no próprio sistema jurídico [princípios], Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivado depende.³⁶

Para Dworkin, o Direito moderno não se tornou simplesmente contingente com a emancipação de fundamentos religiosos – como pressupõe o positivismo – nem é um simples instrumento a serviço de objetivos do poder político – como quer o realismo.

O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional – orientada por princípios – das “únicas decisões corretas”. No entanto, como esses princípios não são *topoi* historicamente comprovados, que podem ser extraídos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica jurídica, a prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapassa as tradições jurídicas consuetudinárias. Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: *metodicamente*, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e, *conteudisticamente*, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente.³⁷

É precisamente essa indisponibilidade da validade deontológica dos direitos, expressa através de regras e princípios, que assegura, via decisões judiciais discursivas, a integridade³⁸ de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração.³⁹ Por

35 Para uma análise mais detida de pontos mais específicos da teoria de Dworkin, vide a diferença entre princípios e regras (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23-125), a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípios (Ibidem, p. 35-46; 141-158) e o conceito de integridade (Idem, *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 213-331).

36 HABERMAS, op. cit., p. 259.

37 HABERMAS, op. cit., p. 259-260

38 Para uma análise da idéia de integridade no direito e na política, vide DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 213-331.

39 HABERMAS, op. cit., p. 260

outro lado, somente um Direito positivo principiologicamente justificado permite decisões corretas e adequadas ao caso.

É precisamente a partir da assunção do papel fundamental dos princípios que Habermas vai rebater a crítica do *Critical Legal Studies – CLS* segundo a qual “o direito vigente é permeado por princípios e fins *opostos*; desta maneira, qualquer tentativa de reconstrução racional está fadada ao fracasso”.⁴⁰ Utilizando-se da teoria de Klaus Günther⁴¹, Habermas afirma que há uma distinção, que está pressuposta na lógica da argumentação, entre discurso de aplicação e discurso de fundamentação/justificação.

Quando se parte do princípio de que as decisões judiciais envolvem não apenas a aplicação de regras, mas também de princípios, fica fácil demonstrar porque as colisões são bastante prováveis, o que de forma alguma revela qualquer incoerência profunda do sistema jurídico. Para Habermas, todas as normas vigentes são indeterminadas com relação à sua situação, o que requer conexões adicionais no caso concreto. Uma norma válida somente fundamenta um juízo singular correto quando se conclui que ela é a única apropriada para reger o caso concreto. Assim,

A aplicação imparcial de uma norma fecha a lacuna que ficara aberta quando da sua fundamentação imparcial, devido à imprevisibilidade das situações futuras. Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada* da norma à *situação*. [...] Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estariam confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação.⁴²

Isso enfatiza a importância e o papel das garantias processuais na re-significação do conceito de segurança jurídica. À medida que o sistema de direitos passa a incorporar não somente regras, mas também princípios, a certeza do Direito passa a ser assegurada em outro nível. Segundo Marcelo Cattoni de Oliveira, “o que justifica a legitimidade das

⁴⁰ HABERMAS, op. cit., p. 268.

⁴¹ Para uma visão resumida da teoria de Klaus Günther, vide GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 06, São Paulo, 2000.

⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997. p. 269-270.

decisões, no contexto de uma sociedade plural e democrática, são antes garantias processuais atribuídas às partes [...]”.⁴³ Para Habermas:

Os direitos processuais garantem a cada sujeito de direito a pretensão a um processo equitativo, ou seja, uma clarificação discursiva das respectivas questões de direito e de fato; deste modo, os atingidos podem ter a segurança de que, no processo, serão decisivos para a sentença judicial argumentos relevantes e não arbitrários. Se considerarmos o direito vigente como um sistema de normas idelamente coerentes, então essa segurança, dependente do procedimento, pode preencher a expectativa de uma comunidade jurídica interessada em sua integridade e orientada por princípios, de tal modo que a cada um se garantem os direitos e lhe são próprios.⁴⁴

Por outro lado, o debate sobre a indeterminação do Direito e racionalidade da prestação jurisdicional relaciona-se, intrinsecamente com a segunda preocupação de Habermas: como uma interpretação jurídica pode operar no interior do princípio da separação de poderes, sem que o judiciário invada as competências legislativas? A resposta de Habermas é expressa no sentido de que a legitimidade do direito depende da racionalidade de um processo legislativo, “o qual, sob condições da divisão de poderes no Estado de direito, *não se encontra à disposição dos órgãos da aplicação do direito*”.⁴⁵

Nesse ponto específico, a crítica dirige-se contra a compreensão metodológica que equipara orientação por princípios com a comparação entre bens – ou seja, iguala princípios a valores –, da qual Robert Alexy é um grande defensor. De acordo com Habermas, os princípios jurídicos possuem um sentido deontológico, enquanto que os valores têm um sentido teleológico.⁴⁶

⁴³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 49.

⁴⁴ HABERMAS, op. cit., p. 274.

⁴⁵ Ibidem, p. 297.

⁴⁶ Conforme Habermas, as normas diferem dos valores nos seguintes pontos: a) através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; b) através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; c) através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa; d) através dos critérios que o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 317).

À luz de normas, é possível decidir o que deve ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é recomendável. O problema da aplicação exige naturalmente, em ambos, a seleção da ação correta; porém, no caso de normas, *correto* é quando partimos de um sistema de normas válidas, e a ação é igualmente boa *para todos*; ao passo que, numa constelação de valores, típica para uma cultura ou forma de visa, é *correto* o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é bom *para nós*. [...] Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas [...] através da *primazia* estrita conferida a pontos de vista normativos.⁴⁷

Transformar, do ponto de vista conceitual, direitos em valores “significa um mascaramento teleológico de direitos que encobre a circunstância de que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem *papéis diferentes na lógica da argumentação*”.⁴⁸ A desconsideração de tal fato, tornaria o judiciário uma instância autoritária, fazendo com que *todas* as razões pudessem assumir “o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica” dos princípios jurídicos.⁴⁹ Cresce, portanto, o perigo dos juízos irracionais, já que os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos, levando os direitos fundamentais a cair numa análise de cursos e vantagens.

3 INTENSIFICANDO O DEBATE: A RÉPLICA DE ALEXY AOS CRÍTICOS

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy sofreu inúmeras críticas.⁵⁰ Para alguns, ela contribui muito pouco, já que coloca

47 HABERMAS, op. cit., p. 317-318.

48 Ibidem, p. 318.

49 Ibidem, p. 321.

50 Para uma crítica da perspectiva axiológica de Robert Alexy, vide HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996; Idem, Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Volume 1. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1997; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004; Idem, A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006; CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur*: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedural do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade

em risco os direitos fundamentais pelo fato de reduzi-los a valores. Essa é a crítica de Jürgen Habermas. Para outros, a teoria alexiana é excessiva, pois ao conceber os direitos fundamentais como uma ordem objetiva irradiante distorceria o sentido clássico desses direitos como direitos de defesa. Essa crítica é feita por E. W. Böckenförde. Na crítica de Habermas, o legislador poderia tudo; na crítica de Böckenförde, o legislador não poderia nada.⁵¹

No epílogo do seu livro *Teoria dos direitos fundamentais*, Alexy tenta responder a dois questionamentos básicos: (i) se a sua teoria dos princípios é capaz de estabelecer de maneira racional um marco ou limite para o legislador (resposta à crítica de Habermas), e, em caso afirmativo, (ii) como fazê-lo sem suprimir todas as margens de ação legislativa (resposta à crítica de Böckenfordé).⁵²

(org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da "jurisprudência de valores". In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004; MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. International Journal of Constitutional Law, v. 05, nº 03, 2007; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, v. 30, 2005; TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: an assay on human rights? International Journal of Constitutional Law, v. 07, n. 03, 2009; VELASCO, Marína. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas*: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006. Para uma defesa dessa perspectiva, vide BUSTAMANTE, Thomas Rosa. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, v. 171, 2006; SILVA, Alexandre Garrido da. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. *Revista de Direito de Estado*, ano 01, nº 04, out/dez, 2006; BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação de interesses. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006; GREER, Steven. Balancing and the European Court of Human Rights: a Contribution To the Habermas-Alexy Debate. The Cambridge Law Journal, volume 63, nº 02, 2004. Há aqueles, ainda, como Eros Grau, que parecem acreditar na possibilidade de conciliar Habermas e Alexy: "Habermas [1992:310-312], adotando a exposição de Alexy, observa que as normas (princípios) obrigam seus destinatários igualmente [...] (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 162-175).

51 No primeiro cenário se confia tudo à discricionariedade do legislador; isto corresponde ao modelo puramente procedural. No segundo cenário, pelo contrário, não se confia nada a sua discricionariedade; isto é expressão do modelo puramente material de Constituição. Pois bem, o terceiro cenário consiste em que se confiam algumas coisas a sua discricionariedade e outras não, isto é, há certas coisas que estão ordenadas ou proibidas. Isto corresponde ao modelo material-procedimental" (ALEXY, 2002. p. 21).

52 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002. p. 20-21.

Se, por um lado, Robert Alexy consegue depurar analiticamente, ainda mais, sua teoria – criando a fórmula do peso e a lei epistêmica da ponderação –, por outro, deixa evidente como ainda acredita no poder do *texto*, como se a simples elaboração de normas gerais e abstratas fosse resolver o problema central do direito: sua indeterminação estrutural.

Para tentar responder aos questionamentos levantados, e conciliar a idéia de direitos fundamentais como mandados de otimização com os conceitos de ordem marco⁵³ e ordem fundamental⁵⁴, isto é, tentar defender a idéia de que a otimização é compatível com uma idéia de vinculação e de discricionariedade⁵⁵, Alexy adota um modelo material-procedimental de constituição:

Segundo a teoria dos princípios, uma boa Constituição tem que combinar estes dois aspectos; deve ser tanto uma ordem fundamental como uma ordem marco. Isto é possível, se, em primeiro lugar, a Constituição ordena e proíbe algumas coisas, isto é, estabelece um marco; se, em segundo lugar, confia outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, ou seja, deixa abertas margens de ação; e, em terceiro lugar, se mediante suas ordens e proibições decide aquelas questões fundamentais para a sociedade, que podem e devem ser decididas por uma Constituição. A pergunta que se estabelece é

⁵³ “A metáfora do marco pode ser definida, então, da seguinte maneira: o marco é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do legislador, ou seja, o que não está ordenado nem proibido, é aquilo que se encontra no interior do marco” (ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002. p. 21).

⁵⁴ Segundo Alexy, o conceito de ordem fundamental pode ser descrito sob o ponto de vista quantitativo e qualitativo: “Uma Constituição é uma ordem fundamental em sentido quantitativo se não confia nada à discricionariedade do Legislador, isto é, se para tudo tem previsto uma orden ou uma proibição. [...] Uma Constituição é uma ordem fundamental qualitativa ou substancial se mediante ela se decidem assuntos fundamentais para a comunidade. Esse conceito de ordem fundamental é compatível com o conceito de ordem marco” (Ibidem, p. 22-23).

⁵⁵ Haveria, dentro desse modelo, dois tipos de margens de ação legislativa: a estrutural e a epistêmica. A margem de ação estrutural é consiste naquilo que, em razão dos seus limites, a constituição ordena ou proíbe definitivamente. A margem de ação epistêmica, por sua vez, deriva dos limites da capacidade para reconhecer o que a constituição, por uma parte, ordena ou proíbe e, por outra, o que não ordena ou proíbe, isto é, o que confia à discricionariedade legislativa. Essa distinção feita de forma ontológica por Alexy é problemática, na medida em que, confundindo texto e norma, mantém a crença de que um texto carregaria um sentido dado a priori, fazendo com que fosse desnecessária uma fundamentação em afirmar que o legislador é livre para atuar quando a constituição não o obriga a nada: “Esta margem de ação [estrutural] é muito mais isenta de problemas que a margem de ação epistêmica. Não necessita nenhuma fundamentação afirmar que o legislador é livre para atuar quando a constituição não o obriga a nada. Ao contrário, não é um assunto evidente afirmar que o legislador é livre para atuar quando se apresentam problemas para reconhecer se em realidade é livre para atuar” (Ibidem, p. 23).

se estes postulados podem ser satisfeitos quando se aceita que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípios.⁵⁶

Com esse objetivo em mente, Alexy, a partir da sua *Teoria dos direitos fundamentais* e de outros escritos, expõe uma bem desenvolvida estrutura da ponderação. É através dessa estrutura que o professor da Universidade de Kiel pretende demonstrar a racionalidade da ponderação.⁵⁷ Em sua última versão, essa estrutura é composta por três elementos: a lei de ponderação, a fórmula do peso e o ônus de argumentação.⁵⁸

De acordo com Alexy, os princípios são mandados de otimização, isto é, são normas que exigem que algo deva ser realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. No tocante às possibilidades fáticas, aplicam-se os subprincípios da adequação e da necessidade.⁵⁹ Por outro lado, com o objetivo de estabelecer a maior medida do possível de um princípio, dentro das possibilidades jurídicas, geralmente constata-se uma colisão com princípios que operam em sentido contrário. A ponderação é justamente o método para a resolução de colisões entre princípios *prima facie* incompatíveis, na medida em que é uma estrutura por meio da qual “não se estabelece uma relação absoluta, senão uma relação de precedência condicionada entre os princípios, à luz das circunstâncias do caso”.⁶⁰

56 Ibidem, p. 23. Ao afirmar que o modelo procedural é incompatível com a vinculação jurídica do legislador aos direitos fundamentais – na medida em que não decide nada do ponto de vista material –, Alexy evidencia a sua compreensão problemática da teoria de Habermas, pois o procedimento não é um mero instrumento a serviço de fins pré-estabelecidos, mas o canal para a produção democrática de um conteúdo que não é fixo (Ibidem, 2002, p. 19-22).

57 Idem, Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003; Idem, Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005; Idem, Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

58 PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006. p. 60.

59 Para Robert Alexy, os subprincípios da adequação e da necessidade também são adequados ao conceito de ordem marco, já que ambos os princípios teriam um status de um critério negativo. A adequação teria a função de excluir os meios não idôneos, isto é, que não seriam aptos a atingir o fim perseguido. A necessidade, por sua vez, exige que o legislador escolha os meios mais benéficos – dentro dos meios idôneos – ao direito fundamental afetado. Ambos os princípios, portanto, são compatíveis com uma margem de discricionariedade legislativa, na medida em que não excluem tudo, mas apenas os meios não idôneos ou não necessários (Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002. p. 27-29).

60 PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006. p. 61. Vide, também, ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988; Idem, On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 03, 2000.

Para se estabelecer a relação de precedência condicionada entre os princípios em colisão, é necessário ter em conta os elementos que compõem a estrutura da ponderação. O primeiro deles é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é do que a expressão da idéia de otimização em relação às possibilidades jurídicas. Esse subprincípio é idêntico à lei da ponderação: “quanto maior é o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”.⁶¹

De acordo com a lei da ponderação, o método da ponderação se divide em três etapas:

- (i) no primeiro passo é preciso definir o grau da não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios;
- (ii) no segundo passo, se define a importância de satisfação do princípio que opera em sentido contrário;
- (iii) finalmente, no terceiro passo, deve-se definir se a importância de satisfação do princípio contrário justifica o prejuízo ou a não satisfação do outro. Tudo isso é feito mediante uma escala triádica que enuncia, para o prejuízo e para a importância dos princípios envolvidos, os graus *leve, médio e grave*.⁶²

Segundo Alexy, a objeção de Habermas sobre a irracionalidade da ponderação estaria plenamente justificada se não fosse possível emitir juízos racionais sobre, primeiramente, as intensidades das intervenções nos direitos fundamentais, sobre os graus de importância de satisfação dos princípios e, por último, sobre a relação que existe entre um e outro. Desse modo, não haveria um marco, já que inexistiriam quaisquer tipos de limites.

Com efeito, se a ponderação é realmente irracional, chega-se à conclusão de que, mediante a ponderação, não se pode estabelecer um resultado racional para nenhum caso. No entanto, segundo Alexy, essa tese pode ser rechaçada de duas maneiras, uma radical e uma moderada:

A tese radical assinala que a ponderação estabelece um resultado de forma racional para todos os casos. A teoria dos princípios não

61 ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002, p. 31.

62 ALEXY, op. cit., p. 32-33.

defendeu nunca esta tese e, ao contrário, sempre enfatizou que a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza necessariamente a um único resultado. Com isso, tudo conflui para a tese moderada. Essa tese sustenta que, com a ajuda da ponderação, certamente não em todos, mas sim em alguns casos, pode estabelecer-se um resultado de maneira racional e que a classe destes casos é suficientemente interessante para o fato de que a existência da ponderação como método está justificada.⁶³

Nesse sentido, ao tentar responder à objeção de Habermas de que a ponderação se aplica de forma arbitrária ou irreflexiva, segundo padrões e hierarquias a que se está acostumado, Alexy afirma que, embora as avaliações relacionadas aos juízos sobre a intensidade de intervenção no direito fundamental e sobre o grau de importância do princípio contrário não façam parte da lei de ponderação, não se caracterizam como arbitrárias, já que existem razões plausíveis que as respaldam. Por outro lado, tais avaliações não são adotadas pelo tribunal de forma irreflexiva, segundo padrões e hierarquias a que se está acostumado, já que tais padrões estão relacionados às linhas jurisprudenciais conformadas pelos precedentes da corte.

Somente estaria justificado falar aqui de padrões acostumados se o sentido da decisão decorrer unicamente da existência de uma linha de precedentes e não de sua própria correção. Mas ainda, somente poderia se falar de uma aplicação *irreflexiva* se dita aplicação não tivera lugar no marco de uma argumentação, porque os argumentos expressam e fazem evidentes as reflexões. Sem embargo, aqui não há uma carência de argumentação. [...] As duas sentenças [caso tabaco e caso titanic] demonstram que existem casos nas quais se podem estabelecer limites à atuação estatal de forma racional com a ajuda da lei de ponderação. Assim, se desvirtua a tese de que a ponderação admite em definitivo qualquer tipo de decisão, devido

⁶³ Ibidem, p. 32. Essa passagem mostra claramente que racional para a teoria alexiana é aquilo que se obtém mediante um método que leve a uma certeza absoluta, já que admite, expressamente, que a ponderação não leva, em todos os casos, a resultados racionais, ou seja, resultados que levem a uma verdade absoluta. Por outro lado, ao tentar justificar a racionalidade da ponderação recorrendo à jurisprudência da Corte constitucional Alemã, acaba por mistificar tal prática judicial como um saber isento de erros. Por outro lado, Alexy, ao reduzir a idéia da única resposta correta ao agir estratégico das partes no processo, acaba por assentar o entendimento de que só é possível falar em respostas relativamente corretas, e desde que essas atendam os critérios da sua teoria da argumentação jurídica racional. Vê-se, aqui, uma clara crença no método como critério para se chegar à correção das normas (*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa, n. 05, 1988. p. 151).

a carência de medidas racionais. Nesse sentido, a lei de ponderação se mantém firme frente às objeções de Habermas.⁶⁴

Por outro lado, Alexy tenta rebater as críticas de Böckenförde – de que a ponderação esvazia a discricionariedade do legislador – esclarecendo o sentido dos outros dois elementos da estrutura da ponderação: a fórmula do peso e o correspondente ônus de argumentação. Afirma-se, com isso, que a ponderação é compatível, em uma medida aceitável, com as margens ou espaços de ação legislativa.⁶⁵

Assim, partindo da já descrita lei da ponderação, afirma-se que a importância dos princípios (I) em colisão não é a única variável relevante a ser considerada. O peso abstrato (G) e a segurança das apreciações empíricas (S)⁶⁶ concernentes ao grau em que a medida analisada implica faticamente a falta de satisfação de um dos princípios em colisão e a satisfação do outro segundo as circunstâncias do caso concreto também são relevantes.⁶⁷ Como articular, no entanto, todas essas variáveis para obter um resultado concreto na ponderação? A fórmula do peso seria a resposta. Tal fórmula teria a seguinte estrutura:

$$Ii \times Gi \times Si$$

$$\text{Peso concreto} = -----$$

$$Ij \times Gj \times Sj$$

A fórmula do peso, que complementa a lei de colisão⁶⁸ e a lei da ponderação, estabelece o peso *concreto* de um princípio através da atribuição de um valor numérico a cada uma das variáveis a partir de uma escala triádica do seguinte modo: para as variáveis da importância e do peso abstrato, os graus de leve (1), médio (2) e grave (4); para a

⁶⁴ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002. p. 37.

⁶⁵ Ibidem, p. 37.

⁶⁶ Essa variável expressa, de acordo com Alexy, denomina de “lei epistêmica da ponderação”: “quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, tanto maior deve ser a certeza das premissas que sustentam dita intervenção” (Ibidem, p. 55).

⁶⁷ Ibidem, p. 56.

⁶⁸ De acordo com Alexy, a lei da colisão se expressa através do seguinte enunciado: “as condições sob as quais um princípio tem prioridade sobre outro constituem os fatos operativos de uma regra que confere eficácia jurídica para o princípio considerado prioritário” (*On the structure of legal principles*. Ratio Juris, v. 3, n. 03, 2000. p. 297).

variável da segurança das apreciações empíricas, os graus de certo (1), plausível (1/2) e evidentemente falso (1/4).⁶⁹

Como resultado da ponderação, teríamos as seguintes opções: a) se o resultado for maior que 1, é de ser considerado preponderante o princípio Pi; b) se o resultado for menor que 1, é de ser considerado preponderante o princípio Pj; c) se o resultado for igual a 1, haverá, então, um empate, sendo impossível resolver, de forma racional, a colisão.⁷⁰

4 CONCLUSÃO

Apesar de todo o esforço de Alexy em tentar estabelecer critérios “racionais” para a ponderação, alguns problemas persistem. O primeiro deles é como resolver os casos de empate na aplicação da fórmula do peso, o que deixa a ponderação suscetível à discricionariedade judicial:

Os direitos fundamentais não são uma matéria que possa ser dividida em segmentos tão finos, de tal modo que se suprima a possibilidade de que existam empates estruturais – isto é, de verdadeiros empates – na ponderação, ou de tal modo que estes se façam praticamente insignificantes. Isto quer dizer que, na realidade, existem uma margem para a ponderação, entendida como uma margem de ação estrutural do Legislador e da Jurisdição.⁷¹

Para Alexy, nos casos de empate a constituição não decide a colisão de princípios. E o que a constituição não decide, é por ela liberada. Assim, tal espaço de ponderação pode ser preenchido, por parte do legislador,

69 Idem, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002, p. 41-56.

70 Sobre a influência da matemática no direito constitucional, vide ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007, p. 15: “Tudo isso somente é possível sob o fundamento de uma teoria da escalação, que é conveniente para a natureza discursiva do direito constitucional. Desse modo, é assegurado que não a matemática apresenta-se como senhora do direito constitucional, mas o direito constitucional serve-se da matemática como criada. O argumento não é substituído por contas, mas, por relações matemáticas, trazido em uma forma na qual, e somente nela, ele pode obter a sua consumação extrema”.

71 Idem, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, nº 22, 2002, p. 48. Interessante é a transcrição que Alexy faz de um trecho de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão para justificar a existência de margens de ponderação na atividade do judiciário: “O Tribunal Regional de Hamburgo havia tomado uma decisão favorável ao recorrente [..] e o Tribunal Superior havia proferido uma sentença de improcedência. O Tribunal Constitucional declarou que ambas eram constitucionalmente possíveis: ‘A interpretação do Tribunal Superior é tão pouco questionável do ponto de vista constitucional como aquela do Tribunal Regional’” (Ibidem, p. 48).

por considerações políticas e, por parte do judiciário, por considerações jurídico-ordinárias.⁷²

Isso acaba deixando explícito, sob outro aspecto, que não há critérios objetivos para a determinação do valor das variáveis que integram a fórmula do peso, o que nos leva de volta às críticas de Habermas de que o método da ponderação é irracional. Para Habermas, *racionalidade* não é um conceito dependente de um método científico que leve, sempre, a uma certeza absoluta.⁷³

Outro problema que se pode enunciar é a equiparação entre princípios e valores e a repercussão disso no caráter deontológico das normas jurídicas. Se por um lado, Alexy afirma expressamente que “todos os princípios e normas jurídicas têm um caráter deontológico”⁷⁴,

⁷² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.

85-86. Essas considerações jurídico-ordinárias acabam, de qualquer sorte, sendo fruto de certa discricionariedade judicial, pois como conclui Carlos Pulido, “é preciso enfatizar que a fórmula do peso não é um procedimento algorítmico que pode oferecer a cada caso uma única resposta correta. Pelo contrário, este modelo de ponderação reconhece seus próprios limites de racionalidade e abre ao juiz uma margem de deliberação em que sua ideologia e suas apreciações jogam um papel determinante” (La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006. p. 73-74).

⁷³ Há autores que ainda acreditam que é possível uma racionalidade objetiva, mesmo que apenas nas ciências exatas: “É certo que a racionalidade que ampara as decisões em que se opera o sopesamento dos princípios é aquela racionalidade própria do discurso prático, em geral, e do jurídico em particular: uma racionalidade mais precária do que aquela própria das ciências empíricas, mas ainda assim, uma racionalidade possível. [...] Isso, todavia, não pode ser considerado um defeito da fórmula de Alexy, nem de sua teoria dos direitos fundamentais, pois nada mais faz do que refletir a atual situação epistemológica sobre ser possível ou não a racionalidade (no sentido de algo objetivo, intersubjetivamente verificável, análogo à objetividade das teorias científicas em sentido duro) das decisões práticas em geral, sobre o que é certo ou não fazer, das quais as decisões jurídicas (sobre o que é lícito ou não fazer) não são mais do que um caso especial. [...] É quanto basta para afastar a indevida crítica de Habermas, formulada a partir de uma pressuposição contrária ao que ele próprio já defendeu (a possibilidade de uma racionalidade discursiva), ou seja: a racionalidade idêntica à objetividade obtida com o falseamento de teorias científicas (em sentido duro, ou estrito do termo ciência) ou a irracionalidade total” (GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006. p. 67-68).

⁷⁴ “Separar o sentido deontológico dos princípios de um caráter absoluto conduz à possibilidade de que eles serem considerados como mandados de otimização ao mesmo tempo em que preservam seu caráter deontológico” (ALEXY, Robert. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997). No mesmo sentido, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 138-147. Eros Grau, ao mesmo tempo em que adota conjuntamente Habermas e Alexy como referenciais teóricos, dilui os campos do deontológico e do axiológico: “O direito, enquanto sistema, é uma ordem axiológica ou teleológica de princípios, e estes não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou em contradição entre si [...]. Assim, [...] cumpre distinguir situações de oposição e de contradição entre princípios,

por outro, acaba não percebendo o sentido dessa afirmação na lógica da argumentação, na medida em que sua compreensão deontológica das normas pode ser traduzida em uma “compreensão equivalente de conteúdos de valor correspondentes”⁷⁵.

Nesse sentido, a separação rígida entre a perspectiva deontológica e axiológica – proposta por Habermas e Dworkin – não serviria para as normas jurídicas que, por regularem uma comunidade histórica e determinada de pessoas, têm que ser justificadas não só do ponto de vista moral, mas também dos objetivos políticos e valores éticos.⁷⁶ Isso faz com que, no final das contas, haja certa equiparação entre princípios e valores:

Para descobrir o forte que pode ser uma teoria dos princípios a partir do ponto de vista de seu rendimento, há que se fixar a semelhança que existe entre princípios e o que se denomina *valor*. No lugar de dizer que o princípio da liberdade de imprensa colide com o da segurança exterior, poder-se-ia dizer que existe uma colisão entre o valor da liberdade de imprensa e o valor da segurança exterior. Toda colisão entre princípios pode expressar-se como uma colisão entre valores e vice-versa. [...] Princípios e valores são, portanto, os mesmos, contemplado em um caso sob um aspecto *deontológico*, e em outro caso sob um aspecto *axiológico*. Isto mostra com claridade que o problema das relações de prioridade entre princípios se corresponde com o problema de uma hierarquia de valores.⁷⁷

situações das quais decorreriam quebras no sistema (ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais)“ (*Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 172).

75 HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996.

76 Segundo Jürgen Habermas, para Alexy “o caráter deontológico ou incondicional da validade normativa, que desejo preservar para as normas jurídicas, significa que essa validade estende-se universalmente a todos os sujeitos capazes de linguagem e de ação. O resto é fácil: em contraste com a deontologia (tal como ele a interpreta), as normas jurídicas só são obrigatorias para uma comunidade de pessoas histórica, espacial e temporalmente vinculadas. Assim, essas normas não poderiam ser deontológicas” (Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996).

77 ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, nº 05, 1988. p. 145. Interessante notar que Marcelo Guerra pretende defender o caráter deontológico da teoria alexiana afirmando que as regras expressariam o deônito rígido e os princípios o deônito flexível (A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006. p. 55-56). Por outro lado, Virgílio Afonso da Silva, embora critique a teoria de Alexy pela falta de rigidez e a de Habermas pela falta de maleabilidade, entende que o método da ponderação é o mais adequado às realidades constitucionais marcadas pelo compromisso entre ideologias políticas distintas, como é o caso da Constituição brasileira que assegura, ao lado dos direitos individuais

Desse modo, ao afirmar que princípios podem ser tratados como valores, Alexy dilui o código binário do Direito⁷⁸ e a pretensão de correção das normas.⁷⁹ Para Habermas, essa não é uma discussão meramente semântica, na medida em que é justamente esse código que assegura aos direitos fundamentais a qualificação de trunfos, de argumentos de princípios, que têm prioridade sobre argumentos de política ou de finalidade coletiva.⁸⁰ Ademais, uma leitura axiológica dos princípios acaba legitimando um espaço discricionário à atuação do aplicador do Direito, já que reflete, de maneira mais ou menos adequada, uma forma de vida que se articula no âmbito de uma ordem concreta de valores. Segundo Habermas,

[...] o direito se apresenta diante de seus destinatários, assim como antes, munido de uma reivindicação de validação que exclui uma *pesagem* dos direitos segundo o modelo da ponderação de *bens jurídicos* precedentes ou menos importantes. A maneira de avaliar nossos valores e a maneira de decidir o que é *bom para nós* e o que *há de melhor* caso a caso, tudo isso se altera de um dia para o outro. Tão logo passássemos a considerar o princípio da igualdade jurídica meramente como um bem entre outros, os direitos individuais poderiam ser sacrificados caso a caso em favor de fins coletivos.⁸¹

e políticos, um elenco amplo e detalhado de direitos sociais, econômicos e culturais expressamente positivados pelo seu texto (Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 01, 2003. p. 195-197).

- 78 Para Habermas, “a expressão deontológico refere-se apenas ao caráter obrigatoriedade binariamente codificado das expectativas de comportamento, em contraste com os valores, que devem ser transitivamente ordenados em cada caso. O código de preceitos que distingue entre o certo e o errado (em analogia à verdade e à falsidade) e a correspondente incondicionalidade da pretensão de validade normativa conectada a tais preceitos não é afetada se se limita a esfera da validade a uma determinada comunidade jurídica” (Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996).
- 79 Embora Alexy, afirme que sua teoria do discurso situa-se dentro da tradição kantiana, percebe-se que a metodologia da ponderação e a qualificação dos princípios jurídicos como mandados de otimização indicam justamente o contrário (Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27). Sobre o assunto, vide VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas: entre Apel e Habermas*. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 2006.
- 80 Sobre a distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política, vide DWORKIN, 2002. p. 200-102.
- 81 HABERMAS, Jurgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996. A resposta de Alexy a essa crítica específica demonstra claramente a preocupação de Habermas: “O perigo de uma restrição indevida dos direitos individuais em favor de bens coletivos realmente existe. No entanto, ele não deve ser evitado por uma prioridade generalizada do deontológico sobre o teleológico – que no Direito é ambíguo e não pode ser estritamente mantido de toda sorte – mas apenas por prioridades prima facie substantivamente justificadas dos direitos individuais

Ao tentar desqualificar o conceito deontológico (incondicionado) de Habermas⁸², Alexy deixa claro que rejeita a distinção entre discursos de justificação e aplicação. Para ele, o discurso de aplicação, além de ser por demais vago para resolver o problema da decisão jurídica racional⁸³, é fácil de levar ao equívoco, pois “abriga o perigo de uma prática não universalista de tomada de decisão. Esse perigo torna-se agudo se a prestação jurisdicional for considerada exclusivamente como um discurso de aplicação e assim separado dos discursos de justificação”.⁸⁴

Com isso, ao querer controlar metodologicamente a indeterminação estrutural do Direito a partir da negação da distinção entre os dois tipos de discursos jurídicos, a teoria alexiana elimina a tensão imanente ao Direito – que se manifesta na jurisdição como tensão entre *segurança*

sobre finalidades coletivas” (Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997).

- 82 “Problemática, no entanto, é a pretensão de Habermas de que o dever-ser das normas vinculantes tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicionada e universal [...]”. Habermas enfatiza que as questões jurídicas diferem-se das morais. Ele levanta a pretensão de que as normas jurídicas em geral ... não dizem o que é igualmente bom para os seres humanos; elas regulam o contexto de vida dos cidadãos de uma comunidade jurídica concreta. Portanto, os discursos de justificação e de aplicação no interior do Direito tiveram que se abrir para argumentos éticos e pragmáticos. Isso, no entanto, exclui uma definição carente de maior qualificação dos princípios jurídicos como normas dotadas de absoluto caráter vinculante no sentido universalista acima explicado, porque isso faria deles normas morais” (ALEXY, Robert. Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997).
- 83 Mais uma vez, a teoria de Alexy torna-se problemática, na medida em que acaba equiparando racionalidade à irracionalidade de uma certeza absoluta porque fundada em um método. Ratificando essa crença, vide GUERRA, Marcelo. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006. p. 55-56, 62, 67: “[...] a elaboração da já famosa Fórmula do Peso permite enxergar, claramente, a possibilidade de se formular decisões racionais sobre o conflito entre princípios ou valores constitucionais, mesmo que se trate de uma racionalidade possível, não inteiramente idêntica à racionalidade própria das ciências descritivas. Quer dizer, a objetividade que se pode alcançar sobre a correção de tais decisões não coincide com a objetividade que se consegue obter, em sede de ciências como a Física, a Bioquímica e outras, acerca da verdade (*rectius: da falsidade ou falseamento*) dos enunciados que compõem suas respectivas teorias”.
- 84 Segundo Alexy, “uma harmonização ou unificação do Direito no sentido de uma prática universalista de tomada de decisão só é possível se, ao se decidir casos individuais, regras que possam ganhar o poder de precedência sejam formadas. Essas regras têm, no entanto, o caráter de normas relativamente concretas e podem, e devem, assim, serem substancializadas. Todo discurso de aplicação inclui então um discurso de justificação” (Jürgen Habermas’s Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997).

*jurídica e correção das decisões*⁸⁵ –, o que, em última análise, evidencia a sua crença exagerada no poder das normas gerais e abstratas. Ademais, ao negar a diferença entre esses dois tipos de discurso destrói a base racional para a separação funcional de poderes, na medida em que “as razões que o legislador político usa, ou poderia razoavelmente usar, para justificar as normas adotadas não estão simplesmente à disposição do judiciário e da administração quando aplicam e implementam as normas”.⁸⁶

Porém, ao contrário de negar ou mesmo tentar controlar a indeterminação do Direito, a proposta de Habermas – bem como de Klaus Günther⁸⁷ e Ronald Dworkin⁸⁸ – é justamente evidenciar a especificidade do discurso de aplicação, ou seja, a irrepetibilidade e a unicidade das situações concretas de aplicação, o que exige do aplicador a sensibilidade para levar em conta todas as circunstâncias do caso, rejeitando, assim, as pretensões abusivas baseadas em normas gerais e abstratas, de modo que assegure, simultaneamente, a certeza do direito e a justiça da decisão.

Em termos práticos, o que está em questão, ao se rejeitar uma perspectiva axiológica, é a própria sobrevivência da *integridade* do direito, subjacente ao projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito de cidadãos solidários, autocompreendidos como livres e iguais.⁸⁹

⁸⁵ HABERMAS. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997. p. 245.

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996.

⁸⁷ GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 06, São Paulo, 2000.

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002; Idem, O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Parece ser equivocada a afirmação de alguns autores no sentido de que Ronald Dworkin defende o “método” da ponderação. Nesse sentido, vide SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional, n. 01, março/abril/maio, 2007. p. 5; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 09, mar./abr. 2007. p. 11. Para uma crítica desse tipo de posicionamento – defender teorias incompatíveis –, denominado de “sincrétismo metodológico”, vide SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 01, 2003. Outros como Eros Grau, chegam afirmar que “a falta de reflexão tem levado alguns analistas do pensamento da doutrina a confundir valores (teleológicos) com princípios (deontológicos), colocando-se à deriva diante de uma mal-digerida apreensão da exposição dworkiana, que em rigor exclui os princípios do âmbito normativo” (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002).

⁸⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: Uma crítica teorético-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC

Como bem ressalta Chamon Júnior, que normas possam refletir valores – “no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca de o que é justo para todos (morais), mas também acerca de o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (ética)”⁹⁰ – não quer dizer que elas sejam ou devem ser tratadas como valores na operacionalização interna do Direito.

Além da quebra do código binário inerente ao sistema do Direito, a perspectiva axiológica acaba sendo arriscada para o pluralismo, pois pode acarretar a submissão de todos a uma leitura “eticizante” do Direito. Além do mais, atribui os direitos fundamentais um peso gradual, que pode ceder tanto em relação a outros direitos, quanto a metas coletivas. Constatase, também, que Alexy possibilita, de forma plausível, a reentrada de certa mentalidade inerente ao positivismo jurídico, que é a importância da questão morfológica e a aplicação da lei como subsunção.

Desse modo, e finalizando, constata-se que a perspectiva axiológica de Alexy não resolve satisfatoriamente o problema da indeterminação do Direito, seja porque confunde princípios jurídicos com valores, negando seu caráter deontológico e assumindo a pretensão de uma racionalidade instrumental que pode funcionar através da adoção de um método específico, seja porque não considera a distinção entre discurso de justificação e discurso de aplicação, proposta por Günther e Habermas, já que não leva em conta que a tarefa do discurso de aplicação é verificar a adequação de uma norma a situações particulares, registrando que essa adequação não se refere a todas às hipóteses de aplicação, mas tão-somente a uma única decisão correta, no sentido de sua irrepetibilidade.⁹¹

n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

90 CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedural do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

91 Sobre esse ponto específico, vide a crítica de Leonardo Barbosa: “Diante da irrepetibilidade das situações históricas, a detecção deste tipo de semelhança fica na dependência de uma descrição o mais completa possível da situação fática, de forma que devemos sempre atentar para eventuais dessemelhanças relevantes. O risco é, contrariamente ao que pensa Alexy, o de que uma ordem frouxa de princípios venha a obliterar a percepção da radical historicidade em que se inscreve a empreitada do direito, imobilizando-o no passado e vinculando-o a uma idéia de segurança falsa e anacrônica” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther*. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 02, jul./dez. 2008. p. 34).

REFERÊNCIAS

- ALEINIKOFF, Thomas Alexander. Constitutional law in the age of balancing. *The Yale Law Journal*, v. 96, n. 5, 1987.
- ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 05, 1988.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- _____. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 01, out. 1994.
- _____. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (org). *Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*. Berkeley, Los Angeles e Londres: University of California Press, 1997.
- _____. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v.13, n. 03, 2000.
- _____. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitutional*, n. 22, 2002.
- _____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, 2003.
- _____. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, v. 16, n. 04, 2003a.
- _____. Balancing, constitutional review and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 04, 2005.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 02, jul./dez. 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 09, mar./abr. 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação de interesses. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BUSTAMANTE, Thomas Rosa. Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy. *Revista de Informação Legislativa*, v. 171, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. Racionalização do ordenamento jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 88, UFMG, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. A ponderação de valores na jurisprudência recente do STF: Uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC n. 82.424-2-RS. In SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Tertium non datur: pretensões de coercibilidade e validade em face de uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedural do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COURA, Alexandre de Castro. Limites e possibilidades da tutela jurisdicional no paradigma do Estado Democrático de Direito: para uma análise crítica da

“jurisprudência de valores”. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 06, São Paulo, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a “fórmula do peso” de Robert Alexy. *Revista do Processo*, São Paulo, v. 31, n. 141, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GREER, Steven. Balancing and the European Court of Human Rights: a Contribution To the Habermas-Alexy Debate. *The Cambridge Law Journal*, v. 63, n. 02, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Reply to symposium participants – Benjamin N. Cardoso School of Law. *Cardozo Law Review*, v. 17, março de 1996.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v.1. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 1997a.

MÖLLER, Kai. Balancing and the estructure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 05, n. 03, 2007.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. *Revista CEJ*, v. 30, 2005.

PULIDO, Carlos Bernal. La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 77, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. Metodologia da ponderação, jurisdição constitucional e direitos fundamentais: a contribuição de Robert Alexy e seus críticos. *Revista de Direito de Estado*, ano 01, n. 04, out./dez. 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 01, 2003.

SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. *Revista virtual de filosofia jurídica e teoria constitucional*, n. 1, mar./abr./maio, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: an assault on human rights? *International Journal of Constitutional Law*, v. 07, n. 03, 2009.

VELASCO, Marina. Habermas, Alexy e a razão prática kantiana. In: SIEBENEICHLER, Flávio Beno. *Direito, moral, política e religião nas sociedades pluralistas*: entre Apel e Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O CONTROLE DOS FILMES OFENSIVOS¹

***FREEDOM OF SPEECH AND THE CONTROL OF
OFFENSIVE FILMS***

*Victor Campos Clement Leahy
Advogado, Especialista em Direito do Estado e da
Regulação pela FGV Direito Rio*

SUMÁRIO: Caso Gerador; Questões para Reflexão; Introdução; 1 Liberdade de Expressão, Arte e Censura; 1.1 O Arcabouço Constitucional; 1.2 Conceito, Abrangência e Fundamentos da Liberdade de Expressão; 1.3 A arte Enquanto Forma de Expressão; 1.4 O Que é Censura?; 2 O Controle dos Filmes Ofensivos; 2.1 Proibição Prévia X Poder Geral de Cautela; 2.2 O Controle Judicial do Gosto; 2.3 A Atividade de Classificação Indicativa; 3 Considerações Finais; Referências.

¹ Adaptação do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Pós-graduação lato sensu em Direito do Estado e da Regulação da FGV DIREITO RIO em Dezembro de 2012. Professor orientador: Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz.

RESUMO: O presente artigo busca analisar os limites e as formas de controle da liberdade de expressão em matéria de produções cinematográficas, notadamente em relação aos filmes com conteúdo ofensivo ou polêmico. Para tanto, propõe-se uma reflexão baseada em um problema de natureza jurídica, o qual contextualiza o debate e demonstra a relevância prática do estudo. Assim, a partir do caso gerador, serão abordados diversos tópicos relativos à liberdade de expressão, arte e censura, os quais foram divididos em dois capítulos principais – o primeiro, de cunho conceitual, enquanto o segundo, relacionado aos meios de controle das obras cinematográficas. Entre os pontos enfrentados, destacam-se a definição de censura, os conflitos entre proibição prévia e poder geral de cautela do magistrado e a possibilidade, ou não, de controle do conteúdo dos filmes.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Expressão. Censura. Proibição. Filme. Arte. Classificação Indicativa.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the limits and means to control freedom of expression on film productions, especially regarding movies with controversial or offensive content. To this end, we propose a reflection based on a legal problem, which contextualizes the debate and demonstrates the practical relevance of the study. Therefore, through this hypothetical case, various topics related to freedom of expression, censorship and art will be covered, which were divided into two main sections - the first one defines all related concepts, while the second refers to film restriction methods. Among the points addressed, we can highlight the definition of censorship, the conflicts between prior restraint and provisional measures and even the possibility, or not, of control of movie content.

KEYWORDS: Freedom of Speech. Censorship. Prohibition. Film. Art. Rating System.

CASO GERADOR²

O Ministério Público Federal, após tomar ciência do iminente lançamento de um filme que contém cenas de barbárie, selvageria e crueldade, incluindo simulações de sexo com menores de idade, decide abrir um inquérito civil público para apurar a possibilidade de se proibir a exibição da obra em todo território nacional.

De início, a Procuradoria da República expede recomendação à Secretaria Nacional de Justiça, órgão integrante do Ministério da Justiça, para que proíba a exibição do filme ou, ao menos, suspenda o processo de classificação indicativa até que a autoridade competente possa se manifestar a respeito.

Em resposta, o Secretário Nacional de Justiça informa que os órgãos a ele vinculados não têm competência institucional para aferir o cometimento de crime e que não há competência estabelecida para regular a comercialização, proibir a veiculação, impedir acesso, cortar ou sugerir cortes nas obras que classifica. Para tanto, pauta-se em parecer jurídico da Advocacia Geral da União, que afirma que a proibição do filme só poderia ocorrer por decisão judicial.

Consequentemente, o Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS), órgão responsável pela classificação indicativa de obras audiovisuais, prossegue com a análise do filme e o insere na categoria “não recomendada para menores de 18 anos”. No entanto, por constatar que o filme retrata cenas de sexo com menores de idade, o órgão determina que o despacho de classificação só entre em vigor após trinta dias, a fim de que haja tempo hábil para ciência e manifestação das autoridades competentes.

Frente à insuficiência do prazo, a Procuradoria então ajuíza ação civil pública perante a Justiça Federal, pleiteando, em sede liminar e *inaudita altera pars*, a proibição da exibição do filme nos cinemas, dada a iminência de sua estreia. No mérito, pede pela sua proibição definitiva, sustentando, em síntese, que:

² Inspirado no caso real “A Serbian Film – Terror Sem Limites”, objeto do processo de nº 42709-48.2011.4.01.3800, ainda em curso na Justiça Federal de Minas Gerais. Cabe ressaltar que a controvérsia sofreu adaptações para o presente trabalho, bem como foi desconsiderada a ação ajuizada perante a Justiça Estadual do Rio de Janeiro, por tramitar sob segredo de justiça.

- (i) A União está permitindo a consumação do fato típico previsto no art. 241-C do Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo em vista a existência de cenas de sexo com menores de idade;
- (ii) o Ministério da Justiça não pode limitar-se a classificar a obra, atuando em mera conformidade à lei, se tem ciência e até mesmo admite a possível ocorrência de crime. Assim, em obediência ao princípio da juridicidade, deve a Administração Pública atentar não apenas para a legalidade em sentido estrito, mas também para a legitimidade e moralidade dos seus atos;
- (iii) não há que se falar em violação à liberdade de expressão, muito menos em censura, uma vez que:

A vedação da censura restringe-se à atuação da Administração Pública, não abrangendo o Poder Judiciário, que pode e deve valer-se das medidas necessárias para salvaguardar direitos;

Nenhum direito fundamental é absoluto e, no caso, há de se considerar a prioridade da proteção dos interesses de crianças e adolescentes, nos moldes do art. 4º do ECA e do art. 227 da CRFB;

A própria Constituição prevê a possibilidade de restrição à liberdade de expressão, como, por exemplo, a necessidade do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa, conforme dita o art. 221, IV da CRFB;

Finalmente, ao se aplicar o postulado da proporcionalidade ao caso concreto, sobressaem os princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção ao consumidor e da tutela aos interesses das crianças e adolescentes.

Em função dos argumentos expostos, o magistrado defere o pedido de antecipação de tutela, por entender que, ao menos em tese, a exibição comercial da película constitui a prática do crime tipificado no art. 241-C da Lei nº 8.036/90. Portanto, amparado no seu poder geral de cautela, o juiz determina a proibição do filme em todo território nacional, até que a União apure junto aos órgãos competentes se a obra cinematográfica incorre em alguma modalidade criminal.

QUESTÕES PARA REFLEXÃO

Frente ao caso apresentado, três pontos são dignos de discussão.

O primeiro diz respeito à proibição administrativa dos filmes. Será que o Ministério da Justiça, através dos seus órgãos, pode proibir ou editar obras cinematográficas? Caso não possa, como proceder em situações análogas à descrita? Deve a Administração Pública se limitar a classificar e liberar a obra, mesmo ciente da possível ocorrência de crime, ou deve suspender a classificação indicativa até o final das investigações?

O segundo se refere ao próprio conceito de censura. Afinal, o que se entende por censura? Qual é a sua abrangência, quem são seus destinatários e em que momento se configura? Seria a liminar uma espécie de censura judicial prévia, ou apenas manifestação do poder geral de cautela do magistrado?

Por fim, o terceiro trata do controle de conteúdo dos filmes – mais precisamente do controle judicial do gosto. Supondo que nenhum crime tenha sido identificado, será que o magistrado poderia, na sentença, determinar a proibição definitiva do filme pelo seu extremo mau gosto? Esse tipo de controle é admissível em um Estado Democrático de Direito?

São essas as inquietações que servirão de guia para a exposição a seguir.

INTRODUÇÃO

Vinte e quatro anos já se passaram desde a promulgação da Constituição de 1988 e o fim oficial da censura no País. No entanto, por mais que a proibição arbitrária de filmes seja parte do passado³, ainda existe muito a se discutir quando o assunto é interferência do Estado nas formas de expressão.

É certo que a censura não está mais institucionalizada. Não se dá por censores ou atos institucionais, nem por proibições sem contraditório e ampla defesa. Contudo, isso não significa que a liberdade de expressão esteja imune às investidas estatais. Muito pelo contrário, ela continua sob ataque, ainda hoje, embora em um novo contexto, com outros atores e justificativas.

³ Tal como ocorreu com “Je vous salue, Marie”, último filme a ser proibido antes da promulgação da Constituição de 1988. *WIKIPEDIA*. Je vous salue marie. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Je_vous_salue,_Marie>. Acesso em: 18 nov. 2012.

O filme que inspirou o presente trabalho foi o primeiro a ser proibido sob a égide da Constituição de 1988⁴, mas não foi o último. Em setembro de 2012, a Justiça do Estado de São Paulo determinou a suspensão da veiculação de cenas do filme “A Inocência dos Muçulmanos”, no *Youtube*, por entender, em caráter liminar, que haveria violação das crenças e valores do povo muçulmano⁵.

De fato, os princípios em confronto em ambos os casos são distintos – em um se encontra a proteção integral das crianças e adolescentes, no outro a liberdade religiosa. Ainda assim, tais precedentes demonstram a atualidade do tema e a importância de se discutir o papel da liberdade de expressão no que tange aos filmes com potencial ofensivo.

Quanto à obra em debate, uma simples leitura da sua sinopse⁶ é suficiente para contextualizar a controvérsia. Entre cenas de extrema violência, tortura, estupro, necrofilia e até mesmo pedofilia, a produção retrata as mais variadas formas de degradação humana, revelando até onde a perversidade da mente pode chegar. Justamente por isso, o filme é de extrema relevância constitucional, pois permite o estudo dos limites da liberdade de expressão em uma recente realidade democrática.

Nesse sentido, e de forma a facilitar a compreensão do tema, o estudo será dividido em dois capítulos. No primeiro, será feita uma abordagem teórica da liberdade de expressão, da arte e da censura, no intuito de introduzir seus conceitos, fundamentos e eventuais discussões. Já no segundo, serão analisadas as peculiaridades do filme e as suas formas de controle, começando pela via judicial e encerrando com a via administrativa.

Por certo, é impossível esgotar uma matéria tão complexa em tão poucas linhas. Não obstante, espera-se que essa leitura possa contribuir para o debate, e que as reflexões aqui propostas sirvam de incentivo ao estudo sobre a liberdade de expressão.

⁴ GONDIM, João Paulo. *Veto à exibição de 'A Serbian film' preocupa críticos e cineastas*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/veto-exibicao-de-serbian-film-preocupa-criticos-cineastas-2710455>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁵ MIGALHAS. *Cenas do filme: Inocência dos Muçulmanos devem ser retiradas da internet*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI164628,41046-Cenas+do+filme+Inocencia+dos+Muçulmanos+devem+ser+retiradas+da>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁶ ADOROCINEMA. *A Serbian Film – Terror sem limites*. Disponível em <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-185158/>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO, ARTE E CENSURA

1.1 O arcabouço constitucional

Após décadas de restrições durante o período militar, nada mais natural que, no processo de redemocratização, o Constituinte tivesse uma especial preocupação com a liberdade de expressão. Assim, como um reflexo do passado sofrido e de um compromisso com o futuro, o País foi brindado em 1988 com uma das Cartas mais promissoras em termos de direitos fundamentais – a aclamada Constituição Cidadã.

Com a Constituição de 1988, o Brasil assistiu ao retorno das liberdades e dos valores democráticos perdidos. Em seu texto, é perceptível a ênfase dada à liberdade de expressão, sobretudo pela quantidade de dispositivos que cuidam, direta ou indiretamente, dessa garantia⁷. Nesse contexto, destacam-se os artigos 5º, incisos IV, V e IX, e 220, *caput*, §1º e §2º, que estabelecem um sistema de ampla liberdade de expressão, com responsabilidade posterior pelos excessos cometidos.

Além dessas previsões, o Constituinte fez questão de incluir os direitos fundamentais no rol de cláusulas pétreas (artigo 60, §4º, IV da CRFB), de modo que nem mesmo uma reforma constitucional pudesse vir a aboli-los. Com isso, buscou-se vedar qualquer chance de retrocesso em matéria de liberdades, bem como expurgar, por definitivo, a censura do País.

No entanto, para que essa proteção seja efetiva, é preciso que se entenda o significado, a abrangência e o papel da liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito. Apenas dessa forma a sociedade terá argumentos consistentes para reconhecer e combater as novas formas de proibição, as quais não são explícitas e discricionárias como outrora, mas surgem sorrateiramente e revestidas de pretensos valores coletivos.

1.2 Conceito, abrangência e fundamentos da liberdade de expressão

Segundo Paulo Gustavo Gonçalves Branco, a liberdade de expressão pode ser conceituada como um direito fundamental que tutela toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou qualquer pessoa, desde que não seja violenta ou colida

⁷ Entre eles o art. 5º, incisos IV, V, VI, IX, XIV e XXXIII; art. 206, incisos II e III; art. 215 e 220 *caput*, §1º e 2º da CRFB. Também integram o ordenamento jurídico brasileiro a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 19), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 19) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 13).

com outros princípios constitucionais⁸. Na mesma linha, Rafael Koatz sustenta que “todas as formas de manifestação, desde que não violentas, estão protegidas pela liberdade de expressão”⁹.

Considerando a sistemática estabelecida pela Constituição da República, é possível dividir o conteúdo da liberdade de expressão em três espécies distintas: a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de informação e a liberdade de imprensa.

Em linhas gerais, entende-se por liberdade de expressão em sentido estrito o direito individual de externar diferentes pontos de vista; por liberdade de informação, o direito de informar e de receber informações verdadeiras; e por liberdade de imprensa, o direito-dever dos meios de comunicação de divulgar fatos e opiniões¹⁰. Como o presente trabalho trata do controle judicial e administrativo das obras cinematográficas, o enfoque será dado à liberdade de expressão em sentido estrito.

Definido o conceito de liberdade de expressão, cabe tecer algumas considerações a respeito dos seus fundamentos teóricos. Segundo abalizada doutrina¹¹, há basicamente duas correntes que justificam a proteção da liberdade de expressão. A primeira delas é a substantiva (ou libertária), que está associada à autorrealização do homem e ao desenvolvimento da sua personalidade, enquanto a segunda é a democrática (ou instrumental), a qual enxerga a liberdade de expressão como instrumento do pluralismo democrático.

Para a corrente substantiva, a liberdade de expressão representa um valor em si, o que significa que as pessoas têm o direito intrínseco de dizer o que pensam e de ouvir o que quiserem. Ela atua, portanto, como uma defesa do cidadão, partindo do pressuposto de que as pessoas conseguem diferenciar o que é bom do que é ruim e fazer suas próprias escolhas.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 350-351.

⁹ KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 399.

¹⁰ Ibid., p. 398.

¹¹ Ibid., p. 393-397; FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 5-7.

Por essa ótica, a proibição com base no conteúdo seria incompatível com a responsabilidade dos cidadãos enquanto agentes morais autônomos, não cabendo ao Estado definir quais são as ideias apropriadas para circulação no meio social. Em outras palavras, o Poder Público não deveria realizar juízos de valor a respeito das opiniões manifestadas pelas pessoas, sob pena de violar o núcleo essencial desse direito.

A seu turno, a corrente instrumental sustenta que a liberdade de expressão deve ser protegida por ser um canal de promoção de outros valores constitucionais, como a democracia, que pressupõe a existência de um livre mercado de ideias. Assim, para essa perspectiva, a liberdade de expressão não é um fim em si, mas um instrumento de integração social e viabilidade de outros direitos fundamentais.

Sem prejuízo, existe outra teoria instrumental, desenvolvida por Stuart Mill, que sustenta que o confronto de ideias opostas seria essencial para a identificação da verdade. Segundo o filósofo inglês, a melhor forma de descobrir se uma ideia é verdadeira é submetê-la ao debate público. Se ela sobreviver ao ataque das teses contrárias, será uma verdade viva; caso contrário, se ficar alheia às discussões, será apenas um dogma morto. Dessa forma, Mill enxergava na liberdade de expressão um potencial epistêmico, de avanço do conhecimento.

A despeito das divergências, é importante ressaltar que todas essas concepções encontram amparo na Constituição de 1988 e possuem uma relação de complementaridade entre si. Logo, havendo um conflito que envolva a liberdade de expressão, nenhuma das visões deve ser desconsiderada. Ao revés, devem ser compatibilizadas, na medida do possível, razão pela qual, por vezes, será preciso ponderar a própria liberdade de expressão, de modo a verificar qual vertente prevalecerá¹².

Portanto, e de acordo com Rafael Koatz, é possível concluir que integram o núcleo essencial da liberdade de expressão: “(i) o direito subjetivo público fundamental dos indivíduos à livre expressão de opiniões e ideias; bem como (ii) a promoção de um ambiente deliberativo plural, no qual seja assegurado a todos a possibilidade de expressar-se”¹³.

¹² KOATZ, op. cit., p. 397.

¹³ Ibid., p. 398.

1.3 A arte enquanto forma de expressão

Conforme se observa no artigo 5º, inciso IX e artigo 220, §2º, a Constituição da República conferiu autonomia à liberdade de expressão artística. Assim, junto com as outras formas de expressão, ela estaria protegida da interferência estatal, valendo a máxima de que o “Estado não pode julgar a arte”.

Contudo, a doutrina constitucional brasileira, em sua maioria, não costuma trazer reflexões específicas sobre o tema. Ao contrário, a manifestação artística normalmente é inserida na categoria liberdade de expressão em sentido estrito, a qual é estudada de forma ampla, sem entrar em minúcias de cada tipo de expressão.

Divergindo desse entendimento, Dimoulis e Christopoulos defendem que a liberdade de expressão artística merece uma análise diferenciada, já que as suas especificidades modificam a área de proteção do direito¹⁴. Segundo eles, a arte teria formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação, sendo que os artistas demandariam uma liberdade quase absoluta, em contraste com os demais titulares da liberdade de expressão¹⁵. Como exemplo, afirmam que “aquel que em condições normais seria considerado ato obsceno, deixa de ser percebido como tal se for representado em uma tela ou no teatro”¹⁶.

Mas como definir o que é arte? Essa é uma tarefa árdua, dado o subjetivismo da questão. Segundo Thomas Adajian, é possível encontrar na filosofia contemporânea diversas tentativas de conceituação do aspecto artístico da criação, podendo ser destacadas pelo menos duas definições bastante reproduzidas.

Uma é moderna, convencionalista e focada nas características institucionais da arte, enfatizando a forma como a mesma muda ao longo do tempo e as propriedades de obras artísticas que dependem das relações com outras áreas, como história e gêneros da arte. A outra, por sua vez,

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 51, abr./jun. 2009.

¹⁵ Ibid., p. 51.

¹⁶ Ibid., p. 51.

se vale de um conceito mais amplo e tradicional, ligado a propriedades estéticas, que se centra nas características artísticas panculturais.¹⁷

Por sua vez, Dimoulis e Christopoulos, em uma abordagem mais jurídica, afirmam que a doutrina e a jurisprudência de vários países adotam quatro critérios de definição distintos, a saber:

Material: A arte consiste no trabalho criativo que permite se expressar dentro de uma tradição que usa determinadas formas de expressão;

Formal: Possibilidade de classificar certa produção em uma categoria de obras que são reconhecidamente artísticas (pintura, teatro, dança etc.);

Significado: A obra permite várias interpretações, oferecendo sempre novas informações, ideias e estímulos;

Reconhecimento: Atribuição do predicado “arte” a certa obra por terceiros que têm conhecimento na área.¹⁸

No entanto, eles mesmos reconhecem que não há um critério predominante, e que existe possibilidade de discrepâncias. Por conseguinte, concluem que o Estado deveria intervir o mínimo possível nessa matéria, assegurando flexibilidade na definição de arte¹⁹.

Em que pese à discussão conceitual, não há maiores prejuízos para as questões propostas no caso gerador. Isso porque existe um razoável consenso de que as obras cinematográficas constituem uma forma de manifestação da arte, o que atrairia a tutela da liberdade de expressão artística prevista na Constituição. No entanto, ainda que não fosse o caso, e o cinema fosse considerado uma forma de expressão genérica, a Carta de 1988 seria de igual amparo.

Não obstante, se definir o que se entende por *arte* parece uma tarefa de menor importância frente à ampla proteção conferida pelo

¹⁷ ADAJIAN, Thomas. *The Definition of Art*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/art-definition/>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

¹⁸ DIMOULIS; CHRISTOPOULOS, op. cit., p. 52.

¹⁹ Ibid., p. 52.

Constituinte, o mesmo não se pode dizer em relação ao conceito de *censura*, como se verá a seguir.

1.4 O que é censura?

Afinal, qual é o conceito de *censura*? A despeito do senso comum, esse é um dos pontos mais controvertidos quanto aos limites da liberdade de expressão. Em apertada síntese, diverge a doutrina basicamente em relação a dois pontos:

- (i) quanto ao órgão de origem da restrição e
- (ii) quanto ao momento em que ela ocorre.

No que se refere à origem, uma primeira corrente sustenta que *censura* seria a possibilidade de o Estado, através dos seus órgãos administrativos e em virtude do seu poder de polícia preventivo, restringir a liberdade de expressão e controlar o discurso sem o devido processo legal. Desse modo, a censura seria a proibição arbitrária, sem parâmetros, típica de um estado de exceção, a qual não se confunde com os mecanismos legítimos de controle previstos pela Constituição. Entre autores que defendem essa corrente, encontram-se Luís Roberto Barroso²⁰, Fernando Toller²¹, Eros Grau²² e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²³.

20 “Censura é a submissão à deliberação de outrem do conteúdo de uma manifestação do pensamento, como condição prévia para a sua veiculação. Costuma ser associada a uma competência discricionária da Administração Pública, pautada por critérios de ordem alegadamente política ou moral. [...] Com ela não se confunde a existência de mecanismos de controle, pelos quais se verifica o cumprimento das normas gerais e abstratas preexistentes, constantes na Constituição e dos atos normativos legitimamente editados, e se procede à eventual imposição de consequências jurídicas.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidade da imposição de horários para a exibição de programas televisivos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: v. 3, n. 11, p. 341 e 349, jul./set., 2008.

21 “[...] a censura prévia é um instituto sistemático e geral de polícia preventiva de nítido caráter administrativo, muito eficaz contra a liberdade de expressão, consistente na revisão antecipada e obrigatória de tudo o que se vai difundir, seja inocente ou antijurídico, com relação a condutas a serem evitadas que não costumam estar claramente definidas na lei, mas que se regem por standards vagos e imprecisos [...] com o fim de que um funcionário não independente [...] com um ‘simples golpe de pena’, controle o seu conteúdo, para aprová-lo, desaprovar-lo ou para exigir a sua modificação, sem maiores garantias processuais, publicidade e motivação.” TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução de Frederico Bonaldo. Prólogo de Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

22 De acordo com o voto proferido na Reclamação nº 9.428. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Rcl 9428. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2009, publicado no DJe-116 em 25/06/2010.

23 “A censura é um ato administrativo arbitrário do Poder Executivo, que age por iniciativa própria, e não está sujeito a recurso. O termo não pode ser aplicado ao Judiciário, que só age mediante provocação,

Por sua vez, uma segunda corrente defende um conceito um pouco mais amplo, associando a censura à atuação administrativa ou legislativa do Estado. Nessa linha, segundo Néstor Pedro Sagüés, a *censura* se configura quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo se valem, por razões de natureza política, de normas gerais ou de instrumentos de caráter geral para controlar a expressão de forma prévia, impondo aos cidadãos e à imprensa a necessidade de autorizações ou de licenças para expressarem fatos e opiniões²⁴.

Finalmente, uma terceira corrente sustenta que qualquer órgão do Estado pode praticar *censura*, desde que defina previamente o que pode ou não pode ser dito pelos indivíduos e pela imprensa. Por esse ponto de vista, estariam incluídos não só os atos da Administração Pública, mas também os do Judiciário e do Legislativo. É esse o entendimento de juristas como Celso de Mello²⁵, Carlos Ayres Britto²⁶ e Antônio Augusto Cançado Trindade²⁷, bem como da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁸.

No que tange ao momento em que ocorre a censura, existem duas concepções principais. A primeira, mais tradicional e formalista, vislumbra uma distinção constitucional entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. Por essa perspectiva, *censura* seria a

em processo público, sob o contraditório e ampla defesa, com ampla possibilidade recursal. Portanto, é absolutamente inadequado e infundado qualificar de censura a decisão judicial que restrinja a liberdade de informação.” CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O STF e o Direito de Imprensa: Análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.164.

24 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Censura judicial previa a la prensa*. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr16.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012. p. 967.

25 “A censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do Poder Público”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 130. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009. Publicado no DJe-208 em 06/11/2009.

26 “Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço unconstitutional da prestidigitação jurídica. [...] Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou não pode ser dito por indivíduos ou jornalistas”. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 130. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, publicado no DJe-208 em 06/11/2009.

27 Conforme voto proferido no caso “*A Última Tentação de Cristo*” (Olmedo Bustos et al versus Chile), julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_ing.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012. p. 44.

28 Cf. MELLO, Rodrigo Gaspar de. *A Censura Judicial como Meio de Restrição da Liberdade de Expressão: Análise Comparativa da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação argentina e do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2012. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/19667/19667_4.PDF>. Acesso em: 18 nov. 2012. p. 61.

forma de controle prévio da liberdade de expressão pela qual certos conteúdos devem receber o aval do Estado antes de serem publicados. Em contrapartida, a responsabilidade ulterior não seria uma forma de censura, mas um mecanismo legítimo de reparação de danos oriundos de expressões efetivamente manifestadas. Tal corrente, conhecida no direito anglo-saxão como “*prior restraint doctrine*”²⁹, é defendida por diversos autores no Brasil, como Paulo Gustavo Gonçalves Branco³⁰ e Rodrigo Gaspar de Mello³¹, e encontra respaldo em precedente recente do Supremo Tribunal Federal³².

Não obstante, há quem sustente um conceito mais amplo de censura. Para essa corrente, a censura deveria ser vista por um prisma material, de modo a abranger não apenas o controle prévio da manifestação do pensamento, mas também as sanções civis, penais ou administrativas que resultem das expressões exteriorizadas. Por essa linha, caberia falar tanto em censura prévia, como em censura *a posteriori* (também conhecida como *ex post facto*).

A base desse raciocínio, segundo Fernando Toller, é que as distinções entre as medidas judiciais prévias e as sentenças judiciais condenatórias não são substanciais a ponto de justificarem um tratamento constitucional diferenciado, pelo qual se nega cabimento às primeiras, mas se acolhe as segundas³³. Isso porque a responsabilidade *ex post facto* também pode violar a liberdade de expressão em função do seu efeito inibitório, conhecido pela doutrina norte-americana como “*chilling effect*”.

Em linhas gerais, entende-se por *chilling effect* o efeito silenciador do discurso causado pelo medo de condenações *a posteriori*. Por conta dele, muitas vezes os cidadãos e a imprensa deixam de expressar

²⁹ TOLLER, op. cit., p. 23.

³⁰ “Convém compreender que censura, no texto constitucional, significa ação governamental, de ordem prévia, centrada sobre o conteúdo de uma mensagem. Proibir a censura significa impedir que as ideias e fatos que o indivíduo pretende divulgar tenham de passar, antes, pela aprovação de um agente estatal. A proibição de censura não obsta, porém, a que o indivíduo assuma as consequências, não só civis, como igualmente penais, do que expressou.” MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 351.

³¹ MELLO, op. cit., p. 29-30.

³² Esta Corte, no julgamento da ADPF 130/DF, Rel. Min. Ayres Britto, assentou que não constitui forma de censura à imprensa a responsabilização penal, civil ou administrativa, a posteriori, de veículo de comunicação em razão de dano moral por ele causado ante a publicação de matéria jornalística. BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. ARE 650931 AgR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012. Publicado no DJe-158 em 13/08/2012.

³³ TOLLER, op. cit., p. 84.

determinados fatos ou opiniões, até mesmo de interesse público, pelo receio de sofrerem sanções cíveis ou criminais. Além disso, há casos em que os valores indenizatórios chegam a patamares tão elevados que levam ao fechamento de pequenos jornais, o que cerceia a difusão de ideias e compromete a liberdade de imprensa local. Sendo assim, ao se estabelecer que a expressão é livre, mas sujeita a condenação posterior, abre-se espaço para a autocensura, a qual, segundo Eduardo Bertoni, é mais difícil de ser combatida do que a censura prévia, dada a sua difusão e ausência de responsáveis diretos.³⁴

Por esse motivo, Toller sustenta que o verdadeiro problema da liberdade de expressão não está no momento em que a medida restritiva é tomada, mas sim na efetiva supressão de expressões legítimas ou constitucionalmente protegidas³⁵. Para ele, só faz sentido distinguir a intervenção prévia da posterior quanto se estiver falando da censura prévia administrativa em relação às sanções *ex post facto* impostas judicialmente.³⁶

E como o Supremo Tribunal Federal se posiciona a respeito? Essa também é uma questão tormentosa, devido ao dissenso já verificado entre os Ministros quanto ao conceito de censura. Para compreender o tema, é fundamental a leitura de três precedentes: o Caso Globo *versus* Garotinho (Petição nº 2.702); o Caso da Lei de Imprensa (ADPF 130); e o Caso Sarney *versus* O Estado de São Paulo (Reclamação nº 9.428). De forma a sintetizar o estudo, destaca-se a conclusão de Rodrigo Gaspar de Mello:

No direito brasileiro, há — considerados os precedentes da corte suprema do país — uma elevada probabilidade de se concretizar a imposição de censura por ordem do poder judiciário com a proibição de publicação e divulgação de informações e opiniões, desde que o juiz considere haver violação ou ameaça de violação aos outros direitos fundamentais, como a honra ou a privacidade.

Ressalva seja feita aos entendimentos, no Supremo Tribunal Federal, manifestados pelos Ministros Carlos Ayres Britto, Carmen Lúcia e Celso de Mello, vencidos no julgamento da Reclamação nº 9.428, que

³⁴ BERTONI, Eduardo Andrés. *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007. p. 84.

³⁵ TOLLER, op. cit., p. 109.

³⁶ Ibid., p. 116.

expressamente afastavam a possibilidade de os juízes determinarem a proibição da manifestação do pensamento, qualificando a censura “emanada de qualquer um dos Três Poderes”, o judiciário inclusive, como “expressão odiosa da face autoritária do Poder Público”.³⁷

Sem prejuízo do exposto, é possível construir outra interpretação com base na premissa estabelecida por Fernando Toller, que entende que *censura e restrições prévias* são conceitos que não se confundem. Segundo o autor, “as restrições prévias são o gênero e a censura prévia a espécie, e não é lícito denominar censura prévia – conferindo-lhe, assim todo o seu regime constitucional – a toda medida preventiva”.³⁸ Ao que parece, tal distinção tem aplicabilidade e relevância para o direito constitucional brasileiro, em função do disposto no artigo 220, *caput* e § 2º da Constituição de 1988.

De acordo com o *caput* do artigo 220, a liberdade de expressão não deve sofrer qualquer forma de “restrição”, observado o disposto na Constituição. Por sua vez, o § 2º veda toda e qualquer “censura” de natureza política, ideológica e artística. Como cediço, é regra ancestral de hermenêutica jurídica que a norma não traz em si termos inúteis. Portanto, considerando que o Constituinte se valeu de expressões distintas em um mesmo dispositivo, é razoável que haja uma diferença entre os conceitos de *restrição* e *censura*.

Seguindo nesse raciocínio, *censura* seria a espécie de restrição prévia e arbitrária, sem garantias processuais, com parâmetros vagos, imprecisos e subjetivos, tal como ocorria durante a ditadura militar. Em outras palavras, seria a censura em sua acepção clássica, a qual não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito em nenhuma circunstância, seja qual for a origem do ato (administrativo, judicial ou legislativo).

Justamente por isso, o Constituinte teria sido categórico ao estabelecer sua vedação, não admitindo qualquer tipo de exceção, conforme se percebe nos artigos 5º, inciso IX, e 220, § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil³⁹. Dessa forma, a Constituição teria estabelecido uma vedação absoluta à censura, prática abominável do passado brasileiro e intolerável em uma sociedade democrática.

³⁷ MELLO, op. cit., p. 144.

³⁸ TOLLER, op. cit., p. 82.

³⁹ Únicos momentos em que a palavra censura aparece na Constituição da República.

A seu turno, o conceito de *restrição* seria mais abrangente, incluindo as medidas prévias e *a posteriori*. Mais importante do que isso, a leitura do texto constitucional parece conduzir à conclusão de que as medidas restritivas, enquanto gênero, podem ser legítimas ou ilegítimas. Isso porque o artigo 220, *caput*, traz uma vedação relativa à restrição da liberdade de expressão, o que se extrai da sua parte final – “observado o disposto nesta Constituição”. Por essa interpretação, haveria espaço não apenas para as hipóteses de restrição já previstas na Constituição (como, por exemplo, os artigos 220, §4º, e 221, inciso IV), como também para a ponderação com outros princípios constitucionais em casos concretos.

Em resumo, a censura seria sempre inconstitucional; já a restrição poderia ser constitucional ou inconstitucional, conforme a análise do caso concreto. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

É da natureza do princípio admitir restrições – diante de outros princípios ou de exceções pontuais, sem que isso infirme sua validade. [...] Nada obstante, o fato de existirem exceções – e lembre-se: só se admitem as restrições fundadas na própria Constituição, como declina o próprio art. 220, *caput*, final – não diminui a importância e o papel do princípio.⁴⁰

Nessas condições, no que tange às restrições prévias, parece sustentável a tese de que elas gozariam de uma presunção relativa de inconstitucionalidade⁴¹, sendo, pois, soluções a serem adotadas em casos excepcionais, nos quais a responsabilidade *ex post facto* seja insuficiente ou inadequada para salvaguardar outros princípios constitucionais.

Já quanto às responsabilidades ulteriores, é possível sustentar que, a princípio, seriam restrições legítimas, uma vez que estão previstas na Constituição como resposta aos abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão. De toda sorte, para serem constitucionais, essas restrições precisariam obedecer aos ditames da proporcionalidade, de modo a não gerar um efeito paralisante (*chilling effect*) nas expressões futuras.

⁴⁰ BARROSO, op. cit., p. 349.

⁴¹ Tal presunção parece defensável seja pelo caráter preferencial da liberdade de expressão (para a parcela da doutrina que o admite), seja pela própria redação do art. 220, *caput*, da Constituição. Dessa forma, teria o intérprete o ônus argumentativo elevado de comprovar as razões que justifiquem a restrição. Sobre o caráter preferencial da liberdade de expressão, conferir KOATZ, op. cit., p. 401-402.

Finalmente, para que não haja a banalização das restrições, é preciso cautela tanto na identificação dos casos excepcionais, como no reconhecimento de eventuais abusos praticados sob o manto da liberdade de expressão. Por certo a doutrina pode auxiliar nessa tarefa, cunhando parâmetros objetivos (standards) que sirvam de referência nos conflitos entre princípios constitucionais. No entanto, esse trabalho teórico tem que vir acompanhando de uma conscientização do papel desempenhado pela liberdade de expressão em sociedades plurais e democráticas, como a brasileira, onde o embate entre diferentes percepções de mundo não é apenas esperado, mas desejável.

Fixadas as premissas quanto à liberdade de expressão, arte e censura, cabe agora o estudo das formas de controle das obras ofensivas.

2 O CONTROLE DOS FILMES OFENSIVOS

2.1 Proibição prévia x Poder geral de cautela

De acordo com o caso gerador, o iminente lançamento nos cinemas, aliado à suspeita de ocorrência de ilícito criminal, fez com que o magistrado se valesse do seu poder geral de cautela para, em sede liminar, proibir a exibição do filme em todo território nacional. Dessa forma, surge o questionamento sobre a validade desse tipo de medida à luz da garantia da liberdade de expressão.

O problema, abordado por parte da doutrina como “censura judicial prévia”, não é despido de polêmica. Como bem destaca Sagüés⁴², civilistas e constitucionalistas costumam, ainda que não de forma unânime, tratar do tema sob diferentes pontos de vista. Para os primeiros, a censura judicial prévia seria uma ferramenta válida para reprimir agressões aos direitos da personalidade, o que, por consequência, resguardaria a dignidade da pessoa humana. Já para os constitucionalistas, a liberdade de expressão seria um direito de caráter preferencial, razão pela qual não se admitiria qualquer forma de censura imposta pelo Estado, ainda que proveniente do Judiciário.

Como já destacado, a doutrina brasileira e os Ministros do Supremo Tribunal Federal ainda se dividem sobre o assunto. De todo modo, conforme defendido no Capítulo anterior, a restrição prévia à liberdade de expressão deve ser vista como uma medida excepcional, a

⁴² SAGÜÉS, op. cit., p. 966-967.

ser adotada tão somente em casos extremos, nos quais os mecanismos de responsabilidade posterior se mostrem inadequados ou insuficientes. Nesse particular, Grandinetti Castanho de Carvalho sustenta que a concessão de liminares restritivas só deve ocorrer em casos muitíssimo peculiares, já que, na maioria das vezes, a indenização por dano moral mostra-se suficiente para reparar o direito lesado⁴³.

Tudo indica que o caso gerador seria justamente uma dessas exceções. Isso porque, no momento da concessão da liminar, existia um fundado receio quanto à existência de cenas de pedofilia e pornografia infantil no filme, o que atentaria contra valores constitucionais e configuraria até mesmo crime. Dentro desse contexto, a restrição prévia à liberdade de expressão se afigura legítima, já que busca resguardar a imagem e a integridade psicofísica das crianças supostamente retratadas⁴⁴, o que é um dever do Estado, nos termos do artigo 227 da Constituição da República.

Note que é esse o detalhe que singulariza o caso e permite a restrição prévia da liberdade de expressão – a existência de um direito constitucional que não seria adequadamente tutelado por reparações ulteriores. Nessa linha, o princípio da defesa do consumidor, que também tem respaldo constitucional⁴⁵, não seria motivo suficiente, por si só, para legitimar a restrição prévia à liberdade de expressão, uma vez que eventuais danos ocasionados pelo conteúdo da obra poderiam ser reparados posteriormente. Do mesmo modo, seria ilegítimo restringir o filme pelo risco de reprodução das suas ideias, não apenas pelo caráter hipotético do dano, mas porque tal medida partiria do pressuposto de que as pessoas não são capazes de diferenciar a realidade da ficção – o que é contrário à noção de autonomia individual, conforme se verá adiante.

De qualquer forma, é importante ressaltar que até mesmo os mais fervorosos defensores da liberdade de expressão são sensíveis a causas como essa. É o caso de Rodrigo de Mello, que sustenta a absoluta impossibilidade de imposição de censura prévia, inclusive a judicial, mas reconhece que o direito à liberdade de expressão não alcança tudo aquilo que o homem pretende divulgar. Assim, segundo o autor, a pornografia

43 GRANDINETTI apud BARROSO, op. cit., p.352-353.

44 Por mais que a filmagem já configure, em si, um dano à integridade das crianças, a exibição nos cinemas certamente piora a situação. Portanto, a atuação do magistrado não é inoportuna; ela serve para evitar o agravamento de uma exposição já iniciada.

45 Artigos 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V da CRFB.

infantil seria um dos exemplos de discursos não protegidos pela liberdade de expressão⁴⁶, o que legitimaria a sua proibição com base no artigo 34 da Convenção sobre os Direitos da Criança.⁴⁷

O detalhe curioso do caso gerador é que não era claro, no momento da concessão da liminar, se a expressão era, ou não, juridicamente protegida. Isto é, caso o filme retratasse, de fato, cenas com conteúdo sexual envolvendo menores de idade, seria uma expressão não tutelada pelo Direito e, portanto, passível de proibição; no entanto, se não fosse o caso, seria apenas uma obra de mau gosto, apta a ser amparada pela liberdade de expressão.

Em situações como essa, onde existe uma zona nebulosa e o magistrado é chamado a conceder uma tutela de urgência, talvez a postura mais prudente seja realmente a adoção da medida restritiva, a qual poderá ser mais facilmente revertida *a posteriori* – como ocorreu no caso concreto.

2.2 O controle judicial do gosto⁴⁸

Descartada a existência de qualquer ilícito criminal, tal como no caso real, cabe agora verificar se o Judiciário pode proibir determinadas manifestações artísticas com base na qualidade do seu conteúdo.

O que se questiona nesse momento é a viabilidade de um controle judicial do gosto, o qual não visa resguardar direitos subjetivos, mas sim determinar o que é, ou não, apropriado para a coletividade. Não parece que um Estado Democrático de Direito comporte esse tipo de controle, sobretudo o Estado brasileiro, que positivou o pluralismo como fundamento da República (art. 1º, inciso V da CRFB) e a liberdade como seu objetivo fundamental (art. 3º, inciso I da CRFB). Portanto, ainda que essa proibição judicial possa ter um verniz de legalidade, ela não deixará de ser inadmissível à luz da Constituição de 1988.

⁴⁶ Em entendimento diverso, exposto na orientação desse trabalho, Koatz sustentou que a pornografia infantil é ilegítima porque a sua permissão geraria incentivos econômicos ao desenvolvimento desse mercado, o que colocaria as crianças em risco, em violação ao art. 227 da CRFB. Em outras palavras, não deixa de ser liberdade de expressão, mas passível de restrição.

⁴⁷ MELLO, op. cit., p. 147.

⁴⁸ Nesse ponto, cabe referência ao trabalho já realizado pelo autor sobre a proibição dos jogos eletrônicos no Brasil. Cf. LEAHY, Victor Campos Clement. *Liberdade de expressão e a proibição dos jogos eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/16799/16799.PDF>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

Não é dever do Estado determinar o que são, ou não, mensagens corretas, adequadas ou até mesmo aprazíveis. Essa tarefa incumbe exclusivamente ao destinatário das mesmas. Conforme já salientado por John Milton, no seu famoso discurso *Areopagitica*, as pessoas são dotadas de razão e, portanto, da capacidade de distinguir as boas ideias das más⁴⁹. Por sua vez, Stuart Mill, em sua célebre obra *Sobre a liberdade*, ressaltou que “ninguém reconhece para si mesmo que o seu padrão de julgamento é o seu gosto; mas uma opinião sobre um ponto da conduta, não sustentada por razões, pode ser apenas considerada como a preferência de uma pessoa”⁵⁰.

Assim, para além de uma simplória defesa do politicamente correto, é preciso garantir espaço para visões minoritárias (e até mesmo desagradáveis) em prol do pluralismo e de uma sociedade efetivamente democrática e diversa. A esse respeito, Daniel Sarmento afirma:

Em relação à autonomia individual dos receptores, a ideia essencial é a de que deve ser reconhecida a cada ser humano a capacidade de decidir o que vai ouvir, ler, ver ou aprender. Assim, não é lícito nem ao Estado nem a nenhuma outra força social, impedir que cidadãos entrem em contato com ideias, obras e pontos de vista, por considerá-los errados ou perigosos.

Trata-se de assumir uma visão não-paternalista, que parte da premissa de que o ser humano adulto é dotado de razão e discernimento, sendo capaz de avaliar autonomamente o valor das manifestações com que se depara, e de discernir o certo do errado para formar as suas próprias convicções. Como ressaltou Ronald Dworkin, o “Estado insulta seus cidadãos e nega a eles a sua responsabilidade moral, quando decreta que não se pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas”⁵¹.

⁴⁹ MILTON, John. *The Areopagitica*. Disponível em: <<http://www.stlawrenceinstitute.org/vol14mit.html>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁵⁰ MILL, Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução e organização de Ari. R. Tank. São Paulo: Hedra, 2010. p. 44.

⁵¹ SARMENTO, Daniel. *Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012. p. 27.

Outros autores compartilham desse entendimento, como Paulo Gustavo Gonçalves Branco⁵²; Rafael Koatz⁵³; Dimoulis e Christopoulos⁵⁴; e Ives Gandra da Silva Martins⁵⁵.

Portanto, defender obras polêmicas ou de gosto duvidoso pode parecer um absurdo, mas o que se está protegendo, na verdade, é a liberdade de criação e de escolha inerentes à liberdade de expressão. Dessa forma, não parece sensato conferir ao Estado – ou a quem quer que seja – uma carta branca para a proibição do desagradável.

A liberdade de expressão deve ser vista como uma garantia constitucional que permite ao indivíduo externar visões que não necessariamente são partilhadas pela vasta maioria dos seus pares. Filtrar e refutar as mensagens consideradas inadequadas é um dever da sociedade, destinatária das mensagens, e não do Estado. Ao se entender de maneira diversa, de que cabe ao Estado (leia-se: um número restrito de magistrados) definir o que é, ou não, adequado para todos, abre-se um precedente perigoso que põe em xeque a própria noção de autonomia individual.

Do mesmo modo, não se deve perder de vista uma realidade fática: a proibição dos filmes não é mais tão simples como antigamente, em função da globalização e da difusão de conteúdos pela internet. Nesse contexto, não é incomum que as medidas proibitivas produzam o efeito oposto do esperado, já que promovem a obra e instigam a curiosidade do

⁵² “Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem” MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 351.

⁵³ “Quanto ao teor da mensagem externada, é preciso ressaltar que, em princípio, a Constituição protege todo e qualquer conteúdo. Principalmente aqueles que desagrada a maioria. As ideias impopulares são justamente aquelas que mais precisam ser protegidas pela liberdade de expressão, pois correm maior risco de sofrer limitações e censura.” KOATZ, op. cit., p. 398.

⁵⁴ “A liberdade de expressão artística não objetiva tutelar obras banais e inócuas. Ningém necessita de tutela jurídica para expor naturezas mortas e animais no pasto verde. A liberdade de expressão só adquire relevância a partir do momento e que alguém questiona o nosso direito de expressar-se, desejando proibir certa manifestação que reputa ofensiva de seus direitos ou valores. Como afirmou a Corte Europeia de Direitos Humanos, em uma sociedade democrática, esta liberdade diz respeito a pontos de vista perturbadores e chocantes”. DIMOULIS; CHRISTOPOULOS, op. cit., p. 53.

⁵⁵ “Enfim, para concluir, o correto equilíbrio entre o direito do Estado, da sociedade e dos indivíduos é que constitui a verdadeira democracia, em que a política do Estado deve respeitar o pensamento da sociedade, o direito do indivíduo de ser, pensar e agir, desde que não colocando em risco as instituições, nem agredindo direitos de terceiros.” MARTINS, Ives Gandra da Silva. Não cabe ao Estado dizer como cada um deve ser. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161513,31047Nao+cabe+ao+Estado+dizer+como+cada+um+deve+ser>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

espectador (por conta do rótulo de “proibido”), gerando uma consequente busca na web⁵⁶ e nos mercados populares do País. Portanto, ao realizar a ponderação no caso concreto, o magistrado deve atentar para esse dado, no intuito de assegurar a efetividade da prestação jurisdicional.

Ademais, reprimir a obra se mostra uma solução paliativa, fundada em uma recorrente preocupação em se tratar os sintomas, mas não as causas do problema. Ao desviar o foco dos assuntos que são merecedores de debate, a sociedade esconde aquilo que é considerado desagradável, sem efetivamente resolver nada. Por conseguinte, é quixotesco acreditar que a proibição das excrescências cinematográficas pode erradicar as mazelas sociais do País. Muito pelo contrário, tal postura se mostra mais nociva do que a exposição em si, já que priva a sociedade de uma discussão preventiva sobre questões delicadas e de interesse coletivo.

O que caracteriza o filme em debate? Fora o risco de ilícito criminal, é o fascínio pelo grotesco, pelo chocante, pelo polêmico. As cenas descritas são efetivamente desumanas, alcançando o limiar do mau gosto. Contudo, por mais que a vasta maioria das pessoas venha a desaprovar a obra, isso não lhes confere o direito de suprimi-la. Nas palavras de Raoul Vaneigem, “tolerar todas as ideias não é aprová-las”⁵⁷, sendo que a vida democrática pressupõe a aceitação de algumas responsabilidades, entre elas o dever de tolerância e o reconhecimento da alteridade.

Diga-se de passagem, essa percepção protetiva das manifestações desagradáveis já se encontra sedimentada na jurisprudência norte americana. A despeito de se tratar de um ordenamento jurídico distinto, suas lições são válidas e aplicáveis à realidade brasileira. Eis alguns precedentes emblemáticos sobre o tema:

56 Curiosamente, foi isso que aconteceu com o filme que inspirou o caso gerador. TARDÁUILA, Cristina; REIS, Luiz Felipe. Suspento pela Justiça do Rio, filme com cenas de violência explícita vira “hit” na web e gera debate sobre censura. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/suspento-pela-justica-do-rio-filme-com-cenas-de-violencia-explicita-vira-hit-na-web-gera-debate-sobre-censura-2710366>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

57 “Tolerar todas as ideias não é aprová-las. Tudo dizer não é tudo aceitar. Permitir a livre expressão de opiniões antidemocráticas, xenofóbicas, racistas, revisionistas, sanguinárias não implica nem estar de acordo com os seus protagonistas, nem dialogar com eles, nem conceder-lhes pela polêmica o reconhecimento que eles esperam. Combater essas ideias responde às exigências de uma consciência sensível, empenhada em erradicá-las de todos os lugares.” VANEIGEM, Raoul. *Nada é Sagrado, Tudo Pode Ser Dito – Reflexões sobre a Liberdade de Expressão*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2004. p. 25.

De fato, pensamos que é justamente porque os agentes do governo não podem estabelecer distinções principiológicas nessa área [da livre expressão] que a Constituição deixa questões relativas a gosto e estilo estritamente ao indivíduo – *Cohen v. California*⁵⁸.

O fato de a sociedade considerar a expressão ofensiva não é razão suficiente para suprimi-la. De fato, se é a opinião do emissor que provoca a ofensa, essa consequência é a razão para atribuí-la a proteção constitucional. Isso porque é um princípio central da Primeira Emenda que o governo deve permanecer neutro no mercado de ideias – *FCC v. Pacifica Foundation*⁵⁹.

Acredito ser aconselhável adotarmos como máxima o que há muito tempo já faz parte da sabedoria da humanidade: *De gustibus non est disputandum*. Assim como não se discute sobre gosto, não se deveria litigar por ele. Isso porque decidir “o que é beleza” seria uma inovação para os tribunais, até mesmo para os padrões de hoje – *Pope v. Illinois*⁶⁰.

Logo, é razoável sustentar que o mau gosto não pode servir de fundamento à censura, sob pena de autorizar o filtro judicial de conteúdo, o qual inibiria diversas produções artísticas, culturais e intelectuais. Evidentemente, obras de mau gosto podem desencadear outras formas legítimas de sanção, como o repúdio social, o protesto ou o boicote. Só não é adequado esperar respostas do Estado para questões que devem ser resolvidas pelos indivíduos.

Felizmente, no caso real, o magistrado adotou o posicionamento aqui defendido. Segundo o juiz, a Constituição não autoriza e nem pode o Poder Judiciário proibir a exibição de determinada obra artística por conta da selvageria do seu conteúdo. Concluir em sentido oposto seria, segundo ele, “ressuscitar por vias oblíquas a censura, cria espúria do ódio e da ditadura, que não se adequaria a um Estado Democrático de Direito.”⁶¹

⁵⁸ COHEN v. CALIFORNIA. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=403&invol=15>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁵⁹ FCC v. PACIFICA FOUNDATION. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=438&invol=726>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁶⁰ POPE v. ILLINOIS. Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/481/497/case.html>> Acesso em: 18 nov. 2012.

⁶¹ BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Sentença em cautelar inominada de nº 0042709-48.2011.4.01.3800. Juiz: Ricardo Machado Rabelo, julgado em 14/06/2012. Publicado no DJ em 03/07/2012.

2.3 A atividade de classificação indicativa

Segundo Luís Roberto Barroso, a regra de conduta que deve pautar a Administração Pública, no que diz respeito à liberdade de expressão, é a inação, dado que a sua atuação convive com a eterna suspeita de censura⁶². No entanto, o Constituinte previu uma exceção a essa regra ao estabelecer a competência estatal para a classificação indicativa, nos termos do artigo 21, inciso XVI, e 220, § 3º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, a atividade de classificação indicativa é uma forma de controle administrativo legítimo⁶³, o qual é exercido pelo Ministério da Justiça com fundamento na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 74 e seguintes).

De forma geral, a classificação indicativa pode ser definida como um conjunto de informações sobre o conteúdo de obras audiovisuais e diversões públicas que são classificadas quanto ao seu horário, local de exibição e faixa etária apropriada. Seu objetivo principal é alertar os pais ou responsáveis sobre a adequação do conteúdo das obras à idade das crianças e adolescentes.⁶⁴

No que toca especificamente à classificação das obras destinadas ao cinema, entra em cena a Portaria nº 1.100, de 2006, do Ministério da Justiça, a qual traz os procedimentos e as sete categorias nas quais os filmes podem ser inseridos.

Visto o quadro normativo, retorna-se ao caso gerador.

Conforme se extraí do problema, o Ministério da Justiça entendeu que os seus órgãos não teriam competência para proibir a exibição da

62 BARROSO, op. cit., p. 342 e 360.

63 Terminologia utilizada por Luís Roberto Barroso. *Ibid.*, p. 342.

64 A esse respeito, está em curso no STF a ADI 2.404, a qual questiona a constitucionalidade da expressão “em horário diverso do autorizado” prevista no art. 254 do ECA. Em linhas gerais, o argumento sustentando pelo PTB – proponente da ADI – é o de que o trecho impugnado confere caráter impositivo à classificação indicativa, o que seria inconstitucional, por força do art. 21, inciso XVI e art. 220, §3º, incisos I e II da CRFB. Por sua vez, a AGU e a PGR sustentam que a classificação é indicativa para os pais, mas vinculante para as concessionárias dos serviços de radiodifusão de sons e imagens, razão pela qual caberia a obediência aos horários impostos pelo Poder Público. Já votaram pela procedência do pedido os Ministros Dias Toffoli (Relator), Luiz Fux, Cármem Lúcia e Ayres Britto; pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa.

obra, muito menos para suspender a classificação indicativa por tempo indeterminado. Para tanto, pautou-se em parecer da Advocacia Geral da União (AGU), que efetivamente existiu.

Nesse parecer, a AGU concluiu que o Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação (DEJUS):

- (i) não tem competência para suspender o direito do distribuidor de ter a sua obra classificada;
- (ii) não pode aferir a ocorrência de crime; e
- (iii) não pode proibir a exibição do filme antes que se conclua inquérito civil ou policial, ou haja decisão judicial⁶⁵. Como fundamento, o advogado da União valeu-se das disposições da Portaria nº 1.100/06, notadamente dos artigos 2º, 3º, 7º, 9º e 14, bem como do Decreto Federal nº 6.061/2007.

Em contraposição a esse entendimento situa-se o argumento da juridicidade levantado pelo Ministério Público. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da juridicidade exprime a submissão jurídica do Estado não apenas à lei, mas também ao Direito⁶⁶. Dessa forma, dentro do novo paradigma de Administração Pública Gerencial, o princípio da legalidade deve sofrer uma releitura, de modo a englobar não apenas a legalidade em sentido estrito, mas também a legitimidade e moralidade dos atos administrativos. De acordo com Alexandre Santos de Aragão:

Trata-se, na verdade, de uma expressão ampliada do princípio da legalidade, consequência de uma visão neoconstitucionalista do Direito, onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos fundamentais constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o ‘bloco de legalidade’ que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa.⁶⁷

65 ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Processos nº 08017.002624/2011-55 e 08015.001045/2011-13. Parecer nº 167/2011/CEP/CONJUR-MJ/CGU/AGU, proferido em 03 ago. 2011.

66 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 247.

67 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2012. p. 58.

Por essa perspectiva, não poderia o DEJUS limitar-se a classificar a obra, obedecendo apenas à legalidade em sentido estrito, se tinha ciência de que tal conduta poderia permitir a consumação de um fato criminoso. Assim, em respeito ao princípio da juridicidade, deveria o Ministério da Justiça suspender a classificação do filme até que a autoridade competente – no caso, a Polícia Federal – afastasse o risco de sua ilicitude. Em outras palavras, não deveria a Administração ser cúmplice de um crime, mas sim guardiã das liberdades e direitos dos cidadãos.

Ainda que sem mencionar o princípio da juridicidade, foi esse o entendimento encampado pelo magistrado no caso real. Em sua sentença, ele foi taxativo ao dizer que:

A Administração não poderia ter liberado a exibição do filme se naquele instante havia a suspeita de possível ocorrência de crimes previstos no ECA. Uma Administração omissa ou vacilante, incapaz de se portar com clareza e firmeza, não cumpre a lei e abre espaço ao controle judicial, como se deu no limiar deste processo. A propósito, penso que o ocorrido neste caso [...] servirá de norte, de rumo, para a Administração ao se deparar com alegações de supostos cometimentos de crimes em filmes ou outras obras artísticas⁶⁸.

De fato, o argumento da juridicidade seduz, havendo inclusive espaço para a postergação do prazo da classificação indicativa, nos termos do artigo 9º da Portaria MJ nº 1.100/2006, a saber: “A análise realizada pelo DEJUS/MJ para atribuição de Classificação Indicativa será realizada em até 20 (vinte) dias úteis, salvo em casos excepcionais devidamente justificados”.

No entanto, não se deve ignorar o fato de que o distribuidor tem o direito de veicular a sua obra, não havendo previsão no ordenamento jurídico para a recusa da classificação indicativa ou a sua suspensão por tempo indeterminado. Portanto, em atenção ao princípio da segurança jurídica e da livre iniciativa, a Administração Pública só deveria postergar o prazo da classificação em casos excepcionais, com a devida motivação e, ainda assim, apenas por um tempo razoável para a análise preventiva pelos órgãos de controle.

Note que isso não significa atribuir ao DEJUS a competência para apurar a ocorrência de crimes, nem para recusar a classificação

⁶⁸ BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. Sentença em cautelar inominada de nº 0042709-48.2011.4.01.3800. Juiz: Ricardo Machado Rabelo, julgado em 14/06/2012, publicado no DJ em 03/07/2012.

indicativa, já que, em ambos os casos, inexiste amparo legal. De todo modo, a suspensão temporária da classificação indicativa parece ser uma medida possível e proporcional, encontrando respaldo no artigo 9º da Portaria MJ nº 1.100/06 e nos princípios da juridicidade, da moralidade e da proteção da criança e do adolescente, previstos nos artigos 37 e 227 da Constituição da República. Assim, haveria tempo hábil para manifestação dos órgãos de controle, tal como ocorreu no caso real – embora o prazo de 30 dias possa ser de razoabilidade questionável.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de ter esgotado o tema, e muito menos de tê-lo abordado de forma definitiva, retomam-se agora as indagações formuladas no início do trabalho, de modo a sintetizar as conclusões.

Pode o Ministério da Justiça, através dos seus órgãos administrativos, proibir ou editar obras cinematográficas? Quanto a esse ponto, a resposta é negativa. Conforme exposto anteriormente, inexiste autorização constitucional ou legal para que a Administração Pública proíba ou edite qualquer obra audiovisual. Nesse particular, os artigos 21, inciso XVI, e 220, § 3º, inciso I da Constituição deixam claro que a competência da União em matéria de classificação indicativa se limita a informar a natureza das obras, as faixas etárias e os horários recomendados, sem que haja qualquer menção a um controle de conteúdo.

Contudo, poderia o Ministério suspender a classificação indicativa até que as autoridades competentes afastassem o risco de ilícito penal? Essa já é uma questão mais delicada e discutível. De fato, pela ótica da legalidade em sentido estrito, o DEJUS deveria ater-se à classificação da obra audiovisual, já que só possui competência estabelecida para tanto. Inclusive, foi essa a conclusão do parecer da AGU. Por outro lado, pelo paradigma da juridicidade, nenhum órgão da Administração Pública poderia furtar-se à análise da legitimidade e moralidade dos seus atos, o que incluiria as atividades desenvolvidas pelo Ministério da Justiça.

Nessas condições, uma saída possível para harmonizar os princípios da liberdade de expressão, da livre iniciativa e da segurança jurídica, de um lado, e o princípio da proteção à criança e ao adolescente, do outro, seria suspender o processo de classificação por um prazo razoável, de modo que a autoridade competente pudesse se pronunciar previamente sobre a existência, ou não, de um crime.

Note que o próprio artigo 9º da Portaria MJ n. 1.100/06 poderia ser usado para esse fim, já que trata expressamente dos “casos excepcionais devidamente justificados”. Desse modo, o dispositivo permitiria a suspensão temporária da classificação indicativa em situações excepcionais, com a devida motivação da Administração Pública, no intuito de atender aos princípios constitucionais envolvidos, como a juridicidade, a moralidade e a proteção das crianças e adolescentes. Cumpre ressaltar, todavia, a excepcionalidade da medida, que só deve ser adotada em casos extremos, nos quais a responsabilidade posterior seja insuficiente ou inadequada para resguardar os direitos em conflito.

Superado esse ponto, foi enfrentado também o problema da definição de censura. Como visto, não existe consenso sobre o tema. No que se refere à origem do ato, é possível vislumbrar três formas distintas de conceituação: uma restrita, ligada apenas à atuação administrativa; uma intermediária, que abrange a atuação administrativa e legislativa; e uma ampla, que engloba todas as funções do Estado, incluindo o Judiciário.

O momento de configuração da censura também é controvertido, o que gera embates com o poder geral de cautela dos magistrados. Em regra, a Constituição determina que os abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão são passíveis de condenações *a posteriori*, de forma que não haja um prévio embaraço a essa garantia fundamental. Por tal razão, há quem defenda que as restrições prévias seriam sempre inconstitucionais. No entanto, parte da doutrina sustenta que, em casos excepcionais, é possível a interdição prévia de determinado conteúdo, de modo a resguardar outros princípios constitucionais de um dano grave e irreversível – tal como na situação descrita no caso gerador.

Vale destacar que essa questão não está pacificada no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a divergência apresentada na Reclamação nº 9.428. De todo modo, há precedentes que admitem a restrição prévia à liberdade de expressão pelo Poder Judiciário, desde que haja uma colisão com outros princípios constitucionais e que a medida tomada seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para resguardá-los.

Por fim, restou apenas a questão relativa ao controle de conteúdo das obras cinematográficas. De acordo com os argumentos apresentados, caso não haja qualquer ilícito penal, não deve o Estado – por qualquer dos seus órgãos – interferir no conteúdo da obra veiculada, já que estaria

comprometendo a própria essência da liberdade de expressão. Como dito, essa garantia existe para tutelar toda e qualquer forma de expressão não violenta, sobretudo as desagradáveis, que são as que mais necessitam de proteção. Não cabe ao Estado decidir o que é, ou não, uma expressão de bom gosto; tal tarefa incumbe aos seus destinatários, sob pena de legitimar a existência de um filtro judicial para toda e qualquer forma de expressão manifestada no país.

REFERÊNCIAS

ADAJIAN, Thomas. *The Definition of Art*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/art-definition/>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

ADOROCINEMA. *A Serbian Film – Terror sem limites*. Disponível em <<http://www.adorocinema.com/filmes/filme-185158/>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Processos nº 08017.002624/2011-55 e 08015.001045/2011-13. Parecer n. 167/2011/CEP/CONJUR-MJ/CGU/AGU, proferido em 03 ago. 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição. Liberdade de expressão e classificação indicativa. Invalidade da imposição de horários para a exibição de programas televisivos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, jul./set. 2008.

BRASIL. 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. *Sentença em cautelar inominada de nº 0042709-48.2011.4.01.3800*. Juiz: Ricardo Machado Rabelo, julgado em 14/06/2012. Publicado no DJ em 03/07/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009. Publicado no DJe-208 em 06/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ARE 650931 AgR*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 26/06/2012. Publicado no DJe-158 em 13/08/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Rcl 9428*. Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/2009. Publicado no DJe-116 em 25/06/2010.

BERTONI, Eduardo Andrés. *Libertad de Expresión en el Estado de Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *O STF e o Direito de Imprensa: Análise e consequências do julgamento da ADPF 130/2008*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COHEN v. CALIFORNIA. 403 U.S. 15, 91 S.Ct. 1780, 29 L.Ed.2d (1971). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=403&invol=15>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, abr./jun. 2009.

FCC v. PACIFICA FOUNDATION. 438 U.S. 726 (1978). Disponível em <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=438&invol=726>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONDIM, João Paulo. *Veto à exibição de 'A Serbian film' preocupa críticos e cineastas*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/veto-exibicao-de-serbian-film-preocupa-criticos-cineastas-2710455>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As Liberdades de Expressão e de Imprensa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEAHY, Victor Campos Clement. *Liberdade de expressão e a proibição dos jogos eletrônicos*. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/16799/16799.PDF>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Não cabe ao Estado dizer como cada um deve ser*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161513,31047Nao+cabe+ao+Estado+dizer+como+cada+um+deve+ser>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MELLO, Rodrigo Gaspar de. *A Censura Judicial como Meio de Restrição da Liberdade de Expressão: Análise Comparativa da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação argentina e do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2012. Disponível em: http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/Busca_etds.php?st_rSecao=resultado&nrSeq=19667@1. Acesso em: 18 nov. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIGALHAS. *Cenas do filme Inocência dos Muçulmanos devem ser retiradas da internet*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI164628,41046-Cenas+do+filme+Inocencia+dos+Muçulmanos+devem+ser+retiradas+da>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MILL, Stuart. *Sobre a Liberdade*. Tradução e organização de Ari. R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

MILTON, John. *The Areopagitica*. Disponível em: <<http://www.stlawrenceinstitute.org/vol14mit.html>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POPE v. ILLINOIS, 481 U.S. 497 (1987). Disponível em <<http://supreme.justia.com/us/481/497/case.html>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Censura judicial previa a la prensa*. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr16.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de Expressão, Pluralismo e o Papel Promocional do Estado*. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

TARDÁGUILA, Cristina; REIS, Luiz Felipe. *Suspensão pela Justiça do Rio, filme com cenas de violência explícita vira “hit” na web e gera debate sobre censura*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/cultura/suspensao-pela-justica-do-rio-filme-com-cenas-de-violencia-explicita-vira-hit-na-web-gera-debate-sobre-censura-2710366>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

TOLLER, Fernando M. *O formalismo na liberdade de expressão: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores*. Tradução de Frederico Bonaldo. Prólogo de Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Saraiva, 2010.

VANEIGEM, Raoul. *Nada é Sagrado, Tudo Pode Ser Dito: Reflexões sobre a Liberdade de Expressão*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2004.

WIKIPEDIA. *Je vous sauve marie*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Je_vous_sauve,_Marie>. Acesso em: 18 nov. 2012.

PARECER 882 /2012/CONJUR/MME

**PROPOSTA DE MEDIDA PROVISÓRIA QUE
TRATA DAS CONCESSÕES DE GERAÇÃO,
TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE
ENERGIA ELÉTRICA, DO REGIME DE COTAS
PARA A COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA E
DA REDUÇÃO DE ENCARGOS SETORIAIS**

*Gabriela da Silva Brandão
Advogada da União*

PARECER N° 882/2012/CONJUR/MME

Interessado: Secretaria-Executiva do Ministério de Minas e Energia

Assunto: Proposta de medida provisória que trata das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, do regime de cotas para a comercialização de energia e da redução de encargos setoriais.

I. Medida Provisória. Concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Comercialização mediante regime de cotas. Redução de encargos setoriais.

II. Resoluções CNPE nº 04 e 07/2008. Grupo de Trabalho. Análise técnica das alternativas para o fim das concessões a partir de 2015. Proposta de tratamento às concessões.

III. Inexistência de óbice constitucional à edição de Medida Provisória. Observância de princípios aplicáveis aos serviços públicos e ao exercício de atividade econômica. Continuidade. Modicidade tarifária. Existência digna. Defesa do consumidor.

IV. Preenchimento dos requisitos de relevância e urgência para edição de Medida Provisória. Viabilidade jurídico-formal.

Senhora Consultora Jurídica,

Trata-se de minuta de medida provisória com o objetivo de criar regras para o tratamento das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica vincendas, enquadradas em hipóteses de prorrogação contidas na lei nº 9.074, de 07.07.1995, estabelecer o regime de comercialização da energia gerada por usinas hidrelétricas que tiverem suas concessões prorrogadas nos termos da referida proposta e dispor sobre os encargos setoriais, com vistas a concretizar a modicidade tarifária no setor elétrico.

2. Importa registrar, preliminarmente, que a medida provisória ora proposta estrutura-se em seis capítulos, que serão abordados a seguir.

3. O primeiro capítulo, intitulado *Da Prorrogação das Concessões de Geração de Energia Elétrica e do Regime de Cotas*, trata (i) das concessões de

geração de energia hidrelétrica, seu respectivo regime de comercialização e sua eventual ampliação; (ii) das concessões de geração de energia destinadas à autoprodução; (iii) das concessões de geração de energia termelétrica; e (iv) do mecanismo para compensação das variações no nível de contratação das concessionárias de distribuição do SIN.

4. O segundo capítulo, *Da Prorrogação das Concessões de Transmissão e Distribuição de Energia Elétrica*, trata das condições para a prorrogação das concessões de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

6. Por sua vez, o terceiro capítulo estabelece as normas aplicáveis à extinção e à consequente licitação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica que não forem prorrogadas nos termos da medida provisória em apreço.

7. O quarto capítulo trata das disposições gerais para a prorrogação das concessões tratadas na respectiva medida provisória, ao estabelecer normas para o respectivo requerimento e para eventual antecipação dos efeitos da prorrogação, para a contagem dos prazos de concessão e para o cálculo de tarifas e receitas.

8. O quinto capítulo trata dos encargos setoriais, quais sejam, a Reserva Global de Reversão – RGR, a Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e a Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, com vistas a concretizar a modicidade tarifária no setor elétrico e promove adequações na legislação aplicável, de modo a compatibilizar as normas que tratam de tais encargos às regras estabelecidas pela medida provisória ora proposta.

9. E, por fim, o sexto e último capítulo altera as leis nº 9.648, de 27.05.1998, 9.427, de 26.12.1996, e 10.848, de 15.03.2004, com vistas a adequar a legislação vigente ao novo regime estabelecido pela medida provisória sugerida.

10. A avaliação da conveniência da edição da medida provisória em apreço foi realizada pela Secretaria-Executiva do Ministério de Minas e Energia, que afirmou, *in verbis*:

[...]

52. A presente minuta de Medida Provisória propõe uma nova prorrogação, a critério do Poder Concedente, para as concessões

alcançadas pelos arts. 17, 19 e 22 da Lei nº 9.074, de 1995, que atualmente não têm essa previsão, estabelecendo as condições para tal procedimento.

53. As propostas se apresentam condizentes com os princípios da modicidade tarifária e da garantia de atendimento ao mercado, principais pilares do Novo Modelo do Setor Elétrico instituído pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, permitindo a captura dos benefícios da amortização dos empreendimentos e instalações de serviços de distribuição em prol dos consumidores finais.

54. Também, pelo fato de permitir a antecipação da prorrogação com a consequente distribuição de cotas proporcionais aos mercados das distribuidoras pode resolver o assunto referente aos Contratos de Comercialização no Ambiente Regulado – CCEAR's, celebrados a partir dos leilões de energia existente, realizados a partir de 2004, e que começam a vencer no final de 2012.

55. Define a situação das concessionárias que têm previsão de perder grande parte de seus ativos no caso da realização de uma licitação para a outorga de novas concessões, ficando o ônus resultante às custas das empresas e da União, dos Estados e dos Municípios, enquanto seus maiores acionistas.

56. A realização de uma licitação desta monta também poderia desviar recursos importantes para a continuidade da expansão da oferta de energia elétrica, uma vez que os investidores poderiam optar pela aquisição de empreendimentos e instalações já em operação.

57. Ademais, a presente proposta adere às condições estabelecidas pelo modelo setorial instituído a partir de 2003, indicando uma alternativa para o vencimento das demais concessões outorgadas após a reforma de 1990, pois retira a expectativa de continuar a exploração de serviços de energia elétrica por preços livremente negociados, o que muitas vezes não permite capturar os benefícios da amortização e depreciação dessas instalações.

58. Assim, somos favoráveis às propostas apresentadas, cabendo sugerir o encaminhamento da mesma à Consultoria Jurídica do Ministério de Minas e Energia para as considerações jurídicas e demais providências pertinentes.

11. Assim, vieram os autos a esta Consultoria Jurídica, para exame e manifestação.

É o relatório.

12. Inicialmente, deve-se registrar que a medida provisória ora proposta tem por objeto o tratamento a ser conferido às concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica vincendas nos próximos anos, questão de suma importância para o país e cuja preocupação, no âmbito federal, não é recente.

13. Com efeito, em 2008, o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, determinou a criação de Grupo de Trabalho com o objetivo de elaborar estudos, propor condições e sugerir critérios aplicáveis à situação das Centrais de Geração Hidrelétricas, das instalações de transmissão integrantes da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional - SIN e de distribuição de energia elétrica amortizadas ou depreciadas, por meio de suas resoluções nº 04 e 07, respectivamente, de 13.05.2008 e de 22.07.2008.

14. O Grupo de Trabalho então constituído não foi integrado apenas por representantes do Ministério de Minas e Energia, mas também da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Fazenda, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

15. Como resultado dos trabalhos do referido Grupo, foi apresentado o relatório *Concessões de Serviços de Energia Elétrica* pela Secretaria-Executiva do Ministério de Minas e Energia à Casa Civil da Presidência da República, em 2009.

16. Importa destacar que o mencionado relatório apresentava um diagnóstico detalhado do setor elétrico brasileiro e das concessões vincendas de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e uma avaliação preliminar das possíveis alternativas para o tratamento de tais concessões.

17. Todavia, após a apresentação do referido relatório, verificou-se a necessidade de aprofundamento dos estudos e das avaliações iniciais, o que resultou também na intensificação das discussões a respeito do tratamento dessas concessões no âmbito do Ministério de Minas e Energia, uma vez que tal questão constitui objeto de grande preocupação da Pasta.

18. De fato, os estudos, análises e discussões a respeito do objeto da medida provisória em apreço foram constantes e profundos e, por isso, demandaram longo período de tempo para maturação.

19. Isto porque o universo de concessões de geração, transmissão e distribuição é enorme e qualquer solução adotada para seu tratamento demanda um esforço hercúleo das instituições governamentais para colocá-la em prática.

20. Esta Consultoria Jurídica participou ativamente das discussões e tomou conhecimento dos levantamentos e estudos realizados, prestando todo o apoio jurídico necessário durante esse período, razão pela qual tem conhecimento das alternativas analisadas e dos fundamentos das decisões adotadas, bem como das questões jurídicas envolvidas na elaboração da proposta de medida provisória em comento.

21. Na espécie, em razão das diversas avaliações técnicas realizadas ao longo de anos de estudos, concluiu-se que a melhor forma de atender ao interesse público relativamente às concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica seria facultar sua prorrogação, condicionada à adoção de regime de comercialização mediante cotas a serem distribuídas aos mercados consumidores das concessionárias de distribuição, no caso da geração, e a revisões tarifárias (ou de receita) extraordinárias e periódicas que considerassem os montantes amortizados ou depreciados, adotando-se o critério do valor novo de reposição, no caso da transmissão e da distribuição.

22. Considerou-se que tais condições, aliadas ao regime de comercialização de energia elétrica mediante cotas a ser estabelecido para as usinas já amortizadas ou depreciadas, assegurariam as necessárias continuidade e confiabilidade do suprimento eletronegético nacional, além de desejável modicidade tarifária ao setor, beneficiando diretamente a coletividade, seja mediante a redução das tarifas de consumo de energia elétrica para os consumidores residenciais ou para os grandes consumidores industriais, que contribuem para o desenvolvimento econômico – e, por que não dizer, social? – do país.

23. A partir de tais constatações, passou-se a desenhar o tratamento a ser concedido às concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica cujos ativos já foram amortizados ou depreciados integralmente ou em grande parte e cujos prazos de concessão vencerão nos próximos anos.

24. Trata-se, portanto, de mais um aprimoramento do atual marco regulatório do setor elétrico, que, em 2004, preocupou-se essencialmente com a expansão do suprimento eletronegético nacional e com a comercialização de energia nova, preocupação absolutamente justificável diante da necessidade de superação da crise setorial pela qual passou o país no início daquela década.

25. Juridicamente, as bases para a edição da medida provisória em apreço encontram assento constitucional.

26. Com efeito, a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 21, XII, que compete à União explorar serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água. Por sua vez, o artigo 175 da Carta Magna assevera que compete ao Poder Público prestar serviços públicos. Em ambas as hipóteses, a Constituição admite delegação à iniciativa privada, mediante autorização, concessão ou permissão.

27. Em seu artigo 176, a Constituição aduz que o aproveitamento de potenciais de energia hidráulica pertence à União, também admitindo a possibilidade de delegação da atividade a particulares mediante concessão e, inclusive, autorização, instrumento não precedido de licitação.

28. Não obstante, o artigo 22 da Carta Constitucional estabelece que compete *privativamente* à União legislar sobre energia.

29. Independentemente do sentido que se dê à privatividade acima relatada, fato é que a medida provisória em apreço tem por objeto o tratamento das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, matéria que, como se viu, integra o rol de competências tanto materiais como legislativas da União.

30. Ademais, verifica-se que a matéria em questão não está inserida no rol de competências exclusivas do Congresso Nacional elencadas no artigo 49 da Constituição Federal.

31. Vale, ainda, lembrar que a lei que disponha sobre serviços públicos constitui matéria de iniciativa privativa do Presidente da República, nos termos do artigo 61, § 1º, II, b, da Constituição Federal.

32. Outrossim, a edição da medida provisória sob exame não encontra obstáculo no artigo 62 da Constituição Federal por não coincidir com as matérias indicadas em seu parágrafo 1º.

33. Relativamente à vedação contida no artigo 246 da Carta Constitucional, cumpre destacar que a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento de medidas cautelares nas ações diretas de inconstitucionalidades nº 3.090 e 3.100, que tinham por objeto a medida provisória nº 144, de 2003, posteriormente convertida na lei nº 10.848/04, que estabeleceu o novo modelo do setor elétrico brasileiro.

34. Naquela oportunidade, a Corte Constitucional decidiu indeferir as citadas medidas cautelares, por maioria de votos, por considerar que a vedação do artigo 246 da Constituição Federal restringiria a regulamentação por medida provisória daquilo que tivesse sido objeto de emenda constitucional e não do texto constitucional inalterado.

35. Assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, relativamente ao setor elétrico, o artigo 176, § 1º, não sofreu alteração substancial mediante emenda constitucional, uma vez que o objeto da alteração não teria sido a integralidade de seu texto, mas a simples substituição da expressão “empresa brasileira de capital nacional” por “empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país”. Com efeito, aduziu, *in verbis*:

[...] Prosseguimento do julgamento quanto à análise das alegações de vícios formais presentes na MP 144/2003, por violação ao art. 246 da Constituição: ‘É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º-1-1995 até a promulgação desta emenda, inclusive’. Em princípio, a medida provisória impugnada não viola o art. 246 da Constituição, tendo em vista que a EC 6/1995 não promoveu alteração substancial na disciplina constitucional do setor elétrico, mas restringiu-se, em razão da revogação do art. 171 da Constituição, a substituir a expressão ‘empresa brasileira de capital nacional’ pela expressão ‘empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país’, incluída no § 1º do art. 176 da Constituição. Em verdade, a MP 144/2003 não está destinada a dar eficácia às modificações introduzidas pela EC 6/1995, eis que versa sobre a matéria tratada no art. 175 da Constituição, ou seja, sobre o regime de prestação de serviços públicos no setor elétrico. Vencida a tese que vislumbrava a afronta ao art. 246 da Constituição, propugnando pela interpretação conforme a Constituição para afastar a aplicação da medida provisória, assim como da lei de conversão, a qualquer atividade relacionada à exploração do potencial hidráulico para fins de produção de energia. [...]

(ADI 3.090-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.10.2006, Plenário, DJ de 26.10.2007. No mesmo sentido: ADI 3.100-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11.10.2006, Plenário, DJ de 26.10.2007)

36. Verifica-se, portanto, que a vedação contida no artigo 246 da Constituição Federal também não atinge a edição da medida provisória ora proposta.

37. Inexistindo vedação constitucional e tratando-se de matéria de competência da União, importa destacar que o conteúdo da medida provisória em apreço também se coaduna com os princípios aplicáveis aos serviços públicos constantes do ordenamento jurídico nacional.

38. De fato, a Constituição Federal consagra, em seu artigo 175, parágrafo único, IV, a obrigatoriedade da prestação do serviço público adequado, o que posteriormente constituiria objeto de lei própria.

39. Assim, ao regulamentar o artigo 175 da Carta Magna, a lei nº 8.987, de 13.02.1995, definiu, em seu artigo 6º, § 1º, que serviço adequado é aquele que *satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*.

40. Da referida disposição legal, extrai-se que a prestação dos serviços públicos pressupõe a observância, no mínimo, dos seguintes princípios: continuidade, eficiência, segurança, atualidade e modicidade tarifária, entre outros.

41. A continuidade na prestação dos serviços públicos é também mencionada diretamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 241, ao tratar da cooperação entre os entes federados e a gestão associada dos serviços públicos. Com efeito, o referido dispositivo constitucional denota sua preocupação com a necessária continuidade dos serviços em casos de transferências de serviços públicos entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

42. Fácil é, portanto, inferir que a preocupação com a garantia de continuidade dos serviços públicos não existe apenas nas hipóteses de transferências de tais serviços entre entes federados, mas também com relação a agentes privados.

43. Independentemente da espécie da atividade ou do serviço prestado, sua transferência, por si só, pode ocasionar riscos à continuidade de sua prestação.

44. E tal preocupação é tanto maior quanto maior forem a relevância e a complexidade dos serviços prestados e eventualmente transferidos.

45. Na espécie, trata-se da transferência de concessões cujo objeto consiste, em essência, na prestação de serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Tal prestação de serviços insere-se em um setor de elevada complexidade e relevância para o país.

46. Isto porque o vencimento próximo das concessões que constituem objeto da medida provisória ora proposta, além de abranger todas as três atividades que resultam no fornecimento de energia elétrica à população brasileira, quais sejam, geração, transmissão e distribuição, atinge um número representativo de concessionárias, o que implicaria transferir grande parte dos ativos de concessões do setor elétrico em pouco mais de dois anos.

47. Destarte, com vistas a evitar os impactos negativos de tal transferência, garantindo-se, assim, a continuidade e a regularidade da prestação de tais serviços, buscou-se adotar a alternativa que, avaliada tecnicamente com a necessária profundidade, mostrou-se a mais adequada para a garantia da continuidade e da segurança do suprimento eletroenergético em nível nacional.

48. Não obstante, o artigo 175 da Constituição Federal também prevê expressamente a possibilidade de prorrogação de concessões de serviço público, desde que tal questão seja tratada em lei, o que, de fato, ocorreu com a edição da lei nº 8.987/95.

49. Na espécie, a prorrogação das concessões em apreço é perfeitamente justificável sob a ótica técnica e operacional, uma vez que os ativos que constituem objeto das concessões de geração, transmissão e distribuição em apreço possuem vida útil deveras longa, podendo, inclusive, ultrapassar períodos de cem anos de exploração.

50. Além disso, como mencionado, a prorrogação de tais concessões contribuirá para a garantia da continuidade e da confiabilidade do suprimento de energia elétrica para todo o país.

51. Importa destacar, ainda, que o conteúdo da medida provisória em apreço também se coaduna com os princípios constitucionais aplicáveis ao exercício de atividade econômica no ordenamento jurídico nacional.

52. Com efeito, a Constituição Federal estabelece, em seu artigo 170, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades regionais e sociais.

53. Assim, a preocupação com a garantia de continuidade do fornecimento de energia elétrica coaduna-se perfeitamente com os objetivos constitucionais, uma vez que, na condição de serviço público essencial *lato sensu*, ainda que prestado sob a forma de atividade econômica, ele exerce um papel fundamental para a promoção da dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal), bem como para a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consoante estabelecido no artigo 3º, II e III, da Constituição Federal.

54. Não obstante, a alternativa veiculada pela proposta de medida provisória sob exame também se mostrou tecnicamente melhor para a persecução da necessária modicidade tarifária, dada a essencialidade da energia elétrica para a população brasileira e para a garantia do desenvolvimento nacional.

55. Outrossim, pela leitura da minuta da medida provisória em comento, verifica-se estarem presentes diversos elementos que contribuem para a maior eficiência, segurança e atualidade na prestação dos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, em benefício direto dos consumidores de energia elétrica de todo o país.

56. No que concerne aos encargos setoriais, a medida provisória ora proposta trata especificamente da Reserva Global de Reversão – RGR, da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE e da Conta de Consumo de Combustíveis – CCC, com vistas a reduzir os custos para o fornecimento de energia elétrica e, destarte, promover a redução dos preços e tarifas suportados pelos consumidores de energia elétrica, fomentando, assim, maior competitividade das empresas estabelecidas no país e a justiça social.

57. Isto porque, apesar da redução de encargos setoriais previstas pela medida provisória em apreço, os programas sociais dependentes de tais recursos, quais sejam, o Programa Luz para Todos e a subvenção tarifária para consumidores de baixa renda, serão mantidos mediante o aporte de recursos da União, de modo que nenhum prejuízo será causado à sociedade com tal redução. Ao contrário, com a redução dos encargos setoriais previstas, a expectativa é a de significante redução tarifária para os consumidores finais de energia elétrica.

58. Tratando-se, todavia, de questões financeiras, a análise jurídico-formal do conteúdo do ato normativo ora proposto, no que concerne aos referidos encargos, cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, na qualidade de órgão de assessoramento jurídico do Ministério da Fazenda, que detém tal competência finalística e é cossignatário da medida provisória em apreço.

59. Por fim, cumpre destacar que restam devidamente atendidos os requisitos de relevância e urgência para a edição de medida provisória.

60. A relevância do conteúdo da medida provisória ora proposta foi devidamente abordada na presente manifestação e se mostra cristalina, dada a essencialidade do serviço cuja continuidade pretende-se assegurar com sua edição.

61. Por sua vez, a urgência da medida justifica-se, inicialmente, em razão do elevado número de concessões prestes a vencer em um curto período de tempo, o que inviabilizaria que a União adotasse uma solução para todas essas concessões às vésperas do vencimento de seus prazos, considerando a inexistência de estrutura física, material e de pessoal para o tratamento de todas as concessões vincendas concomitantemente, qualquer que fosse a solução adotada.

62. Ademais, a antecipação da solução ora proposta é imprescindível para reduzir as incertezas do mercado, que, atualmente, teme o fim dos prazos de concessão do setor e suas consequências. Assim, quanto maior a antecedência na solução da questão, maior a contribuição para conferir a necessária estabilidade regulatória ao setor elétrico.

63. Outrossim, considerando-se que a prorrogação dos prazos de concessão consistirá em mera faculdade de seus titulares, condicionada

à aceitação de regime de comercialização de energia elétrica por meio de distribuição de cotas e de revisão tarifária, caso algumas concessionárias não tenham interesse na referida prorrogação, é indispensável que o Poder Público se prepare com a necessária antecedência para a assunção do serviço ou para a realização de procedimento licitatório, inédito no setor elétrico brasileiro.

64. Cumpre destacar, ainda, que grande parte do volume de energia gerada pelas usinas cujos prazos de concessões vencerão nos próximos anos constitui objeto de contratos de comercialização de energia no ambiente regulado – CCEAR que vencerão já no final de 2012, razão pela qual o tratamento a ser concedido a essas concessionárias e a forma de comercialização dessa energia deve ser tratada com a máxima brevidade, evitando-se a descontratação em massa de energia elétrica no SIN.

65. E, finalmente, reforça ainda mais a urgência da medida provisória a necessidade de redução imediata dos custos do fornecimento de energia elétrica em âmbito nacional, com vistas a não apenas assegurar a modicidade tarifária perseguida no setor, mas também a maior competitividade das empresas estabelecidas no país e o consequente desenvolvimento nacional.

66. De fato, a redução dos preços e tarifas pagos pelos serviços de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica a partir do início de 2013, em um contexto de crise econômica global, demonstra ser uma das medidas de maior relevância e urgência para o setor produtivo nacional na atualidade, o que, por si só, justifica a adoção da via excepcional da medida provisória como veículo para tais transformações.

67. Diante de todo o exposto, a edição da medida provisória em apreço é viável sob a ótica jurídico-formal, motivo pelo qual a proposta sob análise está em condições de ser submetida à apreciação do Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia para posterior encaminhamento à Presidência da República.

À consideração superior.

Brasília, de setembro de 2012.

GABRIELA DA SILVA BRANDÃO
Advogada da União

Despacho da Consultora Jurídica/MME nº /2012.

Aprovo. Encaminhem-se os autos ao Gabinete do Ministro de Estado de Minas e Energia, para adoção das providências cabíveis.

Brasília, de setembro de 2012.

TICIANA FREITAS DE SOUSA
Consultora Jurídica

NORMAS EDITORIAIS PARA A REVISTA DA AGU

Deve constar no Artigo:

TÍTULO DO ARTIGO - Descritivo porém conciso (em português e Inglês).

AUTOR(ES) - O(s) nome(s) do(s) autor(es) deve(m) estar acompanhado(s) de breve currículo com no máximo três qualificações na área de atuação.

SUMÁRIO - Não numerar a introdução e separar ítems por ponto e vírgula.

Exemplo.

SUMÁRIO: Introdução; 1 tema1; 2 tema2, tema3....., Referências.

RESUMO - De cunho informativo, conter de 100 a 250 palavras. (em português e Inglês).

PALAVRAS-CHAVE - De cinco a oito palavras-chaves separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. (em português e Inglês).

CORPO DO TEXTO

PARÁGRAFOS: Fonte verdana tamanho 11, espaço entre linhas de 1,5, sem espaços entre parágrafos. Recuo de 1,5 cm para primeira linha do parágrafo. O número máximo de páginas 35 e mínimo de 5 páginas

CITAÇÕES: com mais de três linhas (blocos) devem ter fonte menor tamanho 10 e espaço entre linhas simples, destacadas com recuo de 1,5 cm da margem esquerda, letra menor que a do texto (verdana tamanho 10) sem aspas e sem itálico. No caso de acrescentar grifo deve ser em itálico e especificar como: (grifo nosso) ou (grifo do autor)

exemplo:

À Presidente - Ministra Ellen Gracie para o exame de empréstimo de preferência ao pregão, ante *a necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral baixar ato fixando os parâmetros para a distribuição do fundo partidário*, tudo a partir dos preceitos da lei 9096/95 questionados. imprimam urgência, remetendo cópia a s. Exa. (grifo nosso).

Para citações que ocupam até três linhas, são inseridas dentro do próprio parágrafo entre aspas duplas. As aspas simples indicam citação no interior da citação.

Para supressões utilizar: [...]

Nos grifos utilizar itálico

NOTAS DE REFERÊNCIAS/RODAPÉ - Para todos os tipos de notas a Escola da AGU adotou o *sistema numérico*. As referências devem seguir o modelo abaixo para as notas de rodapé e Referências bibliográficas obedecendo inclusive a pontuação e o grifo.

Exemplos:

a) Livros: SOBRENOME, Nome. *Título da obra*. Local de publicação: Editora, data. p. xx Ex.: CORRÊA, Roberto. *A rede urbana*. São Paulo: Ática, 1989. p. xx

b) Capítulo de livro: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. In: SOBRENOME, Nome (Org). *Título do livro*. Local de publicação: nome da editora, data. Página inicial-final. Ex.: IANNI, Octavio. Dilemas da integração regional. In: SOUZA, Álvaro (Org). *Paisagem territorial região: em busca da identidade*. Cascavel: Edunioeste, 2000. p.133-136.

c) Artigo em periódico: SOBRENOME, Nome. Título do artigo. *Título do periódico*, local de publicação, volume, número, página inicial-final, mês(es). ano. Ex.: MACHADO, Lucy. Cognição ambiental, processo educativo e sociedades sustentáveis. *Faz Ciência*, Francisco Beltrão, v. 5, n. 1, p. 131-146, dez. 2003.

d) Dissertações e teses: SOBRENOME, Nome. *Título da tese* (dissertação). edição. Local: Instituição em que foi defendida, data. Número de páginas. (Categoria, grau e área de concentração). Ex.: RIBAS, Alexandre. *Gestão político-territorial dos assentamentos, no Pontal do Paranapanema*. São Paulo: uma leitura a partir da COCAMP. Presidente Prudente: FCT/UNESP, 2002. 224 p.

Observação: As referências são alinhadas somente à margem esquerda, com espaçamento entrelinhas simples, separando as obras por espaçoamento duplo. O recurso tipográfico é o itálico para destacar o elemento título.

Quando se tratar da primeira citação de uma obra, deve ser sua referência completa.

EXEMPLO:

Para Moraes¹ a supremacia das normas constitucionais no ordenamento [...].

¹ SOBRENOME, Nome. Obra. 13. ed. Local: Editora, p. 20-23, ano.

As subsequentes citações dessa mesma obra podem aparecer de forma abreviada, utilizando-se das expressões: Idem, Ibidem, opus citatum, Confira e Confronte.

EXPRESSÕES UTILIZADAS NAS NOTAS DE RODAPÉ

Idem ou id. (mesmo autor)

Utilizada para substituir nome na mesma página, quando se tratar de diferentes obras do mesmo autor.

Exemplo:

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1989, p.9.

² Id., 2000, p. 19.

Ibidem ou ibid. (mesmo autor e mesma obra)

Usada quando o autor e a obra são os mesmos e aparecem na mesma página sucessivas vezes. Para evitar a repetição, substitui-se o nome do autor e da obra por ibidem ou ibid.

Exemplo:

³ LAMPRECHT, 1962, p. 20.

⁴ Ibid., p. 36.

Opus citatum, opere citato ou op. cit.

Colocada após o nome do autor, referindo-se à obra já citada anteriormente.
Exemplo:

⁵ GONÇALVES, op. cit., p. 216.

Passim (por aqui e ali, em diversas passagens)

Faz referências a vários trechos da obra.

Exemplo:

⁶ GONÇALVES, 2000, *passim*.

Cf. (confira, confronte)

Usada para fazer referência a outros autores ou a notas do mesmo autor. Exemplo:

⁷ Cf. MORAES, 2003.

Obs: As pontuações utilizadas nos exemplos abaixo obedecem as normas da ABNT

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DO ARTIGO

Quando ocorrer de ter o nome do autor referenciado várias vezes, substitui-se por traço e ponto (equivale a seis espaços).

Ex: _____. *Gabriela cravo e canela*. São Paulo: Martins, 1958.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares