

REVISTA DA  
**AGU**

volume 14 nº 03 - Brasília-DF, jul./set. 2015

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B1

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

Revista da da AGU	Brasília	v. 14	nº 03	p. 1-260	jul./set. 2015
-------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Revista da AGU

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

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

### ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

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

### ESCOLA DA AGU

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

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

**Capa:** Niuza Lima

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

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

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

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

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

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

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

ISSN 1981-2035

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

CDD 341.05  
CDU 342(05)

## Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF  
André Luiz de Almeida Mendonça - ESP  
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - DF  
Jefferson Carús Guedes - DF  
Mariana Filchtiner Figueiredo - RS  
Otávio Luiz Rodrigues Junior - SP  
Regina Linden Ruaro - RS

### EDITOR CHEFE

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF

### VICE-EDITORES

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

### EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira  
Niuza Gomes Barbosa de Lima

## Pareceristas Nacionais

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

## Pareceristas Internacionais

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

# SUMÁRIO

Editorial..... 7

## ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

Dimensiones Lingüísticas de la Desigualdad en Brasil: las diferentes denominaciones legales para un mismo fenómeno  
*language dimensions of inequality in brazil: the various legal names of the same phenomenon*  
*Jefferson Carús Guedes*.....9

Comparando Transconstitucionalismo em uma Sociedade Mundial Assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas\*  
*Marcelo Neves* .....37

## ARTIGOS

O Direito de Greve dos Servidores Públicos: entre a omissão legislativa e a regulação judicial  
*The Public Servant's right to strike: between the absence of Law and the judicial regulation*  
*Clarissa Sampaio Silva* .....59

Celeridade e urgência: duração razoável do processo, filtros recursais  
*Speed and urgency. Reasonable duration of the process, Appellate filters*  
*Cristiane Rodrigues Iwakura*.....89

A Previdência Social Brasileira sob as Lentes da Biopolítica  
*The Brazilian Social Security Analysed by the Biopolitics Focus*  
*Fernando Laércio Alves da Silva*  
*Gil César de Carvalho Lemos Morato* .....105

A Declaração “Euro-Estadunidense” Dos Direitos Humanos e o Paradoxo da Universalização do Modelo Democrático  
*The “Euro-American” Human Rights Statement and the Paradox of Universal Democratic Model*  
*João Paulo de Campos Echeverria* .....131

O Setor Portuário Brasileiro e a sua Disciplina Jurídica  
*Brazilian Port Sector and its Legal Regime*  
*Luiz Eduardo Diniz Araújo*  
*Carolina Lages Echeverria* .....153

A Importância Institucional da Justiça Federal no Sistema de Justiça dos Estados Unidos da América <i>The Institutional Importance of Federal Justice in United States of America Justice System</i> Paulo Fernando Soares Pereira Paulo Roberto Barbosa Ramos .....	183
A Colmatação de Lacunas Legislativas na Ação de Improbidade Administrativa: diálogo entre o civil e o penal <i>Clogging Legal Gaps in Judicial Procedure of Administrative Misconduct: dialogue between civil and criminal</i> Paulo Henrique Figueredo de Araújo .....	209
Advocacia de Estado ou de Governo? Reflexões sobre a Advocacia dos Interesses Públicos Constitucionalmente Acometidos à Administração do Estado <i>Constitutional or Administration Advocacy? Reflections about the Public Interests Advocacy Constitutionally Issued to the Rule of Law</i> Victor Cesar Berlandi .....	231



## EDITORIAL

Prezados Leitores, é com satisfação que apresentamos a 3ª edição da Revista da AGU, disponibilizando um conjunto de artigos críticos e argumentativos, que abordam diversos temas da áreas do direito, atendendo, assim, aos anseios de toda a comunidade jurídica.

Desse modo, apresentamos, inicialmente, dois artigos de autores convidados. O primeiro é uma contribuição do professor Doutor Jéfferson Carús Guedes: *Dimensiones Lingüísticas de la Desigualdad en Brasil: las diferentes denominaciones legales para un mismo fenómeno*. O segundo artigo é do professor Marcelo Neves intitulado: *Comparando Transconstitucionalismo em uma Sociedade Mundial Assimétrica: pressupostos conceptuais e ponderações autocríticas*.

Em seguida, expomos nove artigos apreciados pelo Corpo Editorial da Revista: *O Direito de Greve dos Servidores Públicos: entre a omissão legislativa e a regulação judicial*; *Celeridade e urgência: duração razoável do processo, filtros recursais*; *A Previdência Social Brasileira sob as Lentes da Biopolítica*; *A Declaração “Euro-Estadunidense” Dos Direitos Humanos e o Paradoxo da Universalização do Modelo Democrático*; *O Setor Portuário Brasileiro e a sua Disciplina Jurídica*; *A Importância Institucional da Justiça Federal no Sistema de Justiça dos Estados Unidos da América*; *A Colmatação de Lacunas Legislativas na Ação de Improbidade Administrativa: diálogo entre o civil e o penal*. E, encerrando o bloco, apresentamos o artigo *Advocacia de Estado ou De Governo? Reflexões sobre a Advocacia dos Interesses Públicos Constitucionalmente Acometidos à Administração do Estado*.

Concluindo a apresentação, esperamos que os artigos publicados neste número sejam utilizados para promover o debate jurídico e engrandecer, cada vez mais, a pesquisa científica no campo do direito.

Agradecemos aos autores por nos oferecer suas ricas contribuições e a todos que colaboraram para a realização deste número.

Quanto aos autores convidados, somos gratos pela ação generosa de compartilharem com a comunidade jurídica seus projetos tão relevantes, no esforço de contribuírem para a formação e aquisição do conhecimento.

Agradecemos, ainda, aos dedicados Pareceristas que colaboram, com empenho, para a edição e o crescimento deste periódico.

Desejamos a todos uma ótima leitura e os convidamos para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Diretora da Escola da AGU

RECEBIDO EM: 09/11/2015

# **DIMENSIONES LINGÜÍSTICAS DE LA DESIGUALDAD EN BRASIL: LAS DIFERENTES DENOMINACIONES LEGALES PARA UN MISMO FENÓMENO**

***LANGUAGE DIMENSIONS OF INEQUALITY IN BRAZIL: THE  
VARIOUS LEGAL NAMES OF THE SAME PHENOMENON***

*Jefferson Carús Guedes*

*Profesor da Grado, Maestría y Doctorado de UniCEUB -Brasilia*

*Doctor y Master en Derecho Procesal Civil de PUC-SP*

*Abogado del Estado Federal*

**SUMARIO:** Introducción; 1 Concepto de desigualdad; 1.1 Desigualdad e igualdad como conceptos relacionales; 2 Dimensiones semánticas de la desigualdad: las denominaciones; 2.1 Pobreza como desigualdad; 2.2 Miseria como desigualdad; 2.3 Exclusión como desigualdad; 2.4 Vulnerabilidad como desigualdad; 2.5 Discapacidad o deficiencia como desigualdad; 2.6 Desequilibrio como

desigualdad; 2.7 Asimetría como desigualdad; 2.8 Desproporcionalidad como desigualdad; 2.9 Inequidad como desigualdad; 2.10 Discriminación como desigualdad; 2.11 Desequiparación como desigualdad; 2.12 Desfavorecimiento como desigualdad; 2.13 Marginalización como desigualdad; 2.14 Diferencia como desigualdad; 2.15 Multiculturalidad o multiculturalismo como desigualdad. 3 Conclusión; Referencias.

**RESUMEN:** El presente artículo, que integra estudio mayor sobre la desigualdad, se propone presentar y discutir la diversidad de nomenclatura que se atribuye al fenómeno de la desigualdad social en el ámbito de las leyes brasileñas, con reflejos en la doctrina y en la jurisprudencia.

**PALABRAS CLAVE:** Desigualdad. Igualdad. Dimensiones lingüísticas. Dimensiones Semánticas. Polisemia Legislativa.

**ABSTRACT:** This paper, is part of a larger study on inequality whom aims to present and discuss the diversity of names attributed to the phenomenon of social inequality under Brazilian law, reflected in doctrine and jurisprudence.

**KEYWORDS:** Inequality. Equality. Linguistic Dimensions. Semantic Dimensions. Legislative Polysemy.

## INTRODUCCIÓN

Desigualdad e igualdad son temas inseparables del debate sobre el derecho y sobre la aplicación de las leyes. Para que se completen las funciones del derecho, sin embargo, es imprescindible la interpretación de los textos legales, que pasa por la comprensión discursiva y lingüística especialmente.

En lo que cabe a la desigualdad, por no haber en la legislación una mínima uniformidad lingüística que identifique, clasifique o unifique las diferentes denominaciones atribuidas a los fenómenos fácticos considerados por el derecho, se debe al menos reunirlos para un examen posterior.

Esta es la finalidad inicial de este trabajo, en este momento: mostrar la diversidad de denominaciones atribuidas a la desigualdad.<sup>1</sup> Puede argumentarse que existe una relación de causa y efecto, siendo la desigualdad el resultado de diversos fenómenos sociales y culturales. Sin embargo, no es eso lo que se observa de la lectura de las fuentes de derecho.

### 1 CONCEPTO DE DESIGUALDAD

Desigualdad es diferenciación entre términos comparados. Puede ser fáctica y jurídica. Puede ser fáctica, pero desconsiderada por la ley y por el derecho, dejando, por lo tanto, de ser jurídica.<sup>2</sup> Se llama jurídica a la desigualdad que recibe atención o consideración del derecho, que es identificada por la norma jurídica o que es observada y merece corrección.

La desigualdad puede expresarse por el *déficit* o por el *superávit* en el término de comparación, aunque en otro elemento pueda tener equivalencia. La ideología del déficit predomina, con el objetivo de proteger aquellos que se encuentran en una condición inferior, según el criterio o término tenido en cuenta.

Si es adoptada la exigencia de NORBERTO BOBBIO de otros, de que la igualdad necesita ser calificada para saberse en cuales elementos se debe contrastar tal igualdad, también la desigualdad necesitaría ser calificada, para saberse en que elemento existe la desigualdad. Igualdad

1 El presente texto integra una investigación mayor incluida en la obra inédita, *Desigualdade e igualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. Retirada, a su vez, de la tesis de Doctorado en Derecho Procesal Civil, defendida en la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - Brasil.

2 GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. cap. II, ítem n. 7.1, p. 165, en este caso, se abstraen las diferenciaciones, por desconsideración de *desigualdades irrelevantes*.

y desigualdad en este punto son fórmulas vacías, que son llenadas por el término de comparación, por el criterio, por el objeto comparado. El llenado se da cuando se atribuye el término de comparación: fuerza, riqueza, altura, tamaño, distancia, edad, vigor, dureza, belleza, conocimiento etc.

Aunque se considere desde hace mucho que la justicia es igualdad,<sup>3</sup> la diferenciación puede ser justificada o justa, en las situaciones en las que, desde el punto de vista fáctico, la diferencia entre términos comparados no atrae la atención de la ley y no merece corrección o compensación. Un ejemplo es el de las personas que poseen el derecho al Beneficio de Prestación Continuada (BPC) de la Ley Orgánica de la Asistencia Social,<sup>4</sup> que posee como línea de corte la renta *per capita* familiar de 1/4 (un cuarto) de salario mínimo por miembro de la familia, excluyendo del beneficio todos aquellos que posean ingresos superiores, aunque que se sitúen en condición similar. Los que poseen ingresos superiores a 1/4, tal como 1/3 o 1/2 por miembro de la familia, se encuentran también en situación de pobreza o vulnerabilidad, pero por el criterio de justicia de esta norma, no son merecedores de la respectiva compensación.

### 1.1 DESIGUALDAD E IGUALDAD COMO CONCEPTOS RELACIONALES

La igualdad y desigualdad son, reconocidamente, los equivalentes al resultado de la relación entre *términos* (personas, cosas, hechos, situaciones etc.) y relativamente a sus características (notas, elementos, puntos, substancia, etc.); igualdad y desigualdad resultan de la relación de comparación entre *términos* y en cuanto a las *características*, solo siendo posible su existencia y su constatación cuando establecida por comparación entre los dos o más términos (concepto de relación).

---

3 En la *Política* ARISTÓTELES alega que: “[...] la igualdad parece de derecho común, y sin duda lo es, no para todos, sin embargo, sino sólo entre iguales; y lo mismo sucede con la desigualdad; es ciertamente un derecho, pero no respecto de todos, sino de individuos que son desiguales entre sí.” ARISTÓTELES. *Política*. Livro III, cap. V, 280a, p. 92.

4 El Beneficio de Prestación Continuada (BPC), previsto en la Ley n. 8.742/1993, art. 20, que prevé el pago de un salario mínimo mensual destinado a la persona mayor de 65 años, que no reciba ningún beneficio de la seguridad social, o de otro régimen de previsión y cuando el ingreso mensual familiar *per capita* sea inferior a 1/4 del salario mínimo, o a la persona con deficiencia, incapacitada para la vida independiente y para el trabajo, con ingreso mensual del grupo familiar *per capita* inferior a 1/4 del salario mínimo.

De ese modo, son conceptos relacionales, o una relación fruto de comparación.<sup>5</sup> Esta es una posición tradicional y esencial para la identificación de la igualdad desde la antigüedad,<sup>6</sup> reconocida por la mayoría de los autores clásicos<sup>7</sup> y también por los autores extranjeros contemporáneos,<sup>8</sup> autores brasileños tradicionales<sup>9</sup> y autores brasileños contemporáneos.<sup>10</sup>

Se nota en el fenómeno social *desigualdad* la misma relación entre términos comparados.

- 
- 5 WALZER, Michel. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. item n. 1, p. 21, donde afirma que “la igualdad es una relación compleja de personas, mediadas por bienes que creamos, compartimos y dividimos entre nosotros;”
- 6 ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*, Livro V, item n. 1, p. 135 e 138. Al referirse a la justicia, como virtud, destaca: “el hecho de implicar la relación con otro, da cuenta del parecer de que la justicia exclusivamente entre las virtudes es ‘el bien ajeno’ porque ella concretiza lo que constituye la ventaja del otro, sea éste alguien que detenta autoridad, sea un compañero”. Del mismo modo, en el inicio del apartado, al referirse a los cuerpos que están en buena o mala condición.
- 7 AQUINO, TOMÁS DE. *Tratado da Justiça (Suma Teológica)*, Questão n. 57, art. 30, p. 10-11, para quien “la igualdad existe entre objeto y objeto”; (*Suma Teológica*), IIª, da IIª Parte, Questão n. 57, también citado por: LOPES, José Reinaldo de Lima, *As palavras e a lei*, cap. 4, item n. 2.1, p. 205.
- 8 Kelsen, Hans. *O problema da justiça*, item n. 24-c, p. 57; BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*, item n. I.1, p. 54; LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*, parte III, cap. III, p. 134; HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*, item n. 1, p. 30-31; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, parte IV, tit. 2, cap. 1, item n. E.V, p. 1295; ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cap. 8º, item n. II, p. 387; RUIZ MIGUEL, Alfonso. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*. n. 19, item n. 2.1, p. 44; GAVARA CARA, Juan Carlos. *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, cap. 1, p. 33-40; PÉREZ PORTILLA, Karla. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, cap. 1º, item n. I, p. 6; CELOTTO, Alfonso. *Le declinazioni dell'eguaglianza*, Avvertenza, p. 7.
- 9 PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdade (os três caminhos)*, cap. III.1, item n. 651, p. 445, donde destaca que “los principios de igualdad, en la vida social, asumen la existencia de propiedad o cualidad, y colocan entre los hombres el predicado binario”.
- 10 MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, item n. 1.2.3.4, p. 49; SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia da justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como maximumético*, item D.II.d.2.a, p. 224; ROCHA, Jose Albuquerque. O Estado em juízo e o princípio da isonomia, *Estudos sobre o Poder Judiciário*, item n. 1.1, p.155; LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*, cap. 4, item n. 2.1, p. 205-206; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, item n. 3.3.3.1, p. 101; MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade no Direito Processual Penal brasileiro*, cap. 2, p. 21; ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, item n. 2.1, p. 38-39 e item n. 2.2.1, p. 40; RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*, parte I, item n. 1.1, p. 24-25; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil*, Introdução, p. 1; VELLOSO, Andrei Pitten. *O princípio da isonomia tributária*, parte II, cap. II, item n. 1.2, p. 214 e nota n. 383; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Igualdade. Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*, item n. 1, p. 350;

## 2 DIMENSIONES SEMÁNTICAS DE LA DESIGUALDAD: LAS DENOMINACIONES DE LA 'COSA' SIN LA TITULARIDAD DEL DERECHO

La semántica de la desigualdad o los significados que se atribuyen a la desigualdad han variado conforme el momento histórico, adquiriendo en los últimos tiempos valoraciones no imaginadas que consideran, como anteriormente se dijo, más allá de la pobreza o riqueza. También se tienen en cuenta la exclusión o la inclusión en grupos, el origen o la presencia en ciertas regiones geográficas, el acceso o no a derechos, la oferta o no de oportunidades, la fragilidad con relación a ciertos elementos físicos e intelectuales individuales, aspectos culturales o sociales, la vulnerabilidad, discapacidad o desventaja, la discriminación, la desequiparación y la diferencia relacionada a factores adquiridos o innatos.

La delimitación conceptual de la desigualdad no es posible desde las denominaciones encontradas en la ley, dada la polisemia y la imprecisión del uso de expresiones equivalentes como diferentes, que puede ser vista en la comparación entre tales términos, siguiendo un breve examen de cada una de esas denominaciones.

Como una obra descriptiva, no hayen este texto el pretexto de examinar las razones de esta multiplicidad de nombres, que puede ser social, ideológica, política, económica o de otro tipo, tarea que compite principalmente a otras áreas de investigación. En el plan del *Lenguaje del Derecho* hay estudios que reflejan estas posibles razones que justifican estudios adicionales.<sup>11</sup>

Tampoco aquí se habla de las personas que son los titulares de esos derechos, una idea que está, evidentemente adentro, ya que los derechos están destinados a la gente.

### 2.1 POBREZA COMO DESIGUALDAD

La pobreza es un concepto relacionado a los niveles y profundidad de la carencia de carácter económico, aunque utilizado igualmente por economistas, sociólogos y antropólogos.<sup>12</sup> La pobreza es vista por la

---

11 Para nombrar algunos ya considerados clásicos: GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990. WARAT, Luis Alberto. *El lenguaje del derecho*. Buenos Aires: CDCS, 1976. OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje Jurídico y realidad*. 5. ed. Ciudad del México: Fontamara, 1999. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

12 LISTER, Ruth. Poverty. item n. 1, p. 12-16, observa que la dificultad de definición de la pobreza y las variadas formas de tratarla, que puede ser más o menos amplia y estar basada en renta o en el nivel de vida, pero también en incapacidades.

Constitución como un mal a ser erradicado (art. 3º, Inc. III), estando asociada en el mismo dispositivo a las desigualdades sociales. Ese reconocimiento consagrado en el texto constitucional es recurrente en la historia, y en otros puntos de la misma norma se encuentran protecciones compensatorias por la gratuidad de acceso a servicios públicos (art. 5º, Inc. LXXVI); el combate a la pobreza (art. 23, Inc. X), entre otras. Pobreza es vista como privación o insuficiencia de capacidades, siendo medida en términos relativos para cada sociedad,<sup>13</sup> de modo que los pobres de una comunidad no son, necesariamente, los pobres de otra. Una técnica económica de medición de pobreza está dada por las teorías económicas que entienden como pobre aquel que posee ingreso inferior a determinado valor que demarca una 'línea'. Esta medida objetiva de la pobreza no expresa la complejidad de las dificultades de acceso a derechos por ella causadas a la persona, conforme crítica en el Brasil, en América del Sur<sup>14</sup> o inclusive en sociedades consideradas ricas y desarrolladas como la europea.<sup>15</sup>

Una de las leyes que tratan de la pobreza es la Ley N. 8.742/1990, que organiza la Asistencia Social. Ella se refiere claramente a la pobreza y a las formas de combate por medio de las políticas públicas.<sup>16</sup> Pero hay otras, como las Leyes sobre los Planes Plurianuales o las Presupuestarias Anuales.

La jurisprudencia relacionada a la pobreza se identifica más estrictamente a las normas constitucionales del art. 3º, que establecen los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil o a los Fondos de Erradicación de la Pobreza. La identificación de la pobreza

---

13 SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. item n. 7, p. 170. Para el autor la pobreza "puede acarrear una recomendación de alguna política también, pero esa es una característica derivada, y el ejercicio primordial consiste en decidir quién está verdaderamente privado conforme es juzgado en la sociedad en cuestión."

14 CATTANI, Antonio David; MOTA DÍAZ, Laura. *Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*; SABA, Roberto. *Derecho y pobreza*. Obras volcadas al estudio de varias situaciones locales de pobreza e inaccesibilidad a derechos.

15 ROSSI, Emanuele; MASALI, Pietro. *Lotta alla povertà: politiche pubbliche per la tutela dei diritti della persona. Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*, item n. 1, p. 27-32; LISTER, Ruth. *Poverty*, item n. 1, p. 12-14.

16 "Art. 25. Los proyectos de combate a la pobreza comprenden la institución de la inversión económico-social en los grupos populares, buscando subsidiar, financiera y técnicamente, iniciativas que les garanticen medios, capacidad productiva y de gestión para mejoría de las condiciones generales de subsistencia, elevación de la calidad de vida, la preservación del medio-ambiente y su organización social. Art. 26. El incentivo a proyectos de combate a la pobreza se asentará en mecanismos de articulación y de participación de diferentes áreas gubernamentales y en sistemas de cooperación entre organismos gubernamentales, no gubernamentales y de la sociedad civil."

como desigualdad puede ser notada en otras decisiones, especialmente sobre derechos sociales como el derecho a la salud.<sup>17</sup>

## 2.2 MISERIA COMO DESIGUALDAD

La Constitución no se refiere a la miseria, sino a la pobreza, como expuesto *supra*. La Ley N. 9.077/1995, que autorizaba la utilización de provisiones públicas de alimentos en el combate al hambre y a la miseria a ella se refiere, inicialmente en programas estatales de combate a la pobreza que reciben sucesivas denominaciones, tales como *Comunidad Solidaria* (años 1990) *Hambre Cero* (años 2000) y *Brasil sin Miseria* (años 2010).

La discusión sobre la posibilidad o no de constatación objetiva de la miseria es objeto del debate en Recurso Extraordinario N. 567.985, juicio aún no concluido, en el cual el Ministro MARCO AURÉLIO MELLO argumenta que: “Suena inequívoco que dejar desamparado a un ser humano desprovisto inclusive de los medios físicos para garantizar el propio sostén, considerada la situación de edad avanzada o discapacidad, representa expresa desconsideración del mencionado valor [de la dignidad humana].” El debate jurídico se da en torno de la regla que establece criterios objetivos de concesión del derecho al Beneficio de la Prestación Continuada (BPC), previsto en el Inc. IV del art. 203 de la Constitución de 1988,<sup>18</sup> con carácter asistencial, destinado solamente a la persona que atienda los requisitos de la Ley N. 8.742/1990.<sup>19</sup> La jurisprudencia de los Tribunales Regionales Federales, por ejemplo del TRF<sup>3</sup><sup>20</sup> y el Superior

17 STJ. 1.<sup>a</sup> Turma. REsp 430.526, rel. min. Luiz Fux, j. 1/10/2002, DJU, 28/10/2002; STJ. 2.<sup>a</sup> Turma. REsp. 830.904, rel. min. Antônio Herman Benjamin, j. 18/12/2008, DJe, 11/11/2009.

18 Art. 203. La asistencia social será prestada a quien la necesite, independientemente de contribución a la seguridad social, y tiene por objetivos: [...] V - la garantía de un salario mínimo de beneficio mensual a la persona portadora de deficiencia y de edad avanzada que comprueben no poseer medios de sustento propio o de parte de su familia, según disponga la ley.

19 “Art. 20. El beneficio de prestación continuada es la garantía de un salario-mínimo mensual a la persona con deficiencia y a personas con 65 (sesenta cinco) años o más que comprueben no poseer medios de sustento propio o de parte de su familia. (Redacción dada por la Ley n° 12.435, de 2011) §1° Para efectos de lo dispuesto en el *caput*, la familia está compuesta por el requirente, el cónyuge o compañero, los padres, y en ausencia de uno de ellos, la madrastra o el padrastro, los hermanos solteros, los hijos e hijastros solteros y los menores tutelados, desde que vivan bajo el mismo techo. (Redacción dada por la Ley n° 12.435, de 2011). §2° Para efectos de concesión de este beneficio, se considera persona con deficiencia aquella que tiene impedimentos de largo plazo de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial, los cuales, en interacción con diversas barreras, pueden obstruir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas. (Redacción dada por la Ley n° 12.470, de 2011). §3° Se considera incapaz de sustentar a la persona con deficiencia o a personas con 65 (sesenta cinco) años o más, la familia cuyo ingreso mensual *per capita* sea inferior a 1/4 (un cuarto) del salario mínimo.”

20 TRF-4.<sup>a</sup> Reg. - ApCiv 5001506-50.2010.404.7202, rel. Rogerio Favreto, J. 13/3/2012. “Al calcularse el ingreso familiar de la impetrante, no se puede considerar en el cálculo cualquier beneficio asistencial o beneficio de la seguridad social de ingresos mínimos que sea percibido por persona de edad avanzada

Tribunal de Justicia<sup>21</sup>, ha establecido interpretaciones subjetivas que revisan la disposición de la ley, para interpretarla de modo más abierto.

### 2.3 EXCLUSIÓN COMO DESIGUALDAD

La exclusión es el aislamiento, la segregación, la no participación, la no pertenencia o integración a grupo, espacio o condición. La exclusión puede ser asociada a diversos factores y a la pobreza y puede ser un elemento complementario del otro,<sup>22</sup> caracterizándose, en este caso, como una desigualdad multidimensional. Como otros conceptos asociados a la desigualdad, la exclusión es un concepto polisémico,<sup>23</sup> pudiendo ser asociado a la propia extinción del individuo cuando exacerbada.

La Ley N. 12.288/2010, que “instituye el Estatuto de la Igualdad Racial, destinado a garantizar a la población negra una efectiva igualdad de oportunidades, la defensa de los derechos étnicos individuales, colectivos y difusos y el combate a la discriminación y a las demás formas de intolerancia étnica”, en el art. 53, define que el “Estado adoptará medidas especiales para cohibir la violencia policial incidente sobre la población negra” y en el párrafo único que: el “Estado implementará acciones de resocialización y protección de la juventud negra en conflicto con la ley y expuesta a

---

integrante del grupo familiar”. El relator, en su voto, así fundamenta: Como se observa, la jurisprudencia del STJ se consolidó en el sentido de que es posible la comprobación de la situación de miseria del portador de deficiencia por otros medios, aunque que no sea observado estrictamente el criterio del ingreso familiar per capita previsto en el § 3º del art. 20 de la Ley nº 8.742/93. Y no hay, en cuanto a este entendimiento, cualquier violación a dispositivos constitucionales (especialmente de los arts. 2, 44, caput, 48, caput, 59, III, y 97), ya que resulta apenas de la interpretación de la ley, legítimamente elaborada por el Poder Legislativo, a la luz del principio de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, de la CF), considerado fundamento de la República, de los objetivos constitucionales de construcción de una sociedad justa y solidaria, y de erradicación de la pobreza y la marginación (art. 3º, I y III, CF), así como de los objetivos de la asistencia social enumerados en el art. 203, caput e incisos, de la CF.

- 21 El Superior Tribunal de Justicia, al apreciar recurso especial representativo de controversia acerca del beneficio asistencial de prestación continuada, relativizó el § 3º del art. 20 de la Ley N. 8.742/93. “La limitación del valor del ingreso per capita familiar no debe ser considerada la única forma de comprobarse que la persona no posee otros medios de sustento propio mantenimiento o de parte de su familia, pues es apenas un elemento objetivo para contrastarse la necesidad, o sea, se presume absolutamente la situación de miseria cuando comprobada el ingreso per capita inferior a 1/4 del salario mínimo” (REsp N. 1.112.557/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maya Filho, Tercera Sección, J. 28.10.2009, DJ 20.11.2009).
- 22 MARTINETTI, Enrica Chiappero. Dalla povertà all'esclusione sociale, *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. p. 63-79.
- 23 BIALAKOWSKY, Alberto L., et all. *Processos sociais de exclusão-extinção: compreender e co-produzir conhecimento e práticas nas dinâmicas institucionais em núcleos urbanos segregados. Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*, p. 91 e 104.

experiencias de exclusión social”. Es clara la asociación entre desigualdad causada por el conflicto con la ley y la exclusión.

En la legislación puede ser destacada como ejemplo la Ley Complementaria N. 80/1994 (redacción dada por la Ley Complementaria N. 132/2009), que organiza a Defensoría General de la Unión, y establece en el art. 107, que “la Defensoría Pública del Estado podrá actuar por intermedio de núcleos o núcleos especializados, dándose prioridad, de cualquier modo, a las regiones con mayores índices de exclusión social y densidad poblacional”.

También la doctrina identifica la exclusión con la desigualdad.<sup>24</sup>

La exclusión del acceso a un derecho al reconocimiento de una relación jurídica también puede ser considerado desigualmente injusto, como observó el STF al juzgar la ADIn 4.277, relatada por el ministro Carlos Ayres Britto, estableciendo que:

[...] la distinción entre las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales no resiste a la prueba de la igualdad ante la ley. Para tanto, cabe recordar, nuevamente, la enseñanza de Robert Alexy (ob. cit., P. 395 y siguientes), para quien, no existiendo razón suficiente para el tratamiento jurídico diferenciado, se impone el tratamiento idéntico. No hay ningún argumento razonable que ampare la diferenciación o la exclusión de las uniones homo-afectivas del concepto constitucional de familia. En realidad, los únicos fundamentos para la distinción entre las uniones heterosexuales y las uniones homosexuales, para fines de protección jurídica bajo el signo constitucional de la familia, son el prejuicio y la intolerancia, enfáticamente rechazados por la Constitución ya en su preámbulo (‘[...] la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios, [...]’) y también en el inciso IV del art. 3º (‘promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación’) y, aún, en el art. 5º, *caput* (‘Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, [...]’).<sup>25</sup>

24 LISTER, op. cit., ítem n. 4, p. 74 e seg.

25 STF. ADIn n. 4.277. rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011 Esta decisión rescata parte de la crítica históricamente hecha por la doctrina acerca de la inexistencia de libertad de orientación sexual e igualdad de tratamiento: RIOS, Roger Raupp. O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano, parte II, ítem n. 1.1, p. 95-99; GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. cap. XIII, ítem n. 6, p. 308-310; DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, ítem n. 2, p. 53; ítem n. 6, p. 58-59.

## 2.4 VULNERABILIDAD COMO DESIGUALDAD

El concepto de vulnerabilidad está asociado a la dificultad para controlar las fuerzas que modelan el destino personal o para defenderse de los efectos negativos que las mismas fuerzas producen sobre el bienestar; resulta del desencuentro o descompás entre los deseos de acceso a las oportunidades ofrecidas por el Estado, mercado, sociedad y el éxito en el aprovechamiento de esas oportunidades.<sup>26</sup>

En la legislación brasileña hay inúmeras hipótesis, pudiendo ser destacada como ejemplo la Ley Complementaria N. 80/1994 (redacción data por la Ley Complementar. 132/2009), que organiza a Defensoría General de la Unión, y establece en el art. 4º, Inc. XI que es deber institucional “ejercer la defensa de los intereses individuales y colectivos del niño y del adolescente, de la persona de edad avanzada, de la persona portadora de necesidades especiales, de la mujer víctima de violencia doméstica y familiar y de otros *grupos sociales vulnerables* que merezcan protección especial del Estado”. Otra hipótesis de reconocimiento y diferenciación de personas vulnerables fue introducida Código Penal (Decreto-ley N. 2.848/1940), que al tratar de los crímenes sexuales contra vulnerable, en el art. 225, entre otras alteraciones para la protección define la acción penal como pública incondicionada, cuando la “víctima es menor de 18 (dieciocho) años o persona vulnerable.”<sup>27</sup>

En la doctrina, la identificación de grupos o sujetos vulnerables puede surgir en general de dos contextos. El primero como expresión del principio general de igualdad y la legitimidad de las diferenciaciones de tratamiento bajo un criterio uniforme. El segundo, como designación a ‘categorías vulnerables’, merecedoras de un régimen de protección específica.<sup>28</sup>

26 RUIZ TAGLE-VIAL, Pablo. *Pobreza y creación de derechos fundamentales*, Derecho y pobreza. cap. II-2, ítem n. I-4, p. 73.

27 La Ley N. 12.015/2009, cambió en el Código Penal el Título que trataba de los “Crímenes de seducción y corrupción de menores”, para denominarlo “De los crímenes sexuales contra vulnerable”, redefiniendo las condiciones de la acción, aumentando penas y sus agravantes.

28 LOCHAK, Danièle. *Le Droit et les paradoxes de l'universalité*. ítem n. II.2, p. 76; GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. cap. IV, p. 281. No Brasil, especialmente no Direito Civil, ver: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. ítems n. 3 e 4, p. 125-212; PENTEADO, Luciano Camargo. Família, criança e sujeito de direitos vulneráveis: breves notas à luz do pensamento tomista. *Revista de Direito Privado*, n. 51, p. 433 y sig., que asocia la vulnerabilidad al segundo contexto.

## 2.5 DESVENTAJA COMO DESIGUALDAD

La desventaja de individuos o de grupos es también una de las denominaciones corrientes en los idiomas latinos o germánicos, para representar desigualdades. Desventajas son inferioridades, desequilibrios o ausencia de ventajas.

La Ley N. 9.867/1999, que prevé la creación de cooperativas sociales, “constituidas con la finalidad de introducir a las personas en desventaja en el mercado económico, por medio del trabajo”, en el art. 3º, ayuda en la identificación de la desventaja social al listar los posibles integrantes de las cooperativas, así consideradas como personas en desventaja “los deficientes físicos y sensoriales, los deficientes psíquicos y mentales, las personas dependientes de acompañamiento psiquiátrico permanente, y los egresados de hospitales psiquiátricos, los dependientes químicos, los egresados de prisiones, los condenados a penas alternativas a detención, los adolescentes en edad adecuada al trabajo y situación familiar difícil desde el punto de vista económico, social o afectivo”.

En el mismo dispositivo legal, en el §3º, establece que “la condición de persona en desventaja debe ser comprobada por documentación proveniente de órganos de la administración pública, resguardándose el derecho a la privacidad.”

El Código de Defensa del Consumidor, Ley N. 8.078/1990, considera en el art. 51, abusivas las cláusulas contractuales que “coloquen en desventaja exagerada” al consumidor, clasificándolas como incompatibles con la equidad y con la buena fe. La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y de su Protocolo Facultativo, firmados en Nueva York, el 30 de marzo de 2007, aprobada por el Decreto Legislativo N. 186, de 9 de julio de 2008, en su preámbulo establece la necesidad de corregir las *desventajas sociales* de las personas con discapacidad, para la búsqueda de la igualdad de oportunidades.<sup>29</sup>

---

29 “Preámbulo. [...] y) Convencidos de que un pacto internacional general e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con deficiencia prestará significativa contribución para corregir las profundas desventajas sociales de las personas con deficiencia y para promover su participación en la vida económica, social y cultural, en igualdad de oportunidades, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados.”

En los textos de la Filosofía Moral es posible encontrar la referencia a las desventajas y su paralelismo a las desigualdades sociales o políticas.<sup>30</sup> En la doctrina jurídica también se identifica la referencia a las desventajas sociales, cuando se trata principalmente del Derecho Penal, Derecho del Consumidor, Derecho Asistencial Social y, en general, de derechos sociales.<sup>31</sup>

## 2.6 DISCAPACIDAD O DEFICIENCIA COMO DESIGUALDAD

Discapacidad o deficiencia es la reducción comparativa de un poder o capacidad. Es la pérdida o anormalidad de una función o estructura anatómica, física o psíquica capaz de generar la incapacidad para el desempeño de ciertas actividades en parámetros medios.<sup>32</sup> Para la *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas Portadoras de Discapacidad*, art. 1, “el término “discapacidad” significa una discapacidad física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

La Constitución Federal, en diversos dispositivos da atención especial para la discapacidad: a) art. 7º, Inc. XXXI, establece la “prohibición de cualquier discriminación en lo que refiere a salario y criterios de admisión del trabajador portador de discapacidad;” b) art. 23, Inc. II, define como común la competencia de los entes federativos para “cuidar de la salud y asistencia pública, de la protección y garantía de las personas portadoras de discapacidad”; c) en el art. 24, define como competencia común de la Unión, Estados y Distrito Federal para legislar sobre la “protección e integración social de las personas portadoras de discapacidad”; art. 37, Inc. VIII, el deber obediencia de la administración pública de reservar en ley “porcentual de los cargos y colocaciones públicas para las personas portadoras de discapacidad”.

---

30 LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. parte I, cap. 1, p. 31-33; TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento, *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*, item n. II, p. 60 e 63; GARGARELLA, Roberto. Introducción, *Derecho y grupos desaventajados*. p. 11-30; FISS, Owen. Grupos y cláusula de igual protección. *Derecho y grupos desaventajados*. p. 137-167; FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. cap. 2, item n. 3.1.3, p. 268.

31 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual, *Revista de Processo*, n. 199.

32 Sobre igualdad y personas condeficiencia o contrastornoshay una incipiente pero extensa bibliografía: MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. cap. 4, p. 73-118.

En el plano normativo infra-constitucional hay diversos diplomas que se refieren a la discapacidad, como la Ley N. 8.742/1993, Ley Orgánica de la Asistencia Social,<sup>33</sup> el Decreto N. 4.228/2002,<sup>34</sup> entre otros tantos que tratan de accesibilidad, educación, trabajo, infraestructura urbana, transporte, beneficios sociales, ejecución penal, etc.

En la doctrina brasileña e hispanoamericana la discapacidad, su asociación con la igualdad y desigualdad y su protección, son ampliamente tratadas hace más de dos décadas.<sup>35</sup>

---

33 Art. 20. El beneficio de prestación continuada es la garantía de un salario mínimo mensual a la persona con deficiencia y a personas con 65 (sesenta cinco) años o más que comprueben no poseer medios de sustento propio o de parte de su familia. [...] § 2º Para efectos de concesión de este beneficio, se considera persona con deficiencia aquella que tiene impedimentos de largo plazo de naturaleza física, mental, intelectual o sensorial, los cuales, en interacción con diversas barreras, pueden obstruir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas. § 3º Se considera incapaz de sustentar a la persona con deficiencia o a personas con 65 (sesenta cinco) años o más, la familia cuyo ingreso mensual per capita sea inferior a 1/4 (un cuarto) del salario mínimo. [...] § 5º La condición de admisión en instituciones de permanencia prolongada no perjudica el derecho del anciano o de la persona con deficiencia al beneficio de prestación continuada. § 6º La concesión del beneficio estará sujeta a la evaluación de la deficiencia y del grado de impedimento de que trata el § 2º, compuesta por evaluación médica y evaluación social realizadas por médicos expertos y por asistentes sociales del Instituto Nacional de la Seguridad Social - INSS. [...] § 9º La remuneración de la persona con deficiencia en la condición de aprendiz no será considerada para fines del cálculo a que se refiere el § 3º de este artículo. [...] Art. 21. El beneficio de prestación continuada debe ser revisado cada dos años para evaluación de la continuidad de las condiciones que le dieron origen. [...] § 3º El desarrollo de las capacidades cognitivas, motores o educacionales y la realización de actividades no remuneradas de habilitación y rehabilitación, entre otras, no constituyen motivo de suspensión o cesación del beneficio de la persona con deficiencia. § 4º La cesación del beneficio de prestación continuada concedido a la persona con deficiencia no impide nueva concesión del beneficio, desde que atendidos los requisitos definidos en reglamento. Art. 21a. El beneficio de prestación continuada será suspendido por el órgano concedente cuando la persona con deficiencia ejercer actividad remunerada, incluso en la condición de micro-emprendedor individual. § 1º Extinta la relación laboral o la actividad emprendedora de que trata el caput de este artículo y, cuando sea el caso, finalizado el plazo de pago del seguro-desempleo y no habiendo adquirido el beneficiario derecho a cualquier beneficio de la seguridad social, podrá ser requerida la continuidad del pago del beneficio suspendido, sin necesidad de realización de pericia médica o reevaluación de la deficiencia y del grado de incapacidad para ese fin, respetado el período de revisión previsto en el caput del art. 21.

34 Decreto N. 4.228, de 13 de mayo de 2002, que creaba el Programa Nacional de Acciones Afirmativas, instituye el Comité de Evaluación y Acompañamiento del Programa Nacional de Acciones Afirmativas, que posee entre sus objetivos, art. 3º: "VI - promover a sensibilización de los funcionarios públicos para la necesidad de proteger los derechos humanos y eliminar las desigualdades de género, raza y las que se vinculan a las personas portadoras de deficiencia;" y "VII - articular acciones y participaciones con emprendedores sociales y representantes de los movimientos de afro -descendientes, de mujeres y de personas portadoras de deficiencia;"

35 ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. CASTILLO FERNANDEZ, Dídimo. Integração social das pessoas com alguma deficiência: da ideologia do déficit ao paradigma da diferença. *Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*, p. 189-206; RINALDI, Walter. *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*, p. 11-26.

La jurisprudencia del STF también ha reconocido y asociado la discapacidad a la desigualdad, que puede merecer tratamiento por parte de acciones afirmativas:

[...] Concurso público. Candidato portador de discapacidad visual. Ambliopia. Reserva de vacante. Inc. VIII del art. 37 de la CF. § 2º del art. 5.º de la Ley 8.112/90. Ley 7.853/89. Decretos 3.298/99 y 5.296/2004. 1. El candidato con visión monocular padece de discapacidad que impide la comparación entre los dos ojos para saberse cuál de ellos es el ‘mejor’. 2. La visión univalente – comprometedora de las nociones de profundidad y distancia – implica una limitación superior a la discapacidad parcial que afecte los dos ojos. 3. La reparación o compensación de los factores de desigualdad fáctica con medidas de superioridad jurídica constituye una política de acción afirmativa que se inscribe en los cuadros de la sociedad fraterna, que se lee desde el preámbulo de la Constitución de 1988. 4. Recurso ordinario proveído.”(STF. ROMS 26.071-1, 1ª Turma, rel. min. Carlos Ayres Britto, J. 13/11/2007, v.u., DJe 1/2/2008)

## 2.7 DESEQUILIBRIO COMO DESIGUALDAD

Desequilibrio es desproporción, desacuerdo o desajuste que impide la participación social o comunitaria en igualdad de condiciones, siendo, por eso, asociada a la desigualdad.

La Constitución Federal, en el art.146a (añadido por la EC N. 42/2003) prevé que “Ley complementaria podrá establecer criterios especiales de tributación, con el objetivo de prevenir los desequilibrios de la competencia, sin perjuicio de la competencia de la Unión, por ley, establecer normas de igual objetivo.”

En la doctrina y en la jurisprudencia la expresión es ampliamente utilizada para apuntar principalmente al desajuste en ecuaciones económico-financieras resultante de contratos administrativos.<sup>36</sup>

---

36 STF.ADI n. 2.649-6, rel. min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 8/5/2008; STF. Sessão Plenária. MC na ADIn 4.451, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010, sobre la censura previa en la actividad periodística en el período electoral; TSE - AgRg 12.103(38827-62.2009.6.00.0000), rel. min. Dias Toffoli, j. 3/5/2011, sobre el abuso del poder económico en las elecciones.

## 2.8 ASIMETRÍA COMO DESIGUALDAD

Asimetría es la diferencia entre medidas, cantidades u otro factor objetivo mensurable, desproporción entre partes de un objeto de comparación o entre dos bienes.

La Ley N. 12.288/2010 “instituye el Estatuto de la Igualdad Racial, destinado a garantizar a la población negra a efectividad de la igualdad de oportunidades, la defensa de los derechos étnicos individuales, colectivos y difusos y el combate a la discriminación y a las demás formas de intolerancia étnica” y considera “desigualdad de género y raza: asimetría existente en el ámbito de la sociedad que acentúa la distancia social entre mujeres negras y los demás segmentos sociales” (art. 1º, par. único, Inc. II).

En la doctrina es escasa la referencia directa al término asimetría, como desigualdad, aunque se puedan identificar trabajos en ese sentido relacionados a los derechos humanos.<sup>37</sup>

La jurisprudencia realiza la misma asociación entre tales términos, a veces mostrando indistintamente, también, la expresión *discriminación* u otras.<sup>38</sup>

## 2.9 DESPROPORCIONALIDAD COMO DESIGUALDAD

Así como la igualdad está asociada a la proporcionalidad,<sup>39</sup> la desproporcionalidad necesariamente se asocia a la desigualdad.

La legislación no hace esa asociación, siendo más evidente en la doctrina y en la jurisprudencia.

---

37 SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: as tensões do mundo ocidental. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. item n. 1, p. 435; REICHER, Stella C. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. v. 8, n. 14, jun. 2011. p. 173-185.

38 STF. ADIn n. 2.591-1, rel. min. Carlos Mario da Silva Velloso, j. 7/6/2006, sobre la sujeción de las instituciones financieras a las reglas protectoras del Código de Defensa del Consumidor. STF. Tribunal Pleno. RE 453.740-1, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007, sobre límites en las tasas de intereses pagado por la Administración en deudas con empleados; STF. Sessão Plenária. MC na ADIn 4.451, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010, sobre la censura previa en las actividades periodísticas en el período electoral.

39 FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. cap. 2, item n. 3.1.3, p. 267-270.

En la jurisprudencia, los mismos juzgados antes referidos usan indistintamente las expresiones desigualdad y desproporcionalidad.<sup>40</sup>

## 2.10 INEQUIDAD COMO DESIGUALDAD

Equitativo tiene origen en *aequitas* y está asociado a la equidad y a lo que es ecu, al paso que inequidad es su antónimo, equivalente a lo que es inequitativo, desigual o desproporcional.

En la legislación brasileña no es corriente la expresión inequitativo o inequidad, pero es pródiga en la versión positiva: *equitativa, equitativo*<sup>41</sup> e inclusive la expresión equidad, visto como forma de aplicación de la ley tiene aplicaciones conocidas.<sup>42</sup>

MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA define la equidad actual como “la cualidad o propiedad que toda norma de Derecho puede tener cuando realiza las exigencias de la justicia en su aplicación a las relaciones concretas<sup>43</sup>” pudiéndose concluir que inequitativa es la norma que no realiza las exigencias de justicia. En este sentido, equitativa es la relación justa e inequitativa la injusta o desigual, autorizando la asociación entre desigualdad e inequidad.

En cuanto a la jurisprudencia se puede decir lo mismo que fue dicho de la doctrina, siendo abundantes las referencias a la equidad y escasas en cuanto a la inequidad.

## 2.11 DISCRIMINACIÓN COMO DESIGUALDAD

La Constitución dispone que la ley debe punir la discriminación atentatoria a los derechos y libertades fundamentales (art. 5º, Inc. XLI). Como dicho anteriormente, se asocia el término discriminación con la referencia con la una diferenciación subjetiva, no razonable y desproporcional y, por lo tanto, una diferenciación no justificada.<sup>44</sup>Se

40 STF. RE 597.285-2. rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009, sobre cupos raciales y reserva de vacantes en universidades;

41 Ley n. 10.406/2002 (Código Civil), art.928; Ley n. 9.795/1999, art.17, Ley n. 8.935/1994, art. 13, inc.I; Ley n. 8.113/1991, art. 4º, inc.I; Ley n. 12.187/2009, art.3º, inc.III.

42 Ley n. 5.869/1073 (Código de Proceso Civil), art. 20, § 4º; Ley n. 9.099/1995 (Ley de los Juzgados Especiales Cíviles y Criminales), art. 25.

43 FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. cap. 4, ítem n. 3, p. 131.

44 ASÍS, Rafael de; AIELLO, Ana Laura; BARRIFI, Francisco; CAMPOY, Ignacio; PALACIOS, Agustina. *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*. Introducción, Sobre la accesibilidad universal en el derecho. ítem n. 2.4.3, p. 40.

asocia también la desigualdad a la discriminación,<sup>45</sup> a la pobreza,<sup>46</sup> al tratamiento diferenciado.<sup>47</sup>

La jurisprudencia asocia los dos términos en varias situaciones, especialmente en decisiones de materia constitucional en el Supremo Tribunal Federal.<sup>48</sup>

La discriminación tiene el sentido de violación de un derecho con base en criterio racial.<sup>49</sup> Sedenomina discriminación inversa o discriminación positiva la política de acciones afirmativas, vista como técnica compensatoria, como forma de ejercicio pleno de la ciudadanía.<sup>50</sup>

## 2.12 DESEQUIPARACIÓN COMO DESIGUALDAD

A desequiparación está más relacionada al tratamiento diferenciado y su uso es más común en la doctrina y jurisprudencia, como técnica legítima o no de distinguir situaciones.

CELSO ANTONIO BANDEIRADE MELLO es uno de los autores que más ampliamente usa la expresión, como equivalente a tratamiento desigual o diferenciado.<sup>51</sup> En la jurisprudencia el término también ha sido utilizado ahora para identificar medidas tributarias específicas para ciertos

---

45 TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento, *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. item n. II, p. 60.

46 MAURINO, Gustavo. Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. item n. V, p. 337-340.

47 RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. parte II, item n. 1.1, p. 94-95;

48 STF. ADIn n. 4.277. rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011, sobre uniones homo-afectivas; STF. RE 597.285-2. rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009, sobre cupos raciales y reserva de vacantes en universidades; STF. Tribunal Pleno. RE 453.740-1, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007, sobre límites en las tasas de intereses pagado por la Administración en deudas con empleados; STF. ADIn 2.649-6. rel. min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 8/5/2008, sobre boleto de transporte gratis a portadores de deficiencia.

49 SILVA JÚNIOR, Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais*. item n. 1.2.10, p. 25-26.

50 La ciudadanía implicaría el derecho la satisfacción de necesidades básicas, mediante prestaciones o reglamentaciones compensatorias del Estado. Ver NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e discriminação positiva. *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos*, p. 254; NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e discriminação positiva. *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos*. p. 28.

51 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n.1.

sectores agrícolas o industriales,<sup>52</sup> o en el reconocimiento de un derecho de preferencia constitucional al acreedor portador de enfermedad grave.<sup>53</sup>

### 2.13 DESFAVORECIMIENTO COMO DESIGUALDAD

La Constitución, al distribuir las competencias federativas comunes (art. 23, Inc. X), afirma que “combatir las causas de la pobreza y los factores de marginación, promoviendo la integración social de los sectores desfavorecidos” es deber todos los entes de la Federación. El desfavorecimiento es también apuntado como una de las formas de desigualdad, mereciendo corrección en algunos casos por la política de “discriminación positiva”, que ofrece “ventajas competitivas” para grupos así considerados.<sup>54</sup>

### 2.14 MARGINACIÓN COMO DESIGUALDAD

Marginación y marginalidad son expresiones polisémicas, aunque predominantemente asociadas a la pobreza, pero que se reflejan sobre la inserción social, cultural y económica, caracterizándose como una fuga del *ideal tipo*, acotado por la pertenencia a cierto grupo social, cierta cultura

52 “La ‘*ratio*’ subyacente al tratamiento normativo estipulado por la Ley n° 8.393/91 (art. 2°), desde los propios reflejos que proyecta en el área económico-fiscal, pone en evidencia que la delimitación de orden espacial condicionante del acceso del contribuyente al beneficio legal de la exención tributaria, en materia de IPI sobre el azúcar de caña, fue establecida con el fin precipuo de viabilizar la plena realización de objetivo estatal claramente calificado por la nota de la extra-fiscalidad. Es que la mencionada exención, tal como prevista en el art. 2° de la Ley n° 8.393/91, objetiva políticas gubernamentales, cuya ejecución le incumbe conferir efectividad al art. 3°, incisos II y III, de la Constitución de la República, ya que, en ese sentido, la función extra-fiscal del tributo actúa como instrumento de promoción del desarrollo nacional y de superación de las desigualdades sociales y regionales. En realidad, la *desequiparación* operada por norma legal en causa encuentra su fundamento racional en la necesidad del Estado de [...] efectivizar en los estrictos límites de su competencia constitucional.” (STF. AgRg 360.461-7, rel. José Celso de Mello Filho, j. 06/12/2005). Ver también: STF. Tribunal Pleno. MS n. 15627, Relator Min. EvandroLins, j. 23/11/1966 e STF. Tribunal Pleno. RMS n. 14244/PR. Relator Min. VictorNunes, j. 13/05/1965.

53 “[...] el principio de la igualdad, dirigido tanto al legislador, como al operador del derecho, fue consagrado en el “*caput*” del artículo 5° de la actual Constitución de la República y constituye, “especialmente en países pobres y con groseras esferas de desigualdad socio-económica, la medida del sistema jurídico para la construcción o la reconstrucción de una sociedad justa” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Minas Gerais: Ed. Lê S.A., 1990, p. 40). De acuerdo con la ilustre maestra, tal principio “cumple, pues, una función social determinante para el Poder Público de transformar, por su vigor impositivo, las condiciones sociales para tornarlas niveladas en el plano socio-económico para la plena eficacia de la norma principiológica” (ob. cit., p. 44), tornando vedadas *desequiparaciones* que substraigan algunos derechos asegurados a otros. La igualdad obliga al Poder Público, además, “en el ejercicio de cualquiera de sus actividades, a romper diferencias socioeconómicas y políticas que establezcan distinciones entre los hombres en su esencia, en su origen humana y en su destino digno, haciéndolo, necesariamente, en su actuación concreta y prolongada” (ob. cit., p. 44). (TST. RO 17225-51.2010.5.04.0000, rel. Rosa Maria Weber, j. 3/10/2011).

54 TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento, *Multiculturalismo*: examinando a política de reconhecimento. item n. II, p. 60.

o cierto estamento económico. La Constitución de 1988, art. 3º, Inc. III, incluye la marginación como un mal que debe ser erradicado, al lado de la pobreza y de las desigualdades sociales y regionales. Esa asociación viene siendo hecha por la doctrina al lado de la pregunta sobre la existencia de un verdadero Estado democrático de derecho en una sociedad desigual y tolerante con la pobreza y a la marginalidad.<sup>55</sup> De ese modo, tanto la ley como la doctrina asocian marginación a la desigualdad y pobreza.

## 2.15 DIFERENCIA COMO DESIGUALDAD

La diferencia es vista hoy como una proyección de la propia identidad, como un derecho, mereciendo el tratamiento también diferenciado y respetuoso originado del reconocimiento de valores que deben ser identificados, mantenidos y protegidos por toda la sociedad. La Constitución hace referencia a la diferencia no exactamente en lo que refiere a la desigualdad entre personas, sino entre situaciones, tributos, remuneración etc.<sup>56</sup> De modo general, la discriminación es condenada, pues: “la supuesta sociedad justa e ignorante de las diferencias es, no solo inhumana (porque suprime identidades), sino también ella misma extremadamente discriminatoria, de una manera sutil e inconsciente”.<sup>57</sup> En general la diferencia, como desigualdad, se considera como una característica que debe ser protegida por la ley, si se la reconoce como tal, siendo, en este sentido, una desigualdad que merece ser conservada, por integrar el patrimonio individual de cierto sujeto social o de un grupo integrante de la sociedad.

La fórmula de la diferenciación y del respeto a la diferencia encuentra lugar en la doctrina brasileña, desde las posiciones de autores como MARCELO CAMPOS GALUPPO, ÁLVARO SOUZA CRUZ y JOAQUIM BARBOSA, su justificativa en las propias necesidades sociales y de garantía del principio de la igualdad.<sup>58</sup>

---

55 BALSAN FrancysLayne. Pobreza e desigualdade social no estado democrático de direito: o caso brasileiro *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 8, p. 125-137.

56 CF utiliza la expresión diferencia al prohibir la diferencia de salarios (art. 7º, Inc. XXX); impedir la diferencia de remuneración entre categorías superior a 10% (en el art. 93, Inc. V); prohibir la diferencia tributaria entre bienes y servicios tomando en consideración la procedencia o el destino (art. 152) entre otras situaciones.

57 TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento, *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. item n. II, p. 60.

58 GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*, p. 216; SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Direito à diferença*. cap. II, p. 15.

## 2.16 MULTICULTURALIDAD O MULTICULTURALISMO COMO DESIGUALDAD

El multiculturalismo está asociado, para CHARLES TAYLOR, “[...] a otra exigencia que estamos ahora considerando, que es la de que todos reconozcan el valor igual de las diferentes culturas; que las dejemos, no solo sobrevivir, sino también admitamos su mérito”.<sup>59</sup> Si, a pesar de distintas las culturas, tengan ellas igual valor, pueden así reconocerse y como tal deben ser tratadas.

La Constitución define lo que es el patrimonio cultural a ser protegido,<sup>60</sup> que incluye los “modos de crear, hacer y vivir”, reconociendo la garantía estatal a “todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y acceso a las fuentes de la cultura nacional, y apoyará e incentivará la valorización y la difusión de las manifestaciones culturales” (art. 215), con especial atención a las “manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y de las de otros grupos participantes del proceso civilizatorio nacional” (art. 215, § 1º).

En las sociedades multiculturales, la diferencia es la principal fuente de identidad y de reconocimiento por el restante de la comunidad, con vistas a la obtención de un *tratamiento igualitario amplio*, “concebido como la no discriminación con base en creencias religiosas, ideológicas, diferencias de género, orientación sexual y *status* social”.<sup>61</sup> La literatura técnica brasileña, a lo largo de las últimas dos décadas, ha tratado del multiculturalismo en los planos del Derecho, de la Ciencia Política, de la Sociología y de la Filosofía.

59 TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento, *Multiculturalismo*. item n. V, p. 84.

60 Art. 216. Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e incorpórea, considerados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, entre los cuales se incluyen: I - las formas de expresión; II - los modos de crear, hacer y vivir; III - las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV - las obras, bienes, documentos, edificaciones y demás espacios destinados a las manifestaciones artístico-culturales; V - los conjuntos urbanos y lugares de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico.

61 DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*, item n. 4.3, p. 238. Sobre la relación homo-erótica u homo-afectiva ver: GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*, cap. XIII, p. 287-316; DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, p. 53, examinando las desigualdades brasileñas, asegura no existir la igualdad proclamada, cuando se trata de cuestiones de orientación sexual.

En la Jurisprudencia aún falta el reconocimiento del multiculturalismo brasileño, como reconoce el ministro CELSO DE MELLO en el Fallo de ADIn N. 1.856, propuesta contra la reglamentación estadual de la *pelea de gallos*, con el fundamento de que esta práctica se justifica en el marco de la variedad multicultural de las regiones del país.<sup>62</sup> Por consiguiente, falta también la identificación de las diferencias entre el multiculturalismo y la desigualdad.

#### 4 CONCLUSIÓN

Para finalizar, se debe reiterar la inadecuación de la técnica legislativa que expande nominalmente un concepto único: la desigualdad, para denominarla de varias formas, dificultando la adecuada aprehensión del fenómeno social. La multiplicidad de denominaciones, justificada en algunos casos, no encuentra razones técnicas lingüísticas o inclusive fáticas a justificar tamaña variedad.

Por el contrario, la falta de uniformidad permite el enmascaramiento de situaciones que, aunque idénticas, pasan a ser tratadas por la ley como diversa en virtud de las diferentes denominaciones atribuidas a los fenómenos fácticos tomados por el derecho.

En este sentido, el objetivo primero de reunir y apuntar las fuentes legales en donde están situados es atendido por el trabajo, que presenta la mayor parte de esas denominaciones, restando una profundización, la indagación de las razones de esa diversidad y el posible acompañamiento de su continuación.

---

62 “Con relación a la materia existe, hoy, en Brasil, una jurisprudencia adecuada, una doctrina clara y una acción del legislador que camina en la misma dirección. [...]. Cabe, por eso, aguardar para ver como el STF se pronunciará en algún caso dotado de mayor complejidad, representando verdaderamente un choque entre derechos culturales y otros bienes o derechos constitucionales protegidos, cuando las manifestaciones culturales, a contramano de las prácticas hegemónicas, compongan el núcleo de la identidad de grupos especialmente protegidos por la Constitución, como es el caso, en sintonía con lo que proclama el art. 215 de la CF/1988, de los indígenas y los afro-brasileños. Aquí, las distintas formas de comprensión de los derechos culturales, incluso aquellas tributarias de una filosofía multiculturalista, habrán de ser exploradas, lo que no ocurrió, por innecesario, en la decisión que trató de la peleas de gallo (STF. ADIn N. 1.856, rel. José Celso de Mello Filho, J. 26/5/2011, v.u., DJe 14/10/2011).

**REFERENCIAS**

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Bauru: Edipro, 2002. Tradução de Edson Bini.

\_\_\_\_\_. *Política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. Tradução de Mario da Gama Cury.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Tradução de Ernesto Garzón Valdés.

AQUINO, Santo Tomás de. *Tratado da justiça*. (SummaTheologica) Porto: Rés, (?). Tradução de Fernando Couto.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ASÍS, Rafael de; AIELLO, Ana Laura; BARRIFI, Francisco; CAMPOY, Ignacio; PALACIOS, Augustina. *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALSAN, FrancysLayne. Pobreza e desigualdade social no estado democrático de direito: o caso brasileiro. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 8, p. 125-137, outubro/2010.

BIALAKOWSKY, Alberto L., etalli. *Processos sociais de exclusão-extinção: compreender e co-produzir conhecimento e práticas nas dinâmicas institucionais em núcleos urbanos segregados. Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*. Porto Alegre; UFRGS, 2005. Tradução de ErnaniSsó.

BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós, 2000. Tradução de Pedro Aragón Rincón.

BRASIL. STF. *ADIn 2.649-6*. rel. min. CármenLúciaAntunes Rocha, j. 8/5/2008.

BRASIL. STF. *ADIn n. 2.591-1*, rel. min. Carlos Mario da Silva Velloso, j. 7/6/2006.

BRASIL. STF. *ADIn n. 4.277*, rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011.

BRASIL. STF. *RE 597.285-2*, rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009.

BRASIL. STF. *RE 597.285-2*, rel. min. Enrique Ricardo Lewandowski, j. 27/8/2009.

BRASIL. STF. Sessão Plenária. *MC na ADIn 4.451*, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010.

BRASIL. STF. Sessão Plenária. *MC na ADIn 4.451*, rel. Carlos Ayres Britto, j. 2/9/2010.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *RE 453.740-1*, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007.

BRASIL. STF. Tribunal Pleno. *RE 453.740-1*, rel. min. Gilmar Mendes, j. 28/2/2007.

BRASIL. STJ. *REsp n. 1.112.557/MG*, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, j. 28.10.2009, DJ 20.11.2009.

BRASIL. STJ. 1.<sup>a</sup> Turma. *REsp 430.526*, rel. min. Luiz Fux, j. 1/10/2002, DJU, 28/10/2002.

BRASIL. STJ. 2.<sup>a</sup> Turma. *REsp. 830.904*, rel. min. Antônio Herman Benjamin, j. 18/12/2008, DJe, 11/11/2009.

BRASIL. TRF 4.<sup>a</sup> Reg. *ApCiv 5001506-50.2010.404.7202*, rel. Rogerio Favreto, j. 13/3/2012.

BRASIL. TSE. *AgRg 12.103(38827-62.2009.6.00.0000)*, rel. min. Dias Toffoli, j. 3/5/2011.

BRASIL. STF. *ADIn n. 2.649-6*, rel. min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, j. 8/5/2008.

BRASIL. STF. *ADIn n. 4.277*, rel. Carlos Ayres Britto, j. 5/5/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedida, 2003

CASTILLO FERNANDEZ, Dídimo. *Integração social das pessoas com alguma deficiência: da ideologia do déficit ao paradigma da diferença. Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analíticas*. Porto Alegre; UFRGS, 2005. Tradução de Ernani Ssó.

CATTANI, Antonio David; MOTA DÍAZ, Laura. *Desigualdades na América Latina: novas perspectivas analítica*. Porto Alegre; UFRGS, 2005. Trad. Ernani Ssó.

CELOTTO, Alfonso. *Il problema dell'eguaglianza, Le declinazioni dell'eguaglianza*. Napoli: Scientifica, 2011. Coord. Alfonso Celotto.

DIAS, Maria Berenice. A igualdade desigual. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo: ESDC. n. 2. p.51-68. jul./dez. 2003.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FALCÓN Y TELLA, María José. *Equidad, derecho y justicia*. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 2005.

FISS, Owen. Grupos y cláusula de igual protección. *Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: YLS-UP- Gedisa, 1999. Comp. Roberto Gargarella.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *A construção da igualdade e o sistema de justiça no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *Introducción, Derecho y grupos desaventajados*. Barcelona: YLS-UP- Gedisa, 1999. Comp. Roberto Gargarella.

GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson, 2009.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Contenido y función del término de comparación del principio de igualdad*. Navarra: Thompson Aranzadi, 2005.

- GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Direito de Família Contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- HELLER, Ágnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1994. Tradução de Jorge Vigil.
- KELSEN, Hans. O problema da justiça, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de João Batista Machado.
- LOCHAK, Danièle. *Le Droit et les paradoxes de l'universalité*, Paris: PUF, 2010.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei*, São Paulo: 34/ Edusp, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília : Universidade de Brasília, 1980. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MARTINETTI, Enrica Chiappero. Dalla povertà all'esclusione sociale: l'evoluzione di un concetto e le implicazione sul fronte delle strategie. *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008. Coord. Walter Rinaldi.
- MARTINS DA COSTA, Paula Bajer Fernandes. *Igualdade no Direito Processual Penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MAURINO, Gustavo. Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes, *El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007. Coord. Marcelo Alegre e Roberto Gargarella.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Princípio da isonomia: desigualdades proibidas e desigualdades permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n.1. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *A Doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia de cidadania – necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão, Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- MUSSE, Luciana Barbosa. *Novos sujeitos de direito: as pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEVES, Marcelo. Estado Democrático de Direito e discriminação positiva. *Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil-Estados Unidos*. Brasília: Paralelo 15, 2000. Org. Jessé de Souza.

PENTEADO, Luciano Camargo. Família, criança e sujeito de direitos vulneráveis: breves notas à luz do pensamento tomista. *Revista de Direito Privado*, n. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set. 2012.

PÉREZ PORTILLA, Karla. *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*. Ciudad de México: UNAM, 2005.

PONTES DE MIRANDA. *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

REICHER, Stella C. Diversidade humana e assimetrias: uma releitura do contrato social sob a ótica das capacidades. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 8, n. 14, jun. 2011. p. 173-185. Disponível em :<<http://www.surjournal.org>>.

RINALDI, Walter. *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revistados Tribunais, 2002.

ROCHA, Jose Albuquerque. *O Estado em juízo e o princípio da isonomia*. Estudos sobre o Poder Judiciário. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSSI, Emanuele; MASALI, Pietro. Lotta allá povertà: politiche pubbliche per la tutela dei diritti della persona. *Giustizia e povertà: universalismo dei diritti, formazione delle capacità*. Bologna: Mulino, 2008. Coord. Walter Rinaldi.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. Coimbra-São Paulo: Coimbra-Revista dos Tribunais, 2009. Coords. George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Dereho*, n. 19. Alicante: Doxa, 1996.

RUIZ TAGLE-VIAL, Pablo. *Pobreza y creación de derechos fundamentales, Derecho y pobreza*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. Comp. Roberto Saba.

SABA, Roberto. *Derecho y pobreza*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. Comp. Roberto Saba.

- SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia da justiça no mundo contemporâneo*: fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: como ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. *Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. Org. Boaventura de Souza Santos.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual, *Revista de Processo*, n. 199. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2011.
- SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes.
- SILVA JÚNIOR, Hédio. *Direito de igualdade racial*: aspectos constitucionais, civis e penais. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Direito à diferença*. 2. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2005.
- TAYLOR, Charles. *A política de reconhecimento, Multiculturalismo*: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Tradução de Marta Machado.
- VELLOSO, Andrei Pitten. *O princípio da isonomia tributária*: da teoria da igualdade ao controle das desigualdades impositivas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- WALZER, Michel. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: MartinsFontes, 2003. Tradução de Jussara Simões.

RECEBIDO EM: 21/11/2015

# COMPARANDO TRANSCONSTITUCIONALISMO EM UMA SOCIEDADE MUNDIAL ASSIMÉTRICA: PRESSUPOSTOS CONCEPTUAIS E PONDERAÇÕES AUTOCRÍTICAS<sup>1</sup>

*Marcelo Neves*

*Professor Titular de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Atualmente, Senior Research Scholar na Yale Law School*

Para Paulo Bonavides, em pleito de gratidão

SUMÁRIO: 1 Da Catarse panconstitucional; 2 Ao transconstitucionalismo; 3 Assimetrias: comparando Transconstitucionalismo; 4 Comparando dois casos Transconstitucionais relativos ao direito à participação política: Reino Unido versus a Nicarágua; 5 Observações finais.

---

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado inicialmente, em inglês, na Adam Smith Research Foundation Working Papers Series 2015:2. A tradução dos trechos citados de originais em língua estrangeira foram traduzidos livremente pelo autor, exceto quando apresentada referência à respectiva tradução portuguesa.

## 1 DA CATARSE PANCONSTITUCIONAL

Na virada do século XX para o século XXI, a noção de que qualquer nova organização jurídica ou política que surge tem uma constituição foi amplamente disseminada. Esse conceito da Constituição pode ser chamado “histórico-universal”<sup>2</sup>, por sugerir que, pelo menos, em todos os estados historicamente formados, houve ou há uma constituição, de acordo com a fórmula “nenhum Estado sem constituição”.<sup>3</sup> Em uma perspectiva de história da constituição, Koselleck amplia o conceito para incluir “todas as instituições legalmente reguladas e suas formas de organização, sem as quais uma comunidade social de ação não é politicamente capaz de agir”. E ele esclarece isso da seguinte forma:

Minha proposta de que a história da constituição deveria abranger todos os domínios caracterizados pela repetibilidade em virtude de normas jurídicas visa superar, portanto, a fratura entre as histórias pré-modernas do direito e histórias modernas da Constituição e, assim, a tematizar inclusive fenômenos pós-estatais e, em certa medida, supraestatais, não apenas interestatais, de nossa época.<sup>4</sup>

Thornhill também propõe um conceito de constituição “em termos que pode ser aplicado a muitas sociedades em diferentes períodos históricos”, embora limitando sua visão de constituição ao “fato de que ela se refere primariamente às funções dos estados [em geral, não dos estados modernos – MN] e estabelece uma forma legal relativa ao uso do poder pelos Estados ou, no mínimo, por atores que detêm ou utilizam autoridade pública”<sup>5</sup>. Entretanto, a proposta mais extrema de um conceito histórico universal é oferecida por Teubner nos seguintes termos: “não apenas *ubi societas, ibi ius*, como uma vez disse Grotius, mas sim *ubi societas, ibi constitutio*.”<sup>6</sup>

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p.59 59.

3 BIAGGINI, Giovanni. “Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?”. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* (Basileia/Munich: Helbing & Lichtenhahn), v. 141 (119 na nova série), 2000. p. 445-476, p. 447.

4 KOSELLECK, Reinhart. “Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsbeschreibung”. In: Koselleck, Reinhart. *Begriffsgeschichten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 365-401, p. 370-8.

5 THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 11. Diferentemente do que sugere Thornhill, entendo que essa discussão não deve ser confundida com a questão referente à existência ou não de “constituições formalmente escritas” (idem, p. 9-10).

6 TEUBNER, Gunther. *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. (Berlim: Suhrkamp, 2012. p. 63 [trad. ingl.: Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalisation. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 35 – a referência a Grotius só aparece na tradução].

Com efeito, essa compreensão abrangente de constituição, que implica um verdadeiro panconstitucionalismo, está associada, em certa medida, à ambiguidade do próprio termo ‘constituição’. A este respeito, António Hespanha aponta para o carácter plurívoco da palavra “constituição”, que, além de implicar variações históricas no seu significado político-jurídico, ultrapassa a dimensão do mundo cultural, denotando disposições biológicas ou físicas<sup>7</sup>. Mas cabe advertir que um excessivo apego ao significante pode afastar-nos da compreensão de seu significado (semântico) e sua função (pragmática) em determinado contexto social ou histórico. O perigo, nessas circunstâncias, é cairmos em “falácias de ambiguidade”, que ocorre quando, discutindo em torno de uma mesma palavra como expressão linguística, cada participante da discussão está se referindo a diferentes conceitos.<sup>8</sup> A questão que se põe, então, é remover esse perigo, tentando definir o significado e a função históricos do conceito de constituição em sentido moderno. A tendência a “anacronismo” na própria localização histórica do conceito, apenas na busca de equiparar instituições, estruturas e processos sociais do passado com os do presente, torna difícil contextualizar as bases societárias da constituição moderna: o conceito perde tanto o seu significado histórico quanta a sua função jurídico-política. Pode-se dizer que o próprio Koselleck também tende a anacronismo, alargando o conceito de constituição para abarcar historicamente instituições e experiências marcadamente diferentes.

Se tomarmos como exemplo o termo “Politeía” (Πολιτεία), especialmente na formulação aristotélica, referente às características estruturais e teleológicas da polis,<sup>9</sup> poderemos observar que sua tradução por “constituição” apareceu no período das revoluções constitucionais do século XVIII. Até então, era corrente traduzir esse termo do grego antigo pela palavra inglesa ‘Government’.<sup>10</sup> Atualmente, às vezes, é traduzido por “regime” (político). Sua tradução por constituição é um típico anacronismo da era das revoluções liberais. Em geral, quando se utiliza o conceito histórico-universal de constituição, não se trata apenas do sentido empírico, mas também de uma referência à estrutura social ou político-jurídica básica de uma organização, instituição ou sociedade, tanto na sua dimensão factual

7 HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: direito, Estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 67 ss.

8 COPI, Irving M. *Introduction to Logic*. 2. ed. Nova York: Macmillan, 1961. 73 ss.

9 ARISTÓTELES. *Politics*. Edição bilingue com uma tradução inglesa de H. Rackham. Cambridge, MA/ Londres: Harvard University Press, 1944. 173 (III, 1, 1274b), 201 (III, 6, 1278b), 281 (IV, 1, 1289a).

10 STOURZH, Gerald. “Vom aristotelischen zum Liberalen Verfassungsbegriff: Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert”. In: Stourzh, Gerald. *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des Liberalen Verfassungsstaates*, Vienna/Colônia: Böhlau, 1989. p. 1-35, p. 3 ss.

quanto contrafactual, ou melhor, suas expectativas cognitivas e normativas. A questão sobre o significado e a função da constituição como um artefato do Estado e da sociedade modernos é desconsiderada. Pelo menos, é muito difícil analisar a especificidade do significado e da função da constituição como – nas palavras de Luhmann – uma das “poucas aquisições da civilização moderna” que são “resultado de um planejamento intencional”<sup>11</sup>, quando as ferramentas analíticas a serem utilizados são esses conceitos histórico-universais.<sup>12</sup> Ao contrário do que afirma Thornhill, Luhmann não aceitou “latitude na definição de Constituição”<sup>13</sup>, antes propôs um conceito muito estrito de Constituição: “Minha tese será que o conceito de Constituição, ao contrário da primeira impressão, reage a uma diferenciação entre direito e política e, de fato, dito fortemente, à diferenciação plena desses dois sistemas funcionais e à necessidade de conexão que daí resulta.”<sup>14</sup> Na era das revoluções liberais, a nova palavra emergente “constituição” e o seu significado corresponderam a transformações estruturais na sociedade.<sup>15</sup>

Esse problema relaciona-se com o fato de que a constituição tornou-se “suporte de esperança”<sup>16</sup>. De fato, os conceitos de constituição e constitucionalização tornaram-se parte de uma “ofensiva vitoriosa”<sup>17</sup>, passando a ser usados como um “conceito político de luta”<sup>18</sup>. Assim, eles correspondem ao que Reinhart Koselleck chama de “conceitos antitéticos assimétricos”, os quais desqualificam moralmente aqueles que se lhes opõem, mediante a introdução de “um significado depreciativo” que, para os seus adversários, “pode equiparar-se linguisticamente a uma privação, facticamente a uma espoliação”.<sup>19</sup> Na medida em que “constituição” em sentido moderno

---

11 LUHMANN, Niklas. “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. *Rechtshistorisches Journal* (Frankfurt am Main: Löwenklau), v. 9, 1990. p. 176-220, p. 176.

12 Cf. Idem, p. 212.

13 THORNHILL, op. cit., p. 19.

14 LUHMANN. op. cit, p. 179-80.

15 Idem, p. 177. Luhmann invoca, nessa passagem, SKINNER, Quentin. “Language and Political Change”. In: Ball, T.; Farr, J.; Hanson, R.L. (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change* (Cambridge: Cambridge University Press), 1989. p. 6-23.

16 BIAGGINI, op. cit., p. 465.

17 Idem, p. 447 ss; Wahl, Rainer. “Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?” In: Eberle, C.E.; Ibler, M.; Lorenz, D. (orgs.). *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart: Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag* (Munich: Beck), 2002, pp. 191-207, p. 191

18 IAGGINI, op. cit., p. 464.

19 KOSELLECK, Reinhart. “Zur historisch-politischen Semantik asymmetrischer Gegenbegriffe”. In: Koselleck, Reinhart. *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989. p. 211-59, p. 211 e 213 [trad. bras.: “A semântica histórico-política dos conceitos

originalmente invoca “o oposto de uma ordem política de opressão”<sup>20</sup>, ou seja, sugere emancipação, tornou-se usual a sua utilização retórica como rótulo da razão e correção daqueles que a defendem e daquilo ela designa. Essa situação leva a uma tendência a aplicar-se o termo “constituição” a instituições e realidade jurídicas e políticas muito distintas, em contextos os mais diferentes. Dessa maneira, a constituição passa a ser uma metáfora contextualmente ilimitada. A noção dissocia-se da história do conceito e desatrela-se de sua base estrutural, descaracterizando-se como um artefato semântico sem referência reflexiva a uma estrutura social específica.

## 2 AO TRANSCONSTITUCIONALISMO

Evito a tendência de sempre identificar a existência de uma nova Constituição quando surge uma ordem, instituição ou organização jurídica na sociedade contemporânea. Partindo da sólida noção de que a constituição em sentido estritamente moderno vincula-se ao constitucionalismo que resultou das revoluções liberais de fins do século XVIII na França e nos Estados Unidos e, de maneira atípica, da evolução político-jurídica britânica, procuro determinar quais problemas se apresentaram como condição de possibilidade histórica do surgimento do Estado constitucional. Fixados os problemas, cabe indagar quais foram as respostas funcionais e normativas que se pretenderam consubstanciar nas constituições do Estado moderno. É justamente essa relação entre problemas e soluções que vai viabilizar a fixação do conceito de constituição decorrente do constitucionalismo.

Dois problemas foram fundamentais para o surgimento da constituição em sentido moderno: de um lado, a emergência, em uma sociedade com crescente complexidade sistêmica e heterogeneidade social, das exigências de direitos fundamentais ou humanos; de outro, associada a isso, a questão organizacional da limitação e do controle interno e externo do poder; que também se relacionava com a questão da crescente da especialização das funções, condição de maior eficiência do poder estatal. As constituições do Estado moderno responderam a essa questão – com maior ou menor sucesso, em uma escala com certos extremos – mediante a declaração de direitos e a chamada “separação de poderes”, assim como por meio da institucionalização de procedimentos de participação democrática. O fato é que, mais recentemente, com a maior integração da sociedade mundial, esses problemas tornaram-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no âmbito do respectivo território. Cada vez mais, problemas de

antitéticos assimétricos”. In: Koselleck, Reinhart. *Futuro passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio de Janeiro: PUC, pp. 191-231 p. 191 e 193].

20 PREUSS, Ulrich. *Revolution, Fortschritt und Verfassung: Zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Berlin: Wagenbach, 1990. p. 74.

direitos humanos ou fundamentais e de controle e limitação do poder tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica, muitas vezes não estatais, que são chamadas ou instadas a oferecer respostas para a sua solução. Isso implica relações transversais permanentes entre ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa, não precisamente porque surgiu uma multidão de novas Constituições, mas sim tendo em vista que outras ordens jurídicas estão envolvidas diretamente na solução dos problemas constitucionais básicos, prevalecendo, em muitos casos, contra a orientação das respectivas ordens estatais. Além do mais, surgem permanentemente relações diretas entre estados para tratar de problemas constitucionais comuns. A exceção, nos dois casos, passou a ser a regra.

Em face dessa situação, introduzi o conceito de transconstitucionalismo. Por um lado, o transconstitucionalismo não deve ser confundido com um mero transjuridicismo, que pode ser observado inclusive na relação entre ordens jurídicas no pluralismo medieval, sobretudo entre direito canônico (e romano), direito urbano, direito real e direito feudal<sup>21</sup>, pois, na experiência medieval, não se tratava de problemas constitucionais no sentido moderno, ou seja, nem de questões de direitos fundamentais nem de limitação e controle jurídico-positivo do poder, muito menos de pretensões diversas de autofundamentação do direito (em última instância e em geral, o direito tinha um fundamento sacro<sup>22</sup>).

Por outro lado, não se trata de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução. Para construir o conceito de transconstitucional, recorri à noção de “razão transversal” proposto por Wolfgang Welsch<sup>23</sup>, mas me afasto um tanto dessa ambiciosa noção, para analisar os limites e possibilidades da existência de “racionalidades transversais” (“pontes de transição”) tanto entre o sistema

---

21 Cf. BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge-MA/Londres: Harvard University Press, figura 2, p. 522-6 [tradução brasileira: *Direito e revolução: A formação da tradição jurídica ocidental*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2006. p. 646-50].

22 A esse respeito, ver NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 8-10, 16, nota 63.

23 WELSCH, Wolfgang. *Vernunft: Die Zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996; *Unsere postmoderne Moderne*. 6. ed. Berlin: Akademie Verlag, 2002. p. 295-318.

jurídico e outros sistemas sociais (constituições transversais) quanto entre ordens jurídicas no interior do direito como sistema funcional da sociedade mundial<sup>24</sup>.

Além disso, quando trato de transconstitucionalismo, não o considero apenas como exigência funcional e pretensão normativa de uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas, mas também levo em consideração, empiricamente, os aspectos negativos dos entrelaçamentos transconstitucionais, inclusive em caso de o problema envolver situações de ordens ou práticas anticonstitucionais, ou seja, contrárias à proteção dos direitos humanos e fundamentais, assim como ao controle e limitação do poder. Da mesma maneira, discuto práticas anticonstitucionais presentes em ordens de Estados tipicamente constitucionais. Nesse sentido, cabe distinguir o transconstitucionalismo (gênero), que inclui relações entre ordens constitucionais e anticonstitucionais, do interconstitucionalismo (espécie), que só comporta relações entre ordens jurídicas que satisfazem às exigências constitucionalistas.

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatalismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaços privilegiados de solução dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstróem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma Constituição hercúlea, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas-hidra constitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

### 3 ASSIMETRIAS: COMPARANDO TRANSCONSTITUTIONALISMO

Os entrelaçamentos transconstitucionais não ocorrem em termos normativamente idealizados na sociedade mundial profundamente assimétrica em que vivemos. É claro que, embora os problemas transconstitucionais

---

24 Cf. NEVES, op. cit., p. 38 ss.

venham-se disseminando, há limitações empíricas para que sejam solucionados de modo normativamente satisfatório. Pode-se igualmente afirmar que o transconstitucionalismo carrega em si uma dimensão positiva, o desenvolvimento da racionalidade transversal entre ordens jurídicas, e uma dimensão negativa, as relações bloqueadoras e destrutivas entre elas. O seus limites não são, portanto, apenas determinado a partir do exterior dos sistemas jurídicos, mediante a sobreposição ou “colonização” de ordens jurídicas por sistemas sociais que instrumentalizam o direito. Também do ponto de vista interno do sistema jurídico, o transconstitucionalismo é autobloqueado pelas assimetrias das formas de direito, embora estas assimetrias estejam condicionadas por aqueles fatores externos.

Mediante as assimetrias das formas de direito, o transconstitucionalismo é obstaculizado ou prejudicado em virtude do fato de que, em determinados contextos, uma delas apresenta-se demasiadamente forte em relação a outra, desconsiderando-lhe as pretensões e exigências. Essa maneira de sobreposição de uma forma de direito a outra não implica a formação de uma ordem ou organização hierárquica no sentido tradicional de uma estrutura escalonada, mas, antes, conduz a mecanismos difusos de opressão ou negação da autonomia de formas de direito por outras.

No âmbito das relações internacionais, a expansão do código do poder em detrimento do código jurídico está associada à imunização e intocabilidade das ordens jurídicas das “grandes potências” perante o direito internacional público. Um aspecto significativo reside na impotência das organizações internacionais para realizar o controle da prática jurídica dos Estados Unidos da América e impor-lhes as devidas sanções. Assim, por exemplo, o controle jurídico-internacional do armamento é rejeitado pelos EUA (também pela China e Rússia) como inaceitável, como se constituísse uma interferência ilegítima em assuntos internos. O mesmo controle de armamento é exigido – sobretudo pelos EUA – em relação aos países mais fracos na constelação internacional, sendo imposto pelos órgãos internacionais competentes. E no concernente à competência jurisdicional, os tribunais americanos não estão dispostos a admitir um reconhecimento generalizado da competência das cortes internacionais para julgar os casos em que pretensões de direito internacional público são apresentadas contra o Estado americano e, nos casos excepcionais, contra seus órgãos, organizações ou cidadãos. A esse respeito, a prisão de Guantánamo é exemplar: o Judiciário americano impôs-se descartando qualquer possibilidade de decisão de um tribunal internacional, embora as características do litígio indiquem que o caso não envolve apenas uma questão interna de contrariedade à Constituição ou ao Estado de direito, mas também implica uma importante questão de

contrariedade ao direito internacional público<sup>25</sup>. Assim, no interior de Estados constitucionais desenvolvem-se práticas anticonstitucionais, cuja “migração”<sup>26</sup> mina a pretensão normativa de solução dos casos transconstitucionais.

A essa situação está intimamente vinculado o problema das assimetrias das formas jurídicas entre ordens jurídicas estatais. A esse respeito, impõe-se dar um passo além da constatação de que a autonomia operativa do direito perante o seu ambiente social só se realizou em poucos Estados constitucionais consolidados. Antes, deve-se enfrentar a questão de determinar em que medida as ordens jurídicas e culturas jurídicas dos Estados fortes no contexto da sociedade mundial atuam destrutivamente em relação ao desenvolvimento de formas de direito de outros Estados. Nesse particular, destaca-se o problema da opressão “pós-colonial” ou “neocolonial” de experiências positivas com o direito nos países periféricos. Quando surgem formas desviantes de relações jurídicas concernentes ao mercado, à distribuição do poder, à identidade cultural, à educação etc., medidas de intervenção são frequentemente propostas e executadas, para que a compreensão jurídica do Estado dominante passe novamente a valer. Isso implica uma concepção marcadamente assimétrica da “soberania”: enquanto essa vale de maneira quase absoluta para o portador de determinadas formas jurídicas, é demasiadamente relativizada ou inteiramente desconsiderada no caso de formas de direito que se desviam da dominante em suas experiências com o poder, o dinheiro e o saber.

Analogamente, as relações dos regimes privados para com as formas de direito dos países periféricos afasta-se do modelo transconstitucional na maioria dos casos. A corrupção sistemática das formas de direito dos Estados frágeis mediante as autorregulações privadas no plano transnacional, em benefício das grandes empresas multinacionais, não é algo a ser considerado

- 25 WOLFRUM, Rüdiger. “The Attack of September 11, 2001, the Wars Against Taliban and Iraq: Is there a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict”. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v. 7 (Leiden: Nijhoff/Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), 2003. p. 1-78, espec. p. 52-62, 77-8; Hillgenberg, Hartmut. “Incommunicado in Guantanamo”. In: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*. Colônia/Berlim/Munique: Heymanns, p. 133-40; AMANN, Diane Marie. “Guantánamo”. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 42, n° 2, 2004. p. 263-348; JINKS, Derek; SLOSS, David. “Is the President Bound by the Geneva Conventions”. *Cornell Law Review*, v. 90, n° 1, 2004, 97-202; SIEHR, Angelika. “Derogation Measures under Article 4 ICCPR with Special Consideration of the ‘war Against International Terrorism’”. *German Yearbook of International Law*, v. 47 (2004) (Berlin: Duncker & Humblot, 2005), p. 545-93.
- 26 SCHEPPELE, Kim Lane, “The Migration of Anti-constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency”. In: Choudhry, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 347-73; ROACH, Kent. “The Post-9/11 Migration of Britain’s Terrorism Act 2000”. Idem, p. 373-402; Gross, Oren. “Control Systems and the Migration of Anomalies”. Idem, p. 403-30.

apenas na perspectiva de uma crítica de esquerda ao capitalismo. Essa questão deve ser levada a sério também com vista às exigências de reconhecimento ou fortificação das autonomias discursivas das esferas plurais da sociedade mundial. As ordens jurídicas privadas transnacionais, enquanto “direito como meio” da economia, desenvolvem um tipo de racionalidade instrumental no âmbito jurídico, conforme a qual todas as pretensões normativas emergentes das formas de direito dos países mais fracos tendem a ser julgadas como perturbações para a dinâmica de sua expansão. A esse respeito Christodoulidis enfatiza justificadamente, criticando Teubner, que “relações entre Estados centrais e periféricos são uma parte vital da ‘racionalização’ do transnacional, um edifício que tem como premissa as assimetrias de poder.”<sup>27</sup> Daí por que as ordens transnacionais propendem a desprezar as mencionadas pretensões, com efeitos destrutivos sobre as respectivas formas de direito. No campo da proteção do direito de patente, esse problema se apresenta no exemplo da biopirataria. Nesse caso, o argumento desenvolvimentista pode ser apenas a cobertura para formas de apropriação indevida de bens materiais e imateriais por grupos transnacionais, em prejuízo dos cidadãos dos respectivos Estados e também de membros das correspondentes comunidades nativas.

Em conexão com esse problema, cabe igualmente sublinhar que as instâncias centrais do Estado, frequentemente, são relutantes em apoiar formas de direito locais e colaborar com elas. Disso resulta a opressão das pretensões jurídicas locais em nome da unidade estatal. O oposto não é raro: separatismo cego de comunidades locais que não estão dispostas a conviver com a heterogeneidade do povo e a pluralidade da esfera pública de um Estado constitucional. Muitas vezes, os efeitos destrutivos recíprocos surgem no âmbito dos conflitos entre pretensão de unidade de um Estado federal, regional ou unitário e as pretensões de autonomia de seus respectivos Estados Membros, Regiões ou províncias/departamentos. Mas também no que concerne a formas não oficiais de direito, tornam-se cada vez mais fortes as pretensões de autonomia jurídica, que estão associadas, com frequência, a medidas opressoras por parte do Estado, assim como a conflitos inegociáveis que se originam de exigências locais de autonomia<sup>28</sup>. Nesse caso, cabe falar antes de entrelaçamentos negativos, porque não se deixa um espaço para um aprendizado recíproco nos termos

27 CHRISTODOULIDIS, Emílios. “On the Politics of Societal Constitutionalism”. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, n° 2, 2013. p. 629-63, p. 642.

28 A esse respeito, alertava LUHMANN, Niklas. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000. p. 218-9: “Pode ser que em um futuro previsível estejamos perante conflitos de natureza inteiramente diversa: conflitos étnicos, conflitos religiosos, conflitos de identidade, conflitos sobre valores, normas e convicções não passíveis de negociação. Inumeráveis movimentos fundamentalistas, tal como vêm renascendo inesperadamente nas últimas décadas, comprovam que,

do transconstitucionalismo. Ao contrário, a situação é dominada por conflitos de intolerância, que, por fim, não podem ser tratados ou resolvidos por meio de formas jurídicas, levando, nas últimas consequências, à solução armada de contendas violentas, avessas ao direito.

Ainda cumpre destacar as assimetrias das formas de direito em relação aos diversos âmbitos funcionais do sistema jurídico. Há formas de direito que mediante acoplamentos estruturais fortemente consolidados com outras esferas parciais da sociedade tornam-se dominantes: assim, por exemplo, o contrato e a propriedade servem como acoplamentos estruturais entre direito e economia<sup>29</sup> e constituem formas de direito fortes – se não as mais fortes – da sociedade mundial. Em outras áreas, os acoplamentos permanecem no plano operativo ou, quando se estendem para o nível estrutural, são muito fracos. Exemplos são o direito ambiental, concernente à relação entre homem e natureza, e o direito social, orientado para a inclusão da pessoa na sociedade. As formas de direito do contrato e da propriedade afirmam-se expansivas contra as formas de direito do meio-ambiente e da inclusão. E, no contexto dos novos desenvolvimentos da sociedade mundial, as formas do direito econômico, determinadas funcionalmente, apresentam-se cada vez mais fortes do que as formas do direito político do Estado constitucional, territorialmente condicionada. O direito ambiental e o direito social, dirigidos à inclusão, constituem formas secundárias de direito da sociedade mundial em relação tanto às formas jurídicas referentes à economia quanto às concernentes à política estatal. Isso está associado ao fato de que, perante as formas jurídicas do poder político e da economia, também as formas jurídicas dos direitos humanos permanecem muito frágeis: na medida em que seu acoplamento com os discursos morais da inclusão da pessoa ou da exclusão do homem é bloqueado pelos discursos do mercado e do poder de modo regular e sistemático, elas continuam a pertencer a uma das formas de direito predominantemente simbólicas no plano da sociedade mundial.<sup>30</sup>

Diante do exposto, pode-se inferir que o transconstitucionalismo é um recurso escasso da sociedade mundial. Entrelaçamentos transconstitucionais estáveis entre ordens jurídicas só ocorreram, até agora, em âmbitos muito limitados do sistema mundial multicêntrico, seja do ponto de vista territorial ou funcional. E prevalecem as perspectivas desfavoráveis a desenvolvimentos positivos. Seria totalmente ilusória a ideia de que as experiências com a

assim como antes, ainda existem esses conflitos não triviais e que foi uma ilusão poder reduzir todos os conflitos, politicamente, a conflitos de interesses.”

29 LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 452 ff.

30 NEVES, Marcelo. A Força simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2005. 35 p.

racionalidade transversal nos termos do transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estão generalizadas ou em condições de generalizar-se em um curto ou médio prazo. Essas experiências fazem parte dos privilégios de alguns âmbitos jurídicos de uma sociedade mundial sensivelmente assimétrica

Em suma: pode-se verificar que formas de direito fortes sobrepõem-se de maneira opressora a formas de direito frágeis no sistema mundial multicêntrico. Assim, as formas estatais de direito das “grandes potências” permanecem intocáveis perante o direito internacional público e contra esse imunizadas. Também essas formas jurídicas comportam-se opressivamente em relação às formas de direito dos países fracos na constelação internacional. Isso é verificável sobretudo quando esses tomam medidas desviantes na direção de transformações sociais. Da mesma maneira, as ordens jurídicas transnacionais instrumentalizadas pelas grandes empresas atuam destrutivamente sobre as formas de direito dos chamados “países em desenvolvimento” e das comunidades locais não estatais. Também no âmbito do conflito entre unidade estatal e autonomias locais ocorrem, com frequência, por um lado, repressões das formas de direito locais pelas centrais e, por outro, reações cegas das formas jurídicas locais contra as centrais do respectivo Estado. Por fim, as assimetrias das formas de direito conduzem à opressão das frágeis formas jurídicas do direito ambiental, do direito social e dos direitos humanos, permanentemente sufocadas pelas formas fortes de direito do contrato, da propriedade, do mercado e do poder. Para todos esses casos vale o seguinte: não há transconstitucionalismo sem uma relativa simetria das formas de direito.

O transconstitucionalismo faz parte evidentemente das exigências funcionais e, correspondentemente, das pretensões normativas da sociedade mundial. Não obstante, de um ponto de vista empírico, as persistentes explorações dos discursos jurídicos no contexto de formas de direito assimétricas impõem-se ainda de maneira muito sólida contra essas exigências e pretensões. Tais explorações do direito promovem a ampliação dos setores de exclusão da sociedade mundial.

#### **4. COMPARANDO DOIS CASOS TRANSCONSTITUCIONAIS RELATIVOS AO DIREITO À PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: REINO UNIDO VERSUS A NICARÁGUA**

Há marcantes assimetrias entre sistemas jurídicos confrontados com casos transconstitucionais. Elas apresentam diferentes níveis e formas. Isso pode ser visto como um resultado do fato de que certas ordens ou organizações jurídicas são predominantemente “receptoras” e outras primacialmente “doadoras” de padrões jurídicos.<sup>31</sup> Também pode ser considerado como decorrente do fato de que algumas ordens

31 Cf. BAUDENBACHER, Carl. “Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles”. *Texas International Law Journal*, v. 38, 2003, p. 505-26, p. 512.

ou organizações jurídicas, em vez de “engajarem-se em “conversações” transconstitucionais, são unilateralmente “convergentes” or ‘resistant’ ou “resistentes” perante as s oluções oferecidas por outras.<sup>32</sup> Mas essa questão é passível de ser vista a partir de uma perspectiva que leve em conta a força e solidez das ordens jurídicas envolvidas em relação à capacidade de influenciar e deixar-se influenciar quando confrontado com questões transconstitucionais. Concentrar-me-ei, neste artigo, em dois casos que dizem respeito ao direito à participação política, um referente à Nicarágua (YATAMA v. Nicarágua), o outro relativo ao Reino Unido (Hirst v. Reino Unido), a fim de perguntar se é possível extrair deles algumas inferências sobre as diferenças básicas no que concerne às questões transconstitucionais.

YATAMA v. Nicarágua é um caso referente à participação democrática dos membros da comunidade indígena YATAMA, filiados a partido político homônimo, que foram proibidos de candidatar-se nas eleições municipais de 5 de novembro de 2000, por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua.<sup>33</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos não só condenou o Estado da Nicarágua a pagar indenização por danos materiais e não materiais, mas também ordenou que se procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral, concluindo:

O Estado deve reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral nº 331, de 2000, declarados violatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos, e adotar, em prazo razoável, as medidas necessárias para que os membros das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e levando em conta suas tradições, usos e costumes, nos termos do parágrafo 259 da presente Sentença.<sup>34</sup>

Este é um exemplo claro em que a ampliação de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em norma da ordem internacional invocada para dirimir uma disputa: a própria compreensão do direito interno de cidadania ativa, matéria intrinsecamente constitucional, ficou vinculada a regulações internacionais, passando a depender da interpretação de um tribunal também internacional. Além disso, essa decisão foi integralmente cumprida e executada na ordem jurídica interna da Nicarágua. Atualmente, YATAMA (Yapti Tasba Masraka Nanih Aslatakanka: “Filhos da Mãe Terra”) é um partido muito ativo na política da Nicarágua, como se pode verificar em

32 JACKSON, Vicki C. “Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement”. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005. p. 109-28.

33 YATAMA v. Nicarágua – Série C, No 127 [2005] CIDH 9 (23 de Junho 2005).

34 *Ibid*, § 275.1 (nesse ponto, o Juiz Montiel-Arguello divergiu).

várias notícias e informações no seu *website*.<sup>35</sup> A decisão do órgão eleitoral nicaraguense internamente competente para decidir sobre a formação e atividade dos partidos políticos foi praticamente anulada por um tribunal internacional. A questão pode ser interpretada de duas perspectivas: por um lado, pode-se levantar o argumento de que o cumprimento e a execução da decisão internacional surgiram a partir de uma capacidade de aprendizagem do Estado da Nicarágua; por outro lado, pode-se argumentar que a postura “convergente” ou “receptora” da Nicarágua, neste caso, está mais relacionada à fragilidade desse Estado periférico na constelação da sociedade mundial, bem como a sua debilidade estrutural relativamente ao modelo do Estado democrático de direito. Voltarei a este tema nas observações finais.

Voltando-nos, agora, para o outro lado do Atlântico, deparamo-nos com a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *Hirst v. Reino Unido*,<sup>36</sup> que remete a uma forma muito diferente de um Estado tratar um tribunal internacional de direitos humanos. O autor, um cidadão britânico, foi condenado por crime de homicídio culposo a uma “pena discricionária de prisão perpétua”, que, por um lado, implica a possibilidade de algo próximo a uma liberdade condicional ou da extinção da pena, mas, por outro lado, a manutenção da prisão após um termo mínimo fixado para a pena [Post-Tariff], por força de algo aproximado a uma medida de segurança. Essa era a sua situação quando autor foi proibido de votar por força da seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983, mesmo depois que sua pena tinha expirado. Essa disposição estabelece:

(1) Uma pessoa condenada é legalmente incapaz de votar em qualquer eleição parlamentar ou local durante o tempo em que estiver detida em uma instituição penal, no cumprimento de sua sentença [...].

Esta proibição do voto não atinge pessoas detidas por desacato ao tribunal [seção 3 (2) (a)] nem os presos apenas por falta no cumprimento de sua sentença [seção 3 (2) (c)]. Além disso, a Lei de Representação do Povo de 2000 excluiu da proibição os presos preventivamente e os doentes mentais não condenados. No entanto, em geral, os presos condenados, inclusive os condenados à “pena discricionária de prisão perpétua” após o

35 Cf., por exemplo, as notícias em: <http://www.bing.com/videos/search?q=partido+yatama&FORM=VIRE1#view=detail&mid=ED90B68FEB164EA9D5ACED90B68FEB164EA9D5AC> (último acesso em 23 de janeiro de 2015).

36 *Case of Hirst v. Reino Unido* (No. 2) – 74025/01 [2005], 6 de outubro de 2005. Sobre esse caso, ver Powers, William Ashby, “Hirst v Reino Unido (No. 2): A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights. *Connecticut Journal of International Law*, v. 21, 2006. p. 243-95. O Tribunal decidiu na mesma orientação ao julgar o caso *Scoppola v Italy* (No. 3) – 126/05 [2005], 22 de maio de 2012.

termo mínimo fixado para a pena (Post-Tariff), foram mantidos impedidos de votar pela seção 3 (1) da Lei de Representação do Povo de 1983.

O requerente entrou com uma ação no Tribunal Superior de Justiça da Inglaterra e País de Gales com base na seção 4 da Lei dos Direitos Humanos de 1998 (declaração de incompatibilidade), pedindo a declaração de que a disposição era incompatível com a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. No julgamento, em 4 de Abril de 2001, o Tribunal julgou improcedente o pedido do requerente de acordo a opinião conclusiva do Lord Justice Kennedy no que diz respeito à proibição geral de voto dos prisioneiros condenados, imposta pela seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983:

No decorrer do tempo, essa posição pode modificar-se, quer através de uma sintonia mais fina, como recentemente foi feito em relação à prisão preventiva e outras, ou mais radicalmente, mas sua posição no espectro é claramente uma questão para o Parlamento, não para os tribunais. Isso se aplica até mesmo aos “casos difíceis” de prisioneiros condenados a pena perpétua discricionária após o termo mínimo da pena [Post-Tariff].

O argumento central de que apenas o Parlamento é competente nessa matéria, de modo que os tribunais não têm nada a dizer sobre o assunto, levou o requerente à última instância judicial europeia com competência para decidir sobre a sua pretensão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ele insistiu em requerer uma declaração de que a seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983 era incompatível com a art. 3º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direito Humanos, que dispõe:

As Altas Partes Contratantes obrigam-se a organizar, com intervalos razoáveis, eleições livres, por escrutínio secreto, em condições que assegurem a livre expressão da opinião do povo na eleição do órgão legislativo.

Depois de uma Câmara da Quarta Seção do TEDH ter decidido, por unanimidade, que houve uma violação do artigo 3º do Protocolo nº 1 por meio da aplicação da seção 3 da Lei de Representação do Povo Europeu, a Grande Câmara, respondendo a recurso do governo britânico, confirmou essa posição, sustentando, por doze votos a cinco, que houve uma violação do artigo 3º do Protocolo n.º 1 e justificando esse entendimento principalmente nos seguintes termos:

[...] embora o Tribunal reitere que a margem de apreciação é ampla, isso não abarca tudo. Ademais, embora a situação tenha melhorado com a

Lei de 2000, que pela primeira vez concedeu o voto a pessoas detidas preventivamente, a seção 3 da Lei de 1983 continua a ser um instrumento contundente. Ela retira do direito convencional de votar uma categoria significativa de pessoas e faz isso de uma forma que é indiscriminada. A disposição impõe uma restrição geral a todos os presos condenados enquanto ainda na prisão. Ela aplica-se automaticamente a esses prisioneiros, independentemente da duração da sua pena e independentemente da natureza ou gravidade de seu delito e suas circunstâncias individuais. Tal restrição geral, automática e indiscriminada a um direito convencional de vital importância deve ser vista como estando fora de qualquer margem aceitável de apreciação, o quanto ampla possa ser essa margem, e como sendo incompatível com o artigo 3º do Protocolo nº 1.<sup>37</sup>

Essa decisão ainda não levou a qualquer mudança na seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983. A Câmara dos Comuns antes reforçou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual essa matéria pertence ao poder político do Parlamento, como em um debate ocorrido em 10 de fevereiro de 2011, no qual – “com vista a explorar a questão: não com o objetivo de modificar a lei” – “deputados votaram esmagadoramente a favor da manutenção da proibição geral do voto de prisioneiros e, além disso, a favor da visão de que a matéria deve ser decidida pelo Parlamento e não por um tribunal de justiça.”<sup>38</sup> Dessa forma, a posição do TEDH sobre o assunto foi propositadamente desafiada.

Mais tarde, o tema foi retomado pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do caso *R (Chester) v. Secretary of State for Justice e McGeoch v. Lord President*, tendo sido reiterada a posição sustentada no caso *Hirst* pelo Superior Tribunal de Justiça. Na ocasião, Lord Mance referiu-se à importância de um diálogo com o TEDH, mas parece que se trata de um diálogo mais relacionado com influenciar o último do que deixar-se influenciar by por suas decisões, como se pode inferir a partir desta passagem de seu voto:

Em relação à autoridade consistente em uma ou mais decisões da Câmara simples, o diálogo com Estrasburgo pelos tribunais nacionais, incluindo a Suprema Corte, tem-se mostrado valioso nos últimos anos. O processo permite que os tribunais nacionais expressem as suas preocupações e, em um caso apropriado como *R v. Horncastle*, recusem-se a seguir a jurisprudência de Strasbourg, na confiança de

37 *Idem*, § 82.

38 TURPIN, Colin; Tomkins, Adam. *British Government and the Constitution*. 7a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 81. O debate completo está acessível em: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201011/cmhansrd/cm110210/debtext/110210-0002.htm>. (último acesso em 30 de janeiro de 2015).

que a expressão fundamentada de um ponto de vista nacional divergente vai levar a uma séria revisão da posição em Estrasburgo.<sup>39</sup>

Lord Mance reconheceu, no entanto, que há limites a esta orientação:

Mas há limites para este processo, em especial quando o assunto já foi levado à Grande Câmara uma vez ou mais, como neste caso, duas vezes. Ter-se-ia, então, de estar envolvido algum princípio verdadeiramente fundamental do nosso direito ou algum descuido ou mal-entendido mais flagrante para que pudesse ser apropriado para este Tribunal contemplar uma recusa aberta de seguir a autoridade de Estrasburgo no nível da Grande Câmara.<sup>40</sup>

Apesar dessa ressalva, a posição do Supremo Tribunal de Justiça não reverteu o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça ao julgar a representação de Hirst. Algo novo relaciona-se antes à explicação do alcance da decisão do TEDH no julgamento dos casos Hirst (nº 2) e Scoppola, quando Lord Mance afirmou que “resulta claro tanto de Hirst (nº 2) quanto de Scoppola que, sob os princípios estabelecidos por esses casos, a proibição de votar será justificada em relação a um número muito significativo de presos condenados”.<sup>41</sup> No que diz respeito a este ponto, Adam Tomkins faz o seguinte comentário:

De importância em Chester e McGeoch foi o fato de que, mesmo se o Parlamento alterar a lei para permitir que alguns presos condenados votem, ele certamente não alterará a lei – e não será certamente exigido pelo direito europeu dos direitos humanos a alterar a lei – de modo a estender a o direito a todos os presos condenados. Os condenados por crimes mais graves, e os condenados com os termos mais longos de prisão, vão continuar a ser marginalizados. Isto incluirá assassinos como os dois recorrentes no presente caso.<sup>42</sup>

Mas ele reconhece que “a decisão do Supremo Tribunal Federal em Chester e McGeoch deixa o direito como o Tribunal o encontrou”,<sup>43</sup> concluindo:

A decisão indesejada, imprudente e desnecessária em Hirst é deixada intacta; o direito europeu é mantido firmemente longe das agonias do

39 R (Chester) v. Secretary of State for Justice e McGeoch v. Lord President [de 2013] UKSC 63, § 27.

40 Ibidem.

41 Idem, § 73. Cf. também os §§ 40 e 71.

42 TOMKINS, Adam. “British Government and the Constitution: Book Updates and News”, em <https://britgovcon.wordpress.com/> (último acesso em 30 de Janeiro de 2015).

43 Ibidem.

direito dos prisioneiros de votar no Reino Unido; nenhuma declaração judicial definitiva do Reino Unido é oferecida para saber se (ou quais) presos condenados devem ser emancipados; o assunto é deixado para o Governo e o Parlamento. Nessa frente, o projeto de lei do Governo para definir o voto dos prisioneiros, publicado em novembro de 2012, continua o seu detalhado e demorado (morosidade?) exame pré-legislativo perante um comitê especialmente convocado no Parlamento. Se você pode suportá-la, acompanhe essa novela, enquanto a saga segue inexorável.<sup>44</sup>

De fato, a decisão do TEDH no caso *Hirst*, sustentando que a seção 3 da Lei de Representação do Povo de 1983 impõe uma proibição geral de votar aos presos condenados, que é incompatível com o art. 3º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, não produziu qualquer efeito na lei britânica após quase dez anos da decisão. O Judiciário britânico rejeitou pedidos individuais, alegando que o assunto é da competência política do Parlamento e do Governo. O Parlamento reage negativamente contra qualquer mudança na legislação que, sem discriminar os casos, proíbe de votar todos os prisioneiros condenados. A essa abordagem está subjacente a ideia de que a Câmara dos Comuns (representantes) expressa a “soberania do povo”. Além disso, na medida em que os tribunais não têm jurisdição sobre os litígios relativos a direitos reivindicados por razão de incompatibilidade das leis britânicas com o direito convencional europeu dos direitos humanos, deixando esse assunto exclusivamente para a luta entre partidos políticos no Parlamento e no Governo, pode-se argumentar que este ponto de vista está relacionado com uma teoria que eleva uma política supostamente democrática sobre qualquer modelo de *rule of law*. De acordo com este entendimento de uma “discrição” política ilimitada, o Parlamento britânico não está vinculado a nenhum direito, seja este nacional ou internacional.

## 5 OBSERVAÇÕES FINAIS

*YATAMA v. Nicarágua* e *Hirst v. Reino Unido*, com seus diferentes impactos nas respectivas ordens jurídicas e políticas nacionais, não mereceriam nenhuma atenção especial na perspectiva do transconstitucionalismo, se cada um caso fosse considerado isoladamente. Existe uma pluralidade de perspectivas das ordens constitucionais estatais em relação a suas colisões com as ordens jurídicas internacionais e outras ordens jurídicas. Isso decorre da estrutura heterárquica da sociedade mundial e dos arranjos multicêntricos dos processos jurídicos globais.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

O problema ganha relevo quando comparamos as respostas e reações bem diversas que os dois estados deram, enquanto partes contratantes, a decisões fundamentadas em convenções internacionais de direitos humanos, nos níveis regionais correspondentes. Embora o julgamento do caso *Yatama v. Nicarágua* seja mais impressionante e nem tanto discutível, uma vez que se havia proibido “uma minoria étnica” de organizar-se como partido político e, portanto, de participar de eleições, enquanto o disposto no caso *Hirst* foi polêmico, como a opinião da minoria demonstrou, pode-se inferir que as diferentes reações internas a tribunais internacionais de direitos humanos estão associadas à assimetria dos respectivos países no arranjo de poder internacional. Há uma notável tendência de recorrer-se aos direitos humanos em detrimento da “soberania”, seja do povo ou do Estado, quando se trata de decisões que não foram cumpridas por Estados frágeis na constelação de poder internacional, ao passo que a “soberania” é o escudo usado pelos estados fortes na constelação de poder internacional quando confrontados com decisões dos tribunais internacionais que declaram a inconsistência da legislação estatal com as normas internacionais de direitos humanos. E Enquanto os primeiros, quando recalcitrantes, são expulsos da respectiva organização internacional ou compelidos a denunciar o tratado ou a convenção correspondente (para não falar dos casos de intervenção)<sup>45</sup>, os últimos tendem a permanecer na organização, embora persistindo em não cumprir as decisões ou normas em questão.

Essa assimetria contraria a dimensão normativa do transconstitucionalismo, na medida em que prejudica a disponibilidade para uma verdadeira aprendizagem recíproca entre as partes envolvidas em casos ou problemas constitucionais comuns. De qualquer maneira, o lado negativo dos entrelaçamentos constitucionais não nos deixa esquecer o desafio dos cada vez mais presentes problemas transconstitucionais, cujo processamento e cuja eventual solução não são de esperar-se em uma última ratio discursiva de um ponto de observação privilegiado, mas na precária racionalidade transversal não apenas de “diálogos” ou “conversações”<sup>46</sup>, mas também de engajamentos conflituosamente construtivos com colisões.

45 Mas, por exemplo, apesar de Trinidad e Tobago ter denunciado a Convenção Americana de Direitos Humanos – resultante de uma recusa em cumprir a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Caesar v. Trinidad e Tobago*, julgamento de 11 março 2005, CtIDH (Ser C), No. 1 –, a Corte reiterou, com base no art. 78, § 2, da Convenção, que “a denúncia de Trinidad e Tobago não libera o Estado de suas responsabilidades em relação aos atos ocorridos previamente à sua retirada da Convenção”. Essa decisão obriga o Estado a revogar a Lei de Castigo Corporal de 1953, em desacordo com a Convenção (Calábria, Carina, A eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Ensaios a partir de medidas de não repetição relacionadas ao sistema carcerário regional. Dissertação. Brasília: Universidade de Brasília, 2014, seção 5.7.2.

46 “Diálogo”, aqui, não tem o sentido de uma comunicação orientada para o consenso, mas antes se refere a formas de comunicação orientada para influenciar e modificar um ao outro reciprocamente, mostrando os limites das perspectivas correspondentes, sem que daí possa esperar-se algo como consenso, em uma acepção análoga à formulada por FEYERABEND, Paul K. *Three dialogues on knowledge*. Oxford: Basil Blackwell, p.

No entanto, isso exige uma ampliação de relações jurídicas e políticas simétricas (ou, no mínimo, menos assimétricas), ainda muito escassas na sociedade mundial hodierna, uma mudança improvável de ocorrer em um futuro próximo, a menos que nós apostemos nos potenciais emancipadores de uma “revolução” jurídica em jogo nos processos “evolutivos” globais.<sup>47</sup>

## REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Politics*. Edição bilíngue com uma tradução inglesa de H. Rackham. Cambridge, MA/Londres: Harvard University Press, 1944, 173 (III, 1, 1274b), 201 (III, 6, 1278b), 281 (IV, 1, 1289a).
- BAUDENBACHER, Carl. Judicial Globalization: New Developments or Old Wine in New Bottles. *Texas International Law Journal*, v. 38, 2003.
- BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge-MA/Londres: Harvard University Press, figura 2 [tradução brasileira: Direito e revolução: A formação da tradição jurídica ocidental]. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2006.
- BIAGGINI, Giovanni. *Die Idee der Verfassung – Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung?*. Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basileia/Munich: Helbing & Lichtenhahn), v. 141 (119 na nova série), 2000.
- BRUNKHORST, Hauke. *Critical Theory of Legal Revolution: Evolutionary Perspective*. Nova York: Bloomsbury, 2014.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CHRISTODOULIDIS, Emilios. On the Politics of Societal Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 20, nº 2, 2013.
- COPI, Irving M. *Introduction to Logic*. 2. ed. Nova York: Macmillan, 1961.
- FEYERABEND, Paul K. *Three dialogues on knowledge*. Oxford: Basil Blackwell.
- HESPANHA, António Manuel. *Guiando a mão invisível: direito, Estado e lei no liberalismo monárquico português*. Coimbra: Almedina, 2004.

---

164-5: “Ele pode mostrar o efeito de argumento sobre estranhos e sobre expertos de uma diferente escola”, assim como “demonstrar que a natureza química do que cremos são as partes mais sólidas de nossa vida.”

47 A este respeito, ver BRUNKHORST, Hauke. *Critical Theory of Legal Revolution: Evolutionary Perspective*. Nova York: Bloomsbury, 2014.

JACKSON, Vicki C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005.

KOSELLECK, Reinhart. "Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsbeschreibung". In: KOSELLECK, Reinhart. *Begriffsgeschichten*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt am Main: Löwenklau, v. 9, 1990.

\_\_\_\_\_. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000.

\_\_\_\_\_. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, nota 63.

\_\_\_\_\_. A Força simbólica dos Direitos Humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 4, out./dez. 2005.

POWERS, William Ashby, Hirst v Reino Unido (No. 2): A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights. *Connecticut Journal of International Law*, v. 21, 2006.

PREUSS, Ulrich. *Revolution, Fortschritt und Verfassung: Zu einem neuen Verfassungsverständnis*. Berlin: Wagenbach, 1990.

ROACH, Kent. *The Post-9/11 Migration of Britain's Terrorism Act 2000*.

SCHEPPELE, Kim Lane, The Migration of Anti-constitutional Ideas: the Post-9/11 Globalization of Public Law and the International State of Emergency. In: Choudhry, Sujit (org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

SKINNER, Quentin. Language and Political Change. In: Ball, T.; Farr, J.; Hanson, R.L. (orgs.). *Political Innovation and Conceptual Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

STOURZH, Gerald. Vom aristotelischen zum Liberalen Verfassungsbegriff: Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert. In: Stourzh, Gerald. *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des Liberalen Verfassungsstaates*, Vienna/Colônia: Böhlau, 1989.

TEUBNER, Gunther. *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*. Berlin: Suhrkamp, 2012, p. 63. [tradução inglesa: *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalisation*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

THORNHILL, Chris. *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution: Book Updates and News*. Disponível em: <https://britgovcon.wordpress.com>. Acesso em: 30 janeiro 2015.

TURPIN, Colin; TOMKINS, Adam. *British Government and the Constitution*. 7a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012,

WAHL, Rainer. “Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?” In: Eberle, C.E.; Ibler, M.; Lorenz, D. (orgs.). *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart: Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag* (Munique: Beck), 2002.

WELSCH, Wolfgang. *Vernunft: Die Zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996; *Unsere postmoderne Moderne*. 6. ed. Berlin: Akademie Verlag, 2002.

WOLFRUM, Rüdiger. *The Attack of September 11, 2001, the Wars Against Taliban and Iraq: Is there a Need to Reconsider International Law on the Recourse to Force and the Rules in Armed Conflict*. Max Planck Yearbook of United Nations Law, v. 7 (Leiden: Nijhoff/Heidelberg: Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht), 2003.

RECEBIDO EM: 11/08/2015

APROVADO EM: 23/10/2015

# O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS: ENTRE A OMISSÃO LEGISLATIVA E A REGULAÇÃO JUDICIAL

*THE PUBLIC SERVANT'S RIGHT TO STRIKE: BETWEEN THE  
ABSCENSE OF LAW AND THE JUDICIAL REGULATION*

*Clarissa Sampaio Silva*

*Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa*

*Advogada da União. Professora da Universidade de Fortaleza*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico do direito de greve; 2 Natureza do direito de greve; 3 Situação normativa do direito de greve dos servidores públicos na ordem constitucional brasileira; 4 Paralelo entre o direito de greve dos servidores públicos e dos trabalhadores da iniciativa privada; 5 Outras questões relativas ao direito de greve do setor público estatutário; 5.1 o problema da exclusão legal de determinadas categorias; 5.2 Os deveres

funcionais durante o movimento grevista; 5.3 A responsabilidade funcional durante o movimento grevista; 6 A efetivação da negociações realizadas; 7 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo trata das questões decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, originalmente consagrado pela Constituição Federal de 1988, e ainda carecedor de regulamentação legal. Referida situação tem provocado o aparecimento de decisões judiciais sobre o tema, especialmente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, as quais, todavia, deixam de dar respostas a problemas específicos da greve do setor público. A aplicação, por sua vez, da lei de greve da iniciativa privada não se revela totalmente satisfatória, remanescendo pontos específicos a serem adequadamente tratados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Greve. Direitos Fundamentais. Servidores Públicos. Regulação.

**ABSTRACT:** This paper discusses questions which were brought about the exercising of the right to strike of public servants. Although this right was defined by the 1988 Brazilian Federal Constitution, it still needs legal regulation. This situation has been originating several judicial decisions about the subject and among those we shall distinguish the ones made by the Superior Justice Court and the Federal Supreme Court. These decisions, however, have not always offered responses to the problems which are peculiar to the strike right of the public service. On the other hand, the application of the private enterprise strike regulation is not entirely satisfactory, and, therefore, there are specific questions which should be adequately discussed, always considering the strike right as a fundamental right.

**KEYWORDS:** Public Servant's Right to Strike. Fundamental Rights. Regulation.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, na senda da evolução das relações entre servidores público e a Administração, assegurou-lhes, de forma inovadora, o exercício do direito de greve, subordinado a condições e limites a serem estabelecidos por lei.

Decorridas duas décadas de promulgação da Constituição, não houve, até o presente momento, a edição da lei exigida pelo texto constitucional, embora, nesse interregno temporal, diversas categorias de servidores públicos tenham recorrido a semelhante instrumento reivindicatório, levando ao aparecimento de questões das mais diversas.

O manejo do remédio constitucional do Mandado de Injunção por entidades representativas de servidores públicos acarretou o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de mora legislativa por parte do Poder Público e, posteriormente, à determinação de aplicação, ao direito de greve dos servidores estatutários, da disciplina normativa vigente para os trabalhadores em geral, no caso, a Lei nº 7.783/89, no que for compatível com a situação daqueles.

As questões decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos nem sempre encontram respostas adequadas na legislação própria do setor privado, não tendo sido ainda disciplinadas por inteiro e com caráter geral e abstrato pelas decisões judiciais que trataram do tema. A título de exemplo, podem ser citadas: a definição da situação do vínculo funcional e dos respectivos deveres dos servidores; os descontos na remuneração e o eventual direito à reposição dos dias não trabalhados, o valor jurídico das negociações realizadas entre servidores e Poder Público.

O tratamento de todos esses problemas relacionados ao direito de greve, bem como de outros, como o da possibilidade de futura exclusão, por lei de determinadas categorias merece ser feito com base em três pilas: a) no status dispensado pela Constituição ao direito de greve, no caso, o de direito fundamental, com a conseqüente aplicação do regime que lhe é peculiar; b) na natureza do vínculo estabelecido entre servidor e Administração; c) na principiologia constitucional pertinente à última.

Pretende-se portanto no presente trabalho levantar alguns problemas relacionados ao direito de greve dos servidores públicos estatutários e apresentar algumas propostas calcadas nos três aspectos acima mencionados, bem como na experiência do direito comparado, mormente no que se refere à negociação colmetiva.

## 1 HISTÓRICO: DA TRADICIONAL VEDAÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS AO SEU RECONHECIMENTO NO PLANO NORMATIVO

A doutrina tradicional do Direito Administrativo concebia o vínculo entre o servidor público e a Administração como uma relação especial de poder,<sup>1</sup> a qual, diferentemente das relações gerais, travadas com os demais cidadãos, desenvolvia-se num âmbito em que as garantias do Estado de Direito, nomeadamente a incidência do princípio da legalidade, a invocação dos direitos fundamentais e o controle jurisdicional conformavam-se mitigadas para assegurar a boa marcha do serviço, o cumprimento das finalidades institucionais. Em tais vínculos, verificava-se uma acentuada dependência hierárquica e funcional entre o Poder Público e o administrado, lastreada, por sua vez, num dever de fidelidade de base eminentemente moral<sup>2</sup>.

Dentro dessa perspectiva, a qual se imbrica, ainda, com a presença de uma Administração Pública de cariz liberal e autoritária<sup>3</sup>, o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos revelava-se completamente incompatível com as noções de função e serviço público<sup>4</sup>, tendo em vista diversos aspectos, como: a) as exigências impostas pelo princípio da continuidade do serviço público, o qual não admite interrupções; b) a necessidade de respeito ao princípio da subordinação hierárquica, não podendo o Estado ser tratado como mero empregador, eis que não se despe de sua autoridade pública; c) a impossibilidade de negociações entre os servidores e o Estado, pelo fato de as condições de trabalho da função pública serem estabelecidas unilateral e discricionariamente pelo primeiro. A greve assomava, assim, como ato de rebelião contra o Estado.<sup>5</sup>

1 A expressão "relação especial de poder" foi utilizada, inicialmente, no Direito Administrativo prussiano no século XIX por LABAND, o qual a reservou para os funcionários públicos. Posteriormente, OTTO MAYER, principal teórico da figura em destaque, ampliou-a para outras categorias, como presos, militares, estudantes. Para o último autor, enquanto a obrigação geral de obediência dos administrados no tocante ao Poder Público geraria, por força da reserva de lei, obrigações como o pagamento de impostos, a prestação de serviço militar, os deveres dos subordinados nos domínios das relações especiais de poder poderiam ser estabelecidos mediante prescrições administrativas, instruções gerais que não constituíam verdadeiras regras de Direito. MAYER Otto. *Derecho Administrativo Alemán* (tradução Heredia Horacio e Krotoschin Ernesto), Tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1982, p.141-144.

2 MAYER refere-se, no tocante às pessoas que prestam serviço ao Estado, a uma situação de abnegação pessoal e de fidelidade, calcadas num dever puramente moral que, como tal, estaria fora de uma relação de direito propriamente dita. Op. cit, p.3).

3 A Administração Pública do Estado Liberal tinha como diretriz a não-intervenção na vida econômica e social, de modo que as suas atuações, normalmente, destinadas a manter a ordem, as liberdades públicas e assegurar as condições de desenvolvimento de uma economia de mercado, revelavam-se pontuais e agressivas, por encerrarem conteúdo eminentemente restritivo de direitos. O ato administrativo típico era o de polícia, manifestação autoritária do poder estatal sobre o administrado. Sobre o tema, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo, v.I*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, p.62; VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 39, 40, 43.

4 Neste sentido, DUGUIT, Leon. *Les Transformations du Droit Public*, Paris : Armand Colin, 1913, p.55

5 AUBY, Jean Marie. *Droit Administratif*, Paris : Dalloz, 1986, p.219.

O paulatino fortalecimento do Estado de Direito vai, pouco a pouco, estendendo suas garantias para todos os domínios da Administração Pública, o que leva ao abandono da concepção original das relações especiais de poder. Além disso, durante o século XX, a Administração Pública passa por profundas transformações decorrentes das múltiplas tarefas assumidas pelo Estado Social, com especial destaque para as seguintes: a) crescimento acentuado da máquina administrativa<sup>6</sup>; b) aumento significativo do número de servidores públicos; c) adoção, ainda que alternativamente, de formas jurídicas de direito privado, numa perspectiva de contratualidade administrativa<sup>7</sup>; d) progressiva profissionalização e assalariamento da relação funcional; e) conseqüente formação de um grupo social com interesses corporativos bem definidos.<sup>8</sup>

O vínculo travado entre a Administração Pública e os servidores, quer sob a modalidade contratual ou institucional, passa, paulatinamente, para o plano das relações jurídicas, com o reconhecimento de verdadeiros direitos aos servidores públicos, tanto a nível infraconstitucional quanto a nível constitucional. No último plano, estão os direitos fundamentais de primeira geração, representados pelos direitos de liberdade, com especial destaque para a liberdade sindical<sup>9</sup>, e os de segunda geração, os direitos sociais (e, nesse ponto, a Constituição brasileira traz um longo elenco de direitos trabalhistas extensíveis aos servidores públicos),<sup>10</sup> cuja consagração aponta, pelo menos nesse aspecto, para uma nítida intersecção entre os regimes público de direito público, próprio da função pública, e privado, aplicado aos trabalhadores em geral.

Encontra-se, por sua vez, intrinsecamente vinculado à liberdade sindical<sup>11</sup> o direito de greve,<sup>12</sup> reconhecido no plano internacional como um dos “meios essenciais de que dispõem os trabalhadores e suas organizações para promover e defender seus interesses profissionais”<sup>13</sup>. No plano nacional,

6 Sobre a configuração da Administração Pública no Estado Social ver PEREIRA DA SILVA, ob. Cit. p.122 e seguintes. Conferir também SANTAMARÍA PASTOR, Op. Cit., p.71 e seguintes.

7 Sobre o tema, a obra de referência de ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999.

8 ORTEGA, Luis. Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relacion de empleo público. *Revista española de Derecho Administrativo*, Espanha, n° 26, 1980 p. 423.

9 No caso dos servidores públicos, dispõe o art. 37, VI da CF assegura da seguinte forma o mencionado direito: “é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical.”

10 Vide art. 39 § 3º da CF.

11 Ver, a respeito, SALAH, Tabrizi Bem. *Droit de la fonction publique*, Paris: Masson, 1992. p.218.

12 Sobre a estreita vinculação entre princípio da liberdade sindical e movimento grevista, ver ERHARDT, Ana Carolina Cavalcante. *Greve no Setor Público e o princípio da supremacia do interesse público sobre o coletivo*. Recife: Nossa Editora, 2008, p.53.

13 OIT. Liberdade Sindical: *Recompilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. Brasília, OIT, 1997. p.109.

o Decreto-lei nº 9070, de 1946 contemplou, originariamente, o direito de greve para atividades acessórias, passando, com a Constituição daquele ano, a ter status constitucional ( art.148).

O direito em questão está, atualmente, consagrado nas Constituições de diversos Estados<sup>14</sup>, sem exclusão da categoria dos servidores públicos,<sup>15</sup> o que representa nítida manifestação da evolução da concepção do servidores públicos como servis cidadãos cumpridores de uma missão para dar lugar à atual feição de trabalhadores que exercem vínculo de natureza profissional.<sup>16</sup>

No caso brasileiro, o direito à greve dos *servidores públicos* veio a ser reconhecido a partir da Constituição de 1988<sup>17</sup>, nos seguintes termos: “O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.”<sup>18</sup>

Referido dispositivo destina-se aos servidores com vínculo de natureza estatutária, detentores de cargos públicos, pois o direito de greve dos empregados públicos, detentores de contratos de trabalho para com a Administração Pública ( empresas públicas e sociedades de economia mista)<sup>19</sup> encontra amparo no art. 9º da CF.

---

14 Como exemplos, convém mencionar: a) a Constituição Portuguesa de 1976, em seu art. 57º, assegura aos trabalhadores em geral o direito à greve, sem qualquer distinção entre os setores público e privado. Em Portugal, os direitos fundamentais dos trabalhadores são aplicáveis à função pública, permitindo tal conclusão o fato de a Constituição, ao tratar de tal matéria, não fazer distinção entre os setores público e privado, bem como haverem os funcionários e agentes do Estado recebido a designação de “trabalhadores da Administração Pública.” ( art.269º,nº 1 da CRP ); b) a Constituição da Espanha de 1978, em seu art.28.2, reconhece o direito de greve a todos os trabalhadores para defesa de seus interesses, com a ressalva de que a lei que regula o exercício de tal direito deverá estabelecer as garantias precisas para assegurar a manutenção dos serviços essenciais à comunidade; c) a Constituição da França de 1946 enunciava em seu preâmbulo o direito de greve em favor dos funcionários públicos, a ser exercido nos termos da lei que o regulamentar. A título de exceção, convém destacar a situação da Alemanha, que não reconhece o direito de greve aos funcionários públicos, mantendo o art.33 nºs 4 e 5 da Lei Fundamental daquele Estado referência à “relação de serviço e lealdade de direito público” a que estão submetidos os funcionários públicos de carreira” e a submissão da função pública “aos princípios fundamentais tradicionais da carreira.” Sobre o tema FERNANDES, Francisco Liberal. A Greve na função pública e nos serviços essenciais, *Boletim da Faculdade de Direito, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, nº2 1993, p.87.

15 Com exceção dos militares, conforme será visto adiante.

16 Neste sentido FERNANDES, Op. cit,p.63.

17 A Constituição de 1969 vedava em seu art.162 a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais.

18 Nos termos do art.37, VII da CF. A redação original do referido artigo exigia a edição de lei complementar para regulamentação do exercício de greve pelos servidores públicos.

19 A redação original do art.39 da Constituição Federal de 1988 estabeleceu, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADIN 492) o regime estatutário, legal, como o regime próprio da Administração Direta, autarquias e fundações públicas. Com a Emenda Constitucional nº19/98 e a supressão da expressão “regime jurídico único”, voltou à tona a discussão sobre a possibilidade de adoção do regime de contrato de trabalho no âmbito das entidades de direito público. Todavia, referido dispositivo constitucional encontra-se suspenso por força de decisão proferida na ADIN nº 2135-4.

## 2 NATUREZA DO DIREITO DE GREVE

Trata-se o direito de greve, antes de tudo, de direito assegurado como direito fundamental, acompanhado, portanto, do status que o último possui na ordem constitucional<sup>20</sup>; da sua dupla dimensão objetiva e subjetiva<sup>21</sup>; da estrutura ao mesmo tempo de regra e princípio da norma que o assegura<sup>22</sup>; da importância assumida pela metodologia da ponderação e do princípio da proporcionalidade na solução dos conflitos entre ele e outros direitos fundamentais ou bens e valores tutelados pelo direito<sup>23</sup>; das exigências especiais para sua restrição.<sup>24</sup>

O direito de greve, nada obstante contemplado no capítulo dedicado aos direitos sociais<sup>25</sup>, não enseja, assim como os demais direitos de

---

20 Os direitos fundamentais constituem emanações da dignidade da pessoa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil ( CF,art.1º, III). Os direitos fundamentais são considerados a “alma das Constituições,” definidores do próprio constitucionalismo do século XX, de acordo com BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2000 pgs.539,543. Na doutrina portuguesa, OTERO, Paulo refere-se ao Estado de Direito como a um “Estado de Direitos Fundamentais.” *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático Constitucional*. Lisboa: Lex,1995, p.528.

21 Os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva, da qual decorre a autorização para seus titulares pleitearem algo perante o Estado, e uma dimensão objetiva, que designa o valor que aqueles assumem na ordem jurídica. Sobre o tema, conferir VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição*. Coimbra: Almedina, 2004, p.113 e ss.

22 A compreensão da norma de direito fundamental como regra e como princípio significa nela vislumbrar, no primeiro caso, um preceito dotado de concretude, e no segundo, um comando de otimização de realização de algo na maior medida possível mas que, ao mesmo tempo, traz ínsita uma cláusula restritiva, que permite a diminuição ou adaptação, no caso concreto, do quanto assegurado pela norma. A regra de direito fundamental é normalmente incompleta, necessitando da referida cláusula restritiva, responsável pela admissão de intervenções que se façam necessárias para a proteção de direitos fundamentais de terceiros e de outros bens tutelados pela ordem jurídica. Sobre o tema, ALEXÝ, Robert (tradução de Valdés Ernesto Garzón) *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.135 e ss.

23 Enquanto a aplicação de uma regra envolve um processo de subsunção, numa lógica do “tudo ou nada”, pois ela vale ou não, a aplicação de um princípio, dada sua abstração, requer uma ponderação, que significa o estabelecimento de uma preferência condicionada entre princípios em colisão, sem a exclusão de qualquer deles da ordem jurídica. Os princípios veiculam questões de peso, de valor. Sobre o tema, DWORKIN,Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p.26; ALEXÝ, op. cit.,p.158. O princípio da proporcionalidade, com suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito desempenha importante papel na resolução de conflitos de direitos fundamentais, conforme largamente reconhecido pelo STF, cabendo citar, a título de exemplos: RE 86.2987, HC 45.232, RE 1.331, MS 21.033, RE 156.404.

24 Como a necessidade de justificação constitucional, expressa ou implícita, consoante será adiante visto, anterior previsão legal (CF, art.5º, II),observância do princípio da proporcionalidade.

25 Para os trabalhadores Em geral, referido direito encontra-se previsto no art.9º da CF, o qual faz parte do Capítulo II da CF ( dos direitos sociais ). Embora o direito de greve dos servidores públicos encontre previsão em outra parte, ou seja, no capítulo dedicado à Administração Pública ( Capítulo VII ), não há qualquer fundamento para que se possa concluir que a natureza dele seja diversa daquela do direito de greve dos trabalhadores em geral. Em Portugal, a Constituição de 1976 enunciava o direito de greve entre os direitos sociais. Com a Revisão Constitucional de 1982, o direito de greve, previsto no art.57º, passou a fazer parte dos “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores” ( Parte I, Título II, Capítulo III ). Referida qualificação faz com que o direito em questão se beneficie do regime especial previsto para os direitos, liberdades e garantias, conforme destaca QUEIROZ, M.M Cristina. *Direitos Fundamentais ( Teoria Geral )*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p.149.

semelhante natureza, o fornecimento de prestações materiais por parte do Estado<sup>26</sup>, tendo como conteúdo a suspensão coletiva e concertada do desempenho das atividades próprias do cargo ou emprego a título de reivindicação de caráter profissional.<sup>27</sup>

O direito de greve constitui, pois, uma forma de liberdade cujo exercício apenas pode se dar de modo coletivo<sup>28</sup>, tendo como objetivo a promoção de um direito social, no caso, o direito ao trabalho, à medida em que busca a melhoria das condições de sua prestação. Trata-se de uma liberdade oriunda historicamente de um direito social e a ele intrinsecamente vinculado.

### 3 SITUAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O legislador constituinte, ao assegurar o direito à greve aos servidores públicos, fê-lo mediante norma de eficácia limitada, consoante reconheceu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Injunção nº 20-DF.<sup>29</sup>

26 Os direitos fundamentais sociais implicam a outorga, aos indivíduos, de prestações sociais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, de modo que propiciam uma “transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.52. São direitos de “libertação da necessidade” que buscam assegurar liberdade fática aos indivíduos, e não apenas jurídica. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, p.105.

27 Ver, a propósito Neste sentido, também SALAH, Op. cit.p.218.

28 Além do direito à greve, há outros direitos fundamentais que não podem ser exercidos por cada indivíduo isoladamente, como os direitos à reunião e à manifestação. Nestes casos, consoante explica Vieira de Andrade, o elemento coletivo passa a integrar o próprio direito, o qual apenas ganha sentido quando pensado em termos sociais. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 2004, p.123.

29 DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL – EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO – MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO – PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) – IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR – OMISSÃO LEGISLATIVA– HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO – RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL – IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE – ADMISSIBILIDADE – WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto - aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar

Em decisão datada de 2008, diante da ausência, até então, de referida norma infraconstitucional, o que, todavia, não tem impedido a realização de greves por servidores públicos estatutários,<sup>30</sup> o STF entendeu de aplicar, no que couber, as disposições da Lei de Greve ( Lei nº 7783/89 ) dos trabalhadores em geral para fins de disciplinar o exercício de referido direito por parte de referida categoria, nomeadamente no que diz respeito aos requisitos para sua deflagração e as exigências de prestação “dos serviços indispensáveis ao tendimento das necessidades inadiáveis da comunidade,” no caso dos serviços considerados essenciais<sup>31</sup>, de acordo com decisão proferida no âmbito do Mandado de Injunção nº 708.<sup>32</sup>

#### **4 PARALELO ENTRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS E DOS TRABALHADORES DA INICIATIVA PRIVADA E A NECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI DE GREVE ESPECÍFICA PARA O SETOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO**

Reconhecida, ao menos provisoriamente, a aplicação da Lei nº 7.783/89 para disciplinar a greve dos servidores públicos estatutários, no que couber, cumpre avaliar alguns dos aspectos do referido diploma normativo que são próprios de um vínculo de natureza contratual, cuja tipologia e fonte de regulação diferem daquele de natureza institucional.

---

a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos beneficiários.” <<http://www.stf.jus.br/DJ/22/11/1996>>. Data da julgamento: 19/05/1994, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno).

- 30 A deflagração de greves por servidores públicos estatutários, nada obstante a ausência da norma regulamentadora, constitui realidade passível de ser aferida pelas múltiplas questões delas decorrentes que se apresentaram ao Poder Judiciário, tais como: a) a suspensão dos prazos processuais durante a greve da Advocacia-Geral da União ( Recurso Extraordinário-Questão de Ordem 413478/PR); b) a possibilidade de disciplina, por meio de Decreto de governador, das consequências administrativas da greve ( ADI 1696/SE); c) os descontos dos dias não trabalhados ( no âmbito do STJ, ver, por exemplo, RMS 20822) A doutrina espanhola chama a atenção para o exercício fático do direito de greve, em toda a Europa, a despeito da existência de sua regulamentação. L.PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO E L.ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p.544.
- 31 São requisitos para deflagração da greve: 1) frustração das tentativas de negociação ( art. 1º); 2) realização de assembléia por entidade sindical ou assembléia geral dos trabalhadores para deliberar sobre as reivindicações da categoria e a paralisação coletiva; ( art.4º) c) observância do quorum mínimo previsto no estatuto da entidade ( art.4º,§ 1º); d) comunicação da decisão à entidade patronal com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas da paralisação. ( art.3º § único ) e de 72 ( setenta e duas) horas no caso dos serviços essenciais.
- 32 Cujá decisão possui o seguinte teor: “o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, conheceu do Mandado de Injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações.” Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Não votou o Senhor Ministro Menezes Direito por suceder ao Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, que proferiu voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. <<http://www.stf.jus.br/DJe/31/10/2008>>. Data de julgamento:25/10/2007 Rel.Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno)

Assoma, em primeiro plano, o requisito estabelecido pelo art.3º da legislação de regência para autorizar a cessação coletiva de trabalho: a frustração da negociação ou a impossibilidade de recurso à via arbitral. Neste sentido, o STJ, ao julgar o Agravo Regimental na Petição nº 7.883, deixou assente a necessidade de comprovação de esgotamento de todos os meios legítimos de negociação, de modo que, no caso em análise, por não se fazer presente tal requisito, num juízo perfunctório o Tribunal entendeu pela ilegalidade da greve dos servidores do IBAMA ( Instituto Brasileiro de Meio Ambiente), autarquia federal, cujos servidores são submetidos ao regime estatutário.

Tendo em vista a circunstância de os direitos, obrigações, remuneração e demais condições de trabalho dos servidores com vínculo estatutário serem estabelecidos, unilateralmente, por lei,<sup>33</sup> o Supremo Tribunal Federal afastara, no tocante a eles, os artigos da Lei nº 8112/90 que lhes estendiam o direito à negociação coletiva,<sup>34</sup> própria de um regime contratual. Pelas mesmas razões, prejudicado fica o recurso à via arbitral.

Para que se possa, então, condicionar o exercício do direito de greve dos servidores públicos à frustração das negociações, o que se revela absolutamente salutar, dadas as graves conseqüências oriundas de sua deflagração, faz-se necessário tanto reconhecer valor jurídico às tentativas de ajustes levadas a efeito entre entidades sindicais e a Administração quanto dar-lhes a devida disciplina normativa, o que não significa equipará-las às negociações coletivas dos trabalhadores da iniciativa privada.

Também não são aplicáveis aos servidores estatutários todas as disposições envolvendo as competências da Justiça do Trabalho relacionadas à greve, seja para reger as relações obrigacionais durante mencionado período<sup>35</sup>, seja para decidir sobre a procedência total ou parcial das

33 De iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, de acordo com o art.61, II, c) da CF.

34 Ao julgar a ADIN 492-DF, cuja ementa é a seguinte: *CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PUBLICOS ESTATUTARIOS. C.F., ARTS. 37, 39, 40, 41, 42 E 114. LEI N. 8.112, DE 1990, ART. 240, ALINEAS "D" E "E". I - SERVIDORES PUBLICOS ESTATUTARIOS: DIREITO A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A AÇÃO COLETIVA FRENTE A JUSTIÇA DO TRABALHO: INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 8.112/90, ART. 240, ALINEAS "D" E "E". II - SERVIDORES PUBLICOS ESTATUTARIOS: INCOMPETENCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DOS SEUS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA ALINEA "e" DO ART. 240 DA LEI 8.112/90. III - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE.* <<http://www.stf.jus.br/>>. DJ 12/03/1993, data de julgamento: Relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno)

35 Vide art.5º da Lei 7.783/89

reivindicações<sup>36</sup>, tendo em vista a subtração de sua jurisdição sobre a categoria em comento.<sup>37</sup>

Com relação à questão da competência para apreciar litígios envolvendo greve de servidores públicos estatutários, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do mencionado Mandado de Injunção nº 708-DF, e partindo da idéia da admissão, pelo sistema constitucional, de “competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes”, entendeu de aplicar, ao caso, as regras de competência trazidas pela Lei nº 7.701/1988, que tratam, por sua vez, da especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos. Assim, em paralisações de âmbito nacional ou com abrangência de mais de uma região, a competência para apreciação da lide seria do Superior Tribunal de Justiça; em se tratando de paralisações regionais, do respectivo Tribunal Regional Federal, no caso de servidores federais; em se tratando de paralisações de âmbito estadual e municipal, do respectivo Tribunal de Justiça.

Outro aspecto importante relaciona-se com a conseqüência da greve sobre o contrato de trabalho daquele que dela participe, qual seja, a sua *suspensão*, nos termos do art. 7º da Lei nº 7.783/98, passando as relações obrigacionais durante o período a “ser regidas pelo acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho.”

No caso do vínculo estatutário, cumpre avaliar se a adesão, pelo servidor público, a movimento grevista tem o condão de suspendê-lo, apontando a forma de sua constituição para uma resposta negativa.

Com efeito, diversamente do que ocorre numa relação contratual, em que duas vontades, de igual valia ou com paridade de poderes em termos

---

36 Vide art.8º da Lei 7.783/89

37 Semelhante diretriz restou reafirmada com o julgamento, pelo STF, da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6-DF, que possui como objecto a nova redação conferida pela Emenda Constitucional nº 45/94 ao art. 114, I da CF. A propósito da redefinição das competências da Justiça do Trabalho procedeu-se à substituição da anterior expressão “relação de emprego”, reconhecidamente mais limitada, por “relação de trabalho”. Para evitar que nessa última restassem compreendidas as relações travadas entre o Poder Público e os servidores estatutários e por entender configurar o regime desses últimos algo distinto das relações laborais, restou concedida medida liminar dando interpretação conforme à Constituição ao mencionado artigo, no sentido de suspender “toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua na competência da Justiça do Trabalho, a “apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de carácter jurídico-administrativo.”

constitutivos, conjugam-se para a produção de determinados efeitos,<sup>38</sup> numa relação institucional, estatutária, o ato de nomeação<sup>39</sup> do servidor configura, por si só, forma de provimento de cargo público, sem que, para sua constituição, seja necessário o concurso de vontade do particular. Ou seja, nesse caso, a Administração define, unilateralmente, a situação jurídico-administrativa<sup>40</sup> e o ato de vontade do particular, manifestado por ocasião da posse, constitui condição de deflagração das conseqüências da nomeação.<sup>41</sup>

Ora, não se equiparando a vontade do particular à da Administração para constituição do vínculo, indevido revela-se atribuir, à atuação dele, no caso, à participação em movimento grevista, o poder de suspensão do vínculo funcional. Também não se poderia cogitar, dada a reserva legal quanto aos direitos e obrigações dos servidores, que acordo, convenção ou decisão judicial possa regê-los durante o movimento grevista, tal como ocorre no tocante aos trabalhadores em geral, conforme já mencionado.

Embora permaneça íntegro o vínculo funcional por ocasião da participação de servidor em movimento grevista, os direitos e deveres não operam, em tal ocasião, em toda sua plenitude, conforme será visto adiante.

Outro ponto em destaque refere-se à possibilidade de o empregador, no caso de ausência de acordo, realizar, durante o período grevista, contratações para o atendimento de serviços ou atividades consideradas essenciais.<sup>42</sup>

No caso da Administração Pública, semelhante hipótese apenas poderia se dar nos termos do art. 37, IX da CF, que dispõe a respeito da contratação temporária para necessidades de excepcional interesse público e com observância da regulamentação legal dada ao mencionado dispositivo,<sup>43</sup> de

---

38 De acordo com CORREIA. Isso não impede, entretanto, que no tocante às cláusulas contratuais, os poderes das partes sejam bem distintos, como nos contratos de adesão. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987, p.347.

39 Trata-se a nomeação, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, da única forma de provimento originário ou autônomo, ou seja, aquele em que alguém galga cargo público independentemente de qualquer vínculo anterior. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2005, p.283. Nos termos do art. 8, I da Lei 8112/90, entre as formas de provimento encontra-se a nomeação.

40 CORREIA, Op.cit, p.347.

41 Com efeito, acaso o administrado não venha a tomar posse no prazo de 30 ( trinta) dias, o ato de nomeação caduca, de acordo com o art. da Lei 8112/90.

42 Vide parágrafo único do art.9º e art.10º da Lei 7.783/89.

43 No caso, a Lei nº 8.745, de 9/12/93, cujas hipóteses foram ampliadas pelas Leis nº 9.849/99, Lei nº 10.667/2003 e Lei nº 10.973/2004.

modo que, fora dos casos e condições nela contemplados não se há de cogitar do exercício de tal prerrogativa pela Administração Pública.

Em termos práticos, dada a necessidade de observância da regra do concurso público, com suas exigências procedimentais que demandam algum lapso temporal para se ultimarem, seria necessário que o movimento grevista viesse a se estender por período significativo que, de fato, justificasse a mencionada contratação, reservada, repita-se, aos casos previstos na legislação,<sup>44</sup> a qual, necessariamente, findaria tão logo houvesse a retomada das atividades pelos servidores grevistas.

Cabe mencionar, por fim, já haver o Poder Público Federal tencionado introduzir, por intermédio de Medida Provisória (MP 10, de 13/11/2001), hipótese de contratação excepcional consistente na vigência de greves prolongadas dos servidores, sem especificação de serviços e categorias, havendo o Poder Legislativo rejeitado-a, de acordo com ato publicado no DO de 8/3/2002.

As questões acima levantadas demonstram, inelutavelmente, a necessidade da edição de lei própria, específica para o setor público estatutário, pois, apesar da aplicação por analogia da legislação dos trabalhadores em geral, tanto há claras incompatibilidades com o regime estatutário quanto há questões que necessitam de respostas adequadas a ele.

## **5 OUTRAS QUESTÕES RELATIVAS AO DIREITO DE GREVE DO SETOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO**

A ausência de lei específica para a disciplina do direito de greve dos servidores públicos deixa sem a devida resposta diversos pontos que se revelam problemáticos, os quais, sem pretensão de exaustão, serão aqui levantados com a apresentação de propostas para seu tratamento, com base na principiologia constitucional, no regime dos direitos fundamentais e na natureza do vínculo entre servidor e Administração Pública.

### **5.1 O PROBLEMA DE EXCLUSÃO LEGAL DE DETERMINADAS CATEGORIAS**

O direito de greve do setor público, à exceção dos militares,<sup>45</sup> restou contemplado pela norma constitucional, indistintamente, fazendo-se pertinente indagar se posterior lei poderá excluir da fruição de tal direito categorias outras, como a magistratura, o ministério público, a

<sup>44</sup> O art. 2º, I da Lei nº 8.745/93 refere-se a assistência a situações de calamidade pública, de modo que

<sup>45</sup> Nos termos do art. 142, IV da CF “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.”

polícia, o serviço de diplomacia, a advocacia de Estado<sup>46</sup>, sob a alegação de incompatibilidade de tais funções com a paralisação dos serviços, ainda que temporária e parcial, acarretada pela greve.

Para responder a tal indagação, convém relembrar a natureza de direito fundamental do direito à greve, bem como as exigências que cercam suas restrições, como a necessidade de justificação constitucional, a ponderação de bens e valores, a observância do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao primeiro aspecto, há de se distinguir os direitos fundamentais com cláusula restritiva expressa<sup>47</sup> daqueles que não a possuem, o que não significa dizer que não comportem os últimos qualquer restrição posterior, visto que tal implicaria atribuir-lhes ilimitada proteção, o que se revela incompatível com a sua convivência com outros direitos fundamentais e com bens e valores tutelados pela ordem jurídica.<sup>48</sup> Ocorre, todavia, que a restrição deles requer justificativas acrescidas, buscadas, por sua vez, na ordem constitucional.

Sobre esse tema, a doutrina cuida de construir hipóteses legitimadoras da restrição aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, cabendo mencionar, no caso brasileiro as seguintes teses: a) a compreensão do art.5º, II como reserva legal subsidiária, o que autorizaria, com as devidas cautelas, intervenções legislativas posteriores, desde que preservado o núcleo essencial deles, ou seja, os “limites aos limites”, figura desenvolvida, por sua vez, no direito alemão (Schranken-Schranken)<sup>49</sup>; b) o reconhecimento, a favor do legislador, de competência para disciplinar conflitos de direitos quando suas respectivas esferas de proteção sejam

---

46 Em França, o direito de greve encontra-se vedado para diversas categorias, como os magistrados judiciais ( Ordenança de 28 de dezembro de 1958); a polícia ( Lei de 28 de setembro de 1948); os agentes de administração das prisões ( Ordenança de 5 de agosto de 1958); membros das Companhias Republicanas de Segurança( Lei de 27 de dezembro de 1947); os militares ( Lei de 13 de julho de 1972).Ver, sobre o tema AUBY, Op. cit...p.225 e ss.

47 Como o art.5º, XII da CF que excepciona o sigilo das comunicações telefônicas, sempre por ordem judicial, nos casos em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; o art. 5º, XIII, que assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, podendo a lei estabelecer qualificações e requisitos para tanto.

48 Relembre-se, consoante dito acima, que os direitos fundamentais são assegurados *prima facie*, mas com cláusulas restritivas implícitas formadas pelos princípios. Assim, por exemplo, se o direito à liberdade artística não comportasse qualquer limitação, poderia ser ele invocado para a realização de sacrifício humano numa peça teatral ou num filme.

49 MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pgs.240-241.

colidentes, devendo ser tomados em consideração os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática.<sup>50</sup>

A título comparativo, no caso português, em que a Constituição da República<sup>51</sup> subordina a possibilidade de restrição a direitos, liberdades e garantias à previsão nela contida, cabe destacar as seguintes teses: a) a admissibilidade de restrições constitucionais implícitas, necessárias para proteger outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos, as quais devem ser obtidas a partir da interpretação correta e sistemática da Constituição<sup>52</sup>; b) a distinção entre leis restritivas a direitos fundamentais, cuja edição depende de prévia admissão constitucional, das leis harmonizadoras,<sup>53</sup> editadas para solucionar dado conflito de entre um direito fundamental e outro direito ou bens e valores tutelados pela ordem constitucional; c) o reconhecimento de autorizações indiretas para a realização de restrições a direitos fundamentais, ou seja, não contempladas na norma ou grupo de normas relativas a dado direito, mas em outra localidade, sendo-lhes contudo aplicáveis<sup>54</sup>; d) a compreensão dos direitos fundamentais como dotados de uma “reserva imanente de ponderação”,<sup>55</sup> os quais se encontram em permanente estado de colisão. Referida postura possibilita, como especial enfoque para o procedimento da ponderação de bens e valores, a realização de restrições a direitos fundamentais consagrados sem autorização restritiva expressa.

O direito de greve do setor público trata-se daqueles consagrados com cláusula restritiva no tocante “aos termos e limites de seu exercício”

---

50 BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 164-165.

51 O art.18º 2. da CRP possui a seguinte redação: “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.”

52 MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV...p.301. Em sentido semelhante, J.J.GOMES CANOTILHO refere-se a *limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição. Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2004, p.1277.

53 Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE, op. cit,p.301-302. Segundo o autor, as leis harmonizadoras constituem categoria autônoma em relação às leis restritivas, distinguindo-se delas quanto “ao conteúdo, quanto ao grau de vinculação legislativa à norma constitucional e quanto à intensidade do respetivo controlo judicial.”

54 CASALTA NABAIS discorre sobre a utilização, pelo Tribunal Constitucional português, de semelhante expediente para estender as inelegibilidades estabelecidas pela Constituição para a Assembléa da República para s eleições regionais. Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional português. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXV, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1989.p.80 ess

55 Neste sentido, REIS NOVAIS, Jorge. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

neles não devendo ser incluídas, pelo legislador ordinário, a sua vedação a categorias outras não realizada diretamente pelo legislador constituinte.

Com efeito, se no tocante aos militares o legislador constituinte entendeu de trazer, de logo, semelhante vedação, há de se compreender que ele não destacou outras categorias que, por razões tão relevantes quanto aquelas presentes no caso das Forças Armadas,<sup>56</sup> necessitem restar, em princípio, excluídas do exercício do direito de greve. Assim, eventual vedação ao direito de greve de outras categorias apenas poderá ser contemplada por norma de estatura constitucional.

Se a ponderação entre o fundamental direito à greve, no caso dos militares, e os bens e valores que a sua deflagração colocaria em risco foi feita pelo legislador constituinte, não há porque admitir haver ele remetido para a legislação infraconstitucional a ponderação no tocante ao exercício de greve por outras categorias.

Observe-se que o texto constitucional cuidou de veicular, para categorias como a magistratura e o ministério público, importantes vedações, cabendo citar como exemplo a de exercício de atividade político-partidária,<sup>57</sup> nada dispondo a respeito do direito de greve.

Isso não significa que, para determinadas categorias, não possa vir o legislador a estabelecer restrições acrescidas ao direito de greve, mediante a realização de uma rigorosa ponderação entre a liberdade reivindicatória de dado grupo e os bens e valores que estejam a ser colocados em risco, aferindo, por exemplo, se os danos ou prejuízos a serem causados, têm a nota de permanência ou de temporalidade; se o percentual mínimo assegura a prestação das atividades nucleares de dado serviço. Para tanto, há de se compreender serem os direitos fundamentais dotados de uma “reserva imanente de ponderação”, ou de uma cláusula restritiva implícita, podendo

---

56 As justificativas para tanto, vão desde a acentuação dos deveres de obediência e disciplina e da preservação da hierarquia e autoridade militar ( CF, art.142) até aos perigos que a utilização de um instrumento de força como a greve, tal como destaca FERNANDES pode gerar nos seguintes planos: externamente, em épocas de paz, tendo em vista que a ausência ou mesmo a diminuição de disponibilidade do serviço de defesa externa traduz-se numa situação de vulnerabilidade do território nacional, das instituições democráticas, da soberania do Estado perante potencial inimigo e, em épocas de guerra, o não-funcionamento, ou funcionamento parcial do referido serviço implica efetiva colocação em risco dos fatores acima indicados; internamente, o receio causado, nas instituições democráticas e na sociedade pela realização de greve no âmbito das Forças Armadas, decerto muniria os militares de ilegítimos argumentos de pressão. Demais disso, ressalte-se o carácter de permanência atribuído pela Constituição ( CF, art.142) à instituição em tela, o qual não pode admitir oscilações. Op. cit., p. 57.

57 Nos termos dos arts. 95, III e 128, II, e) da CF

ceder, mediante decisão legislativa proporcional, ponderada, diante de outros direitos ou valores.

A esse respeito, o STF, ao julgar o já mencionado Mandado de Injunção<sup>o</sup>708-DF entendeu que, na falta da legislação de greve específica para os servidores públicos poderia o órgão julgador, mediante solicitação e em cada caso concreto, “impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de serviços ou atividades essenciais”<sup>58</sup>.

Nesta senda, o STJ, ao apreciar Agravo Regimental tendo como objeto greve dos servidores do Poder Judiciário Federal, concedeu medida liminar no sentido de “determinar que 60% dos servidores sejam mantidos no trabalho nos dias de greve, excluindo desse montante os exercentes de cargos e funções de confiança, até que seja apreciado o mérito da demanda”, vindo, o relator, empós, a incluí-los no aludido percentual.<sup>59</sup>

## 5.2 OS DEVERES FUNCIONAIS DURANTE O MOVIMENTO GREVISTA

O exercício do direito de greve implica a cessação da prestação das atividades próprias de dado cargo ou função, ressalvada a manutenção, no caso dos servidores públicos, do percentual mínimo dos serviços.

Suspensão encontra-se portanto, durante o período da greve, o dever de exercício das atribuições funcionais, com a ressalva acima. E os demais deveres, como o de obediência, os de neutralidade e imparcialidade, o de lealdade?

Pelo dever de obediência, o qual, por sua vez, decorre da hierarquia administrativa,<sup>60</sup> o servidor queda vinculado ao acatamento dos comandos emitidos pelos órgãos superiores, com exceção daqueles “manifestamente ilegais”.<sup>61</sup> Naturalmente que, em razão da suspensão das atividades, o servidor não se encontra na contingência de cumprir as *determinações de serviço concernentes à sua realização*, salvo se estiver em cumprimento de regime de plantão. Em tal situação, há de se compreendê-lo sujeito às ordens

58 Nas palavras do M.M Relator: “Não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação de serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos essenciais.<<http://www.stf.jus.br/>>. Dje 31/10/2008, Data de julgamento:25/10/2007 Rel.Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno)

59 AgRg na Pet 7939/DF.www.stj.jus.br. DJe 16/08/2010. Data do julgamento: 23/06/2010, Rel Min. Castro Meira, Primeira Seção.

60 Neste sentido, OTERO, op.cit.,p.153.

61 Lei 8112/90, art. 116, IV

da Administração, as quais, por sua vez, não podem frustrar seu direito à participação na greve, o que demanda, caso a caso, juízo de razoabilidade e ponderação na sua emissão, bem como na sua recusa.

A participação em movimento grevista não exime o servidor da observância dos deveres de imparcialidade e de neutralidade, decorrentes do princípio da impessoalidade administrativa ( CF, art.37, caput ) e que se traduzem, quanto ao primeiro aspecto, na “escolha de comportamentos funcionalmente adequados”<sup>62</sup> para a realização do interesse público concreto e, no segundo, na abstenção de preferências, ideologias, crenças e compromissos de qualquer outra ordem no que disser respeito à sua atuação como servidor público.

Em outras palavras, o exercício do direito de greve não pode servir de pretexto para o distanciamento do servidor de referidas pautas normativas no que disser respeito ao desempenho, ainda que parcial, de suas funções.

Também não se encontra suspenso, por força da greve, o dever de lealdade, atualmente<sup>63</sup> compreendido tanto como um dos aspectos da *probidade administrativa*<sup>64</sup>, quanto como o compromisso de “regular cumprimento dos deveres funcionais”.<sup>65</sup>

Em suma, ressalvados, parcialmente, o dever de exercício das atribuições funcionais e o dever de obediência, os demais deveres dos servidores não se encontram suspensos em virtude da participação em movimento grevista.

---

62 Ver, a propósito VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito*, v.L, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 224-225

63 A juridicidade que passou a ter relação funcional e a conseqüente superação de sua concepção como vínculo de natureza moral, faz com que o dever de lealdade deixe de ser compreendido como fidelidade vassalar, assumindo outros aspectos. Diante de tal perspectiva, a participação de servidor em movimento grevista não pode configurar ato de deslealdade. Semelhante conclusão, todavia, não se aplica aos ocupantes de cargo em comissão, vinculados que se encontram, por razões de confiança, à autoridade dotada de competência para nomeá-los. (CF, art.37,II ).

64 Entre os atos de improbidade administrativa elencados pela Lei nº 8.429/92 encontra-se o seguinte: “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.” ( art.11º). A título de manifestação do dever de lealdade, foram tipificados como atos de improbidade administrativa: “revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo”; “revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.” ( art.11º, III e VII, respectivamente).

65 Sobre a atual concepção do dever de lealdade ver FERNANDES, op. cit.,p.167.

Quanto aos direitos dos servidores durante o período grevista, aquele que mais suscita interesse é o relativo ao recebimento da remuneração. Em princípio, a não-prestação do serviço implica o não-pagamento da respectiva remuneração, sem que isso signifique a imposição de medida sancionatória.<sup>66</sup>

Todavia, há alguns pontos que merecem ser considerados: a) a finalização de atividades distribuídas anteriormente à greve, bem como a participação do servidor em escala de plantão implicam a efetiva prestação de serviço, de modo que, ao menos os dias ou horas dedicados a tais misteres, não podem deixar de ser remunerados ; b) a possibilidade de reposição das horas não-trabalhadas ou de realização das tarefas represadas durante a greve; c) o comportamento abusivo da Administração concernente à injustificada recusa em negociar ou então em cumprir negociação já firmada, forçando, assim, a permanência da paralisação; d) o momento e a forma de realização dos descontos, se e quando admitidos.

Para os trabalhadores em geral, o pagamento dos dias parados constitui objeto de negociação entre as partes,<sup>67</sup> de modo que vindo aquele a ser realizado, a suspensão do contrato de trabalho convola-se em interrupção.<sup>68</sup> No caso da relação entre Poder Público e servidores, cabe a seguinte indagação: havendo a possibilidade de reposição do serviço ou de realização das tarefas deve ser discricionária a opção por levá-la a efeito? Possui a Administração Pública a mesma liberdade negocial do particular

---

66 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encerra diversos precedentes sobre a possibilidade de desconto dos dias parados: AgRg 2000/0146199-0, Resp 676148/RS, RMS 20822, AgrRg na SS 1765/DF, RMS 21360/SP. Em recente decisão o STJ reafirmou o seguinte: “É firme o entendimento nesta Corte Superior de Justiça no sentido de que, embora o direito de greve seja assegurado ao servidor público pela Constituição Federal, no seu artigo 37, inciso VII; são legítimos os descontos efetuados em razão dos dias não trabalhados.” (AGRG 117311-7-RS- DJ 13-09-2010). Nada obstante, a Primeira Seção daquela corte proferiu a seguinte decisão: “Enquanto não instituído e implementado Fundo para o custeio dos movimentos grevistas, o corte do pagamento significa suprimir o sustento do servidor e da sua família, o que constitui situação excepcional que justifica o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho, prevista no artigo 7º da Lei nº 7.783/89.” (AgRg na MC 16774-DF, DJ 25-06-2010). Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal há um acórdão, proferido na Suspensão de Segurança nº 2061, considerando que a supressão, ainda que parcial e temporária da fonte de sustento do trabalhador constitui prática que acabaria por negar o direito de greve reconhecido pela Constituição, de modo que “ No direito administrativo francês uma das conseqüências da greve, mesmo lícita, é o não-pagamento dos dias não-trabalhados, a qual tanto pode vir sob a forma de retenção da remuneração quanto de aviso de retenção. Sobre o tema, conferir AUBY, op. cit., p231; SALAH, op. cit...pgs.226-227.

67 Lei nº 7.783/89, art.7º.

68 Sobre os efeitos do pagamento dos dias de paralisação sobre o contrato de trabalho ver RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*, Curitiba: Juruá, 2006. p.163.

para decidir pelo pagamento ou não dos dias não-trabalhados? Em caso afirmativo, quais critérios presidiriam semelhante escolha?

A Administração Pública, diferentemente do particular, encontra-se completamente jungida à realização do interesse público. Por tal motivo, sua atuação resta inteiramente vinculada não apenas à legalidade, como, também, aos demais princípios constitucionais (isonomia, moralidade, impessoalidade, eficiência, proporcionalidade), o que implica a possibilidade, cada vez maior, de sindicabilidade de suas escolhas, dentro da atualizada concepção da discricionariedade administrativa, que deixa de ser reduto de livre valoração administrativa para figurar como espaço dentro do qual o administrador, autorizado por norma de estrutura aberta e com base nos destacados princípios constitucionais, realiza a ponderação de interesses em conflito e adota a solução ótima para dada situação.<sup>69</sup>

Acaso a Administração Pública pudesse livremente optar por realizar ou não o pagamento dos dias de paralisação, quedariam os servidores entregues ao arbítrio, ao casuísmo, a injunções, quiçá, de natureza política, com evidente prejuízo para o princípios da isonomia, da moralidade administrativa, da eficiência, na medida em que não estariam sendo considerados os aspectos, os critérios que verdadeiramente devem presidir a escolha em questão.

Considerando, portanto, os princípios constitucionais acima referenciados, faz-se necessário que a decisão administrativa concernente à remuneração ou não dos dias parados, mediante a devida reposição dos dias não trabalhados ou a adoção de outras providências compensatórias seja aquela que, na maior medida possível, contribua para a continuidade do serviço, para a eliminação ou diminuição dos prejuízos advindos da greve, para a retomada das atividades em seu ritmo normal.

À partida, a reposição do serviço ou das horas não-trabalhadas, a realização de tarefas represadas, sempre quando possível, aparece como a alternativa que melhor atende aos desideratos acima mencionados, à realização do interesse público, cabendo à Administração, com base no poder hierárquico, dispor sobre a forma e as condições de sua implementação, nada impedindo serem elas concertadas com os servidores.

---

69 Sobre a evolução da discricionariedade administrativa e sua concepção atual, ver, na doutrina brasileira, MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo: Dialética, 1999, pgs. 31ss

Quanto a ilegítimo comportamento da Administração que venha a acarretar a deflagração e a continuidade de movimento grevista, a remuneração dos dias de paralisação há de ser avaliada em função do valor, do peso que, dentro da ordem jurídica, possuam os instrumentos de negociação utilizados, tema adiante abordado.

Finalmente, na hipótese de serem admitidos descontos remuneratórios, consoante vem sinalizando as decisões judiciais, nomeadamente do STJ, anteriormente transcritas, há de se atentar para o momento e para a forma de levá-los a efeitos, devendo ser considerado o seguinte: muito embora não configurem aquelas medidas sancionatórias, encerram, decerto, conteúdo eminentemente restritivo, circunstância que atrai a incidência da garantia do devido processo legal ( CF, art.5º,LIV).<sup>70</sup>

Assim, não pode a Administração, antes de comunicação prévia, realizar descontos dos dias parados, os quais são suscetíveis, inclusive, de questionamento pelo servidor, no tocante, por exemplo, à sua correta apuração, tendo em vista aspectos como a participação em escalas de serviços, a finalização de atividades distribuídas anteriormente à sua adesão ao movimento, ou mesmo o antecipado retorno ao trabalho.

### **5.3 DA RESPONSABILIDADE FUNCIONAL DURANTE O MOVIMENTO GREVISTA**

O desencadeamento da responsabilidade funcional dos servidores durante o movimento grevista encontra-se diretamente relacionado a dois fatores, quais sejam, ao caráter legal ou não da paralisação e à situação dos deveres funcionais.

Decretado e desencadeado movimento grevista com observância das condições e regras para tanto exigidas, a simples participação, nele, não caracteriza a prática de infração administrativa pelo servidor. Em consequência, ele não há de responder nas instâncias administrativa, civil ou penal pela não-realização de tarefas ou atividades surgidas no decorrer da paralisação, com a ressalva daquelas que lhes tenham sido atribuídas por força da manutenção do percentual mínimo de serviço, dentro de um critério de razoabilidade anteriormente mencionado.

---

70 Possui toda pertinência para a situação em análise a observação de BANDEIRA DE MELLO, op.cit.p.479, no sentido de que estando em causa ato restritivo ou ablativo de direitos revela-se obrigatória a prévia instauração de procedimento administrativo.

Quanto aos demais deveres funcionais, dada a plena vigência deles durante a paralisação, a prática de atos que impliquem violação a eles suscita a responsabilidade do servidor nos múltiplos aspectos mencionados.

Já na hipótese de movimento grevista desencadeado sem observância da disciplina normativa que em vigor esteja, a ausência ao serviço e a não-realização das tarefas pelo servidor não possuem justa causa, configurando-se, portanto, ilegítimas. Em semelhante situação, responde o servidor pelos atos que, de acordo com seu regime disciplinar, configurem infração administrativa, podendo ser, também, suscitadas suas responsabilidade civil e penal.

A título meramente exemplificativo, pode-se relacionar como comportamentos que implicam ilegítimo exercício do direito de greve: a) a deflagração do movimento antes de qualquer tentativa de negociação; b) a não-comunicação, no prazo mínimo exigido por lei, da decisão de realização de greve, ou seja, a greve surpresa<sup>71</sup>; c) a recusa na participação das escalas de serviço para manutenção do percentual mínimo, bem como a injustificada não-realização das tarefas em função delas atribuídas; d) a permanência em greve a despeito do fechamento de acordo considerado, por ambas as partes como suficiente para atender à pauta reivindicatória.<sup>72</sup>

Em todo caso, a apuração da responsabilidade funcional do servidor bem como a eventual aplicação de medida sancionatória deverá observar os princípios e garantias do direito disciplinar, como: a previsão legal dos comportamentos ilícitos e da cominação das penas;<sup>73</sup> a garantia do devido processo legal dotado, por sua vez, de contraditório e ampla defesa, expressamente estendida ao processo administrativo;<sup>74</sup> o juiz natural;<sup>75</sup> a presunção de inocência;<sup>76</sup> a irretroatividade da lei em matéria de sanções,

---

71 Na jurisprudência administrativista francesa, a greve surpresa, ao lado da greve giratória, aquela que atinge sucessivamente várias categorias e da "grève sur le tas", aquela que implica a ocupação das linhas de trabalho são consideradas abusos do direito. SALAH, op.cit., p. 224-225.

72 Convém destacar que de acordo o art.14 da Lei nº 7.783/89 constitui abuso do direito de greve "a manutenção da paralisação após a celebração de acordo, convenção, ou decisão da Justiça do Trabalho."

73 De acordo com o art. 5º, XXXIX, que preceitua: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal."

74 Nos termos do art. 5º, LIV e LV, respectivamente: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes."

75 Consoante reza o art. 5º, LIII, da CF: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente."

76 Artigo já transcrito anteriormente.

salvo quando favorável ao acusado<sup>77</sup>, a proporcionalidade das medidas sancionatórias em relação ao ato ilícito, além daqueles desenvolvidos pela doutrina, a saber: o princípio da revisibilidade, da proibição do *bis in idem*, da motivação, da busca pela verdade material, da oficialidade ou impulso oficial, da gratuidade, do formalismo moderado.

## **6 A EFETIVAÇÃO DA NEGOCIAÇÕES REALIZADAS : ABSOLUTA INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DIREITO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O REGIME ESTATUTÁRIO? A EXPERIÊNCIA DE OUTROS ESTADOS.**

Uma das grandes distinções entre os regimes contratual e estatutário reside, de acordo com a concepção tradicional, na possibilidade de negociação das condições de trabalho no primeiro caso e na impossibilidade no segundo considerando, consoante já mencionado anteriormente, a unilateralidade e a reserva de lei sobre referida matéria, de acordo com o histórico julgado do Supremo Tribunal Federal ( ADIN 492-1-DF).<sup>78</sup>

Todavia, a sindicalização dos servidores públicos, a presença das entidades representativas no âmago da Administração, o acompanhamento, por elas, da definição das políticas remuneratórias a serem implementadas e, inclusive, a assinatura, a propósito delas, de termos de compromisso ou instrumentos afins para com Poder Público, demonstram a prática, ainda que informal, de negociações envolvendo os servidores estatutários.

Semelhante realidade verifica-se também em outros Estados cujos funcionários detêm relação institucional, legal para com a Administração, como é o caso de Portugal, da Espanha e da Itália, de modo que natureza do vínculo não impede a celebração, para com os servidores, de acordos e termos de compromisso. O problema que se coloca é a presença ou não de força vinculante neles.

No caso português, a Lei nº 23/98, de 26 de maio contempla, em seu art.6º, a negociação e a participação como modalidades de negociação coletiva em sentido amplo. Enquanto que a última, tratada pela doutrina como *consulta*, apenas impõe como trâmite essencial, porém não vinculativo, a audiência da representação dos trabalhadores antes da definição de condições de trabalho, a primeira, tratada como *concertação*, implica um “compromisso moral sobre determinadas matérias e que induz o Governo

77 CF, art. 5º, XL “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

78 Seguem na linha do aresto citado as seguintes decisões: ADI 559/MT, ADI 554/MT, MS 22468/DF, MS 22451/DF.

a transpor para a norma legal o conteúdo da mesma.” Além desses dois níveis de negociação coletiva, há um terceiro que, contudo, não é assegurado à função pública, consistente na *contratação coletiva*, mediante a qual o acordo sobre condições de trabalho possui eficácia imediata funcionando, assim, como fonte própria de direito e obrigações.<sup>79</sup>

Enquanto a *consulta* constitui formalidade a ser cumprida antes da edição da respectiva norma, a *concertação*, embora não enseje propriamente direito à emanção de norma jurídica com o seu conteúdo, representa uma auto-limitação ao Governo, o qual se compromete a tentar implementá-lo, devendo pautar sua conduta pelo princípio da boa-fé ( art.3º da Lei nº 23/98). E, de tal princípio decorre a força vinculante dos acordos, os quais não podem ser transformados em mera participação, sendo inclusive vislumbrada a possibilidade de recurso judicial ante seu descumprimento.<sup>80</sup>

No caso italiano, os acordos assinados entre as organizações sindicais e a Agência para Representação Negocial da Administração Pública (ARAN) têm efeitos vinculativos desde a sua edição, de acordo com os arts. 45º a 52º do Decreto nº 29/1993, de 03 de fevereiro. Já no espanhol, os acordos mencionados no art.35º da Lei nº 9/87 possuem vocação normativa condicionada à edição do ato formal de sua aprovação, havendo a Audiência Nacional, em Sentença datada de 7 de fevereiro de 2000, reconhecido a sua força vinculante e determinado o cumprimento de acordo, a despeito da lei orçamentária que congelava os salários dos funcionários.<sup>81</sup>

No Brasil, o recurso, pela Administração Pública, a termos de acordo ou instrumentos congêneres para a fixação de política remuneratória do setor público estatutário demonstra a necessidade de regulamentação legal de tais práticas, nada obstante, ao levá-las a efeito no campo da informalidade<sup>82</sup>, o Poder Público o faça sob a égide de uma ordem constitucional que abriga,

---

79 Sobre o tema MOURA, Paulo Veiga. *A privatização da função pública*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 110.

80 Ibid.,p.112.

81 MOURA, op.cit.,p.112.

82 A informalidade administrativa, um dos mais atuais temas do Direito Administrativo, não se confunde com a ilegalidade e compreende tanto a não-regulamentação jurídica de um proceder administrativo quando a dificuldade de enquadramento dele nas figuras tradicionais existentes. Sobre o tema, ver, na doutrina portuguesa, o trabalho de LOMBA, Pedro. Problemas da actividade administrativa informal, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*: Coimbra, 2000,p.818. Essa dimensão da atuação administrativa não deixa de estar subordinada aos princípios gerais do Direito Público, consoante alerta OTERO. *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 2003. p.191.

entre seus princípios, a moralidade administrativa da qual deriva o dever de respeito à boa-fé dos administrados.<sup>83</sup>

Assim, as conseqüências advindas da adoção, pelo Poder Público brasileiro, de medidas negociais no tocante aos servidores públicos, não hão de ser distintas da *concertação* portuguesa e dos acordos espanhóis. Desta forma, a injustificada, desmotivada, desarrazoada não-implementação de compromissos firmados com a interveniência de todos os órgãos competentes pode caracterizar comportamento abusivo por parte do Poder Público, tal qual a manutenção da greve, pelos servidores, a despeito da celebração do acordo final, consoante já ressaltado.

Os exemplos acima descritos demonstram que não há impedimento a que condições de trabalho dos servidores estatutários sejam objeto de negociação, embora externamente apareçam, em termos jurídicos, como emanadas da vontade de uma das partes,<sup>84</sup> sendo tal prática perfeitamente compatível como o regime institucional.

Na medida em que assoma como realidade a realização de negociações entre servidores e o Poder Público, faz-se necessário disciplinar semelhante prática, reconhecendo-se, de toda forma, tratar-se de uma negociação "*sui generis*,"<sup>85</sup> subordinada à situação legal e regulamentar dos servidores públicos.

Cumprir destacar, por fim, que no plano do direito internacional, algumas convenções<sup>86</sup> tratam do tema da convenção coletiva, cabendo destacar a de nº 151/78, da Organização Internacional do Trabalho que cuida, especificamente, da fixação das condições de trabalho da função pública mediante negociação coletiva, bem como a Recomendação n. 159, também da OIT abordando aspectos relativos à representação dos trabalhadores da função pública por meio de organizações sindicais. Referidas normas foram devidamente ratificadas pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo n.206, de 07/04/2010 e promulgadas mediante o Decreto Presidencial nº

---

83 Sobre a boa-fé como dimensão da moralidade administrativa MORAES, op.cit.,pgs. 120 ess; BANDEIRA DE MELLO, op.cit, p.107.

84 Neste sentido, L.PAREJO ALFONSO, A.JIMÉNEZ-BLANCO, L.ORTEGA ÁLVAREZ, op.cit,p.544.

85 Neste sentido, MOURA, op.cit.,p.109.

86 Além da de nº 151/1978, tem-se ainda, a de nº98/1949, que cuida Sobre o tema, ver ERHARDT, ob. cit, p..82 ess.

7.944, de 06/03/2013<sup>87</sup>, esperando-se que se inaugure, a partir delas, um novo capítulo nas relações entre servidores e Administração Pública.

## 7 CONCLUSÃO

O reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos constitui importante marco na evolução da relação funcional, cujo teor, eminentemente jurídico, beneficia-se, atualmente, de ampla proteção constitucional.

Possui o direito de greve status de direito fundamental, de modo que a regulamentação legal que venha a receber para o caso dos servidores públicos há de partir dessa importante premissa. Registre-se, ainda, revelar-se a edição de tal ato normativo absolutamente necessária, em face tanto das incompatibilidades de preceitos contidos na legislação de greve dos trabalhadores da iniciativa privada com o regime estatutário, até mesmo pela diferença de perspectiva na abordagem de dados temas, como o desconto dos dias parados e o direito à sua reposição ou à adoção, pelos servidores de outras emedidas compensatórias, quanto pelo fato de o direito de greve dos servidores públicos suscitar o tratamento de questões que lhes são peculiares, como a situação dos deveres funcionais.

A regulação judicial dada ao tema, em função de situação específica, não supre a exigência constitucional de edição de lei própria para disciplinar o direito de greve dos servidores públicos, a qual deverá contemplar, de forma geral e abstrata, as peculiares questões acima mencionadas.

Por fim, a experiência estrangeira, bem como determinadas práticas levadas a efeito pela Administração Pública Federal no tocante aos servidores submetidos ao regime estatutário, demonstram o recurso a instrumentos próprios de um regime contratual, como a negociação coletiva, ainda que sem as mesmas estrutura e efeitos daqueles vigentes

---

87 - cujo art.1º possui a seguinte redação: "art. 1º Ficam promulgadas a Convenção nº 151 e a Recomendação nº 159 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, firmadas em 1978, anexas a este Decreto, com as seguintes declarações interpretativas: I- a expressão "pessoas empregadas pelas autoridades públicas", constante do item 1 do Artigo 1 da Convenção nº 151, abrange tanto os empregados públicos, ingressos na Administração Pública mediante concurso público, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, quanto os servidores públicos no plano federal, regidos pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e os servidores públicos nos âmbitos estadual e municipal, regidos pela legislação específica de cada um desses entes federativos; e II - consideram-se "organizações de trabalhadores" abrangidas pela Convenção apenas as organizações constituídas nos termos do art. 8º da Constituição.

nesse último âmbito. E, a utilização de tais instrumentos, sob a égide de uma ordem constitucional de base principiológica, traz conseqüências que não podem ser desconsideradas

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Valdés Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001;

AUBY, Jean-Marie. *Droit Administratif*; Paris: Dalloz, 1986 ;

BACELLAR FILHO, Romeu Filipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2005;

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996,

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2000

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

CORREIRA, Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra: Almedina, 1987.

DUGUIT, Leon. *Les Transformations du Droit Public*, Paris: Armand Colin, 1913.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusettes: Harvard University Press.

ERHARDT Cavalcante, Ana Carolina *Greve no Setor Público e o princípio da supremacia do interesse público sobre o coletivo*. Recife: Nossa Editora, 2008.

FERNANDES, Francisco Liberal. A Greve na função pública e nos serviços essenciais, Boletim da Faculdade de Direito, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, n. 2, p. 57-106, 1993.

GOMES CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2004.

LOMBA, Pedro. Problemas da actividade administrativa informal, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*: Coimbra, v. 41, n. 2, p. 817-866, 2000.

MAYER, Oto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tradução Heredia Horacio e Krotoschin Ernesto. Tomo II, Buenos Aires: Depalma, 1982 ;

MENDES, Gilmar Ferreira *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000;

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra: Coimbra.

MOURA, Paulo Veiga. *A privatização da função pública*, Coimbra: Coimbra, 2004;

NABAIS, Casalta. Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional português. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. LXV, p.61-120, 1989;

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OIT. Liberdade Sindical: *Recompilação de Decisões e Princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. Brasília, OIT, 1997.

ORTEGA, Luis Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relacion de empleo público. *Revista española de Derecho Administrativo*; Espanha, n. 26, p. 423-432,1980.

OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo. Enquadramento Dogmático Constitucional*. Lisboa: Lex,1995;

PAREJO ALFONSO, JIMÉNEZ-BLANCO E L.ORTEGA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona: Ariel, 1994.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Dias. *Em Busca do Ato Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais ( Teoria Geral )*. Coimbra: Coimbra, 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*, Curitiba: Juruá, 2006.

SALAH, Tabrizi Bem. *Droit de la fonction publique*, Paris: Masson, 1992.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, v.I, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000.

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

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. A Imparcialidade da Administração como Princípio Constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. L, Coimbra: Coimbra, 1994..

\_\_\_\_\_ *Os Direitos Fundamentais na Constituição*. Coimbra: Almedina, 2004.



RECEBIDO EM: 06/08/2015

APROVADO EM: 09/09/2015

# **CELERIDADE E URGÊNCIA: DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, FILTROS RECURSAIS**

*SPEED AND URGENCY. REASONABLE DURATION OF THE  
PROCESS. APPELLATE FILTERS*

*Cristiane Rodrigues Iwakura  
Procuradora Federal*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A celeridade do procedimento no Direito Internacional e Europeu; 2 Cômputo da Duração Razoável do Processo; 3 Filtros Recursais; 3.1 Sistema Recursal no direito estrangeiro: Alemanha, Chile e Espanha; 3.2 Filtros recursais no ordenamento processual brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo traz uma breve explanação sobre a celeridade e urgência no ordenamento brasileiro e sua correlação com outras garantias processuais, sem as quais não haveria efetivamente uma melhoria da prestação jurisdicional. Dentro desse contexto, analisa-se criticamente ao final, um dos mecanismos desenvolvidos para a celeridade na tramitação processual perante os tribunais, qual seja, o dos filtros recursais, destacando-se o seu comprometimento ou não com as garantias constitucionais e de que forma estão repercutindo na prática jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Celeridade. Urgência. Duração Razoável do Processo. Filtros Recursais. Garantias Processuais.

**ABSTRACT:** This article provides a brief explanation of the speed and urgency in the Brazilian legal system and its correlation with other procedural guarantees, without which there would not effectively improved adjudication. In this context, at the end, we analyze critically, one of the mechanisms developed for speed in the procedure by the courts, namely, that the appellate filters, highlighting its commitment or not with the constitutional guarantees, and how are they unfolding in legal practice.

**KEYWORDS:** Speed. Urgency. Reasonable Duration of the Process. Remedial Filters. Procedural Safeguards.

## INTRODUÇÃO

A lentidão da justiça reflete um grave problema qualitativo da prestação jurisdicional brasileira. Todavia, para que haja uma melhoria qualitativa na prestação jurisdicional, não basta que se busque “cegamente” a celeridade, desconsiderando-se outros aspectos importantes relativos às garantias processuais constitucionalmente estabelecidas.

A previsão do inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo a qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”<sup>1</sup> não representa uma garantia constitucional excludente das demais. A celeridade deve ser somada às demais garantias, de forma harmônica e consistente.

Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>2</sup>, “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material” e, no que diz respeito à harmonização das garantias processuais destaca que “a celeridade é apenas mais uma das garantias que compõem a ideia de devido processo legal, não a única. A morosidade excessiva não pode servir de desculpa para o sacrifício de valores também fundamentais, pois ligados à segurança do processo”.

Não raro, observa-se na prática que, em nome da celeridade e urgência, várias garantias têm sido mitigadas comprometendo de maneira grave a qualidade das prestações jurisdicionais.

A exemplo disto, pode-se aventar a concessão de liminares judiciais inaudita altera pars sobre situações que não configuram exatamente a urgência delineada em lei, com um sério comprometimento das garantias do contraditório e ampla defesa.

Aparentemente, o advento da celeridade e efetividade como garantias “de primeira ordem” criou uma indevida hierarquização na prática, colocando as demais garantias processuais num segundo plano.

Assim, no caso acima exemplificado, se o julgador não tiver o devido cuidado, acabará concedendo a maioria das liminares em situações

1 Art. 5º, inciso LXXVIII da CRFB de 1988 incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

2 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007. p. 49.

de aparente urgência sem a oitiva da parte contrária, pensando que está agindo corretamente na medida em que a celeridade se sobreporia ao contraditório e ampla defesa.

Como visto, não é bem assim, a celeridade deve ser somada às demais garantias, e realizada na medida em que todas se revelem devidamente concretizadas, consideradas é claro, as peculiaridades de cada caso concreto.

Desta sorte, para que haja uma concessão de liminar sem a oitiva da parte contrária, a urgência deve ser tamanha a ponto de inviabilizar o contraditório num intervalo de tempo razoável que possa efetivamente comprometer o bem tutelado; em outras palavras, o dano possivelmente causado deve ser praticamente imediato.

Portanto, a busca incessante da celeridade sem a observância de outras garantias, igualmente relevantes para o processo, não gerará a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, podendo até gerar novos conflitos e efeitos indesejáveis que se voltarão contra o próprio sistema judicial, com a geração reflexa de lentidão e tumulto processual em momento posterior.

Todavia, como se verá adiante, alguns mecanismos processuais têm sido bastante invocados e referenciados positivamente na busca pela duração razoável do processo como é o caso da adoção de filtros recursais, razão pela qual faz-se uma breve exposição a seu respeito ao final do presente estudo.

## **1 A CELERIDADE DO PROCEDIMENTO NO DIREITO INTERNACIONAL E EUROPEU**

A exigência da celeridade no direito internacional e europeu está prevista no Pacto e na Convenção de Direitos Humanos “de maneira obsessiva” nas palavras de Serge Guinchard<sup>3</sup>, o que se extrai a partir da leitura dos artigos 14 §1 do Pacto, 6 §1 da Convenção EDH e 47 al. 2 da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia.

Segundo Serge Guinchard, os critérios de razoável duração podem ser elencados da seguinte forma<sup>4</sup>:

---

3 GUINCHARD, Serge et alii. *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 973-1003.

4 GUINCHARD et alii, op. cit., p. 973-1003.

A) apreciação de acordo com as circunstâncias da causa, com observância dos critérios estabelecidos pela jurisprudência da Corte Europeia de DH's, em particular com a complexidade das questões, o comportamento das partes e autoridades competentes.

B) apreciação global e em concreto: Combinam-se estes dois critérios da seguinte forma: a global indica a duração razoável do processo em todas as instâncias do processo; a em concreto em função das circunstâncias particulares de cada caso, com possibilidade de balizamentos e harmonização dos prazos pela Corte, que deverá zelar pela boa administração da justiça mantendo-se uma situação de equilíbrio entre os Estados envolvidos.

C) natureza do litígio para os interessados:

C.1) pode ser uma questão financeira, ou uma questão humana: para um portador do vírus da AIDS transmitida por transfusão sanguínea, a peculiaridade do caso justificaria uma rápida indenização. Da mesma forma, a celeridade se faz ainda mais necessária nos casos em que os litigantes são portadores de outras doenças graves com rápido avanço, idade bastante avançada, ou em situação de miserabilidade sem condições de auto-sustento.

C.2) a questão da celeridade também passa pela escolha do procedimento judicial pelo litigante – com o dever de o juízo prover uma resposta rápida às partes, devendo haver responsabilização do Estado para injustificável demora nos provimentos sem apreciação da causa – por exemplo, um juízo que demore mais de 10 anos para se declarar incompetente para o julgamento de uma causa ou uma demora de 17 anos e 6 meses para agir numa injunção de pagamento (que é um procedimento rápido - Quando o pagamento poderia ser resolvido amigavelmente (após recuperação e implementação continua), quer se trate de uma dívida civil ou comercial, um credor pode obrigar o devedor a cumprir os seus compromissos através de um procedimento judicial rápido: a injunção de pagamento).

C.3) a natureza do litígio que se prolonga no tempo – como por exemplo: o direito à uma remuneração, prestações continuadas em geral. Ou o pagamento de multas punitivas em razão do descumprimento de um contrato, ou matérias relacionadas à educação, direitos trabalhistas em geral. Assim registram-se casos - a CEDH em 1990 condenou a Alemanha por demorar 9 anos para julgar um processo em que se

discutia uma suspensão salarial e, em 1991, condenou a Itália por ter demorado 9 anos e 9 meses para reconhecer o direito à uma qualificação profissional.

C.4) A garantia da duração razoável é por vezes utilizada para a punição de um Estado sem abordar a questão de fundo. Assim, a França foi condenada pela CEDH não por cometer o crime de tortura, mas por não julgar rapidamente casos envolvendo tortura e maus tratos.

D) A complexidade da causa – vai ser apreciada de acordo com os elementos de fatos e de direito. Assim, por exemplo, não se justifica a demora provocada por uma alegação de complexidade com intuito procrastinatório, o que ocorre por vezes em casos de litígios entre particulares e empresas com dificuldades econômicas, que alegam precisar de tempo para passar por um período de estagnação e assim resolver as questões dos particulares num intervalo de tempo muito longo.

E) O comportamento das autoridades nacionais:

E.1) O comportamento dos juízes – incumbe ao Estado a obrigação de organizar um sistema judiciário capaz de prover julgamentos dentro de uma razoável duração do processo – em 1978 a CEDH considerou que o juiz poderia adiar medidas de instrução e levar logo o processo a julgamento – em 1993 a CEDH pronunciou-se no sentido de que o Code de Procédure Civile deixou para as partes a iniciativa da conduta de instância, que consiste na obrigação de produzir suas alegações necessárias para o julgamento, e ao juiz, a faculdade (ou dever) de monitorar o bom desenvolvimento da instância, impedindo qualquer ato procrastinatório ou que venha a comprometer a regular marcha processual. Restaria assim, à Corte, fazer este controle da celeridade processual em âmbito internacional, responsabilizando os Estados que não observarem a razoável duração do processo. A demora no julgamento deve ser ponderada de acordo com o caso concreto, devendo o Estado ser responsabilizado quando observada desídia, falta de diligência por parte do julgador, sendo justificável apenas a demora em casos de julgamentos sobre questões de maior complexidade, que demandem realmente uma apuração mais pormenorizada por parte do juiz.

E.2) O comportamento dos auxiliares da justiça – Registra-se que a França foi condenada pela morosidade ocasionada por um administrador

em um processo falimentar que não praticou nenhum ato entre 1982 e 1992, e, pela mesma razão, Portugal foi condenado pela demora para um registro ser juntado aos autos em uma ação de inventário. Para a CEDH o Estado tem a obrigação de olvidar ações para evitar a inatividade prolongada no processo.

E.3) O conjunto das administrações dos Estados para a execução de um julgado estrangeiro – Em uma ação de pensão alimentar, o interessado provocou a CEDH para que dois Estados fossem condenados – a França e a Romênia – pela demora de 9 anos para o cumprimento da decisão judicial.

E.4) A atitude das autoridades estatais dentro da organização e o funcionamento da justiça – para a CEDH a falta de recursos não é justificativa para a ausência de meios jurídicos e judiciários que satisfaçam a razoável duração do processo. Registra-se que a Espanha, após ser condenada pela Corte nos anos 90, lançou uma lei criando 1600 cargos de juízes em 3 anos e reorganizando a competência territorial das jurisdições.

F) O comportamento das partes – os artigos 2º e 3º do CPC francês confiam às partes, sob o controle do juiz, o dever de dirigir a instância.

## **2 CÔMPUTO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

A garantia da duração razoável do Processo hodiernamente revela-se uma tarefa árdua, tendo em vista que a sua concretização envolve uma série de condições ideais raramente encontradas na realidade processual brasileira.

A duração razoável do processo envolve além da questão temporal, questões de ordem organizacional, legislativa e procedimental.

Quanto ao aspecto temporal, pode-se dizer que a simples obediência dos prazos legalmente estabelecidos não seria suficiente para que a realização da duração razoável do processo, tendo em vista a infinidade de atos processuais potencialmente praticados ao longo de sua tramitação, que, sem um gerenciamento adequado, poderiam ocasionar uma exagerada protelação da prestação jurisdicional.

Isto se deve ao fato de o procedimento estabelecido, viabilizar, mesmo que respeitados os prazos legais, um verdadeiro vai-e-vem sobre diligências

e atos processuais praticados, que, além de burocráticos e desnecessários na maior parte das situações, fogem ao controle dos magistrados, tendo em vista o grande número de demandas existentes pendentes de julgamento.

Neste ensejo, levanta-se a segunda questão relacionada à duração razoável, sendo esta consistente na estrutura organizacional dos órgãos de prestação jurisdicional. Sem organização não há se falar em boa prestação.

A qualidade dos serviços, não só no campo jurisdicional, mas em qualquer área empresarial e social, depende da infraestrutura disponível para o seu desempenho. E aqui falamos de pessoal (número de profissionais habilitados, capacitação técnica, divisão ideal de funções, especialização em áreas), instalações (situação geográfica, tamanho, manutenção adequada, acessibilidade), orçamento (para dar continuidade sem interrupções do serviço com adequada alocação de recursos) e medidas de contenção e filtragem das demandas potenciais (filtros recursais, meios alternativos de solução de conflitos, acesso à informação e educação).

Portanto, mesmo que haja um magistrado capacitado, que mantenha um bom gerenciamento do processo coibindo dilações desnecessárias e atos processuais meramente protelatórios (como visto na primeira questão), se não houver uma adequada estrutura organizacional, este controle não poderá ser feito a contento, com maiores possibilidades de omissões e erros, comprometendo assim, a qualidade da prestação jurisdicional.

Dá a necessidade das últimas questões citadas, quais sejam, a legislativa e procedimental estarem em perfeito compasso com a estrutura organizacional, pois só através de mudanças na lei, seja pela criação de órgãos descentralizados, novas instalações, e realocação de recursos, poderão ser estabelecidas as ferramentas necessárias para a manutenção do equilíbrio entre a demanda e a qualidade da prestação jurisdicional disponibilizada.

No tocante ao procedimento, vale destacar uma medida bastante salutar para a duração razoável do processo consistente na inclusão, no novo CPC brasileiro, de um mecanismo de acordo de procedimentos, já existente na Itália e na França, o qual pressupõe que as partes decidam consensualmente etapas do processo, como a escolha do perito e o prazo para a realização da perícia, a definição dos depoimentos das testemunhas, entre outras<sup>5</sup>.

---

5 Vide matéria na íntegra em: <http://professormedina.com/2011/11/04/novo-cpc-deve-contar-com-o-mecanismo-de-acordo-de-procedimentos>.

No âmbito internacional, em matéria de duração razoável do processo, a CEDH estatuiu expressamente que os Procedimentos Prejudiciais da ex-Corte de Justiça das Comunidades Europeias não fazem parte do cômputo da duração total do processo, e o termo inicial do trâmite processual para tal finalidade vai depender da questão e matéria invocada, podendo englobar procedimento administrativo prévio ou não<sup>6</sup>. O termo final será a prolação de decisão final definitiva e irrevogável, tal como o nosso sistema processual brasileiro.

### 3 FILTROS RECURSAIS

Uma das alternativas encontradas no sistema processual brasileiro para a mitigação dos problemas relacionados com a duração razoável do processo reside na implantação de filtros recursais, com especial direcionamento para a lentidão da tramitação processual nos tribunais superiores.

Ao lado disso, outros mecanismos despontam como possível solução para a contenção de demandas nos tribunais, como a institucionalização da ideia da mediação e conciliação prévias e obrigatórias para a propositura de ação judiciária; o fortalecimento da gestão material do julgamento pelo juiz – para uma solução mais rápida e em conformidade com a verdade dos fatos; o fortalecimento da primeira instância com a extensão da competência do juiz singular; a extensão da proteção jurisdicional em caso de violação do direito de ser ouvido perante o tribunal e do direito ao contraditório, e, por fim, a evolução do direito de recurso para introdução de um limite mínimo de 600 euros para admissibilidade do recurso ao lado de uma apelação sujeita a autorização de juízes de primeira instância no caso de questão de princípio gerado pelo caso.

#### 3.1 Sistema Recursal no direito estrangeiro: Alemanha, Chile e Espanha

Em matéria recursal, vale destacar primeiramente que o direito alemão, o art. 522 alínea 2 do ZPO permite expressamente que a corte rejeite a apelação sem debates orais prévios, à unanimidade, se a corte entender que a apelação não irá prosperar, passando a ser uma instância que apenas controla eventuais erros dos julgadores de primeira instância.

Pablo Bravo-Hurtado em obra sobre os Recursos perante as Cortes Supremas assevera que o Chile, desde 1990, está levando a cabo um movimento de modernização processual, pois anteriormente era inspirado

---

6 GUINCHARD et alii, op. cit., p. 973-1003.

no modelo *ordo-iudiciarius* canônico. Destarte, em 1995, começou a reforma com a especialização das Turmas da Corte Suprema e a criação de uma Academia Judicial para a formação de magistrados. Tradicionalmente, a Corte Chilena era uma Corte de Cassação Francesa que só tratava de questões de direito. Mas acabava atuando mais como uma Corte de Revisão Alemã, pois além de anular a sentença, também proferia uma nova sentença<sup>7</sup>.

Para o autor, as reformas chilenas reduziram dramaticamente as hipóteses de recorribilidade, a ponto de gerar críticas por acadêmicos e juízes no sentido de que não haveria mais a possibilidade de um controle efetivo das decisões dos juízes de primeiro grau. Isto teria o levado a realizar um assunto, dividido em 5 partes, quais sejam:

1) Dificuldades e generalizações que qualquer exercício de direito comparado necessita. A expressão recurso de última instância seria a mais uniforme entre os países estrangeiros;

2) Objetivos dos recursos perante a Corte Suprema e as tradições da civil e common law para a regulação do acesso recursal. O objetivo seria a proteção do direito à igualdade e o amplo acesso à justiça. A uniformidade é perquirida em ambos sistemas<sup>8</sup>;

Diferenças e semelhanças entre os sistemas da civil e common law<sup>9</sup>;

Vantagens e desvantagens dos sistemas da civil e common law<sup>10</sup>;

---

7 HURTADO, Pablo Bravo. Recursos ante las Cortes Supremas en el civil law y en el common law: dos vías a la uniformidad. In: *International Journal of Procedural Law*, v. 2, Antwerp: ed. Intersentia, 2012. p. 323-339.

8 Neste ponto Pablo Bravo-Hurtado apresenta interessantes estatísticas, demonstrando que o número de recursos apresentados e conhecidos na *civil law* é bem mais expressivo, sendo em torno de 80% Itália e 90% França, ao passo que na *common law* este fenômeno não se repete, representando em torno de 25% na Inglaterra (House of Lords), 14% no Canadá e 1% na Corte Suprema dos Estados Unidos da América.

9 Para Pablo Bravo-Hurtado a *civil law* funciona como uma grande fábrica, que revisa uma grande quantidade de casos, de forma superficial, fundamentações menos extensas. Já a *common law*, funciona como um pequeno comitê acadêmico, com número reduzido mas maior profundidade, fundamentações mais extensas.

10 A respeito das vantagens e desvantagens vale destacar que, segundo o autor, o sistema da *civil law* seria bom no sentido de que abarca um número maior de decisões, então quantitativamente exerce um melhor controle das decisões dos juízes de primeiro grau. Todavia, este sistema proporcionaria por outro lado, a perda do controle sobre a uniformidade das decisões dos tribunais superiores, em razão do grande número de decisões geradas. E, a *common law*, por isso mesmo, possuiria maior consistência interna, no que tange às decisões de última instância. Mas, numericamente, o controle das decisões de primeiro grau é bem mais deficiente, já que não abarcaria numericamente uma quantidade suficiente de sentenças.

Grau de confiança nos magistrados, para que se verifique qual sistema seria mais adequado<sup>11</sup>.

O sistema recursal espanhol, por sua vez, como retratam Marc Carrillo e Roberto Romboli, passou por profunda reforma do recurso de amparo, em 2007. Segundo os autores, as mudanças mais significativas foram:

- 1) juízo de admissibilidade recursal para conferir ao recurso um caráter essencialmente objetivo, devendo o demandante demonstrar no recurso de amparo a existência de questão com especial transcendência constitucional.
- 2) ampliação das hipóteses de incidentes de nulidade.
- 3) modificação da auto questão ou questão interna de inconstitucionalidade.

Segundo Marc Carrillo e Roberto Romboli o recurso de amparo é decorrente da transição do regime ditatorial, regime franquista, que deu origem à composição dos tribunais na Espanha. Daí a preocupação em se garantir um recurso para se fazer inserir valores e princípios democráticos nas decisões.

### 3.2 Filtros recursais no ordenamento processual brasileiro

Com o advento da Medida Provisória n. 2.226/01 foi introduzida no texto da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) a norma prevista no art. 896-A que acrescentou mais um requisito de admissibilidade recursal ao instituto do recurso de revista, objetivando diminuir o número de demandas represadas perante o Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Destarte, para a admissibilidade do recurso de revista, passou-se a exigir, além do atendimento dos requisitos de admissibilidade preexistentes, fosse realizada a demonstração, em cada recurso, acerca da “transcendência” específica da questão discutida, sendo esta oriunda de reflexos de natureza econômica, política, social ou jurídica

---

11 Segundo o autor, o sistema da *civil law* tenderia a ser adotado pelos países com menor cultura de confiança nos magistrados.

Em igual direção, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 trouxe consigo, com a finalidade de solucionar problemas referentes à “crise do Poder Judiciário”, uma série de mudanças em matéria processual.

Neste ensejo a referida Emenda Constitucional consagrou a Sumula Vinculante e a Arguição de Repercussão Geral como novos pressupostos de admissibilidade do recurso extraordinário, com regulamentação infraconstitucional prevista nos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil brasileiro (CPC)

A partir de então, em sede de recurso extraordinário, o recorrente passou a ter que demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, como preliminar (art. 543-A, § 2º CPC) e condição para o Tribunal possa examinar a admissão do recurso.

Por questões de economia procedimental, o art. 323 do RISTF determinou que a análise da repercussão geral só deverá ser procedida após esgotada a verificação de atendimento de todos os demais pressupostos recursais.

Nos termos dos artigos n. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil brasileiro, a repercussão geral das questões constitucionais discutidas se definiria a espelho da transcendência, por critérios de interesse público fragmentado em subespécies variando de acordo com a natureza da questão: jurídica, social, política ou econômica (art. 543, §1º CPC e art. 322, alterado pela Emenda Regimental n. 21/07 do RISTF).

E é a partir destes conceitos, de natureza indeterminada e aberta, que surgem inúmeras discussões a respeito da discricionariedade conferida ao Tribunal para aferir ou não a admissibilidade do recurso extraordinário.

Em meio a isto, também repercutiram no cenário jurídico questionamentos sobre outras formas de agilizar os julgamentos adotada pelos Tribunais, tais como a criação no Supremo Tribunal Federal de um Plenário Virtual capaz de apurar as votações simultâneas e eletrônica dos ministros quanto ao requisito da Repercussão Geral, que, mediante a afirmação de sua existência por quatro votos, dispensa a remessa do recurso ao Plenário.

O que chama a atenção neste ponto é que a desobediência do prazo estabelecido no RISTF para a votação eletrônica sobre a Repercussão

Geral faz presumir a sua existência. E a dispensa de fundamentação dos votos na apuração eletrônica dos julgados acaba por trazer sérios riscos para a legitimidade das decisões proferidas, ainda mais por se tratar de decisão irrecorrível nos termos do art. 326 do RISTF.

Com isto, evidencia-se que tanto o CPC quanto o RITSF ampliaram consideravelmente os poderes dos Presidentes dos Tribunais estaduais e federais, dando a eles a possibilidade de sobrestar o processamento de recursos com matérias idênticas as já submetidas ao STF, ainda não definidas, bem como de considerar prejudicados todos os recursos versando sobre matéria em que o STF entendeu ausente a repercussão geral (art. 543-B CPC).

Historicamente, vale lembrar que por meio da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, o STF já havia adquirido competência para indicar, no seu Regimento Interno, as causas a serem julgadas em grau de recurso extraordinário por negativa de vigência de tratado ou lei federal (1) ou, ainda, por dissídio jurisprudencial (2); podendo assim limitar sua atenção ao julgamento de causas que considerava relevantes devido à sua natureza, espécie ou valor pecuniário; diminuindo, em tese, o volume de demanda a que estava submetido.

Dessa forma, desde aquele período, o critério da relevância já vinha atuando como elemento positivo sobre o juízo de admissibilidade recursal, ou seja, as matérias que não se enquadravam no perfil traçado como relevantes, a priori seriam prontamente excluídas da apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sendo certo que prova em sentido contrário deveria ser conduzida de maneira árdua, por meios argumentativos, levada a julgamento à parte, secreto e desprovido de qualquer motivação, culminando mais uma vez numa quebra de legitimidade em nome de um interesse público.

Fato é que as reclamações em torno do acúmulo de demandas e de trabalho persistiram mesmo após a adoção da arguição de relevância como requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário.

Para muitos doutrinadores, como Calmon de Passos<sup>12</sup>, onde não há possibilidade de recurso, não há observância do devido Processo Legal, uma vez que o mecanismo recursal protege os destinatários da prestação

---

12 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Da arguição de relevância no recurso extraordinário. *Revista Forense*, a. 73. v. 259. set./1977. Rio de Janeiro: Forense.

jurisdicional de erros no curso do processo e, por isso mesmo, representaria condição essencial para a manutenção da legitimidade das decisões judiciais.

#### 4 CONCLUSÃO

A partir do exposto, restou evidente a necessidade de coexistência entre a celeridade e outras garantias constitucionais para que haja efetivamente uma melhoria na prestação jurisdicional.

Fica claro que um processo puramente célere, descomprometido com outros princípios processuais, pode acarretar um encerramento do conflito ilusório, na medida em que uma solução precipitada sem que haja o devido processo legal e contraditório participativo, certamente não será aquela desejada pelas partes, portanto, inábil para dar fim ao conflito de maneira definitiva e satisfatória.

As experiências de países estrangeiros relatadas ao longo do presente trabalho demonstram que a preocupação sobre a duração razoável do processo é geral, sobretudo em sistemas da common law, e também perante os tribunais internacionais. Nesse contexto, observa-se além da adoção de mecanismos aptos a promoverem a celeridade, uma constante inserção das partes como agentes colaboradores e co-gerenciadores do processo.

Todavia, no cenário internacional também se nota uma grande preocupação de se satisfazer a celeridade sem que haja comprometimento de outras garantias fundamentais, de modo que sejam mantidos princípios e valores democráticos na construção das decisões judiciais.

Em meio a isto, no nosso ordenamento destacou-se a inserção de filtros recursais como um dos meios para se atingir a celeridade na tramitação processual perante os tribunais superiores.

A partir de uma breve explanação histórica sobre a adoção de tais mecanismos, pode-se concluir que, na prática, os efeitos limitadores dos recursos além de transgredirem, sob alguns aspectos, valiosos princípios e garantias processuais (com destaque para o devido processo legal), ao mesmo tempo não se demonstram aptos para a contenção eficaz do número de demandas levadas ao conhecimento dos tribunais por três razões: 1) redução da legitimidade das decisões judiciais; 2) generalização excessiva das questões julgadas “em bloco” sem uma finalização satisfatória dos conflitos; 3) geração de novos recursos para questionamentos de ordem procedimental, uma vez tolhida inadequadamente a análise de mérito em sede recursal.

**REFERÊNCIAS**

AFONSO, José da Silva. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: RT, 1963.

ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

BAPTISTA, N. Doreste. *Da argüição de relevância no recurso extraordinário: comentários à Emenda Regimental n. 3, de 12-6-1975, do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo da admissibilidade e juízo de mérito no julgamento do recurso especial. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2007.

HURTADO, Pablo Bravo. Recursos ante las Cortes Supremas en el civil law y en el common law: dos vías a la uniformidad. In: *International Journal of Procedural Law*, v. 2, Antwerp: ed. Intersentia, 2012.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Da argüição de relevância no recurso extraordinário. *Revista Forense*, a. 73. v. 259. set./1977. Rio de Janeiro: Forense.

CAPONI, Remo. La riforma dei mezzi d'impugnazione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXVI, n.4, Milano: ed. Giuffrè, 2012.

CARRILLO, Marc; ROMBOLI, Roberto. *La reforma del recurso de amparo*. Madrid; ed. Fundacion Coloquio Juridico Europeo, 2012.

DINAMARCO, Pedro da Silva (coord.). *Linhas mestras do Processo Civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAND, Frédérique. La restriction du champ de l'appel: les précieux enseignements du droit allemand. In: *Justices et droit du procès – Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard. Dalloz: Paris, 2010.

FOLLIERI, Enrico. Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ano XXIV, fasc. 2, jun./2006, Milano: ed. Giuffrè.

GOISIS, Francesco. Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ano XXIV, fasc. 1, mar./2006, Milano: ed. Giuffrè.

GRECO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, jul./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Processo Civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUINCHARD, Serge. *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*. Paris: Dalloz, 6. ed. 2011, p. 973-1003; 1250-1264;

LONGOBARDI, Nino. Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Amministrativo*, ano XXIII, fasc. 1, mar./2005, Milano: ed. Giuffrè, p. 52/74.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES LEAL, Victor. O requisito da relevância para redução dos encargos do Supremo Tribunal. *Revista de direito processual civil*, São Paulo, v. VI.

SARTÓRIO, Elvio Ferreira. JORGE, Flávio Cheim. O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JR., Luiz Manoel; FISCHER, Octavio Campos; FERREIRA, Willian Santos (coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Recurso Extraordinário: modificações, perspectivas e propostas*. In: RIBEIRO COSTA, Hélio Rubens Batista; REZENDE RIBEIRO, José Horácio Halfeld.

RECEBIDO EM: 06/10/2015

APROVADO EM: 18/11/2015

# A PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA SOB AS LENTES DA BIOPOLÍTICA

*THE BRAZILIAN SOCIAL SECURITY ANALYSED BY THE BIOPOLITICS FOCUS*

*Fernando Laércio Alves da Silva<sup>1\*</sup>*

*Gil César de Carvalho Lemos Morato<sup>2\*\*</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 O sistema de seguridade e a previdência social no discurso jurídico oficial brasileiro; 1.1 A seguridade social como mecanismo de concretização de direitos sociais no discurso jurídico; 1.2 O papel da previdência social; 2 A reforma previdenciária brasileira: breves análises; 3 A previdência social brasileira sob a perspectiva da biopolítica Foucaultiana; 3.1 A ingovernabilidade; 4 Conclusão; Referências.

1 \* Doutorando em Direito Processual pela PUCMINAS. Mestre em Direito pela FDC. Professor Adjunto da UFV. Advogado. Bolsista CAPES.

2 \*\* Mestrando em Direito Processual pela PUCMINAS. Especialista em Ciências Penais pela PUCMINAS. Professor da Faculdade Pitágoras e da FASEH - Vespasiano.

**RESUMO:** Sob influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal Brasileira de 1988 estruturou o sistema de previdência social como instrumento de concretização de direitos sociais. Poucos anos depois, o Estado brasileiro iniciou um processo de reformas previdenciárias, ainda em andamento, fundamentadas na suposta necessidade de adequação da previdência às condições econômicas nacionais. Nesse contexto, o presente trabalho analisa, a partir da perspectiva foucaultiana, os elementos biopolíticos ocultos no discurso economicista que fundamenta a reforma previdenciária brasileira, na tentativa de desvelá-la e, conseqüentemente, fomentar uma efetiva pauta de reforma previdenciária, voltada não às exigências de austeridade do mercado financeiro, mas sim à concretização da rede de proteção de direitos sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Previdência Social. Reforma Previdenciária. Biopolítica.

**ABSTRACT:** Under the influence of the Universal Declaration of Human Rights, the Brazilian Federal Constitution of 1988 has structured the social security system as an instrument of realization of social rights. A few years later, the Brazilian Government started a process of social security reform, still in progress, based on the alleged need for adequacy of social security to national economic conditions. In this context, the present work analyzes, from the Foucault's perspective, the biopolitical elements hidden in economic speech who justifies the Brazilian social security reform, in an attempt to unveil it and, consequently, promote an effective social security reform agenda, focused not on austerity demands of financial market, but rather the implementation of social rights protection network.

**KEYWORDS:** Social Security. Social Security Reform. Biopolitics.

## 1 O SISTEMA DE SEGURIDADE E A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO DISCURSO JURÍDICO BRASILEIRO

O estudo sistemático do sistema de seguridade social embasado nos mais diversos autores da seara jurídica, seja em direito previdenciário, direito constitucional ou direitos humanos, leva à conclusão de ser pacífico, ao menos entre esses juristas, tanto a origem como os fundamentos da seguridade social a partir da perspectiva dos direitos sociais, isto é, como conquistas sociais em direitos humanos que impuseram ao Estado um rol de obrigações positivas destinadas à proteção social das pessoas carentes e dos trabalhadores em geral, providenciando, assim, a manutenção de um patamar mínimo de vida<sup>3</sup>.

Sem dúvida, este é o ponto nevrálgico, a pedra angular, por assim dizer, de todo o discurso jurídico que se desenvolveu no Brasil sobre a seguridade social, seus compromissos e sua estruturação, especialmente a partir do texto da Constituição Federal de 1988.

### 1.1 A seguridade social como mecanismo de concretização de direitos sociais no discurso jurídico

Não obstante se encontrarem ainda na Grécia antiga alguns institutos que bem poderiam ser considerados germens ou antepassados históricos daqueles atualmente integrantes da seguridade social – e, principalmente, da previdência social<sup>4</sup> – a maioria dos previdenciaristas, atribui a Otto Von Bismarck, na Alemanha de 1883, o nascedouro do modelo contemporâneo de seguridade e de previdência social<sup>5</sup>.

De fato, foi ele o responsável pela criação, de uma série de seguros sociais, a dizer, o seguro-doença, instituído em 1883 e destinado aos operários da indústria e do comércio, o seguro acidente de trabalho, em 1884, e, por fim, o seguro contra a velhice e a invalidez, em 1889<sup>6</sup>.

A partir desse modelo, a estruturação de sistemas de amparo à população carente passou a figurar na agenda de compromissos dos

3 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 06.

4 BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. *Previdência rural: inclusão social*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 18.

5 OLIVEIRA, Patrícia Evangelista de. *As reformas previdenciárias dos servidores públicos*. 2006. 163 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p. 23.

6 TISUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 05.

Estados e, desde 1917, com a edição da Constituição Mexicana, essa preocupação passa a contar, inclusive com status constitucional.<sup>7</sup> Em 1948, já no segundo pós-guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos traz, em seu art. 22, a compreensão de que “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”. Tal fato se mostra particularmente emblemático, pois demarca o reconhecimento da seguridade social como mecanismo para concretização dos direitos sociais do indivíduo e destes como direitos humanos de segunda dimensão.

Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim:

À época da elaboração da Declaração Universal, os representantes indicados, com acerto, compreenderam a importância evolutiva no reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos, fazendo questão de incluí-los na Declaração. Ainda que esta tenha natureza, a priori, de *soft law*, é fato ter se transformado em um parâmetro ético na atuação internacional, sendo usada até mesmo como referência em diversos tratados internacionais.<sup>8</sup>

Mas o que teria motivado esses representantes indicados para a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos a reconhecer os direitos sociais como direitos humanos? E qual a implicação desse reconhecimento, no discurso jurídico, para os Estados, entre os quais, o Brasil?

Eduardo Brol Sitta defende que os direitos sociais teriam sido reconhecidos como direitos humanos – ou fundamentais, na terminologia do autor citado – como resultado de “movimentos reivindicatórios em um período de graves problemas sociais e econômicos”, configurando,

---

7 A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a tratar da Ordem Social, seguida da Constituição de Weimar, de 1919 e, a partir da década de 30 do Século XX, tal previsão passou a figurar na maioria das Constituições escritas dos Estados ocidentais.

8 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 78.

portanto, “direitos prestacionais que englobam os direitos que permitem ao indivíduo exigir do Estado melhores condições de vida”.<sup>9 10</sup>

Portanto, quando da elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal como, em âmbito interno, da elaboração das Constituições Mexicana e Alemã da segunda década do Século XX, o reconhecimento da relevância dos direitos sociais, germinados por obra da ideologia e reflexão antiliberal do Séc. XX<sup>11</sup> decorrerá da vitória dos movimentos sociais e da bandeira de que apenas as garantias negativas – primeira geração dos direitos humanos – não se mostravam suficientes.

A partir de então, o Estado passa a ser visto, não apenas como sujeito passivo de um dever de não fazer contra o indivíduo, isto é, limitado em suas políticas pelos direitos de liberdade individual, mas também como vinculado a uma obrigação positiva em relação ao mesmo indivíduo, a qual, sustentada no princípio da igualdade, se volta à adoção de medidas destinadas à inclusão social dos indivíduos que, por si próprios, não tem condição de alcançá-la. A sua concreção, como bem apresenta Évanes Soares Júnior, “interessa à luz do enfoque comunitário, como valores sobranceiros que a todos quadra proteger” e, por outro lado, a sua inobservância “não vulnera apenas a pessoa, mas a coletividade, que se vê privada do núcleo dos direitos humanos e da cidadania, numa perspectiva caótica pela qual descem a ralo as conquistas civilizatórias e a própria legitimidade do ordenamento jurídico”.<sup>12</sup>

9 SITTA, Eduardo Brol. O direito previdenciário no neoconstitucionalismo e no neoprocessualismo: a necessidade de precedentes vinculativos no processo previdenciário. *Revista de Previdência Social*, Ano XXXV, n. 368, São Paulo: LTr, jul. 2011. p. 657.

10 No mesmo sentido, Daniel Lima Ribeiro diz que “os direitos de segunda geração, ou sociais, derivam do movimento da classe trabalhadora, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra e dos pobres, que passam a lutar por condições que lhes assegurassem prerrogativas além da mera liberdade negativa, garantindo-lhes a proteção do trabalho contra o desemprego, as condições mínimas de trabalho, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, a assistência para a invalidez e a velhice, serviços de saúde etc. – todos carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. Em suma, exigências que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente com relação á época do florescimento das doutrinas jusnaturalistas e dos anseios pelas liberdades que compõem os direitos da geração anterior poderia expressar. (RIBEIRO. Daniel Lima. Os Direitos Sociais e o Diálogo Metodológico Multidimensional. A hipótese da Historicidade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 30).

11 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 564.

12 SOARES JÚNIOR, Évanes Amaro. Justiça Distributiva e desigualdade Social: os paradigmas Ecológico-Sistêmico como Elementos da Jurisdição Social. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 59.

Nesse contexto é que se estrutura a seguridade social como conjunto de políticas públicas voltadas à “garantia do efetivo exercício das condições materiais e de existência digna da pessoa humana”, por meio da qual se propicia “à pessoa um padrão digno de vida, destacando-se a proteção contra a fome e a miséria, bem como os direitos à alimentação, vestuário, moradia, saúde, repouso, lazer e educação”.<sup>13</sup>

No Brasil, após um processo evolutivo iniciado com a edição do Decreto nº 4.682/23, a chamada Lei Eloy Chaves<sup>14</sup>, o tratamento da seguridade social como instrumento para concretização dos direitos sociais alcançou seu ápice, no campo normativo, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isso porque, embora inúmeras legislações tenham sido editadas ao longo do Século XX e, desde a Constituição de 1934, as temáticas da previdência social, assistência social e saúde já estivessem inseridas na agenda constitucional, somente em 1988 empreendeu-se tratamento exaustivo ao tema, vinculando de maneira explícita o capítulo da Seguridade Social (Capítulo II do Título VIII) ao rol de direitos sociais previsto em seu art. 6º.

Por sua vez, os artigos 193 e 194 do texto constitucional dispõem, respectivamente, que a ordem social teria como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, e que, para tanto, a seguridade social compreenderia um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Nos moldes de um welfare state, a seguridade social brasileira se estruturaria, de acordo com o legislador constitucional, com o instrumental necessário à satisfação do bem-estar dos nacionais<sup>15</sup>, assegurando de forma plena a concretização da dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>, isto é, a garantia da existência digna a todos, integrante do núcleo substancial do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Marcelo Barroso Lima Brito de Campos:

13 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Humanos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 92.

14 Não obstante a regulação normativa de alguns institutos típicos da seguridade social remontarem às ordenações portuguesas e, no pós-independência, às primeiras leis do Império, é consenso entre os autores de Direito Previdenciário que o tratamento da Seguridade Social como política de Estado tem como marco a Lei Eloy Chaves (Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923).

15 IBRAHIM, op. cit., p. 85.

16 FONSECA, Cláudia de Oliveira. A efetivação dos direitos fundamentais sociais e a dignidade humana. *Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica*. Ano IV, n. 17, Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, abr. 2012. p. 136.

A segurança, em todas as suas expressões, é um anseio da humanidade em busca de condições dignas de vida, sendo este um dos principais fundamentos enunciado pela nossa Lei das Leis (CF, art. 3º, III).

O art. 5º, caput, da CF/88, por sua vez, também assegura a segurança como um direito inviolável do ser humano e, apesar de topográfica e didaticamente estar situado no capítulo dos direitos individuais e coletivos, deve ser interpretado, na verdade, como um direito fundamental do ser humano, significando não só os direitos individuais, mas também toda e qualquer espécie de direitos humanos, inclusive os sociais, eis que, conforme nos ensina Habermas, estes direitos são equiprimordiais, isto é, iguais em importância, e co-originários, ou seja, nascem juntos no mesmo sistema jurídico.

Por isso, a segurança, seja como valor supremo, seja como direito, enfeixa um rol de aspectos que a definem, podendo ser representada por vários aspectos diferentes como a segurança jurídica, a segurança pública, a segurança nacional e a segurança social.

Entre nós brasileiros, a segurança social, em sentido amplo, deve ser entendida como a declaração e a garantia dos direitos sociais (CF, arts. 6º ao 11), dos direitos previdenciários dos servidores públicos e militares (CF, arts. 40 e 42) e também a Ordem Social (CF, arts. 193 a 232).<sup>17</sup>

O cumprimento desse compromisso em um Estado de proporções continentais, população elevada e economia instável, como é o caso do Brasil, demanda números e cifras impressionantes do sistema de seguridade social. Apenas para exemplificar essa demanda, segundo dados oficiais, o Instituto Nacional do Seguro Social, responsável pelo pagamento dos benefícios assistenciais estipulados pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS) e dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) previstos na Lei nº 8.213/91 – excluídos, portanto, os benefícios dos Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores públicos civis e militares (RPPS) – só no mês de junho de 2014, distribuiu cerca de 31,6 milhões de benefícios. Desse total, 27,3 milhões benefícios possuíam natureza previdenciária e 4,3 milhões natureza assistencial<sup>18</sup>.

17 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 58.

18 COSTANZI, Rogério Nagamine. Os Pagamentos de Benefícios da Seguridade Social e a Distribuição Intermunicipal de Renda. *Informe de Previdência Social*, v. 26, n. 08. Brasília: Ministério da Previdência Social, ago. 2014. p. 04.

## 1.2 O papel da previdência social

Das três estruturas que compõem a seguridade social, a previdência social, de longe, é a que comporta as atividades mais abrangentes e complexas. Os números oficiais de benefícios distribuídos pelo INSS em junho de 2014, supracitados por si só já indiciam esse fato. Não bastasse a discrepância no quantitativo de benefícios pagos, deve-se lembrar que enquanto a totalidade dos 4,3 milhões de benefícios assistenciais pagos pelo INSS em junho de 2014 foi estabelecida no importe de um salário mínimo<sup>19</sup>, boa parte dos benefícios de natureza previdenciária pagos no mesmo período foram estabelecidos em valores superiores ao salário mínimo nacional<sup>20</sup>.

Desta feita, se a seguridade social exerce “papel fundamental na proteção da sociedade frente a riscos sociais como desemprego, idade avançada e incapacidade laboral, além de combater ou amenizar a pobreza”, os números indicam que a maior parcela dessa responsabilidade caberia à previdência social.

Enquanto os benefícios assistenciais previstos na LOAS tem por destinatários aquela parcela da população que vive à margem do sistema econômico-social<sup>21</sup>, a previdência social tem público distinto, promovendo – ao menos esse é o discurso oficial – a proteção dos indivíduos economicamente produtivos e seus dependentes em situações temporárias ou permanentes de contingência social que inviabilizem o sustento por

---

19 O benefício de prestação continuada – BPC, previsto no art. 20, I, “e”, da Lei no 8.742/93, pago pelo INSS aos idosos e deficientes incapazes de prover o próprio sustento nos termos da mesma lei, foi fixado em um salário mínimo.

20 Nos termos da Portaria Interministerial MPS/MF no 13, de 09 de janeiro de 2015, o valor mínimo do benefício de natureza previdenciária a ser pago pelo INSS no ano de 2015 é de R\$788,00, exatamente o valor do salário mínimo nacional em 2015 e, conseqüentemente, o valor dos benefícios assistenciais da Lei no 8.742/93. Entretanto, conforme as regras de cálculo de benefícios previdenciários previstas na Lei no 8.213/91, esses benefícios podem alcançar valores mais elevados, limitados apenas, a exceção do benefício de salário-maternidade, ao teto do regime, atualmente fixado em R\$4.663,75.

21 O BPC tem por destinatários a pessoa acometida de grave deficiência física ou psíquica ou idade avançada, se esses fatores implicarem na impossibilidade de exercício de atividade laboral e a pessoa não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Em outras palavras, os beneficiários da LOAS integram a parcela da população à margem do sistema econômico e, como o valor mensal dos benefícios pagos se limita a um salário mínimo, em verdade a assistência social praticada no Brasil com amparo na citada Lei não permite a inserção social e econômica ou o patamar mínimo civilizatório. Quando muito, lhes estende a sobrevivência.

meio da própria atividade laboral e, conseqüentemente, a continuidade da vida com dignidade<sup>22</sup>.

Exatamente por esse motivo o rol de benefícios previstos e pagos pela previdência social é, ao contrário do rol de benefícios assistenciais, de larga extensão. Previu o legislador, não apenas um benefício previdenciário para cada tipo de infortúnio, como também estabeleceu regras para percepção desses benefícios que, de um lado, estimulassem o indivíduo a se inserir no sistema e, de outro, premiassem com maiores valores aqueles que permanecessem mais tempo em atividade laboral e, preferencialmente, auferindo rendas mais elevadas.

Tal fato salta aos olhos tanto pela leitura, mesmo superficial, das regras de carência para gozo dos diversos benefícios previdenciários e pela comparação das fórmulas de cálculo das duas modalidades de aposentadoria voluntária no RGPS: aposentadoria por idade e aposentadoria por tempo de contribuição<sup>23</sup>, consideradas os benefícios previdenciários por excelência.

Não se quer dizer, com isso, que assistência e previdência social tenham, na essência, fundamentação teórico-jurídica distinta, afinal, ambas figuram no texto constitucional como instrumentos para a concretização de direitos sociais, perpassadas por uma “simbologia semelhante e clara: o risco a que qualquer cidadão está sujeito (de não conseguir seu próprio sustento e cair na miséria) deixa de ser um problema individual e passa a constituir uma responsabilidade social, pública”.<sup>24</sup>

Não obstante isso, a tutela conferida pela assistência social se sustenta na ideia da proteção dos outros, dos não adaptados ou não inseridos no sistema, beirando a comiserção, como já restou estampado, inclusive, em decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>25</sup>. Por sua vez, a tutela da previdência

---

22 Nesse sentido SPECHOTO, Karina. *Dos Regimes Próprios de Previdência Social*. São Paulo: LTr, 2010. p. 29; TISUTIYA, op. cit., p. 193; e CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2005, p. 32.

23 Tais regras encontram-se previstas nos arts. 24 a 38 e 48 a 58 da Lei no 8.213/91.

24 PALMISCIANO, Ana Luísa de Souza Correia de Melo. Tendências da seguridade na contemporaneidade – a polêmica das reformas da previdência no Brasil. *Revista de Previdência Social*, Ano XXXV, n. 369, São Paulo: LTr, ago. 2011. p. 707.

25 De fato, em acórdão da lavra do Min. Félix Fischer, considerou-se que “a assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência” (RESP 397943/SP, 5ª Turma, rel. Min. Félix Fischer, DJ 18.03.2002. p. 300).

social se destina aos semelhantes, normais, enfim, os integrados<sup>26</sup> que, em determinado momento de sua vida, tornaram-se elegíveis a um dos benefícios do seguro social contratado.

Para esses, os semelhantes, o discurso jurídico oficial de fundamentação da previdência social é o de que “o fim pretendido é a garantia plena da manutenção do segurado e seus dependentes em caso de algum advento infeliz, como a doença, a invalidez ou mesmo a velhice”.<sup>27</sup>

Por esse discurso, o cidadão integrado à previdência social poderia conduzir sua vida com a tranquilidade e segurança de saber que o sistema previdenciário o ampararia, garantindo-lhe a manutenção do patamar de vida, sempre que necessário, como bem se percebe na redação original do art. 201 da Constituição<sup>28</sup>.

O legislador constituinte de 1988, em relação ao papel da previdência social como instrumento de concretização de direitos sociais, buscou se aproximar da perspectiva do welfare state<sup>29</sup>. Entretanto, cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988, o discurso econômico, sustentado nas ideias da exigência mercado e da necessidade de contenção do déficit público iniciaram um processo de reforma das regras previdenciárias brasileiras, atingindo primeiramente os RPPS dos servidores civis – cuja primeira alteração se deu com a Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993 – e, alguns anos depois, o RGPS – reformado em nível constitucional pela primeira vez por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 – de tal profundidade que, a nosso ver, descaracterizou de maneira profunda o discurso original.

Por opção metodológica, vez que seria difícil trabalhar-se extensamente todo o arcabouço de reformas tanto no RGPS como nos RPPS nos limites do presente ensaio, será apresentado, no tópico seguinte, em linhas gerais, o conjunto de reformas normativas implementado no primeiro deles a partir de 1998.

---

26 FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos: Ética, estratégia, poder-saber*. v. IV. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2003. p. 369.

27 IBRAHIM, 2011, op. cit., p. 22.

28 Para evitar que a inserção do texto integral do art. 201 da Constituição Federal de 1988, dada sua extensão, torne a leitura enfadonha, deixaremos de fazê-la, remetendo, entretanto, o leitor ao texto original da Constituição. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

29 TISUTIYA, op. cit., p. 208.

## **1 A REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA: BREVES ANÁLISES SOBRE OS TRÊS TEXTOS NORMATIVOS MAIS POLÊMICOS**

Mal promulgada a Constituição Federal em 1988 e publicadas as leis de custeio e benefício do RGPS – respectivamente as Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, respectivamente –, já na primeira metade da década de 1990 se lançava a discussão em torno da necessidade de reforma das regras de custeio e, principalmente, benefícios previdenciários. Tal discussão se centrava na tese de que a estrutura conferida ao RGPS, com extenso rol de direitos não comportaria, em médio e longo prazo, o volume de benefícios a conceder, especialmente se considerados a curva demográfica brasileira projetada para o Século XXI e os problemas econômicos nos âmbitos interno e internacional<sup>30</sup>. Inicia-se, então, todo um projeto que tem marcado a política pública brasileira desde meados da década de 1990 até o corrente ano de 2015.

Para o alcance do objeto de investigação deste ensaio, traçaremos breves análises sobre três textos normativos reformadores do RGPS editados nos anos de 1998, 1999 e, mais recentemente, 2014. O primeiro desses textos normativos é a Emenda Constitucional nº 20/98, o segundo é a Lei nº 9.876/99 e o terceiro a Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014, posteriormente convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015.

O argumento elementar suscitado para a reforma da previdência no Brasil, eminentemente economicista, se sustenta sobre a teoria da reserva do possível, cunhada no Estado Alemão na década de 1960, importada de maneira não fidedigna, como bem ensina Claudia de Oliveira Fonseca:

A teoria da reserva do possível, também denominada de reserva do financeiramente possível, é de origem alemã e foi mencionada pela primeira vez em julgamento do Tribunal Constitucional alemão em 1960.

Nessa decisão histórica analisava-se uma demanda proposta por estudantes que não tinham sido contemplados com uma vaga em escolas de medicina de Hamburgo e Munique, em virtude da política de limitação do número de vagas em cursos superiores. Ao decidir a questão o tribunal entendeu que o direito à prestação positiva por parte do Estado – nesse caso específico, o aumento do número de vagas nas universidades – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Na ocasião, o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu que ampliar o número de vagas nas universidades

---

30 OLIVEIRA, op. cit., p. 75.

sacrificaria outros serviços públicos em decorrência da onerosidade excessiva e da escassez de recursos, em parte decorrente do período pós-guerra.

No Brasil a teoria ganhou novo contorno e uma interpretação distinta daquela oriunda do seu surgimento. [...] a versão brasileira da teoria da reserva do possível vem se fundamentando na afirmação de que as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos. Dessa forma, em inúmeras situações quando o cidadão exige a efetivação de determinado direito fundamental, o ente estatal afirma não ser possível face às limitações de ordem econômica.<sup>31</sup>

Essa interpretação abraçável da teoria da reserva do possível ganhou força em um período de relativa instabilidade econômica tanto por conta do cenário de crise econômica em âmbito interno e internacional como por conta do discurso economicista, fortalecido após o Consenso de Washington, e, como consequência, os rumos das políticas públicas brasileiras – especialmente as relacionadas ao funcionamento dos órgãos estatais e à previdência social – passaram a ser traçados mais em razão de exigências e compromissos com órgãos financeiros internacionais para melhoria do risco Brasil do que em razão da necessidade de concretização dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos<sup>32</sup>.

Aliás, o fato do discurso e das medidas concretas em torno da necessidade de reforma do sistema previdenciário por conta da necessidade de supostas adequações econômico-fiscais estarem presentes do Brasil há um quarto de século demonstra que não se trata de um discurso deste ou daquele governo, desta ou daquela veia política. Longe disso, os mesmos argumentos – a serem rapidamente apresentados ao longo do presente tópico – guiaram as propostas de reforma previdenciária defendidas e implantadas pelos governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso, Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Roussef, não obstante tratem-se de presidentes vinculados a partidos políticos distintos e até mesmo rivais e, teoricamente, orientados por visões políticas e macroeconômicas díspares, o primeiro deles membro do Partido da Social Democracia Brasileira, enquanto os dois últimos vinculados ao Partido dos Trabalhadores.

A primeira reforma de impacto no RGPS após a Constituição de 1988 foi realizada por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que alterou significativamente os arts. 201 e 202 da Constituição

31 FONSECA, op. cit., p. 139.

32 TISUTIYA, op. cit., p. 208.

Federal com fincas a estabelecer, como novo parâmetro condutor do sistema previdenciário a busca pela preservação do equilíbrio financeiro e atuarial. A partir desse novo parâmetro, a “Previdência Social deverá, na execução da política previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias”.<sup>33</sup>

As consequências da adoção desse novo parâmetro foram imediatamente sentidas.

De plano, a já citada Emenda Constitucional nº 20/98 alterou a regra para reajuste dos benefícios previdenciários, permitindo ao legislador ordinário o estabelecimento de índices de reajuste mais baixos o que, conseqüentemente, tem levado ao achatamento dos benefícios, em especial os de aposentadoria e pensão por morte. Além disso, a emenda constitucional eliminou o benefício de aposentadoria voluntária proporcional, que até então era permitida ao segurado que contasse com, no mínimo, trinta anos de atividade se homem, e vinte e cinco se mulher.

No ano seguinte, 1999, uma complementação da reforma iniciada pela Emenda Constitucional nº 20 foi implementada, dessa vez por meio da Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999, de autoria do Poder Executivo, a qual instituiu o polêmico fator previdenciário. Trata-se o fator previdenciário, em linhas gerais, de um índice acrescido à fórmula de cálculo dos benefícios de aposentadoria voluntária por idade e por tempo de contribuição que pode levar à redução do valor inicial do benefício caso o segurado, embora conte com o tempo mínimo de contribuição exigido, no momento da solicitação conte com idade menos avançada.

A tese do governo, ao apresentar à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.527/99, aprovado em tempo recorde pelo Congresso e transformado, ainda no ano de 1999, na citada Lei nº 9.876/99, era a de que o fator previdenciário, de um lado, desestimularia as chamadas aposentadorias precoces, fomentando os segurados a permanecerem por mais tempo no mercado de trabalho, adiando sua aposentadoria para quando o impacto do fator previdenciário no cálculo do benefício restasse nulo ou, pelo menos, muito pequeno; e, de outro, geraria economia aos cofres públicos ao longo dos anos, já que os indivíduos que, por acaso, se aposentassem precocemente sofreriam considerável redução em seu

---

33 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 65.

benefício e essa redução resultaria em menor ônus ao sistema, mesmo que os segurados gozassem de seus benefícios anos a fio<sup>34</sup>.

De fato, mais de quinze anos após a edição da Lei nº 9.876/99, grande é o número de segurados que, ao se aposentarem, sofreram a redução do valor de seu benefício inicial por conta da incidência do fator previdenciário. Contudo, a pretensa redução de custos, pelo que se verifica a partir dos números mensalmente informados pelo INSS não saiu do campo argumentativo, já que a economia alcançada pelo fator previdenciário tem sido insignificante face ao custo mensal do regime.

E, se para o Estado o fator previdenciário foi de pouca utilidade, já que a economia, como mencionada, tem sido ínfima, para os segurados, o dano sofrido se mostra de grande monta, já que, em sua maioria, o impacto do fator previdenciário no valor do benefício reduziu consideravelmente o padrão de vida, padrão esse que anualmente se vê ainda mais reduzido pelo fato da correção monetária dos benefícios previdenciários fixados acima do salário mínimo se pautar, como já mencionado, por índices mais baixos.

Aliás, a comprovação de que o fator previdenciário não cumpriu o papel é apresentada com clareza solar já nas primeiras linhas da exposição de motivos da Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014. No texto, seus autores, os Ministros de Estado Garibaldi Alves Filho, Miriam Aparecida Belchior e Guido Mantega sustentam que:

[...] em função do processo de envelhecimento populacional, decorrente da combinação de queda da fecundidade e aumento da expectativa de vida, haverá um aumento da participação dos idosos na população total e uma piora da relação entre contribuintes e beneficiários. A participação dos idosos na população total deverá crescer de 11,3%, em 2014, para 33,7% em 2060, conforme dados da projeção demográfica do IBGE. Como resultado, o relatório de avaliação atuarial e financeira do RGPS, que faz parte dos anexos do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO), estima o crescimento da despesa, em % do PIB, do atual patamar de 7% para cerca de 13% em 2050.<sup>35</sup>

34 O PL no 1.527/99, acompanhado da justificativa apresentada pelo Ministério da Previdência Social para sua proposição encontra-se disponível, em seu inteiro teor, no sítio eletrônico: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1124289&filename=Avulso+-PL+1527/1999](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1124289&filename=Avulso+-PL+1527/1999)>.

35 BRASIL. Ministério da Previdência Social; Ministério da Fazenda; Ministério do Planejamento. Exposição de Motivos Interministerial no 00023/2014. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv664-14.doc](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv664-14.doc)> Acesso em 22 jan. 2015.

Para tentar – mais uma vez – solucionar o problema de caixa do RGPS, o Estado Brasileiro lançou mão de medidas limitadoras do acesso do segurado e seus dependentes a benefícios previdenciários.

Dessa vez, alterou-se o regramento dos benefícios de pensão por morte, estabelecendo prazos de carência e limitando o acesso de certos dependentes<sup>36</sup>, auxílio-doença, elevando o período de ausência da atividade laboral do segurado empregado necessário à percepção do benefício. O único critério levado em conta pelo Estado foi o do custo do benefício aos cofres públicos, mascarado, por óbvio, pelo argumento da necessidade da medida.

[...] Torna-se ainda mais evidente a relevância e urgência das medidas ora propostas quando se analisa a evolução das despesas com o benefício de pensão por morte.

5. A despesa bruta com pensão por morte no âmbito do RGPS cresceu do patamar de R\$ 39 bilhões, em 2006, para R\$ 86,5 bilhões em 2013 e, portanto, mais que dobrou em valores nominais no período (alta de 121,5%), com um crescimento médio anual de cerca de 12% a.a.. Em termos da despesa em % do PIB, os pagamentos com pensão passaram de 1,6% do PIB, em 2006, para cerca de 1,8% em 2013, apenas considerado o RGPS, sem levar em consideração os Regimes Próprios de Previdência dos servidores públicos. A quantidade de pensões emitidas e a duração média do benefício também têm crescido ao longo do tempo. O total de pensões no âmbito do RGPS passou de 5,9 milhões, em dezembro de 2005, para cerca de 7,4 milhões em outubro de 2014, um incremento de cerca de 1,5 milhão no período. A duração média dos benefícios cessados passou do patamar de 13 anos, em 1999, para 16 anos em 2012, reflexo, entre outros fatores, do aumento da expectativa de vida e sobrevivência e das atuais regras de concessão. Considerando as pensões por morte cessadas em 2013, cerca de 20,3 mil tiveram duração de 35 anos ou mais. Esse impacto na duração afeta, consequentemente, a despesa total com esses benefícios, na medida em que essa despesa é resultado do produto do valor do benefício pelo tempo em que são pagos. O incremento da despesa por si só não é um problema, quando representa maior nível de proteção,

---

36 Pela nova regra, o cônjuge ou companheiro supérstite não terá direito à pensão por morte caso a união conte com menos de dois anos no momento do passamento do segurado, salvo se o óbito decorrer de acidente ou se o cônjuge ou companheiro supérstite for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito. Além disso, alterou-se o regramento de partilha das cotas de pensão entre os dependentes e o tempo de vigência do benefício para os cônjuges ou companheiros supérstites em razão de sua idade.

mas certamente não é recomendável quando decorre de regras inadequadas de concessão e também pressiona a carga tributária.

6. Nesse sentido, o primeiro ponto de destaque é a inclusão de carência de 24 (vinte e quatro) meses para gozo do benefício da pensão por morte, ressalvadas, obviamente, algumas hipóteses, como a morte decorrente de acidente do trabalho ou doença profissional ou do trabalho e nos casos em que o segurado já estava em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Hoje o benefício não possui carência, o que tem permitido que o recolhimento da contribuição, pelos dependentes, em nome do segurado, possa ocorrer, até mesmo, após a morte do segurado, pois o prazo de pagamento da contribuição previdenciária ocorre somente no mês seguinte à competência que deu origem ao fato gerador tributário. O auxílio-reclusão, que atualmente não tem carência, também passaria a exigir dois anos de carência, pois sua regra de cálculo é idêntica ao cálculo do benefício da pensão por morte.

7. De igual maneira, é possível a formalização de relações afetivas, seja pelo casamento ou pela união estável, de pessoas mais idosas ou mesmo acometidas de doenças terminais, com o objetivo exclusivo de que o benefício previdenciário recebido pelo segurado em vida seja transferido a outra pessoa. Ocorre que a pensão por morte não tem a natureza de verba transmissível por herança e tais uniões desvirtuam a natureza da previdência social e a cobertura dos riscos determinados pela Constituição Federal, uma vez que a sua única finalidade é de garantir a perpetuação do benefício recebido em vida para outra pessoa, ainda que os laços afetivos não existissem em vida com intensidade de, se não fosse a questão previdenciária, justificar a formação de tal relação. Para corrigir tais distorções se propõe que formalização de casamento ou união estável só gerem o direito a pensão caso tais eventos tenham ocorrido 2 anos antes da morte do segurado, ressalvados o caso de invalidez do cônjuge, companheiro ou companheira após o início do casamento ou união estável, e a morte do segurado decorrente de acidente.<sup>37</sup>

Todo esse processo de reforma previdenciária, iniciado no Brasil ainda na década de 1990 e que ainda se desenvolve na segunda década do Século XXI, sempre voltado à restrição do acesso de segurados e seus dependentes ao rol de benefícios previdenciários, exige, inevitavelmente que se indague se, de fato, no Brasil, o sistema de previdência social objetiva efetivamente a concretização de direitos sociais, tal como se demonstrou

37 BRASIL. Ministério da Previdência Social; Ministério da Fazenda; Ministério do Planejamento. *Exposição de Motivos Interministerial no 00023/2014*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv664-14.doc](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv664-14.doc)>. Acesso em: 22 jan. 2015.

ser o discurso original, ou se, em verdade, simplesmente cumpre um papel de controle da massa pelo poder, tal como desvelado por Michel Foucault.

Isso porque, desde o advento da Constituição Federal de 1988 e da edição da Lei nº 8.213/1991, todas as reformas implementadas no ordenamento previdenciário brasileiro foram norteadas pelos mesmos argumentos, a dizer, a necessidade de adequação das condições e requisitos de acesso aos benefícios previdenciários em razão do envelhecimento da população brasileira e do suposto déficit nas contas públicas do Regime Geral de Previdência Social. E, desta feita, tais reformas sempre levaram ao enrijecimento das condições de acesso aos benefícios previdenciários, seja em relação aos próprios segurados, como na instituição do fator previdenciário, por exemplo, seja, mais recentemente, em relação aos seus dependentes.

Os argumentos são sempre os mesmos, como por exemplo os problemas da elevação da expectativa de vida dos brasileiros, da estabilização da pirâmide de natalidade/mortalidade, do aumento do número de jovens viúvas, fatos que pretensamente estariam a pesar sobre os parâmetros utilizados nos cálculos atuariais, sinalizando para a insustentabilidade do regime previdenciário geral a médio e longo prazo.

Tal discurso é diariamente reproduzido nas mais diversas instâncias da vida política brasileira, em manifestações tanto de membros do Poder Executivo, como do Poder Legislativo, transmitidos à população como verdades absolutas e inquestionáveis pelos meios de comunicação social de massa, seja nos jornais televisivos, nos jornais escritos ou nas mídias eletrônicas. O problema é que o discurso economicista tem se apresentado como o único dotado de cientificidade e, conseqüentemente, elevado quase ao grau de um dogma impossível de ser questionado.

### **3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA SOB A PERSPECTIVA DA BIOPOLÍTICA FOUCAULTIANA**

O discurso econômico neoliberal, estruturado, entre outros, nos estudos e pesquisas econômicas desenvolvidas na Universidade de Chicago, ainda na década de 1960, alcançou defensores em nível mundial, tornando-se, ao longo das quatro décadas seguintes, o discurso econômico hegemônico, perdendo parte de sua força apenas no final da década de 2010 em razão das crises financeiras norte-americana e europeia. Norteados pelas diretrizes desse discurso neoliberal, os Estados que construíam seus aparatos de proteção social ao longo do Século XX sob a matriz do welfare state, iniciaram, a partir da década de 1980, um processo de

revisão dessa estrutura, chegando, em alguns casos, a reduzi-la a níveis abaixo do mínimo necessário.

Curiosamente, o Brasil, ao menos no campo dos discursos político e jurídico oficiais, como já demonstrado desde o primeiro capítulo, trilhou sentido diverso. Desde a segunda metade da década de 1970 e durante toda a década de 1980, o movimento no aparato de seguridade social brasileiro foi de crescimento, provavelmente devido às tensões políticas então existentes. Nesse sentido, Assembleia Nacional Constituinte, ao promulgar a Constituição de 1988, manteve o curso, estabelecendo as bases de um sistema de seguridade social condizente com a universalidade desejável, em clara aproximação com o pensamento de Herbert Marcuse<sup>38</sup>. Isso porque o discurso referente à seguridade social, naquele momento, se mostrou uma conquista histórica não relacionada a nenhum governo.

O problema é que essa linha de atuação contrariou a lógica do mercado, já que mais de dez por cento do gasto público, em relação ao PIB, passariam a ser destinados, com mando constitucional, aos direitos sociais<sup>39</sup>. Nesse contexto, o receio quanto ao preço a ser pago por tal sistema, gerou celeuma, notadamente entre os afiliados ao pensamento neoliberal já que, como esclarece Guilherme Castelo Branco:

[...] a seguridade social, tal como a entendemos a partir do que dizem os especialistas neste assunto, engloba um conjunto complexo e interligado de instituições, com amplos efeitos econômicos face às populações, tais como a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde Pública, e seu lugar nas estruturas políticas e econômicas na modernidade é gigantesca [...] o somatório destes aspectos faz do sistema de seguridade social algo tão grande que seu orçamento, e muitas vezes seu déficit chega a ser maior que a própria arrecadação do país no qual existe. Por isto, não seria errado pensar que o sistema de seguridade social encerra nele mesmo grande parte do dispositivo biopolítico, no entender filosófico.<sup>40</sup>

A partir daí foi que se levantou a bandeira da necessidade de desconstrução de tal conquista por meio do enrijecimento para a concessão dos benefícios previdenciários. Note-se que, que num claro movimento biopolítico, o discurso economicista de justificação das reformas, apoiado

38 MARCUSE, Herbert. *A grande recusa hoje*. Petrópolis: Vozes, 1999, passim.

39 FAGNANI, Eduardo. Previdência Social e Constituição: qual é a visão dos juristas? *Tributação em Revista*, Ano 16, n. 57. Brasília: Sindifisco Nacional, jul./dez. 2010. p. 30.

40 CASTELO BRANCO, Guilherme. A seguridade social em Michel Foucault. *Ecopolítica (Revista da PUCSP)*, n. 05. São Paulo. PUC SP, jan./abr. 2013. p. 79.

em expressões-chave como déficit e rombo da previdência perante uma população ainda traumatizada pelos efeitos da recessão econômica, ocorrida na década de 1980 e primeira metade da década de 1990, teve – e ainda tem – o condão de alcançar apoio e ares de legitimidade até mesmo perante os destinatários diretos e beneficiários do sistema de previdência social – diretamente atingidos negativamente pelo conjunto de reformas.

E, nessa toada, seguem descaracterizando e contradizendo o discurso constitucional, que apesar dos ares de conquista, se mostrou, no caminho da concretização, como um mero engodo ainda distante de concretização.

A universalidade contida no discurso de previdência social emergente tinha que ser combatida, pois o desejável é

Que a acumulação criada com tais poupanças seja uma real fonte de lucro para as classes altas e fator de normalização da vida das classes populares, tal foi o cerne dessa entrevista. É neste contexto que se inicia a estruturação do sistema de seguridade social, que existe segundo a lógica do capitalismo, reproduzindo a hierarquia e a desigualdade social existente.<sup>41</sup>

Por sua vez, a tese da redução de desigualdade, não podia ser tolerada a já que, na perspectiva neoliberal, não competiria ao Estado Contemporâneo interferir nas estruturas sociais sob o fundamento de instituir políticas sociais que adotem a igualdade como objetivo. Longe disso, deveria deixar a desigualdade agir<sup>42</sup>.

Tais tentativas de desconstrução, aliás, não surgiram apenas depois da Constituição de 1988, mas sim, durante sua própria elaboração e com argumentos que deixavam clara a contrariedade de importantes detentores de poder, na concepção foucaultiana melhor denominadas biopoder<sup>43</sup>.

Sem dúvida, ponto de maior tensão foi o capítulo sobre a Seguridade Social. Ainda durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte não faltaram argumentos falaciosos de que o déficit da seguridade destruiria as contas públicas. Não foram raros os esforços para provar a inviabilidade financeira da Previdência bem como as inúmeras propostas para extinguir direitos e conquistas.

41 CASTELO BRANCO, op. cit., p. 81.

42 FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 148.

43 DUARTE, André. Biopolítica e resistência: o legado de Michel Foucault. In: RAGO, Margareth; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Figuras de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. p. 47.

### 3.1 A ingovernabilidade

Toda a linha argumentativa do discurso economicista voltado à restrição dos benefícios previdenciários, seja em seu quantitativo, seja nas regras de acesso aos mesmos, se sustenta na tese da ingovernabilidade (FAGNANI, 2010, p. 30), segundo a qual, o elevado peso financeiro desses benefícios nas contas públicas inviabilizariam a destinação orçamentária para outras áreas de atuação do Poder Público igualmente necessitadas.

Essa tese, embora fortalecida somente a partir da década de 1990, desde a Assembleia Nacional Constituinte, já encontrava adeptos, como, por exemplo, o deputado José Lourenço, líder do então Partido da Frente Liberal (atualmente Democratas) que, curiosamente – já que se tratava de um deputado constituinte – chegou a defender o encerramento da referida Assembleia por um ato do Poder Executivo tendo em vista as inúmeras concessões sociais em vias de implantação no texto constitucional em elaboração. Na mesma linha era a visão, à época, da Presidência da República, externada pelo então Presidente da República, José Sarney, às vésperas da votação final do texto, em rede nacional de comunicação, para “alertar o povo e os constituintes” quanto aos “perigos” que algumas das decisões contidas no texto aprovado no primeiro turno representavam para o futuro do país<sup>44</sup>.

É bem verdade que, ainda à época, muito em razão do momento político por que passava o Estado brasileiro, a tese da ingovernabilidade não logrou êxito, contra ela se levantando nomes como o do também deputado constituinte Ulisses Guimarães<sup>45</sup>.

Não obstante a vitória momentânea da tese da imprescindibilidade da seguridade social e, por óbvio, também da previdência social, tal como lançadas no texto original da Constituição Federal, como resultado dos movimentos sociais aqui referidos desde o tópico inicial, o fato é que, poucos anos mais tarde, a tese contrária retomou fôlego e, desde então, tem embasado as infundáveis

44 FAGNANI, op. cit., p. 32.

45 Durante a Assembleia Nacional Constituinte, o então Deputado Constituinte Ulisses Guimarães assim se manifestou: Senhores constituintes: a Constituição, com as correções que faremos, será a guardiã da governabilidade. A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida são ingovernáveis. A injustiça social é a negação do governo e a condenação do governo [...]. Repito: esta será a Constituição Cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros. Cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros segregados nos guetos da perseguição social. Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada. O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. [...]. (GUIMARÃES, Ulisses. A Constituição Cidadã. *Revista Jurídica Virtual*, v. 06, n. 62, Brasília: Presidência da República, jul. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_62/panteao/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015).

reformas previdenciárias. Isso, a nosso ver, não deixa dúvidas de que, no Brasil da última década do Século XX e das duas primeiras décadas do Século XXI, a seguridade – e a previdência social – tem consistido em mais uma, e talvez uma das mais potentes, engrenagens do biopoder, como também já defendeu Guilherme Castelo Branco, para quem “a massa dos homens que estão sujeitos ao controle racional e à gestão do Estado, a população, é entendida, sobretudo, como o conjunto dos indivíduos que estão submetidos às técnicas de biopoder”.<sup>46</sup>

Não se trata, é preciso que o leitor perceba isso, de um discurso panfletário antieconômico ou antimercado. Aliás, uma das defesas sempre empregadas pela tese economicista é a de que seu caminho seria o único efetivamente seguro e sustentável e que qualquer insurgência não passaria de uma manobra oposicionista, sempre primando pela implantação do medo não apenas no campo subliminar, mas também no liminar do pensamento coletivo. Nesse sentido, a fala de Maílson da Nobrega é emblemática:

Os constituintes erigiram uma obra arcaica e sem originalidade. Buscaram distribuir uma riqueza que não existia. Não perceberam as transformações que havia tornado obsoletas as normas com as quais pretendiam forjar uma nova sociedade. Avançaram no restabelecimento de direitos individuais e das instituições democráticas, mas introduziram privilégios corporativistas, moveram-se por preconceitos anticapitalistas e adotaram visões de mundo equivocadas. A constituição de 1988 nasceu velha e se tornou um obstáculo ao desenvolvimento. Podemos consumir duas gerações buscando eliminar seus graves defeitos.<sup>47</sup>

Curioso é que Michel Foucault, anos antes, ao escrever seu *Segurança, Território e População* já denunciava esse fato: “[...] este estado de ‘governo’ lida essencialmente com a população, tem a população como referência e utiliza a instrumentalidade do saber econômico, e corresponde a uma sociedade controlada por dispositivos de segurança”.<sup>48</sup>

Explicando de outra maneira: o discurso jurídico oficial de estruturação do sistema de seguridade, como já esclarecido no início deste ensaio, se sustentou – como ainda se sustenta – na tese de que ela, a seguridade, representa os frutos dos movimentos sociais reivindicatórios, uma efetiva vitória do povo sobre o pensamento liberal então dominante. E, de fato, ao que parece pela

46 CASTELO BRANCO, op. cit., p. 78.

47 NOBREGA, Maílson. *O futuro chegou*. São Paulo: Globo, 2005.

48 FOUCAULT, 2008, p. 113.

análise das falas de alguns dos deputados constituintes, à época da elaboração da Constituição Federal de 1988, fora exatamente isso que aconteceu.

Entretanto, passado o momento inicial, o sistema de seguridade – e dentro dele, o da previdência social – restou novamente apropriado pelo Poder, como “grande parte do dispositivo biopolítico, no entender filosófico”.<sup>49</sup>

Isso porque a forma como restou estruturada, após tantas reformas legislativas desde a metade da década de 1990, conformou a previdência social – como já mencionado, o grande braço da seguridade – de maneira a, de um lado, dela excluir a considerável parcela da população que não pode preencher todos os requisitos seja para alcançar a condição de segurado, seja para fazer jus ao gozo de seus benefícios e, de outro, pelo crescente endurecimento das cláusulas do contrato previdenciário e achatamento do valor dos benefícios pagos<sup>50</sup>.

Muito embora o discurso oficial se mantivesse no patamar da universalidade de atendimento às demandas sociais, a prática da seguridade apontava para uma seletividade cada vez maior, num autêntico avanço estrutural típico das estruturas de biopoder, as quais se concretizam tanto pela integração como pela marginalização<sup>51</sup>.

E atualmente, graças à capilarização do discurso economicista no imaginário coletivo brasileiro, a marginalização tem mostrado sua face de maneira indubitosa e, o que é teratológico, fora de uma visão de biopoder, legitimada. Os argumentos de motivação das reformas previdenciárias não deixam dúvidas sobre isso, de um lado embasados na tese da impossibilidade de elevação de valores e na necessidade de contenção de gastos, enfim, em um discurso de austeridade econômica; e, de outro, apresentando mecanismos de exclusão como indispensáveis à saúde econômica do sistema de previdência, argumento esse que busca legitimação na tese de que os indivíduos a serem excluídos do sistema não passariam de aproveitadores, que devem ser afastados para não prejudicar os verdadeiros incluídos.

Essa última tese, inclusive, restou claramente demonstrada na última alteração legislativa, implementada pela citada Medida Provisória nº 664/2014 convertida na Lei nº 13.135/2015, por meio da qual foram atacados apenas – no campo da previdência social – os jovens pensionistas, apresentados, dessa vez, como os grandes vilões do RGPS. Note-se que, no discurso

49 CASTELO BRANCO, *op. cit.*, p. 79

50 *Ibidem*, p. 86.

51 FOUCAULT, 2003, *op. cit.*, p.396.

do biopoder, esses são apenas a bola da vez, como outrora já o foram os aposentados de idade menos avançada, os afastados da atividade laboral por motivo de doença incapacitante e os titulares de benefícios mais elevados.

#### **4 CONCLUSÃO**

A previdência social, no texto constitucional de 1988, foi apresentada pela Assembleia Nacional Constituinte ao povo brasileiro, ao lado das estruturas de assistência social e à saúde, como um grande instrumento de concretização de direitos sociais, direitos esses há muito ansiados. Na contramão do discurso economicista que, internacionalmente já dilapidava as estruturas de welfare state, e nacionalmente já encontrava vozes inclusive entre seus membros, a Assembleia Constituinte ousou e avançou como em nenhum texto constitucional ou mesmo infraconstitucional brasileiro anterior. Poucos anos depois, entretanto, o discurso economicista tornou-se hegemônico, orientando inúmeras e – aparentemente intermináveis – reformas previdenciárias cada vez mais restritivas de direitos.

O argumento da “catástrofe” fiscal, ao que tudo indica, ainda continuará sustentando o discurso econômico estatal na justificativa das reformas previdenciárias, ainda que o outro discurso – o jurídico, oficial – ainda externe falsos paternalismos, afirmando-se permeado pela universalidade, mas guardando, a seu modo, a velha justificativa de que as causas do déficit da previdência são os direitos, cujos impactos financeiros não foram devidamente avaliados pelos constituintes.

A questão, e esse é um ponto que, infelizmente, deixamos ainda em aberto e marcado pela incerteza, é se em algum momento a estrutura efetivamente instrumental de biopoder atualmente conservada pela previdência social, especialmente no RGPS, tão duramente atacada por Michel Foucault, terá seu véu desvestido e se mostrará tal como é.

Somente nesse momento, será possível a implementação de uma efetiva e profunda reforma previdenciária que tenha por norte não apenas a adequação do sistema às supostas diretrizes e exigências do mercado, problemas orçamentários ou planilhas atuariais pura e simplesmente, mas sim a vocação conferida à previdência social – e à seguridade social em geral – tanto na Constituição Federal de 1988 como, décadas antes, na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos: a de conformar-se como uma rede de proteção e concretização de direitos humanos sociais.

Portanto, não foi objetivo do presente texto apresentar fórmulas ou sugestões técnicas do ponto de vista econômico para os dilemas da

previdência social, mesmo porque seriam necessárias muito mais laudas do que as que se dispunha.

O objeto foi, isto sim, abrir o os olhos do leitor à existência de uma outra maneira de pensar os direitos sociais e a própria previdência social, alinhada não ao pensamento econômico – em especial o neoliberal –, mas sim à filosofia e à biopolítica construídas a partir das ideias de Foucault, sempre de maneira crítica e preocupada com a submissão dos argumentos utilizados pelo Poder na estruturação do Estado e suas relações com o indivíduo a testes, em especial quando essas relações implicam a concessão e a restrição de direitos e garantias individuais e sociais.

## REFERÊNCIAS

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. *Previdência rural: inclusão social*. Curitiba: Juruá, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1991. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei no 8.742, de 07 de dezembro de 1993. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1993. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial no 397943/SP*. Relator Ministro Félix Fischer. Diário do Judiciário. Brasília, 2002. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=95967&num\\_registro=200101926621&data=20020318&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=95967&num_registro=200101926621&data=20020318&formato=PDF)>. Acesso em: 22 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Previdência Social; Ministério da Fazenda; Ministério do Planejamento. *Exposição de Motivos Interministerial no 00023/2014*. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv664-14.doc](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv664-14.doc)> Acesso em: 22 jan. 2015.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CAMPOS, Roberto. *A Lanterna na popa: memórias*. Rio de Janeiro: Top books, 1994.

CASTELO BRANCO, Guilherme. A seguridade social em Michel Foucault. *Ecopolítica (Revista da PUCSP)*, n. 05. São Paulo. PUC SP, p. 76-89, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/ecopolitica/article/view/14985>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2005.

COSTANZI, Rogério Nagamine. Os Pagamentos de Benefícios da Seguridade Social e a Distribuição Intermunicipal de Renda. *Informe de Previdência Social*, v. 26, n. 08. Brasília: Ministério da Previdência Social, p. 03-10, ago. 2014.

DUARTE, André. Biopolítica e resistência: o legado de Michel Foucault. In: RAGO, Margareth; VEIGA-NETO, Alfredo (org). *Figuras de Foucault*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

FAGNANI, Eduardo. Previdência Social e Constituição: qual é a visão dos juristas? *Tributação em Revista*, Ano 16, n. 57. Brasília: Sindifisco Nacional, p. 30-49, jul./dez. 2010.

\_\_\_\_\_. Como incluir os excluídos? Nota introdutória. In: *Carta Social e do Trabalho*. Campinas: Cesit/IE/Unicamp, n. 7, set./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=2015&tp=a>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

FONSECA, Cláudia de Oliveira. A efetivação dos direitos fundamentais sociais e a dignidade humana. *Publicações da Escola da AGU: Direito Constitucional e Biopolítica*. Ano IV, n. 17, Brasília: Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, p. 131-146, abr. 2012.

FOUCAULT, Michel. *Ditos e escritos: Ética, estratégia, poder-saber*. v. IV. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2003.

\_\_\_\_\_. *Segurança, Território, População*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GUIMARÃES, Ulysses. A Constituição Cidadã. *Revista Jurídica Virtual*, v. 06, n. 62, Brasília: Presidência da República, julho/2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_62/panteao/panteao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm)>. Acesso em: 20 jan. 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

\_\_\_\_\_. *Desaposentação*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direitos Humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARCUSE, Herbert. *A grande recusa hoje*. Petrópolis: Vozes, 1999.

NOBREGA, Maílson. *O futuro chegou*. São Paulo: Globo, 2005.

OLIVEIRA, Patrícia Evangelista de. *As reformas previdenciárias dos servidores públicos*. 2006. 163 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

PALMISCIANO, Ana Luísa de Souza Correia de Melo. Tendências da seguridade na contemporaneidade – a polêmica das reformas da previdência no Brasil. *Revista de Previdência Social*, Ano XXXV, n. 369, São Paulo: LTr, p. 705-711, ago. 2011.

RIBEIRO, Daniel Lima. Os Direitos Sociais e o Diálogo Metodológico Multidimensional. A hipótese da Historicidade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SITTA, Eduardo Brol. O direito previdenciário no neoconstitucionalismo e no neoprocesso: a necessidade de precedentes vinculativos no processo previdenciário. *Revista de Previdência Social*, Ano XXXV, n. 368, São Paulo: LTr, p. 653-670, jul. 2011.

SOARES JÚNIOR, Évanes Amaro. Justiça Distributiva e desigualdade Social: os paradigmas Ecológico-Sistêmico como Elementos da Jurisdição Social. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SPECHOTO, Karina. *Dos Regimes Próprios de Previdência Social*. São Paulo: LTr, 2010.

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

RECEBIDO EM: 09/07/2015

APROVADO EM: 23/10/2015

# **A DECLARAÇÃO “EURO-ESTADUNIDENSE” DOS DIREITOS HUMANOS E O PARADOXO DA UNIVERSALIZAÇÃO DO MODELO DEMOCRÁTICO**

***THE “EURO-AMERICAN” HUMAN RIGHTS STATEMENT AND THE  
PARADOX OF UNIVERSAL DEMOCRATIC MODEL***

*João Paulo de Campos Echeverria*

*Advogado. Graduado pela Universidade de Brasília (UnB)*

*Mestrando pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; 2 O modelo democrático como valor universal; 3 Paradoxos da democracia; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A Declaração Universal dos Direitos do Homem, marcada pelos massacres da Segunda Grande Guerra, estabeleceu que os valores da igualdade e da liberdade devem ser preservados para o bem da humanidade. Contudo, a reboque da qualificação universal desses valores, a Declaração Universal adotou como modelo de governança o sistema democrático sem, atentar sobre o fato de que a democracia não pode ser constituída como um valor, e muito menos universal, uma vez que contraria os próprios princípios que lhe suporta como fundamento, constituindo um paradoxo insuperável.

**ABSTRACT:** The Universal Declaration of Human Rights, branded by the massacres of the Second World War, established that the values of equality and freedom should be preserved for the good of humanity. However, as these values were qualified as universal, the Universal Declaration also has adopted, as a governance model, the democratic system without pay attention on the fact that democracy cannot be built as a value, let alone a universal value, once it contradicts the very principles that supports it as a foundation, constituting an insurmountable paradox..

**PALAVRAS-CHAVE:** Declaração Universal. Valores. Democracia. Igualdade. Liberdade

**KEYWORDS:** Universal Declaration. Values. Democracy. Equality. Freedom.

## INTRODUÇÃO

A democracia, ao menos por princípio, foi acolhida como o modelo de sistema de administração de poder capaz de assegurar o exercício de liberdades e igualdade entre os indivíduos em determinado Estado. Para além de ser recomendável<sup>1</sup>, ou desejável<sup>2</sup>, referido modelo, já na sequência da Segunda Grande Guerra, passou a ser objetivamente descrito no art. 29, n. III, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>3</sup>.

Contudo, para além da cultura do ocidente, o mundo reflete hoje uma pluralidade que supera o alcance da proposta valorativa da democracia e até mesmo sua eficácia como modelo universal de administração do poder, especialmente quando confrontado aos critérios culturais de determinados povos.

Assim, partindo da premissa de que o conjunto da igualdade e liberdade podem representar valores universais, e são alguns dos pressupostos do modelo democrático – senão os principais – deve-se considerar a existência de um aparente paradoxo quando da universalização desse sistema político de exercício do poder, especialmente quando o contrastamos aos seus próprios pilares.

Da mesma forma, entre conceitos, o estudo tem por objetivo verificar a existência de um paradoxo sobre o discurso impositivo da democracia como um direito (valor) universal, especialmente pela natureza da Declaração de 1948, que varre as fronteiras de determinados povos e rompe a cultura nativa da liberdade. E isso porque é possível considerar a ideia de um Estado, na contemporaneidade, que simplesmente não se proponha e nem pretenda ser democrático, ou que diga que é sem de fato ser<sup>4</sup> apenas por critérios utilitaristas de sobrevivência em um cenário cada vez mais contra fragmentado do direito global.

---

1 DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo /SP: WMF Martins Fontes, 2012. p. 2

2 GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: 2003, p. 349.

3 No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

4 DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 2

Assim, o presente estudo tem por objeto a definição das bases democráticas insculpidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos a partir da Carta das Nações Unidas, especialmente para verificar se há verdadeiramente um paradoxo no modelo democrático quando confrontado a alguns dos seus próprios conceitos primários (liberdade e igualdade), e identificar, para além da ideia de um valor universal, uma verdadeira declaração imperial “euro-estadunidense”.

## 1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

Passados quase dois séculos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, votada por inspiração iluminista pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa em 1789, a ideia de proteção dos direitos do homem retorna à solo francês como uma resposta aos massacres vividos durante a Segunda Grande Guerra. Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, aprovada sob o teto do Palácio de Chaillot, voltou a prometer à humanidade a ideia de um direito que protegesse todos os indivíduos, mas agora de forma universal<sup>5</sup>.

A Declaração de 1948 traz consigo uma marca terrível na sua essência, pois, para além do ideal contra fascista que lhe toca<sup>6</sup>, o texto espelha o fato de haver sido verificado que dentre os 60 (sessenta) milhões de mortos da Segunda Grande Guerra, 6 (seis) milhões tiveram suas vidas ceifadas essencialmente pelo fato de serem judeus, e outros tantos milhões foram expulsos de suas terras, ou mesmo mortos, simplesmente em função de sua crença ou etnia<sup>7</sup>. Ou seja, o mundo passou a compreender que a liberdade do indivíduo, ainda no século XX, era incapaz de ser exercida de forma ampla e que os regimes de governo eram pródigos em produzir atrocidades.

Nesse ponto, não surpreende que a Declaração de 1948 seja oferecida com marcas textuais que evidenciam a necessidade de garantia da liberdade dos indivíduos em sua mais ampla configuração, assim como a igualdade de todos diante dos outros, independentemente do Estado<sup>8</sup>.

---

5 HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: A history*. US: W.W. Norton Company, 2007. p. 17

6 LAUTERPACHT, H. The international protection of human rights. *Recueil des cours*, v. 70 (1947-I), p. 1-108. p. 72

7 HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: A history*. US: W.W. Norton Company, 2007. p. 201.

8 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 35.

A resposta concebida pela recém-criada Nações Unidas<sup>9</sup> é, portanto, um mar de garantias individuais objetivas e voltadas a impedir que a história da humanidade vivencie massacres como os ocorridos naquele tempo<sup>10</sup>. E esse contexto histórico é referenciado no próprio preâmbulo da Declaração quando retrata que “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade”. E vai além, no mesmo parágrafo preambular, para enaltecer e justificar os fundamentos pelos quais o texto será guiado, em especial ao destacar “que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem.”

Evidentemente que à luz do direito ocidental e da nossa história cultural, especialmente no ponto de chegada da contemporaneidade, os princípios preconizados pela Declaração de 1948 soam naturalmente e, mais, se apresentam como uma fórmula capaz de garantir efetivamente o exercício da liberdade e da igualdade a que o texto se refere. No entanto, se considerarmos que originalmente apenas uma parcela da comunidade mundial participou do processo, e que a ideia primária era de que o texto representasse uma declaração de princípios oferecida por aquele grupo de Estados<sup>11</sup>, não podemos afirmar que os valores esculpidos representam a universalidade do mundo.

Ao contrário disso, como é possível perceber da obra de Rawls, que reconhece a distancia de determinados valores e a pluralidade do mundo, retratando a necessidade de transformar o mundo em uma sociedade dos povos<sup>12</sup>.

Diferentemente do que afirma Bobbio<sup>13</sup>, portanto, a Declaração de 1948 não representa valores universais em sua integralidade. No caso, até mesmo por um critério pragmático, vale lembrar que apenas 48 (quarenta e oito) dos Estados existentes naquele tempo acolheram de imediato a declaração, sendo que outros 8 (oito) se abstiveram<sup>14</sup>, entre eles a Arábia

9 JOOR, Johan; STUART, Heikelina Verrijn. *The Building of Peace. A Hundred Years of Work on Peace Through Law. The Peace Palace 1913 – 2013*. Eleven International Publishing (August 28, 2013). p. 142

10 BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 203.

11 LAUTERPACHT, H. *The international protection of human rights*. Recueil des cours, Volume 70 (1947-1), p. 1-108. p. 74.

12 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 4

13 BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho – Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 27

14 HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: A history*. US: W.W. Norton Company, 2007.p. 203.

Saudita, sob o argumento de que o texto violaria a Sharia<sup>15</sup>. E também não se pode olvidar que boa parte dos Estados do médio oriente, tradicionalmente guiados pela religião muçulmana, adotam como instrumento de direitos humanos a Declaração do Cairo dos Direitos Humanos, de 1990<sup>16</sup>.

Assim, nada obstante à eventual crise de legitimidade do documento, o problema não está exatamente nos princípios ilustrados pela Declaração de 1948, mas essencialmente na sua pretensão universalista e nas garantias objetivas que reflete no seu texto, uma vez que determinadas obrigações – pretensamente universais – podem estimular, paradoxalmente, a prática do oposto do que é preconizado como garantia do indivíduo<sup>17</sup>, especialmente como mecanismo de proteção dos Estados mais distantes dos valores culturais preconizados.

Em outras palavras, quando o Estado, ou mesmo um grupo de Estados, busca converter outros a partir de modelos racionalizados e universalizados, mas não universais, como penso ser o caso do modelo democrático, a tendência é que haja resistência por parte dos outros Estados. E, neste caso, não por conta dos conceitos democráticos em si, mas pela própria característica expansionista da proposição.

Outro fato que merece consideração é que o discurso esculpido na Declaração de 1948, para além da racionalização democrática, estabeleceu direitos que atravessam a estrutura do Estado e se dirigem ao indivíduo sem qualquer fronteira soberana<sup>18</sup>. Com efeito, penso que, ao afastar-se das estruturas capazes de garantir os direitos oferecidos, a proposta de proteger o indivíduo independente da estrutura do Estado acaba por vulnerar a efetividade do instrumento, e isso porque o Estado, especialmente nos países não liberais, é o detentor da força – legítima ou não – e com capacidade de promover as garantias oferecidas.

---

15 ABIAD, Nisrine. *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: A Comparative Study*. BIICL, 2008. p. 60

16 BREMS, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*. Martinus Nijhoff Publishers. US, 2001. p. 259.

17 HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: A history*. US: W.W. Norton Company, 2007. p. 212.

18 Art. 2o, Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Não se pode olvidar – até mesmo para não soar utópico – que o Estado não liberal, em geral, é justamente o que tradicionalmente viola essas garantias, e que o discurso dos direitos humanos transita com maior facilidade entre povos liberais<sup>19</sup>. Mas o fato é que o discurso impositivo de modelos universalizados (sufrágio universal e igual, com voto secreto) não permite margem de aplicação para a regra estabelecida, e nem viabiliza estruturas capazes de realizar o direito preconizado.

Assim, ao tentar superar o fato sobre a existência do Estado, a Declaração não só perde eficácia como passa a ser, justamente, contraposta, e os valores positivados, assim como as garantias individuais que carregam, se tornam cada vez mais incertas e indeterminadas, tornando-as, em sua essência, inalcançáveis<sup>20</sup>.

Exemplo desse cenário é ilustrado pelo Professor Francisco Rezek, especialmente ao destacar que os mecanismos de proteção dos Estados, quando apontada qualquer violação da Declaração de 1948, não carrega na sua forma qualquer natureza cogente<sup>21</sup>. Ou seja, para conceber efetividade aos valores concebidos como universais, são necessárias estruturas capazes de lhes impor.

Como a imposição dos valores é paradoxal frente ao conceito de liberdade, talvez a imposição da democracia sobre o Estado como sistema universalizado não seja o melhor caminho ou discurso a ser seguido.

Do ponto de vista teórico, a Declaração de 1948, quando estabelece o conceito de igualdade<sup>22</sup>, garante o exercício pleno da liberdade, inclusive de expressão (religiosa<sup>23</sup> e de consciência<sup>24</sup>), dificilmente atenta contra o

---

19 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges – São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 56

20 VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 6.

21 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional público: curso elementar*. 15. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 260

22 Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

23 Artigo 18. Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

24 Artigo 19º Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão.

Estado, especialmente dentro de um sistema dualista. Contudo, não se deve criar ilusões de que a mera qualificação desses valores é prova de que esses direitos e garantias serão integralmente respeitados, até mesmo porque os Estados não se sujeitariam a se opor a eles no atual estágio da história da humanidade, ao menos de forma expressa<sup>25</sup>.

A verdade é que, por se tratarem de conceitos fluidos, as formulações normativas decorrentes do texto podem, em certa medida, até mesmo contradizê-los. E, considerando a pouca efetividade das sanções internacionais por eventual violação das garantias descritas na Declaração de 1948, é certo sua aplicação pode ser esvaziada.

É exatamente essa uma das críticas de Michel Villey, especialmente ao afirmar que “os direitos humanos só tem amigos.”<sup>26</sup>

## 2 O MODELO DEMOCRÁTICO COMO VALOR UNIVERSAL

É até possível aceitar que os valores de liberdade e igualdade permitem uma acomodação hermenêutica razoável no plano do direito, mas quando a Declaração avança para o estabelecimento do conceito democrático como categoria universal<sup>27</sup>, todo seu fundamento preambular é enclausurado em suas próprias raízes, fazendo exsurgir a nítida sensação de que os direitos humanos, em sua medida positivada, nega os próprios direitos e acaba por praticar injustiças<sup>28</sup>.

Partindo da premissa de que o Estado, enquanto “unidade específica de uma multiplicidade de indivíduos”<sup>29</sup>, exige processos de interação para se manifestar, quando é imposta a obediência aos conceitos democráticos, em especial aos de sufrágio e de acesso à administração dos negócios

---

Artigo 20º 1.Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas. 2.Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação.

25 DAHL, Robert A. *On Political Equality*. US: Yale University Press, 2000. p. 11.

26 VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 11.

27 Artigo 21º 1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte na direcção dos negócios, públicos do seu país, quer directamente, quer por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2.Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas do seu país. 3.A vontade do povo é o fundamento da autoridade dos poderes públicos: e deve exprimir-se através de eleições honestas a realizar periodicamente por sufrágio universal e igual, com voto secreto ou segundo processo equivalente que salvaguarde a liberdade de voto.

28 VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 8.

29 KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 301.

públicos por qualquer indivíduo em condição de igualdade, a garantia do Estado como ordem jurídica própria e soberana é violada, seja porque foi desclassificada ou mesmo porque a liberdade de seu povo foi suprimida enquanto fonte dessa ordem jurídica<sup>30</sup>.

Não se trata apenas de um direito ou uma garantia que o Estado deve proporcionar aos seus cidadãos, mas sim a alteração na sua forma de ser e existir enquanto ficção jurídica ordenada em certo território ocupado por um determinado povo. Em última análise, o processo histórico de formação do Estado e que determina a essência da nação é abandonado para ceder espaço a um modelo eleito e universalizado – não democraticamente – por 48 (quarenta e oito) Estados que, em conjunto, entenderam que a única forma de garantir o exercício pleno dos direitos de liberdade e igualdade é pela via de *eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto*.

Creio que a premissa da Declaração de 1948 pode até ser verdadeira, ao menos até que se encontre formula melhor, mas acredito que por efeito cognitivo natural, por se tratar de um conceito universalizado e por essência expansionista, os Estados não liberais e alheios ao eixo geopolítico entusiasta do documento universalizante tendem a se afastar ainda mais. Especialmente quando contrastados a determinados contextos históricos, culturais e religiosos.

Ainda pior, pode fazer com que os Estados não liberais criem mecanismos dissimulados, supostamente democráticos, para espelhar uma concordância fictícia com o modelo universalizado, dificultando o acesso aos verdadeiros valores a serem protegidos, quais sejam a igualdade e a liberdade.

O que se pretende dizer, com isso, é que a matemática dos valores em questão não pode ser invertida pela fórmula da democracia, ou seja, não se pode promover liberdade e igualdade pela democracia, mas sim democracia pela liberdade e igualdade. E, da mesma forma, não se pode confiar que a democracia seja reduzida ao voto e a eleições periódicas<sup>31</sup>.

Não se faz aqui uma crítica ao modelo humanizado proposto pela Declaração de 1948, que efetivamente promete preservar as garantias de liberdade e igualdade a partir do seu próprio exercício, a partir do ciclo conceitual da democracia. A crítica reside, essencialmente, na imposição

---

30 Ibidem, p. 36

31 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001, p. 50.

de sua inserção como padrão universal e que, *a priori*, proporciona um paradoxo insuperável, já que, ao estabelecer os conceitos de liberdade de forma ampla, o texto humanista não poderia exigir a prática de modelos, mesmo que sobre povos não liberais.

A liberdade, especialmente, impõe o respeito ao exercício da liberdade do outro<sup>32</sup>. E se o objetivo da declaração era promover essa garantia, assim como a igualdade, por certo que imposição de um modelo de gestão não seria o melhor caminho. Para ser ainda mais claro, talvez fosse suficiente que a Declaração de 1948 cobrasse dos Estados igualdade e liberdade, pois que, por certo, dos costumes do povo, o tempo faria exsurgir a democracia<sup>33</sup>.

Do ponto de vista pragmático, a falha da imposição do modelo universalizado, sem a prática dos costumes democráticos, pode ser verificada nas tentativas de democratização do Timor Leste (1999-2002) pelas Nações Unidas, cujo modelo tradicional local não foi capaz de se subsumir aos conceitos entabulados pelo sistema democrático<sup>34</sup>, assim como também no Camboja (1992-1993), no Afeganistão (2002-2004)<sup>35</sup> e em todas as outras que se valeram do critério democrático para garantir a liberdade e igualdade de um determinado povo.

Não se trata, portanto, de uma crítica ao modelo democrático em si, até mesmo porque, em que pese a utopia do Estado fictício do Casanistão<sup>36</sup>, é pouco razoável considerar que existam Estados totalitários e autocratas que garantam o exercício dos direitos de igualdade e liberdade. Mas, o fato é que também não se pode dizer que referido modelo deva ser aplicado sobre todo o mundo<sup>37</sup> como um valor, seja porque efetivamente não é um valor universal ou porque simplesmente não funciona como modelo impositivo para efeito de promoção da liberdade e da igualdade. Se presta, talvez, a

---

32 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 79.

33 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001. p. 32-35

34 ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *As Nações Unidas e o Timor Leste: principais dificuldades na construção de uma república democrática*. In: FILHO, Robério Nunes dos Anjos. *Globalização, justiça e segurança humana: capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI*. – Brasília: ESMPU, 2011. p. 94

35 BARMA, Naazneen H. *Brokered Democracy-Building: Developing Democracy through Transitional Governance in Cambodia, East Timor and Afghanistan*. *IJMS: International Journal on Multicultural Societies*. 2006, vol. 8, no. 2, pp. 127-161. UNESCO. ISSN 1817-4574. p. 133

36 O "Casanistão" é um Estado não liberal, porém decente, utópico e fictício criado por Jonh Rawls, onde a religião e os poderes públicos se misturam, mas que a liberdade e igualdade são garantidas, ainda que por condições precárias. In: RAWLS, John... *Povos*. p. 98-102

37 ECHEVERRIA, op. cit., p. 95.

garantir e a preservar esses valores onde eles já sejam praticados, mas não como fonte originária deles.

Aliás, a própria definição dos valores esculpidos na Declaração de 1948 foram acolhidos fora do sistema democrático, seja do ponto de vista objetivo, em que apenas parcela da universalidade do mundo foi representada no suposto “escrutínio”, seja por que determinados Estados foram deliberadamente excluídos do processo, a exemplo da Alemanha e do Japão, que simplesmente não faziam parte das Nações Unidas.

Nem mesmo os Estados signatários da Declaração (ao menos a maioria), naquele tempo, poderiam ser tratados por democráticos na linha da Declaração de 1948, a exemplo do próprio Brasil que, formalmente, vedava a participação dos analfabetos no processo eleitoral, cujo direito só veio a ser reconhecido em 1985 com a publicação da Emenda Constitucional n. 25<sup>38</sup>, e, além disso, violava com fôgosa naturalidade a imposição do voto secreto (acolhido pelo Código Eleitoral de 1932)<sup>39</sup>.

O que se via como democracia – e ainda se percebe – não supera, em verdade, a qualificação de mera retórica<sup>40</sup>. E para não restringir o campo de avaliação ao Brasil, vale destacar que a Colômbia só veio a garantir os direitos das mulheres participarem das eleições em 1954, o Iran em 1963<sup>41</sup>, e a Suíça, em que pese não haver participado da Declaração de 1948 como os demais, só veio a permitir o voto das mulheres em 1971, sendo que em 1959 a população daquele Estado simplesmente votou em sentido contrário, já sob a égide do texto universal<sup>42</sup>.

Portanto, enquanto a definição de valores universais gera tensões e determinados limites de interação, sugerindo um tratamento particular em contextos distintos<sup>43</sup>, o método democrático de condução do Estado como valor universalizado não pode ser tratado como um valor em si, seja porque não tem espaço para interpretações, especialmente no caso dos conceitos mínimos de democracia reduzidos no art. 21 da Declaração de 1948, ou

38 PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. UnB, 2000. p. 443.

39 BALEEIRO, Alioma; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Coleção Constituições Brasileiras*, v. 5. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 29.

40 DAHL, Robert A. *On Political Equality*. US: Yale University Press, 2000. p. 21

41 Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Women%27s\\_suffrage](http://en.wikipedia.org/wiki/Women%27s_suffrage)>. Acesso em: 20 abr. 2015.

42 Disponível em: [http://en.wikipedia.org/wiki/Women%27s\\_suffrage\\_in\\_Switzerland](http://en.wikipedia.org/wiki/Women%27s_suffrage_in_Switzerland). Acessado em: 20 abr. 2015.

43 Como faz a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) quando do uso da chamada “margem nacional de apreciação.”

mesmo porque simplesmente não tem como corresponder à universalidade do mundo, tanto do ponto de vista forma, moral, ou pragmático.

Mais ainda, a democracia não pode ser operada como valor em si, mas no máximo como um valor instrumental subordinado a outros valores que, na sua completude, se realizam. A democracia não realiza nada, senão os valores da igualdade e da liberdade, cuja natureza é suficiente para se completar.

Quanto a universalidade desse modelo, passados os exemplos e refletido o próprio conceito de democracia, o axioma ilustrado por Joseph Raz nessa questão é bastante operacional, especialmente quando ressalta que os valores universais não demandam reflexões teóricas<sup>44</sup>. Ora, não se vê grandes debates acerca dos conceitos de liberdade e de igualdade nos tempos de hoje, mormente sua aplicação e, naturalmente, sua violação. De outro lado, é possível encontrar bibliotecas inteiras tratando do tema democracia.

### 3 PARADOXOS DA DEMOCRACIA

A partir dessa ideia de valor, a verdade é que a democracia, como instrumento de gestão pública, vem sendo tratada por diversos campos das ciências humanas por milênios. E da Atenas de Péricles e sua democracia<sup>45</sup> interpretada dos dias de hoje, pode-se dizer que apenas uma conclusão ultrapassou as barreiras do tempo e parece ser uníssona, especialmente para os tempos de hoje: a de que nem mesmo a democracia ateniense era aquela que se tenta replicar com a Declaração de 1948.

O professor estadunidense Robert Dahl chega a dizer que nossa compreensão sobre a democracia não está nem mesmo perto daquela que Péricles concebia em Atenas no seu tempo, uma vez que as noções desse sistema em diversas épocas mesclaram-se de tal forma a ponto de fazer uma verdadeira confusão, cujas teorias e práticas, muitas das vezes, são absolutamente incompatíveis entre si.<sup>46</sup>

De uma maneira ainda mais dramática, no outro lado do atlântico, a francesa Simone Goyard-Fabre chega a dizer que não há uma definição

44 RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Tradução de Vadim Nikitim. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 56.

45 Segundo Robert Dahl a única democracia real, já que foi justamente o nome dado ao sistema de governo daquele tempo. In: DAHL, Robert A. *On Political Equality*. US: Yale University Press, 2000. p. 10.

46 DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 3

capaz para a democracia, sendo que não se trata sequer de um regime político, mas sim “a energia de uma ideia, ela é uma disposição reguladora rica em esperança; porque ela pertence a um contexto humano, está marcada por uma precariedade essencial”<sup>47</sup>.

Dessas premissas, o que se pode extrair de identidade entre o que se via em Atenas (não em toda Grécia, diga-se<sup>48</sup>) e o que se pretende hoje, talvez, seja o nome democracia, cuja origem, do grego, reflete a ideia de governo do povo. Isso, sim, permanece inalterado e consta como um ideal na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, e de uma forma bastante repetitiva, mormente quando reflete a igualdade dos indivíduos em todos os setores da sociedade, e especialmente na participação no governo do Estado<sup>49</sup>.

De tão repetitivamente igualitarista, diga-se, o modelo ilustrado pela Declaração de 1948 chega a sugerir que as barreiras da racionalidade sejam superadas até mesmo pela razão da natureza, como exemplificado por Michel Villey quando ressaltou que os vícios dos direitos humanos acabam por tornar os homens juridicamente iguais às mulheres, tal qual os bebês às pessoas idosas<sup>50</sup>.

Mas, independentemente dessas ilações, o fato é que existem diferenças substanciais entre os modelos democráticos, especialmente quando tradados a partir de uma linha histórica. Com efeito, pelo próprio processo civilizatório da humanidade, é certo que o modelo, em si, sofreu influências culturais próprias cuja conformação jamais poderá transmutar-se em um valor universal, mas no máximo um conceito universalizado.

Outra grande diferença entre aquele modelo interpretado em Atenas e o que se propõe como modelo de democracia da Declaração de 1948,

---

47 GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?*. Tradução de Claudia Berliner – São Paulo: 2003. p. 349

48 A democracia de Atenas não se estendia a toda Grécia, mas apenas sobre Atenas e aos atenienses. In: DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 4.

49 Artigo XX. 1. Todo ser humano tem direito à liberdade de reunião e associação pacífica. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação. Artigo XXI. 1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

50 VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 7.

portanto, é que na fórmula ateniense não bastava ser humano, ou mesmo grego, para ser qualificado como parte integrante do povo e participar do governo, sendo que o requisito era mesmo, entre alguns atributos<sup>51</sup>, ser ateniense. Agora, para ter direitos e participar do governo de um Estado, basta ser humano e pertencente à um grupo de pessoas delimitados por um território submetido à critérios determinados (ordem jurídica pela ideia de Kelsen<sup>52</sup>)<sup>53</sup>.

Assim, a partir da lógica conceitual de indivíduo, o ser humano, na sua essência, *a priori*, já se qualifica como parte integrante de um povo e é capaz de participar do governo do Estado. Daí a conclusão de que a racionalidade sucumbe face à razão da natureza, vez que por evidência não se pode tratar o ser humano absolutamente igual para todo e qualquer efeito, como no exemplo ilustrado por Michel Villey quanto aos idosos e às crianças, ou mesmo a partir da qualificação dos adultos exigida por Dahl para o exercício da igualdade democrática<sup>54</sup>.

E isso pela própria ideia clássica de que não deve haver desigualdade no tratamento dos indivíduos, senão quando, justamente, para promover a igualdade. O conceito de igualdade, na perspectiva democrática da Declaração de 1948, portanto, não se restringe a um tratamento formal da igualdade, um postulado constitucional ou a mera sugestão normativa por parte do Estado.

Se estamos partindo para um ideal de formação da identidade de um Estado soberano, tratada a partir de estruturas intersubjetivas de um conjunto de consciências sobre determinado espaço territorial, essa igualdade substancial é crua no sentido do próprio *status* de humanidade, ou seja, é uma igualdade que não reflete qualquer aspecto social ou econômico, mas tão somente a condição de humana. Resumindo, é impraticável e, em última análise, inviabiliza a prática operacional da própria democracia<sup>55</sup>.

---

51 DAHL, Robert Alan. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 26.

52 KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Tradução de Marcelo Dias Varella (coordenador). *Revista de Direito Internacional*, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. - v. 8, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília : UniCEUB, 2011. p. 28

53 Vale dizer que o apátrida não pertence a qualquer grupo. Assim, a condição simples de humano não qualifica o indivíduo a participar de um governo, necessitando ter algum vínculo de cidadania com algum Estado.

54 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001. p. 92.

55 DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001. p. 94.

De outro lado, a liberdade, refletida na fórmula da proposta democrática, tal como a ideia de igualdade, não se limita aos critérios espaciais de ir e vir, e é substancialmente na relação do indivíduo enquanto ser ilimitado e para além do dever ser. A liberdade do indivíduo, especialmente na Declaração de 1948, não está aprisionada ou tutelada, senão quando viola a liberdade alheia. Assim, mais do que direitos de ir e vir, a liberdade deve ser conferida à essência do indivíduo, inclusive em sua consciência de agir e pensar livremente.

Ao Estado, a rigor, compete apenas garantir que a liberdade de um não atente sobre a liberdade do outro, a fim de que seja evitado que um processo anárquico leve a extinção da humanidade. Em outras palavras, compete ao Estado, com o objetivo de garantir o exercício pleno da liberdade do indivíduo, tão somente punir a violação da liberdade do indivíduo, mas jamais restringi-la sob esse fundamento.

Os pressupostos da democracia, sob qualquer critério contemporâneo de direitos humanos (no ocidente), deve levar em consideração se o povo apto a governar o Estado é substancialmente igual e livre. Com efeito, se a igualdade – como condição imanente ao ser humano – e a liberdade são refletidas como substância no pressuposto do modelo democrático, o resultado da justaposição desses valores é, exatamente, a necessidade de compreensão das diferenças e, sobretudo, a exigência de que não se pode subjugar outros povos e culturas pelo critério de civilidade, como faz o professor John Rawls quando da classificação dos povos<sup>56</sup>, ou mesmo como entabulado no próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça quando disciplina as fontes do direito internacional<sup>57</sup>.

Assim, ao caminhar por critérios de classificação civilizatória, o fundamento universalizante dos valores de liberdade e igualdade acabam por romper a limitação da própria noção conceitual universalizada do modelo democrático. Em resumo, para além da noção de Rawls sobre Estados descentes, ou do Estatuto da Corte Internacional de Justiça quanto às nações civilizadas, o povo, na perspectiva humana do indivíduo que o compõe, não pode ser subjogado face à própria liberdade que deve exercer.

Nesse caso, tanto Rawls quanto o Estatuto da Corte substituem os valores universais da liberdade e da igualdade por uma classificação

56 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 4

57 Artigo 9 [...]. Em toda eleição, os eleitores levarão em conta não apenas que as pessoas possuem individualmente as condições requeridas, mas que também estejam representadas as grandes civilizações e os principais sistemas jurídicos do mundo. Artigo 38. [...]. 4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;

geopolítica que, por consequência, impede a tradução de conceitos democráticos. O modelo democrático deve ser viabilizado pelos valores universais reconhecidos, e não o inverso. Não há como transportar a democracia pressupondo que no desembarque não exista nem liberdade nem igualdade. Ou melhor ainda, antes de aportar a democracia, é necessário construir portos livres e iguais.

De outra forma, se a Declaração de 1948 impõe a aplicação do modelo democrático como uma regra universal é porque pressupõe que os valores de igualdade e de liberdade são efetivamente universais. Entretanto, se são universais esses valores, é certo que há um silogismo completo que conclui pela não interferência no modelo de administração de qualquer Estado. Isso porque se há igualdade e liberdade, o sistema, ainda que não democrático, é ao menos supostamente representativo da liberdade dos indivíduos do Estado em situação de igualdade.

Com efeito, dentro desse contexto silogístico, a imposição do modelo democrático é, em si, a violação dos valores de igualdade e liberdade.

E o que se pode concluir, de imediato, como já dito aqui, é que, primeiro, a democracia não pode ser tratada como um valor universal, ou mesmo um modelo universal e, segundo, que o discurso dos direitos humanos propalado na Declaração de 1948 não pode ser compreendido sem o conjunto de liberdade e igualdade, cujo pressuposto deve ainda compreender a extensão da igualdade pela diferença, tanto no aspecto da racionalidade quanto da natureza e da cultura. Até mesmo porque, para existir igualdade, especialmente em um mundo marcado por culturas e contextos sócio-antropológicos específicos, é necessário compreender a diferença<sup>58</sup>.

O valor da igualdade, a partir dessa premissa, só pode desconstruir o paradoxo da diversidade cultural se tratado em conjunto com a diferença. Em síntese, só haverá igualdade, em verdade, pela diferença. Dito de outro modo, um valor universal só é possível quando todos tem condições de manifestá-los independentemente de suas diferenças<sup>59</sup>.

---

58 MARRAMAO, Giacomo. Passado e futuro dos direitos humanos: Da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença. In: Conferência proferida por oportunidade do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), com o tema *Pensar globalmente, agir localmente*, no dia 15 de novembro de 2007, no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Belo Horizonte-MG. Tradução de Lorena Vasconcelos Porto (PUC Minas) e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros (PUC Minas) e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (PUC Minas). p. 7

59 RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Tradução de Vadim Nikitim. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 53.

Portanto, o modelo democrático como um não-valor, mas como conceito formulado, apresenta um paradoxo insuperável quando da aplicação universal, seja porque rompe o pilar da igualdade e liberdade, subjugando as diferenças, ou mesmo porque não é capaz de promover os valores que busca proteger, que são a liberdade e igualdade.

Em resumo, a democracia pode até avalizar o exercício das garantias de liberdade e de igualdade nos Estados já liberais, mas não consegue viabilizar esses valores em Estados não liberais.

#### 4 CONCLUSÃO

Evidentemente, é certo que essa conclusão não é fruto de grande elucubração, especialmente quando verificamos, na prática, que todas as tentativas das Nações Unidas para implementação da democracia foram malsucedidas. Além disso, foi possível perceber que o modelo democrático não se presta como valor universal para administração dos negócios públicos, e isso a partir de suas próprias balizas, mormente romper os limites da igualdade quando implementado de maneira exógena.

De qualquer sorte, até mesmo pela lógica constituída pela Declaração de 1948, percebemos que o modelo impositivo da democracia já nascia sem pretensões universais pragmáticas por essa via, e isso pela lógica histórica multicultural que o mundo já viveu e como é constituído.

Veja que nem mesmo Péricles, em Atenas, buscou expandir o conceito democrático por reconhecer diferenças entre os indivíduos. Ainda que neste caso por negar a própria igualdade como valor absoluto.

Ora, em que pese a dogmática da igualdade dos povos modernos, mesmo pelo reconhecimento das diferenças, não se pode iludir que sua compreensão é absoluta e que a complexidade mundial será acolhida pelo ocidente como uma nuvem<sup>60</sup> transitando livremente pelo globo sob várias formas. Isso não é verdade, e a igualdade como valor universal simplesmente não existe. Ou então não seria tão reverenciada a classificação de decência ilustrada por John Rawls, publicada em 1999<sup>61</sup>, ou seja, mais de 50 (cinquenta) anos depois da Declaração de 1948.

---

60 DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Traditional Legal World*. US: Hart Publishing, 2009. p. 165

61 RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

Da mesma forma, não é possível concluir que proposta da Declaração de 1948 quando atrelou o ciclo de garantias de liberdade e de igualdade pela via da democracia o fez apenas como resposta às atrocidades perpetradas pela Alemanha de Hitler, até mesmo porque havia sustentação popular ao regime nazista por parte da população<sup>62</sup>.

O que se percebe, do contexto histórico em que foi concebida, é que já havia por parte dos países ocidentais (“euro-estadunidense”) um movimento contra-ideológico, pragmático, de que um mundo balizado sobre democracias constituía um perigo menor sobre a humanidade. Exemplo desse contexto é a Espanha fascista de Franco, cujo caso foi o primeiro a ser submetido ao Conselho de Segurança das Nações Unidas por proporcionar perigo à paz mundial<sup>63</sup>. Na oportunidade, após longa discussão, a Assembleia Geral entendeu que o governo de Franco já não mais representava o povo espanhol. Havia, portanto, uma crise de legitimidade.

Em certa medida, diante do legado da Segunda Grande Guerra, a Declaração de 1948 acabou por sugerir um modelo que redireciona o processo de integração dos indivíduos, alterando as estruturas de intersubjetividade que os posicionam uns para com os outros e diante do Estado, bem como alterou a fórmula racional de Estado-nação para o conceito de nação-Estado<sup>64</sup>. O problema é que o fez de forma expansionista, inviabilizando a formação dessas estruturas fundantes do modelo democrático por mecanismos endógenos, e prejudicou o processo de democratização.

A mesma crítica pode ser encontrada na perspectiva conceitual do “orientalismo” ilustrada por Edward Said, especialmente quando retrata a ocupação da Índia pelos ingleses, e a forma como os povos do oriente eram – são – tratados pelo que se concebe no ocidente europeu<sup>65</sup>.

Em que pese a conclusão de Nietzsche de que se trata de um fenômeno de uniformidade impregnada no mundo pela Europa<sup>66</sup>, cujo objetivo é o

62 JASPER, Karl. *La culpabilité allemande*. Traduit de l'allemand par Jeanne Hersch. France: Les Éditions de Minuit, 1990. p. 61.

63 LAUTERPACHT, H. *The international protection of human rights*. Recueil des cours, Volume 70 (1947-I), p. 1-108. p. 41.

64 GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 407.

65 SAID, Edward W. *Orientalismo: o oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Rosaura Eicheberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 85

66 NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*. Tradução de Márcio Pugliesi. Hemus S.A. 2001. p 169

*adestramento* dos povos<sup>67</sup>, do que já foi dito, é fácil concluir que o modelo democrático, em sua essência, não é universal, ao contrário, é estritamente unitário ou, considerando a origem, simplesmente “euro-estadunidense”.

A verdade é que tanto a Europa e mais especialmente os Estados Unidos, tem reagido à multipolaridade buscando espalhar seus ideias, pela via do direito internacional – porém sem se submeter a ele – como forma de melhor se relacionar e garantir, a todo custo, sua hegemonia<sup>68</sup>. Com isso, a democracia, refletida na Declaração de 1948, não retrata qualquer garantia do indivíduo, ao contrário, a viola, pois que dirige-se à forma do Estado enquanto ficção jurídica soberana no plano internacional com nítidos objetivos utilitaristas impostos por uma parcela do mundo sobre outra.

O critério universal na aplicação do modelo democrático, portanto, perde sentido e acaba por se envolver em um paradoxo absoluto quando tratado em conjunto à própria ideia de liberdade.

Em síntese, até acredito que o processo de democratização do mundo vai ser completado um dia, talvez por volta de 2052 como afirma Trachtman com certa ironia<sup>69</sup>, mas não será por conta de qualquer mecanismo legal ou simplesmente textual expressado por um grupo de Estados com nítido caráter expansionista, mas sim pelo discurso do conhecimento do outro, proporcionado pela tecnologia e que, antes de oferecer democracia, vai projetar sobre os povos não liberais o sonho de que a liberdade e a igualdade são valores alcançáveis e universais.

## REFERÊNCIAS

ABIAD, Nisrine. *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: A Comparative Study*. BIICL, 2008. p. 60

BALEEIRO, Alioma; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Coleção Constituições Brasileiras*, v. 5 – 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. p. 29.

BARMA, Naazneen H. *Brokered Democracy-Building: Developing Democracy through Transitional Governance in Cambodia, East Timor and Afghanistan*.

---

67 NIETZSCHE, Friedrich. *Fragmentos Finais*. Tradução de Flavio R. Kothe. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002. p. 30.

68 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.p. 30-31.

69 TRACHTMAN, Joel. *The Future of International Law: Global Government* (ASIL Studies in International Legal Theory). US: Cambridge University Press; Reprint edition (May 8, 2014). p. 82.

*IJMS: International Journal on Multicultural Societies*. 2006, v. 8, n. 2, p. 127-161. UNESCO.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BREMS, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*. Martinus Nijhoff Publishers. US, 2001.

DAHL, Robert A. *On Political Equality*. US: Yale University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

\_\_\_\_\_. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_. *On Democracy*. US: Yale University Press, 2000.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Ordering Pluralism: A Conceptual Framework for Understanding the Traditional Legal World*. US: Hart Publishing, 2009.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. As Nações Unidas e o Timor Leste: principais dificuldades na construção de uma república democrática. In: FILHO, Robério Nunes dos Anjos. *Globalização, justiça e segurança humana: capacitação para a compreensão dos grandes desafios do século XXI*. Brasília: ESMPU, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?*. Tradução de Claudia Berliner – São Paulo: 2003.

\_\_\_\_\_. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUNT, Lynn. *Inventing Human Rights: A history*. US: W.W. Norton Company, 2007.

JASPER, Karl. *La culpabilité allemande*. Traduit de l'allemand par Jeanne Hersch. France: Les Éditions de Minuit, 1990.

JOOR, Johan and STUART, Heikelina Verrijn. *The Building of Peace. A Hundred Years of Work on Peace Through Law. The Peace Palace 1913 – 2013*. Eleven International Publishing (August 28, 2013).

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000

\_\_\_\_\_. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Tradução de Marcelo Dias Varella (coordenador). In: *Revista de Direito Internacional*. Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. v. 8, n. 2, jul./dez. 2011. Brasília: UniCEUB, 2011.

LAUTERPACHT, H. *The international protection of human rights*. Recueil des cours, Volume 70 (1947-I), p. 1-108.

MARRAMAIO, Giacomo. Passado e futuro dos direitos humanos: Da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença. In: *Conferência proferida por oportunidade do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI)*, com o tema Pensar globalmente, agir localmente, no dia 15 de novembro de 2007, no Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Belo Horizonte-MG. Tradução de Lorena Vasconcelos Porto (PUC Minas) e revisão técnica de Flaviane de Magalhães Barros (PUC Minas) e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (PUC Minas).

NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal*. Tradução: Márcio Pugliesi. Hemus S.A. 2001.

\_\_\_\_\_. *Fragmentos Finais*. Tradução de Flavio R. Kothe. Brasília: UnB, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do Voto*. UnB, 2000.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001

RAZ, Joseph. *Valor, respeito e apego*. Tradução de Vadim Nikitim. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional público: curso elementar*. – 15ª Ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SAID, Edward W. *Orientalismo: o Oriente como invenção do ocidente*. Tradução de Rosaura Eicheberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TRACHTMAN, Joel. *The Future of International Law: Global Government (ASIL Studies in International Legal Theory)*. US: Cambridge University Press; Reprint edition (May 8, 2014).

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.



RECEBIDO EM: 01/06/2015

APROVADO EM: 18/11/2015

# O SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO E A SUA DISCIPLINA JURÍDICA

*BRAZILIAN PORT SECTOR AND ITS LEGAL REGIME*

*Luiz Eduardo Diniz Araújo*

*Procurador Federal - Advocacia-Geral da União*

*Carolina Lages Echeverria*

*Subprocuradora-Geral da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceitos relevantes; 2 O tratamento da Constituição Federal de 1988 à atividade portuária; 3 Portos públicos; 3.1 Introdução; 3.2 O Poder Concedente; 3.3 A Antaq; 3.4 A Autoridade Portuária; 3.5 Os arrendatários; 3.6 O operador portuário; 4 Portos privados; 5 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O texto apresenta o setor portuário brasileiro e o seu regime jurídico atual. São apresentados conceitos relevantes para a compreensão do setor portuário, assim como a evolução de seu regime jurídico. A atividade portuária será analisada sob o prisma da Constituição Federal de 1988, que permite o seu enquadramento tanto como serviço público, quanto como atividade privada autorizada. Será apresentada a preocupação do Estado brasileiro em se imprimir elevado grau de eficiência às atividades portuárias, de modo a se viabilizar o crescimento da economia nacional. Serão analisados os portos públicos e os portos privados e a atuação da agência reguladora do setor.

**ABSTRACT:** The paper sets out to examine the Brazilian port sector. It introduces relevant concepts to the comprehension of the port sector, as well as its legal regime evolution. The port activity will be studied in attention to the Brazilian Constitution, which opens the possibility of two legal regimes: public service and free enterprise. It will be presented a special concern about the efficiency of port activities in a way to promote the growth of the national economy. Public and private ports will be compared, and attention will be given to the regulator role.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Regulação. Portos. Regime jurídico. Concorrência.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Regulation. Ports. Legal Regime. Competition.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo se destina a apresentar o setor de portos brasileiro. A exposição se inicia com a apresentação, no capítulo primeiro, de conceitos relevantes para a compreensão do setor portuário. No capítulo segundo, a atividade portuária será analisada sob o prisma da Constituição Federal de 1988, que permite o seu enquadramento tanto como serviço público, quanto como atividade privada autorizada. No capítulo terceiro, será demonstrada a evolução da exploração dos portos brasileiros ao longo do tempo. No capítulo quarto, serão discutidos os principais aspectos dos portos públicos, entre eles o papel do Poder Concedente, das Autoridades Portuárias, dos titulares de contrato de arrendamento e dos operadores portuários. No capítulo quinto, serão apresentados os portos privados. Nas considerações finais, será apresentada a preocupação do Estado brasileiro em se imprimir elevado grau de eficiência às atividades portuárias, de modo a se viabilizar o crescimento da economia nacional.

### 1 CONCEITOS RELEVANTES

O porto é elemento de integração de logística e de transporte: de um lado, encontra-se o transporte marítimo; de outro lado, o transporte terrestre (rodoviário ou ferroviário). Do ponto de vista econômico, o porto é um recurso escasso. Com efeito, os espaços dedicados às operações portuárias não são ilimitados, mas restritos em decorrência da disponibilidade territorial em torno da infraestrutura construída. Por envolver elevados recursos em sua instalação, é inviável a duplicação de estruturas portuárias, daí a sua característica de monopólio natural. Assim, os portos são considerados infraestrutura essencial em rede, com algumas características de monopólio natural, dada a sua função de enlace dos diferentes modais de transporte em torno da infraestrutura e em razão da existência de usuários cativos<sup>1</sup>.

Elemento relevante na consideração do porto como recurso escasso e com característica de monopólio natural é a existência da *hinterland* (ou área de influência), que é a região de onde provêm ou para onde se destinam as mercadorias. Por exemplo, se a área de influência produz ou consome soja, é natural que o porto se vocacione à exportação ou importação de soja.

---

1 SEIJAS, Juan José Vázquez-Portomeñe. La inserción sistemática de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico e financiero de los puertos de interés general, en el ordenamiento administrativo español. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (org.). *La nueva legislación portuaria*. Barcelona: Atelier, 2004. p. 308.

A área de influência possui dimensão dinâmica, e não estática. Conforme registrado pelo Tribunal de Contas da União no voto condutor do Acórdão n. 1.904/2009-TCU-Plenário, a execução de políticas públicas para a área de transporte pode modificar a área de influência dos portos: “a construção de uma rodovia pode ligar um centro produtor a um porto por onde, antes, seria inviável a exportação. Isso tem o efeito de expandir a *hinterlândia* do porto. O mesmo pode acontecer com um duto de combustíveis, uma hidrovia ou ferrovia”.

Esse elemento dinâmico da *hinterland* potencializa a concorrência portuária, o que relativiza a sua característica de monopólio natural, que pressupõe usuários necessariamente cativos.

A competição portuária pode ser classificada de três formas. A competição interportuária se refere à disputa entre dois ou mais portos pelas cargas de uma mesma área de influência. Tanto pode ser relativa ao tráfego origem-destino quanto ao tráfego de trânsito de mercadorias. A competição intraporto ocorre entre terminais dentro do mesmo porto. Por fim, a competição intraterminal representa a atuação de mais de um operador dentro do mesmo terminal<sup>2</sup>.

A competição pode ocorrer entre os seguintes agentes: arrendatário, que é o titular de contrato de arrendamento dentro de porto público; operador portuário, que é a pessoa jurídica pré-qualificada perante a administração portuária e utiliza berços e áreas de uso comum do porto público; autorizatário de terminal de uso privado, que é o titular de porto privado.

A infraestrutura do porto pode ser dividida em aquaviária e portuária. A primeira compreende a proteção e o acesso aquaviário ao porto (canais, bacia de evolução, área de fundeio, etc.), que deve contar com profundidade, largura e sinalização adequadas aos navios. A segunda pode ser subdividida em instalações de uso comum de todo o porto (berços de atracação, cais, iluminação, energia elétrica, etc.) e em instalações de terminais portuários (pátio e estruturas de armazenagem), que se destinam propriamente à movimentação e à armazenagem da carga. Os terminais portuários também contam com a superestrutura, que são os equipamentos específicos para a movimentação da carga, tais como portêineres, guindastes e correias transportadoras.

---

2 WORLD BANK. Port Reform Toolkit: Module 6 – Port regulation mode. Washington. 2007. p. 5.

Segundo classificação realizada pelo Banco Mundial, os portos são explorados mundialmente com base em três principais modelos conceituais: *Service Port*, *Landlord Port* e *Private Service Port*.<sup>3</sup>

No modelo do *Service Port*, adotado no Brasil até a edição da Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, o Estado possui presença marcante, desenvolvendo todas as atividades da cadeia portuária. A exploração dos portos nesse modelo geralmente se dá por uma sociedade anônima sob controle estatal e encarregada de executar todas as atividades de forma verticalizada, sem que haja espaço para competição em qualquer fase. Assim, uma mesma empresa gere o porto, realiza os investimentos na infraestrutura e na superestrutura e realiza as operações portuárias.

No modelo do *Landlord*, instituído no Brasil a partir da Lei n. 8.630/1993 e mantido pela Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, a gestão dos espaços públicos dentro do porto fica sob a responsabilidade de um ente público ou seu delegado e a exploração da atividade portuária de movimentação e armazenagem de cargas é entregue à iniciativa privada, em regime de competição e mediante regulação.

No modelo do *Private Service Port*, bastante difundido no Reino Unido e na Nova Zelândia, a propriedade é privada, assim como a gestão do porto e a exploração das atividades portuárias. A conformação da atividade aos objetivos de interesse coletivo é alcançada apenas por meio da regulação. A existência de portos privados no Brasil é admitida desde a Lei n. 8.630/1993 e a sua difusão foi incentivada pela Lei n. 12.815/2013.

## 2 O TRATAMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À ATIVIDADE PORTUÁRIA

Todas as Constituições do Brasil dedicaram alguma atenção ao tema dos portos. No entanto, segundo Moreira, “nem sempre isso se deu sob o ângulo da atividade econômico-empresarial cujo desenvolvimento estratégico é cometido ao Estado”<sup>4</sup>.

Com efeito, as preocupações das Constituições anteriores estavam focadas na segurança nacional e na arrecadação de tributos, em detrimento

3 WORLD BANK. *Port Reform Toolkit: Module 3 – Structures and ownership models*. Washington. 2007. p. 16.

4 MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 35.

da exploração da atividade econômica portuária. Todas essas Constituições atribuíam à União a competência para legislar sobre portos.

A grande inovação da Constituição Federal de 1988 ocorreu em relação à atribuição da atividade portuária à titularidade da União, que poderia explorá-la diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (artigo 21, XII, “f”).

A respeito da propriedade dos portos, a CF/1988, ao dispor sobre o patrimônio da União, aí incluiu os que então lhe pertenciam (artigo 20, I). Como disposições normativas pré-constitucionais – é o caso do artigo 1º, alínea “g”, do Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946 – atribuíram à União a titularidade dos bens imóveis em que localizados os “portos organizados”, esses ficaram integrados ao domínio da União. Assim, os portos organizados são de titularidade da União.

Quanto à competência legislativa, o artigo 22, X, da CF/1988, repetindo norma de todas as anteriores Constituições, dispõe que compete à União legislar sobre o regime dos portos.

Portanto, os traços mais marcantes da disciplina constitucional do setor portuário na CF/1988 são (i) a publicização do bem (apenas portos organizados), (ii) a centralização da atividade na União (exploração direta ou mediante autorização, concessão ou permissão) e (iii) a competência da União para legislar sobre portos.

Como o artigo 175 da CF/88 dispõe que o Estado pode prestar serviços públicos diretamente ou mediante concessão ou permissão, precedidos de licitação, cabendo à lei ordinária trazer a disciplina a respeito, entende-se que a atividade portuária pode ser explorada sob o regime de serviço público ou como atividade econômica autorizada. Portanto, na Constituição de 1988, com relação à atividade portuária, é possível identificar espaço para o seguinte enquadramento: (a) serviço público a ser prestado diretamente pelo Estado ou mediante concessão ou permissão; (b) atividade econômica, mediante autorização do Estado.

Cabe à lei ordinária definir quais são as atividades submetidas ao regime de serviço público e quais têm o exercício franqueado aos particulares, com dependência de mera autorização. Também cabe à lei ordinária dispor quais serviços públicos serão prestados diretamente pelo Estado e quais o serão em regime de concessão.

Conjugados, os dispositivos constitucionais conferem à União ampla margem de liberdade legislativa para qualificar o regime de exploração dos portos, inclusive estabelecendo qual dos segmentos da atividade se enquadrará como serviço público monopolista ou ao regime concorrencial.

Há espaço, assim, para se definir qual atividade será prestada mediante concessão ou permissão, bem como qual atividade será privada de interesse público, a ser prestada mediante autorização.

### **3 PORTOS PÚBLICOS**

#### **3.1 Introdução**

Diante do desenho constitucional acima mencionado, o setor portuário brasileiro passou a ser constituído por portos públicos – a serem administrados diretamente pela União ou indiretamente, mediante delegação ou mediante concessão – e por portos privados – a serem explorados mediante autorização. O objetivo do presente capítulo é apresentar o regime jurídico dos portos públicos.

A Lei n. 8.630/1993 inaugurou a distinção, dispondo que o porto público, ou porto organizado, é o que se encontra sob a jurisdição de uma Autoridade Portuária e é administrado diretamente pela União, mediante concessão à iniciativa privada ou mediante delegação a Estados ou Municípios, nos termos da Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996. Atualmente, existem 34 portos públicos marítimos, sendo 18 administrados pelas Companhias Docas, em nome da União (caso do Porto de Santos), e 16 portos delegados a Estados e Municípios (caso do Porto de Paranaguá). Não existe ao momento nenhuma concessão à iniciativa privada de porto organizado.

De acordo com o artigo 15 da Lei n. 12.815/2013, a área do porto organizado é delimitada por ato do Presidente da República e deve compreender as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e acesso ao porto. Os terrenos localizados dentro dos portos organizados e utilizados na movimentação de cargas são explorados por meio de contratos de arrendamento e de acordo com o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ do porto. O PDZ deve ser elaborado pela Autoridade Portuária e aprovado pela SEP/PR, conforme previsão do artigo 17, § 2º, da Lei n. 12.815/2013.

A operação portuária fica a cargo de operadores pré-qualificados perante a Autoridade Portuária, e pode ser realizada tanto pelos arrendatários que se pré-qualifiquem, como por operadores portuários independentes.

No modelo do *Landlord*, adotado pela Lei n. 8.630/1993 e mantido pela Lei n. 12.815/2013, a infraestrutura portuária é de responsabilidade da Autoridade Portuária, que a custeia pela cobrança de tarifas portuárias (geralmente, tarifas infracais, infraterra e de serviços acessórios). A infraestrutura e a superestrutura dos terminais portuários são de responsabilidade dos arrendatários, que se remuneram pela cobrança de preços aos usuários pela movimentação e armazenagem de cargas. A infraestrutura aquaviária é comumente custeada pela União, por meio de recursos orçamentários.

### 3.2 O Poder Concedente

No modelo da Lei n. 8.630/1993, as Companhias Docas atuavam como delegadas do Poder Concedente, podendo realizar as licitações e gerir os contratos de arrendamento para a exploração das áreas localizadas dentro do porto.

No modelo da Lei n. 12.815/2013, o Poder Concedente é exercido pela Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, conforme expresso no artigo 1º, parágrafo único, do Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013.

Além das naturais atribuições decorrentes da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, relacionadas à gestão dos contratos de concessão e de arrendamento, compete ao Poder Concedente (i) elaborar o planejamento setorial e o plano de outorgas do setor; (ii) definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios; (iii) celebrar os contratos de concessão e arrendamento; (iv) estabelecer as normas para a pré-qualificação dos operadores portuários; (v) conduzir e aprovar os estudos de viabilidade de concessão ou arrendamento; e (vi) aprovar a realização de investimentos não previstos nos contratos de concessão ou arrendamento.

Por meio da Portaria SEP/PR n. 38, de 15 de março de 2013, o Poder Concedente expediu a primeira autorização para a realização de estudos de viabilidade de arrendamentos portuários. Essa Portaria, ao mesmo tempo em que autorizou a Estruturadora Brasileira de Projetos – EBP a desenvolver estudos de viabilidade, abriu prazo de 20 dias para outras interessadas requererem idêntica autorização.

Art. 1º Autorizar a empresa Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. - EBP, CNPJ nº 09.376.475/0001-51 a desenvolver projetos, estudos de viabilidade técnica econômica, ambiental e operacional,

levantamentos e investigações destinados a subsidiar a Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR na preparação dos estudos que fundamentarão os procedimentos licitatórios das concessões de portos organizados e dos arrendamentos de instalações portuárias relacionadas no Anexo I desta Portaria.

[...].

§ 2º O prazo para elaboração dos estudos técnicos será de até duzentos e vinte e cinco dias, a contar da data de publicação desta portaria, podendo ser prorrogado a critério da administração.

[...].

Art. 3º A presente autorização é concedida sem caráter de exclusividade e:

I - não gera direito de preferência para a outorga das concessões e dos arrendamentos;

II - não obriga o Poder Público a realizar a licitação;

III - não cria, por si só, qualquer direito ao ressarcimento dos valores envolvidos na sua elaboração; e

IV - é pessoal e intransferível.

Art. 4º As pessoas físicas ou jurídicas da iniciativa privada interessadas em oferecer projetos e estudos técnicos objeto da presente Portaria, poderão apresentar requerimento de autorização junto à SEP/PR, no prazo de 20 dias, no qual constem as informações previstas nos incisos I, II e IV do art. 3º do Decreto nº 5977, de 2006.

§ 1º No requerimento de autorização de que trata o caput as empresas interessadas devem observar as condições estabelecidas nessa Portaria.

§ 2º Os estudos deverão ser feitos para todo o escopo previsto nos quatro blocos e somente serão avaliados se contemplarem conjuntamente os itens previstos no art. 1º, § 1º.

§ 3º Para todos os interessados em realizarem os estudos, serão disponibilizadas todas as informações necessárias para elaboração dos documentos previstos no art. 1º, §1º e no art. 2º.

A legalidade dessa Portaria foi questionada mediante representação dirigida ao Tribunal de Contas da União, o qual, em votação por maioria, não encontrou vícios suficientes à sua invalidação, nos termos do Acórdão n. 1.155/2014-TCU-Plenário.

O Ministro José Jorge, que ficou vencido na votação, arrolou as seguintes razões em favor da invalidação da Portaria SEP n. 38/2013:

Desde a primeira vez em que este processo foi trazido ao Plenário, chamaram-me a atenção os indícios de favorecimento à Empresa Brasileira de Projetos S/A (EBP) no desenvolvimento dos estudos para subsidiar a preparação de procedimentos licitatórios de concessões de portos organizados e de arrendamentos portuários, consubstanciados notadamente na Portaria nº 38/2013, emitida pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).

Merece destaque, nesse ponto, a informação de que a EBP é empresa privada criada em 18/1/2008 com o objetivo de coordenar a elaboração de estudos, prestar assessoria técnica e estruturar projetos privados para exploração de atividade econômica ou projetos públicos de infraestrutura. Tem como acionistas, com participação igual no capital social da empresa, as seguintes instituições financeiras: Banco do Brasil, Banco Espírito Santo, Bradesco, Citibank, Itaú-BBA, Santander, HSBC, Banco Votorantim e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Ainda que se possa considerar louvável o objetivo dessas instituições em investir em projetos tecnicamente bem elaborados, o que poderia contribuir para atacar um dos principais problemas enfrentados hoje pela administração pública, não há como ignorar o direcionamento apontado nos autos em razão dos seguintes fatos:

- reuniões prévias de representantes da EBP com vários agentes governamentais de diversas entidades, inclusive da área de projetos;
- solicitação pela EBP de autorização para realizar os estudos um dia após a publicação da Portaria SEP/PR nº 15/2013, que apenas informou quais os empreendimentos seriam passíveis de licitação, sem divulgar a intenção de repassar a terceiros a realização dos estudos;

- edição da Portaria-SEP/PR nº 38/2013, a qual, de forma simultânea, autorizou a EBP a desenvolver os projetos, definiu o escopo dos mesmos, estabeleceu que outras pessoas físicas ou jurídicas interessadas em oferecer os projetos e estudos deveriam requerer autorização ao órgão em 20 dias e definiu que os estudos deveriam ser realizados, obrigatoriamente, para todos os projetos e arrendamentos ali indicados (161 áreas);

- fixação de prazo para realização dos estudos referidos na Portaria SEP/PR 38/2013 em número de dias igual ao consignado pela EBP em sua solicitação de autorização (225 dias), insuficiente para que qualquer empresa realizasse os estudos necessários em decorrência da amplitude do escopo dos estudos e projetos exigidos;

Na mesma linha do Relator, entendo que os esclarecimentos oferecidos em resposta às oitivas prévias promovidas junto à SEP/PR e à referida EBP, não foram suficientes para descaracterizar a infringência aos princípios da impessoalidade, moralidade, isonomia e também da eficiência.

O Ministro Walton Alencar, autor do voto vencedor, pontuou que

[...] as eventuais falhas dos procedimentos atinentes à autorização concedida não autorizariam a anulação das medidas já adotadas. A anulação de atos administrativos é medida extrema, tomada somente quando não houver oportunidade de aproveitamento dos atos praticados e se não restar atendido o interesse público. Muitas vezes, apesar de anuláveis, atende mais ao interesse público a convalidação, com a continuidade dos efeitos dos atos praticados, do que a anulação e o consequente refazimento integral desses atos.

O Acórdão n. 1.155/2014 foi aprovado, então, com o seguinte teor:

9.1. julgar parcialmente procedente a presente representação;

9.2. autorizar o prosseguimento dos atos decorrentes da Portaria SEP/PR 38/2013;

9.3. determinar à SEP/PR que:

9.3.1. fundamente o cálculo do ressarcimento dos valores dos estudos técnicos selecionados nos termos da Portaria SEP/PR 38/2013 em dados objetivos que não sejam vinculados ao valor total dos

investimentos estimados para as concessões e arrendamentos, mas aos respectivos custos de elaboração dos estudos;

9.3.3. no âmbito de sua competência constante do art. 16, inciso II, da Lei 12.815/2013:

9.3.3.1. regulamente os procedimentos relacionados às autorizações para realização de estudos sobre arrendamentos portuários e concessões de portos organizados, de forma que sejam estabelecidos requisitos mínimos de publicidade para chamamento de interessados e para aceitação e denegação de pedidos de autorização;

9.3.3.2. estabeleça, com a devida publicidade e previamente a cada chamamento a ser emitido, os critérios de julgamento e de escolha dos estudos ofertados;

9.4. recomendar à Casa Civil da Presidência da República que avalie a necessidade de regulamentar o artigo 21 da Lei 8.987/1995, estabelecendo diretrizes gerais para atuação dos diversos órgãos que possam utilizar a prerrogativa de autorizar a elaboração de estudos de viabilidade de projetos de concessão de serviços públicos;

Após, foi interposto pedido de reconsideração, o qual se encontra pendente de julgamento pelo Tribunal.

### **3.3 A Antaq**

Como ente regulador do setor portuário, a Antaq possui competência para elaborar e editar normas sobre a exploração da infraestrutura portuária com a finalidade de assegurar os direitos dos usuários, garantir isonomia no acesso e uso e fomentar a competição, conforme prevê o artigo 27, IV, da Lei n. 10.233/2001.

Cabe à Antaq regular o porto sob o ponto de vista da *essential facilities doctrine*, garantindo aos usuários acesso ao mercado portuário mediante preços justos e razoáveis. Para tanto, no âmbito dos portos organizados, a Antaq possui competência para estabelecer normas específicas para as Autoridades Portuárias, os arrendatários e operadores portuários (artigo 27, XIV, da Lei n. 10.233/2001).

É interessante notar que a Antaq, ao estabelecer o estatuto da prestação dos serviços portuários, pode não apenas prever padrões mínimos de eficiência,

mas também mecanismos de regulação econômica para impedir a cobrança de preços abusivos pelos arrendatários e operadores portuários. As Autoridades Portuárias, por atuarem de forma monopolística, são remuneradas por tarifas fixadas pela Antaq, nos termos do artigo 27, VII, da Lei n. 10.233/2001.

Sobre as tarifas das autoridades portuárias, o TCU, por meio do Acórdão n. 1.904/2009-TCU-Plenário, determinou à Antaq implantar sistema de preços e tarifas com base em centros de custos com a finalidade de incentivar a busca da eficiência operacional pelas Autoridades Portuárias, bem como estabelecer regras claras para a revisão e o reajuste das tarifas portuárias com base em estudos fundamentados sobre os custos das administrações portuárias, prevendo mecanismos para compartilhar com os usuários os benefícios gerados com possíveis aumentos de eficiência.

Como razão de decidir, o TCU considerou os seguintes elementos:

Todos os gestores das administrações portuárias entrevistados sobre o tema da sustentabilidade financeira afirmaram que os diversos passivos acumulados são decorrentes da época de ruptura com o modelo anterior à Lei 8.630/1993, quando as autoridades portuárias deixaram de realizar a operação portuária e passaram a realizar apenas as atividades de fiscalização e de autoridade portuária.

Ao longo das auditorias, foram identificados alguns problemas administrativos estruturais que geram impactos negativos na gestão das administrações portuárias, prejudicando sua sustentabilidade financeira. São eles: descontinuidade de gestão; inércia nas atividades jurídica e de cobrança; descompasso entre o orçamento e a liberação financeira dos recursos federais; e estrutura organizacional inadequada.

Quanto à descontinuidade de gestão, observada principalmente por fatores políticos na indicação do corpo diretivo, observa-se que quatro dos 8 portos apontaram que esse fato resultou em descompromisso com a empresa, ineficiência administrativa e gestões fracas do ponto de vista operacional. Foi alegado que os gestores, em muitos casos, foram indicados aos órgãos diretivos das Docas sem terem perfil técnico portuário, desconhecendo o negócio do porto.

O desconhecimento dos custos resulta também em modelo inconsistente de reajuste/revisão. Deve-se ressaltar que em outros setores, todo agente responsável pela realização de investimentos possui um fluxo de caixa, de onde minimamente se pode extrair o custo da atividade, de forma que

se possa equilibrar esse custo com a remuneração de quem realizou o investimento. Essa é a informação básica de qualquer processo de revisão. Ela também é a base para a discussão de qualquer questão regulatória envolvida na atividade, como, por exemplo, criação de incentivos, reduções de custos, repasse de ganhos de produtividade para a modicidade tarifária, etc. Em razão disso é bastante preocupante que as autoridades portuárias não possuam essa informação sobre a infraestrutura que gerem.

Deve-se considerar que as APs são monopolistas do ponto de vista institucional em sua atividade de provimento de infraestrutura. Isso quer dizer que, teoricamente, elas possuem incentivos a cobrar tarifas superiores ao economicamente eficiente. Essa informação não pode ser verificada na prática porque as APs não conhecem seus custos, mas é suficiente para demonstrar que algum grau de regulação econômica beneficiaria o setor.

Um efeito disso foi a verificação, nos portos auditados, de que as tarifas passam longos períodos (10, 12 ou 13 anos) sem reajuste. Isso certamente impactou a receita dos portos, principalmente porque as tarifas portuárias são a principal fonte de receita das APs auditadas. Pode também estar prejudicando o fornecimento eficiente da infraestrutura portuária, o que certamente atrapalha o desenvolvimento do setor. Por exemplo, a Emap ficou 10 anos sem aumento de tarifa. Apenas em 2007 obteve revisão de suas tarifas. A última alteração de tarifas da CDP foi em 1996, portanto, há mais de 12 anos. No RJ, a CDRJ ficou 13 anos sem majorar suas tarifas. Isso obviamente prejudica o financiamento da infraestrutura portuária.

Em razão da regulação tarifária obscura da AP, não se pode afirmar se os usuários estão pagando pelos custos em regime de eficiência, apesar de existirem fortes indícios de que isso não ocorre.

A respeito dos preços praticados pelos arrendatários, o TCU, por meio do Acórdão n. 2.896/2009-TCU-Plenário, determinou à Antaq que realizasse estudos para identificar elementos determinantes das condições de concorrência, de forma a se verificar a necessidade de regulação econômica para recriar a pressão competitiva do mercado.

Como razão de decidir, o TCU considerou inexistente o acompanhamento e a regulação dos preços praticados pelos arrendatários:

A questão mais relevante identificada nos autos é, sem dúvida, a ausência de acompanhamento e regulação de preços praticados pelos

arrendatários, seja por parte das autoridades portuárias, seja por parte da Agência reguladora.

Nada nos autos permite corroborar a avaliação atribuída aos técnicos da Antaq de que, no modelo atualmente adotado para o setor, os preços cobrados dos usuários seriam livres porque o setor portuário no Brasil seria competitivo e corresponderia às necessidades do mercado.

A partir da Lei n. 12.815/2013, a Antaq passou a fiscalizar não apenas as Autoridades Portuárias, mas também os arrendatários e os operadores portuários. Essa previsão expressa se encontra no artigo 27, XXVI, e no artigo 51-A da Lei n. 10.233/2001. A Antaq, então, editou a Resolução n. 3.274, de 6 de fevereiro de 2014, que prevê os tipos infracionais para o setor portuário.

Por fim, compete à Antaq elaborar os editais de leilão para concessão do porto organizado e para o arrendamento dos terrenos dentro do porto, segundo as diretrizes editadas pelo Poder Concedente.

### **3.4 A Autoridade Portuária**

Como visto acima, a Lei n. 8.630/1993 retirou das competências das administrações a operação portuária (movimentação e armazenagem de cargas), repassando-as à figura então criada do operador portuário.

Esse modelo foi mantido pela Lei n. 12.815/2013. Assim, as administrações portuárias passaram a exercer a atividade única de Autoridade Portuária, ou seja, de administrador do patrimônio público e fiscal das atividades em geral. Apesar disso, as administrações portuárias são consideradas pré-qualificadas para a realização da operação portuária, o que significa que podem executá-la, desde que sem concorrer com os demais operadores.

O artigo 20 do Decreto n. 8.033/2013 prevê que a concessão do porto organizado poderá abranger o desempenho das funções de administração do porto e também a exploração direta e indireta das instalações portuárias, instaurando-se, assim, portos públicos verticalizados.

Art. 20. O objeto do contrato de concessão poderá abranger:

I - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias;

II - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou

III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.

As atividades da Autoridade Portuária podem ser exemplificadas da seguinte forma: pré-qualificar os operadores portuários; fiscalizar a operação portuária; remover embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto; autorizar a entrada, saída, atracação, desatracação, fundeio e tráfego de embarcação na área do porto; ordenar o tráfego no porto, tanto marítimo quanto terrestre; prover o serviço de sinalização e balizamento; reportar infrações ao órgão regulador; estabelecer o horário de funcionamento do porto; organizar a guarda portuária; prover o serviço de iluminação e limpeza das áreas comuns, de terra e de água;

De acordo com o artigo 4º, II, em combinação com o artigo 3º, IV, do Decreto n. 8.033/2013, compete à administração do porto decidir sobre conflitos que envolvam agentes que atuam no porto organizado, cabendo recurso dessa decisão para a Antaq.

A Autoridade Portuária se remunera por meio da cobrança de tarifas em razão das atividades prestadas (geralmente, tarifas infracais, infraterra e de serviços acessórios), bem como pelo pagamento de valores fixos (valores de arrendamento) por parte dos arrendatários.

Em favor da justa competição interportos, entende-se que a Autoridade Portuária deveria ser autossustentável, ou seja, as receitas adquiridas com a cobrança de tarifas pela prestação de serviços específicos e com os valores dos arrendamentos pagos pelos arrendatários deveriam ser suficientes não apenas para a manutenção e operação do porto, mas também para a realização de investimentos em melhorias em sua infraestrutura.

Em algumas legislações estrangeiras, como é o caso da Lei n. 48/2003 (artigo 1º, “b”), do Reino da Espanha, bem como da Lei n. 84/1994 (artigo 6, 2) da República da Itália, está cristalizado o princípio da autossustentabilidade das Autoridades Portuárias. A legislação brasileira, no entanto, não consagrou esse princípio expressamente.

Na prática, as Autoridades Portuárias brasileiras têm registrado défices sucessivos, o que tem exigido o aporte de recursos orçamentários, principalmente com a finalidade de se garantir a realização de investimentos.

Entre outras causas, a deficiência na gestão das Autoridades Portuárias e a sua saída da operação portuária têm sido apontados como fatores decisivos para a falta de capacidade de investimentos em infraestrutura. No Acórdão n. 1.904/2009-TCU-Plenário, o Tribunal de Contas da União, em postura bastante crítica à regulação setorial, pontuou que os custos das Autoridades Portuárias não são conhecidos, o que torna impossível saber se as tarifas praticadas são inferiores ou superiores ao necessário. Nesse acórdão, o TCU determinou à Antaq que estabelecesse “regras claras para a revisão das tarifas portuárias com base em estudos fundamentados sobre os custos das administrações portuárias, prevendo mecanismos para compartilhar com os usuários os benefícios gerados com possíveis aumentos de eficiência”.

No que toca à eficiência das Autoridades Portuárias, a Lei n. 12.815/2013 consagra que as concessões a serem outorgadas para a administração da infraestrutura do porto organizado conterão critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade prestada, bem como os investimentos de responsabilidade do contratado.

Adicionalmente, em relação aos portos organizados sob a administração das Companhias Docas, a Lei n. 12.815/2013 impõe a pactuação de compromissos de metas e desempenho empresarial, que estabelecerão objetivos, metas e resultados a serem atingidos, indicadores de avaliação de desempenho, retribuição adicional em virtude do cumprimento e critérios para a profissionalização da gestão. Há, portanto, clara preocupação em se imprimir eficiência na gestão das Autoridades Portuárias.

Por fim, o artigo 19 da Lei n. 12.815/2013 dispõe que as áreas não afetas às operações portuárias – também conhecidas como áreas não operacionais – poderão ser objeto de exploração direta ou indireta pela administração do porto, observado, por evidente, o disposto no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto. Deve-se notar que a exploração indireta das áreas não operacionais deverá obedecer às normas de licitação. De acordo com o artigo 25, parágrafo único, do Decreto n. 8.033/2013, a Administração do Porto deverá submeter a proposta de exploração indireta à aprovação do Poder Concedente.

A SEP/PR disciplinou a exploração direta e indireta de áreas não afetas às operações portuárias por meio da Portaria SEP/PR n. 409/2014. De acordo com o artigo 2º desse diploma, “áreas não afetas às operações portuárias aquelas destinadas a atividades diversas da movimentação de

passageiros e da movimentação ou armazenagem de mercadorias [...], incluindo as de caráter cultural, social, recreativo, comercial e industrial”.

A exploração indireta pode se dar por meio de autorização de uso, a título precário, para realização de eventos de curta duração; cessão não onerosa, para que entidades da Administração Pública exerçam suas competências vinculadas às atividades portuárias; e cessão onerosa, celebrada mediante contrato de até 20 anos, precedida de licitação, para a realização de atividades econômicas por prazo superior a 90 dias.

A Resolução Antaq n. 2.240, de 4 de outubro de 2011, prevê a possibilidade de a administração do porto celebrar contrato de uso temporário, contrato de passagem e contrato de transição.

O artigo 36 dispõe que a administração do porto poderá celebrar contrato de uso temporário de áreas e instalações portuárias com o interessado em explorar a movimentação de cargas não consolidadas no porto ou com detentor de titularidade de contrato para atendimento de plataformas *offshore*. O prazo do contrato é de 18 meses, prorrogável por mais 18 meses. Excepcionalmente, há a possibilidade de fixação de prazo de vigência máximo de 60 meses se for comprovada a celebração de contrato privado que justifique a necessidade de ocupação de área portuária. Esse contrato não confere direito de exclusividade sobre as áreas ou instalações portuárias, e os investimentos realizados pelo interessado podem ser levantados ao final do contrato, não gerando direito à indenização em qualquer hipótese. Essa modalidade contratual foi analisada pelo TCU e sua legalidade foi confirmada pelo Acórdão n. 1.514/2013-TCU-Plenário.

O artigo 48 da Resolução n. 2.240/2011 prevê a possibilidade de celebração de contrato de passagem dentro da área do porto organizado. A gestão desse contrato é de responsabilidade da Administração do Porto, a quem compete arbitrar os conflitos entre o beneficiário da passagem e os titulares dos imóveis gravados com o ônus, com possibilidade de recurso para a Antaq.

Por fim, o artigo 35, § 1º, da mesma Resolução prevê a possibilidade de a Administração do Porto celebrar contratos de transição para manter a exploração de arrendamentos portuários no período compreendido entre o final do contrato de arrendamento e a celebração de novo contrato advindo de licitação. O entendimento prevalente na SEP/PR e na Antaq é que o contrato de transição não é um contrato de arrendamento propriamente dito, por não pressupor a realização de investimentos amortizáveis, e,

por isso, pode ser celebrado diretamente pela Autoridade Portuária, com a autorização da Antaq, sem a participação do Poder Concedente.

### 3.5 Os Arrendatários

Os terrenos localizados dentro dos portos organizados são explorados mediante contratos de arrendamento firmados por até 25 anos, prorrogáveis por até igual período, sempre precedidos de licitação. O contrato de arrendamento é espécie de contrato de uso de bem público, com o acréscimo de autorização para a prática de atividade dentro do porto organizado (armazenamento e movimentação de cargas e/ou passageiros).

As licitações dos contratos de arrendamento utilizarão como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e seguirão o formato de leilão, nos termos do artigo 6º da Lei n. 12.815/2013.

Assim, em vez de se privilegiar a arrecadação de recursos por meio da competição no leilão pelo valor da outorga, que era o enfoque da revogada Lei n. 8.630/1993, o modelo da Lei n. 12.815/2013 optou pela busca da eficiência na operação e pela modicidade de tarifas e de preços.

Os leilões devem ser promovidos pela Antaq, conforme as diretrizes traçadas pelo Poder Concedente, que, no caso, é a SEP/PR. Os leilões devem ser precedidos de estudos de viabilidade, que podem ser elaborados diretamente pelo Poder Concedente ou por pessoas jurídicas expressamente autorizadas para fazê-lo. Caso os estudos sejam utilizados para o leilão, assegurar-se-á o ressarcimento dos dispêndios correspondentes pelo vencedor. Em ambos os casos, os estudos de viabilidade devem obedecer às diretrizes do planejamento do setor portuário.

Anteriormente à celebração do contrato de arrendamento, deverá haver consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal, assim como emissão do termo de referência para os estudos ambientais.

Entre outras, são cláusulas essenciais aos contratos de arrendamento as que prevejam (i) os critérios definidores da qualidade da atividade prestada, (ii) os investimentos de responsabilidade do contratado e (iii) o valor do contrato, as tarifas praticadas e os critérios e procedimentos de revisão e reajuste.

A cláusula com os critérios da qualidade da atividade prestada é importante para se garantir pressão pelo aumento da eficiência do arrendatário, o qual poderá ser penalizado em casos de não alcance das metas estabelecidas.

Os investimentos de responsabilidade do arrendatário, por integrarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devem se encontrar detalhados. Aliás, investimentos não previstos nos contratos de arrendamento ensejarão revisão para se resguardar o equilíbrio.

No modelo de arrendamento elaborado pela SEP/PR para os Blocos 1, 2, 3 e 4 dos Leilões de Portos, apenas haverá a fixação de tarifa teto para aqueles arrendamentos que não se encontrarem sujeitos à pressão competitiva. No entanto, no Acórdão n. 3.661/2013-TCU-Plenário, o TCU entendeu que não havia estudos que demonstrassem competição suficiente para manter os preços portuários próximos dos custos marginais. Posteriormente, o TCU acolheu as justificativas e estudos apresentados pela SEP/PR e Antaq e, no Acórdão n. 1.555/2014-TCU-Plenário, considerou-se aceitável a modelagem apresentada.

Além da opção de realizar licitação, o Poder Concedente pode escolher prorrogar os contratos de arrendamento firmados na vigência da Lei n. 8.630/1993, inclusive antecipadamente.

A prorrogação antecipada foi criada pelo artigo 57, § 1º, da Lei n. 12.815/2013, que estabelece como requisito a aceitação da obrigação de realizar imediatamente investimentos não previstos no contrato de arrendamento original.

A prorrogação antecipada foi regulamentada pela Portaria SEP/PR n. 349/2014, que definiu os papéis de todos os atores envolvidos. Pela aludida Portaria, compete à Antaq analisar criticamente os estudos de viabilidade, bem como aprová-los. A aprovação do plano de investimentos e a decisão sobre a prorrogação antecipada são atribuição da SEP/PR.

O Terminal da Libra – RJ, localizado no Porto do Rio de Janeiro, foi o primeiro contrato de arrendamento a ter a prorrogação antecipada realizada, quando ainda não existia previsão legal nesse sentido. Com efeito, em 2011, a Antaq autorizou a realização de investimentos em torno de 500 milhões de reais, o que resultou na dilatação do prazo por mais 25 anos (até 2048) de modo a possibilitar a amortização do capital investido.

Por fim, uma exceção à licitação de área operacional dentro do porto organizado se encontra no artigo 6º, § 6º, da Lei n. 12.815/2013, que prevê a possibilidade de expansão da área arrendada para área contígua, desde que a medida traga comprovadamente eficiência na operação portuária. O artigo 24, *caput*, do Decreto n. 8.033/2013 dispõe que a expansão apenas será permitida “quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação de novo arrendamento”. Em razão de impactar positivamente o desempenho do arrendatário, a expansão deverá ensejar a revisão dos parâmetros contratuais, de forma a incorporar ao contrato os ganhos de eficiência e manter o equilíbrio inicial, conforme impõe o parágrafo único desse mesmo artigo.

### **3.6 O Operador Portuário**

O operador portuário é a pessoa jurídica pré-qualificada perante a Autoridade Portuária, conforme as normas estabelecidas pelo Poder Concedente, para realizar a movimentação de cargas ou passageiros. O arrendatário pode optar pré-qualificar-se como operador portuário ou contratar operador portuário independente para realizar a movimentação de carga ou de passageiros.

O operador portuário é responsável pelos danos causados à administração do porto, ao proprietário ou consignatário das mercadorias e ao armador, conforme previsão expressa do artigo 26 da Lei n. 12.815/2013.

Apesar de não possuir título de outorga expedido pela Antaq ou pela SEP/PR, o operador portuário se encontra submetido às normas editadas pela Antaq, conforme previsão do artigo 27 da Lei n. 12.815/2013.

A partir de representação, o TCU analisou a regularidade da contratação de operador portuário como requisito de qualificação técnica do arrendatário. Por meio do Acórdão n. 1.532/2014-TCU-Plenário, o Tribunal considerou regular essa sistemática, porém determinou a inclusão de cláusula para prever a solidariedade entre o operador portuário e o arrendatário no caso dos eventos descritos no artigo 26, incisos I, II e III, da Lei n. 12.815/2013.

## **4 PORTOS PRIVADOS**

Os portos privados são aqueles localizados fora da área do porto organizado, explorados pelos particulares para fins de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, mediante autorização da União.

A Lei n. 12.815/2013 previu como modalidades de instalações portuárias privadas os terminais de uso privado, a estação de transbordo de carga, a instalação portuária pública de pequeno porte e instalação portuária de turismo. Ainda na vigência da Lei n. 8.630/1993, os portos privados poderiam ter uso exclusivo (movimentação de carga própria), misto (movimentação de carga própria e de terceiros) ou de turismo (movimentação de passageiros). O novo marco regulatório manteve a figura do porto privado, porém sem restrição quanto à titularidade da carga. Assim, torna-se irrelevante o fato de a carga ser de propriedade do titular do terminal ou de terceiros.

Segundo o novo diploma, os portos privados são objeto de autorização, formalizado mediante a assinatura de contrato de adesão, com prazo de vigência de 25 anos, prorrogável por períodos sucessivos e desde que a atividade portuária seja mantida e o autorizado promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias. Quanto ao sujeito, deve ser pessoa jurídica que demonstre capacidade para o desempenho da atividade, por sua conta e risco.

Por terem a característica de *essential facility*, os portos privados são obrigados a fornecer acesso a qualquer interessado, mediante pagamento de remuneração ao titular da autorização. Cabe à ANTAQ disciplinar as condições de acesso por terceiros.

A respeito das autorizações a que se refere o artigo 8º da Lei n. 12.815/2013, estas não se confundem com a autorização tradicional de Direito Administrativo, licenças (de caráter precário) por meio das quais a Administração Pública controlava a atividade privada. A autorização tratada na legislação de portos amolda-se ao instituto da autorização que, sob influência da incorporação dos conceitos de “serviço de interesse econômico geral” do direito europeu e das *public utilities* do direito norteamericano, disciplina a exploração de atividades econômicas de relevante interesse público.

Tais autorizações dirigidas à execução de atividades de competência da União são constitutivas, pois obrigam e disciplinam a forma como devem ser desenvolvidas. A exemplo dessa disciplina, o artigo 26, §1º do Decreto n. 8.033/2013 determina que o início da operação da instalação portuária deverá ocorrer no prazo de três anos, contados da celebração do contrato de adesão.

Ademais, essas autorizações estabelecem um vínculo permanente com a Administração e podem ser constantemente adaptadas à regulação

setorial. Neste sentido, o artigo 47 da Lei n. 10.233/2001 dispõe que a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação. Esta adaptabilidade dos vínculos administrativos, inclusive, já está consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconhece a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

A respeito da regulação setorial sobre os portos privados cita-se a Resolução Antaq n. 3.290, de 13 de fevereiro de 2014, que dispõe sobre o procedimento para a obtenção da autorização, a construção exploração de instalações portuárias privadas. As Resoluções Antaq n. 3.259, de 30 de janeiro de 2014, e n. 3.274, de 6 de fevereiro de 2014, dispõem, respectivamente, sobre o procedimento de fiscalização e as infrações administrativas e a que estão sujeitos os autorizatários e demais agentes regulados.

Quanto à competência para outorga, se no marco legal anterior era a própria Antaq quem emitia os títulos autorizativos, a Lei n. 12.815/2013 atribuiu-a ao Poder Concedente, representado pela SEP/PR. Quanto às demais competências da Antaq, remanescem na Lei n. 10.233/2001 a competência para a regulação e fiscalização de tais atividades, como a adoção de medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento, exigir garantias e aplicar sanções.

A constituição dos portos privados é necessariamente precedida de chamada ou anúncio público, e, quando for o caso, de processo seletivo. A chamada pública se diferencia do anúncio público pelo fato de que na primeira a iniciativa da implantação da instalação portuária é do Poder Concedente, enquanto que no anúncio público a iniciativa é do particular, mediante requerimento apresentado à Antaq.

Tanto em um como em outro caso, o interessado deverá apresentar título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento, cessão de direito real ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do respectivo terreno e, ainda, o memorial descritivo das instalações.

Os procedimentos de consulta pública e anúncio público serão divulgados pela Antaq por meio de um instrumento convocatório com prazo de 30 dias com a finalidade de identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes. O instrumento convocatório indicará a região geográfica na qual será implantada a instalação portuária, o perfil e a estimativa de movimentação das cargas.

Uma vez sendo apresentadas as propostas, a Antaq elaborará lista de habilitação preliminar e a remeterá ao Poder Concedente, que as analisará a partir da viabilidade locacional (avaliação técnica acerca da compatibilidade da instalação de mais de uma instalação portuária com o mesmo perfil de carga) e da adequação às diretrizes do planejamento portuário para a região.

Caso o processo de chamada ou anúncio público seja concluído com a participação de um único interessado, ou havendo mais de um interessado e a possibilidade de implantação concomitante de todas elas, a autorização poderá ser expedida diretamente. Em havendo várias propostas e não sendo possível fisicamente a implantação concomitante de todas elas, o Decreto 8.033/2013 permite que a Antaq defina os critérios de julgamento a serem utilizados no processo seletivo e conceda o prazo de trinta dias para que os interessados reformulem suas propostas, para adaptá-las à participação no processo seletivo.

Se a inviabilidade locacional persistir após a reformulação das propostas, será promovido processo seletivo público, o qual utilizará, como critério de julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e demais critérios previstos no instrumento convocatório.

Uma vez encerrada a chamada ou anúncio públicos ou o processo seletivo, os interessados devem apresentar à Antaq, no prazo de 90 dias a contar da publicação da decisão, (i) a comprovação de consulta à autoridade aduaneira, ao poder público municipal e o termo de referência ambiental; (ii) garantias de execução, quando exigidos pela Antaq; (iii) documentação de regularidade perante as fazendas Federal, Estadual e Municipal e do FGTS; e (iv) parecer favorável da autoridade marítima.

Após finalizados os procedimentos instrutórios, a Antaq enviará a documentação à SEP/PR para que, no prazo de quinze dias, analise e delibere acerca do resultado do processo e sobre a celebração do contrato de adesão.

O contrato de adesão conterá as mesmas cláusulas essenciais dos contratos de concessão e arrendamento, previstas no artigo 5º da Lei nº 12.815/2013, à exceção das cláusulas referentes ao valor do contrato, às tarifas praticadas e respectivos critérios de revisão e reajuste (inciso IV) e à reversão dos bens (inciso VIII).

O início da operação da instalação portuária é condicionado à emissão de Termo de Liberação e Operação pela Antaq, uma vez atendidos os requisitos previstos no artigo 27 da Resolução Antaq n. 3290/2014.

Os termos de autorização e os contratos de adesão preexistentes à Lei n. 12.815/2013 devem ser adaptados ao novo marco regulatório, independentemente de chamada pública ou processo seletivo. Em especial, a adaptação envolve a inclusão das cláusulas essenciais dos contratos de concessão e arrendamento (à exceção daquelas que versam sobre tarifas e reversibilidade dos bens), a previsão acerca da possibilidade de sucessivas prorrogações e das competências fiscalizatórias da Antaq sobre a atividade.

É dispensada a celebração de novo contrato de adesão para a transferência de titularidade da autorização, desde que preservadas as condições originais, e o aumento da capacidade de movimentação ou armazenagem que não ocasione a expansão da área. De todo modo, a alteração deverá ser precedida de aprovação do Poder Concedente. A Portaria SEP/PR n. 110/2013 disciplinou outras hipóteses de dispensa de emissão de nova autorização e estabeleceu procedimentos para solicitação de alteração do tipo de carga e/ou ampliação da área da instalação portuária.

A Antaq, no exercício de sua competência normativa, excluiu do procedimento de outorga de autorização as instalações portuárias listadas no artigo 39 da Resolução 3.290/2014, por considerá-las fora do âmbito de regulação da Antaq. Os titulares destas instalações, a despeito de não se submeterem ao regime de autorização, devem requerer o seu registro junto à Agência. A título de exemplo, estão sujeitas a mero registro as instalações localizadas em águas jurisdicionais brasileiras, sem ligação com o terminal portuário localizado no continente, utilizado para a armazenagem e transferência de petróleo, as denominadas UOTEs (Unidades Offshore de Transferência e Estocagem).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise da evolução do setor portuário demonstra a clara preocupação do Estado brasileiro, principalmente em anos mais recentes, com a busca da eficiência na prestação das atividades envolvidas, notadamente a partir da ampliação da competição entre agentes privados.

Em aderência à evolução do setor, a Lei n. 12.815/2013 foi editada com a finalidade de promover a (i) ampliação da infraestrutura e a modernização da infraestrutura portuária, (ii) o estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e (iii) o aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras de entrada. Reforçou-

se, ainda, a competência da SEP/PR para promover o planejamento do setor portuário, notadamente com vistas a atrair investimentos privados e a estimular a competição.

Os objetivos da Lei n. 12.815/2013, para serem plenamente alcançados, demandam o estímulo à sedimentação da concorrência interportuária e intraportuária, notadamente com a participação dos portos privados no mercado, agora sem qualquer restrição quanto à titularidade da carga.

Nesse contexto, do órgão regulador, além da natural imparcialidade e expertise técnica, exigíveis de qualquer órgão de regulação, deve-se esperar comportamento ativo no acompanhamento das práticas restritivas de mercado que possam vir a, em última análise, prejudicar o usuário dos serviços portuários, e, assim, o próprio crescimento do país.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Panorama Aquaviário*. Volume 6. 2011.

\_\_\_\_\_. *Resolução n. 2.240, de 4 de outubro de 2011*. Aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. Disponível em <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000004615.pdf>>.

\_\_\_\_\_. *Resolução n. 3.259, de 30 de janeiro de 2014*. Aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da Antaq. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006315.pdf>>.

\_\_\_\_\_. *Resolução n. 3.274, de 6 de fevereiro de 2014*. Aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006320.pdf>>.

\_\_\_\_\_. *Resolução n. 3.290, de 13 de fevereiro de 2014*. Aprova a norma que dispõe sobre a autorização para construção, exploração e ampliação de terminal de uso privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porto e de instalação portuária de turismo. Disponível em: <<http://www.unisolucion.com.br/clientes/abt1/Download/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%203.290%2020ANTAQ,%20de%2013%20de%20Fevereiro%20de%202014.pdf>>.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (org.). *La nueva legislación portuaria*. Barcelona: Atelier, 2004.

BRASIL. *Decreto n. 24.511, de 29 de junho de 1934*. Regula a utilização das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=24511&tipo\\_norma=DEC&data=19340629&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=24511&tipo_norma=DEC&data=19340629&link=s)>.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946*. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del9760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9760.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 6.222, de 10 de julho de 1975*. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa de Portos do Brasil S.A. PORTOBRÁS, dispõe sobre a extinção do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis - DNPVN e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6222.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6222.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990*. Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8029compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8029compilada.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993*. Revogada pela *Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013*. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nos 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nos 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nos 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996*. Autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração

e exploração de rodovias e portos federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9277.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9277.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001*. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 11.518, de 5 de setembro de 2007*. Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.893, de 13 de julho de 2004, 5.917, de 10 de setembro de 1973, 11.457, de 16 de março de 2007, e 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, para criar a Secretaria Especial de Portos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/L11518.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11518.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013*. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm)>.

\_\_\_\_\_. *Decreto n.8.033, de 27 de junho de 2013*. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm)>.

FERNÁNDEZ, Antoni Jordá. *El Derecho portuario en la Historia: de los orígenes a la codificación*. Tarragona: Port de Tarragona, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei n. 12.815/2013 e seus desafios*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PRATS, Bartolomeu Trias. *El régimen económico de los servicios portuarios en los puertos estatales*. Iustel: Madrid, 2011.

SEIJAS, Juan José Vázquez-Portomeñe. *La inserción sistemática de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico e financiero de los puertos de interés general, en el ordenamiento administrativo español*. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (org.). *La nueva legislación portuaria*. Barcelona: Atelier, 2004.

SILVA, Francisco Carlos. *Direito portuário: a modernização dos portos brasileiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

WORLD BANK. *Port Reform Toolkit: Module 3 – Structures and ownership models*. Washington. 2007.

WORLD BANK. *Port Reform Toolkit: Module 6 – Port regulation mode*. Washington. 2007.



RECEBIDO EM: 04/08/2015

APROVADO EM: 16/09/2015

# A IMPORTÂNCIA INSTITUCIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL NO SISTEMA DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

*THE INSTITUTIONAL IMPORTANCE OF FEDERAL JUSTICE IN  
UNITED STATES OF AMERICA JUSTICE SYSTEM*

*Paulo Fernando Soares Pereira*

*Procurador Federal, Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela  
Universidade Federal do Maranhão - UFMA*

*Paulo Roberto Barbosa Ramos*

*Promotor de Justiça do Idoso do Ministério Público do Estado do Maranhão  
Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo (2001) e Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de  
Granada - Espanha*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A função da Common Law na formação do espírito prático dos Sistemas de Justiça dos Estados Unidos da América; 2 O triunfo do federalismo e a necessidade de uma jurisdição federal; 3 A formação da Justiça Federal americana e a sua consolidação institucional; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Através do direito comparado, objetiva-se rememorar a importância institucional da Justiça Federal dos Estados Unidos da América, desde a época de sua criação, que remonta ao próprio início da Federação americana, inclusive com a forte contrariedade dos antifederalistas à ideia de um ramo judiciário independente dos Estados, até os dias atuais, momento no qual o cenário democrático demonstrou que as instituições devem estar a serviço dos interesses do país e de seu povo e não das pessoas que a compõem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Instituições dos Sistemas de Justiça. Direito Comparado. Justiça Federal dos Estados Unidos. Perspectiva Histórica.

**ABSTRACT:** The objective of this essay is remind the reader of the institutional importance of Federal Justice in American Justice System, through Comparative Law, since its creation, dating back United States Federation beginnings, including the strong opposition from non-federalist to the idea of an independent judiciary branch, up to nowadays, moment when the democratic scenery showed that the institutions must be in service of nation and citizens interests, not of justice servants.

**KEYWORDS:** Institutions of Justice System. Comparative Law. American Federal Justice. Historical Perspective.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise histórica a respeito da Justiça Federal de primeiro e de segundo graus dos Estados Unidos da América, de sua implantação até os dias atuais, mostrando-se inclusive as similitudes com a Justiça Federal brasileira (arts. 106 a 110 da CF)<sup>1</sup>. O intuito, portanto, é apenas apresentar a relevância institucional desse órgão em um Sistema de Justiça bastante consolidado.

Assim, inicialmente, cabe destacar que fazer uma análise comparativa nem sempre é uma tarefa simples, ainda mais quando se consideram as peculiaridades de dois sistemas jurídicos diferentes, o estadunidense, da *Common Law*, e o brasileiro, do *Civil Law*, por exemplo.

As Instituições dos Sistemas de Justiça brasileiras passam por um momento de peculiar consolidação, em decorrência do permissivo democrático após 1988, sendo relevante que o mundo acadêmico nacional avalie comparativamente outros modelos, com as críticas e ponderações necessárias.

A razão de escolha do Sistema de Justiça Federal dos Estados Unidos se deve ao padrão institucional das Instituições dos Sistemas de Justiça desse país que, após séculos de amplo regime democrático, constituem um norte para ser analisado ou até mesmo seguido, já que contextos históricos diferentes nem sempre permitem caminhos institucionais idênticos.

Não se desconhece, por outro lado, as críticas lançadas ao modelo institucional americano e às tentativas, não raras vezes, sem sucesso, praticadas pelos países de economia dependente em absorvê-lo. Bruce Ackerman, em ensaio sobre a teoria constitucional comparada da divisão de poderes<sup>2</sup>, já havia questionado se o modelo estadunidense deveria servir como parâmetro para outros países, questionamento que pode ser aplicado na presente hipótese.

---

1 Advirta-se que o trabalho não enfocará o papel da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em que pese se tratar de um órgão da Justiça Federal. O objetivo é apresentar o histórico da Justiça Federal de primeiro e de segundo graus daquele país, explicando-se a sua função e relevância institucional. Dessa forma, as menções à Suprema Corte serão auxiliares e não protagonistas do trabalho.

2 Para Bruce Ackerman, o 'constitucionalismo democrático liberal' não é um conceito unívoco, mas um espaço em que convergem diferentes valores, que coexistem em profunda tensão, com cenários diferentes que expõem critérios institucionais existentes a diferentes situações de pressão, devendo-se lançar um olhar crítico sobre o regime existente, em vez de se bancar o profeta. *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 18 e 507.

De se ponderar, ainda, que o direito comparado atual não admite a existência de direitos positivos intrinsecamente melhores que os demais, sendo prudente que se fale apenas em direitos historicamente mais ou menos adequados para a regulamentação de certas relações de produção e propriedade<sup>3</sup>.

No ponto acima, o eurocentrismo e o etnocentrismo jurídico nasceram com a imposição do modelo europeu de desenvolvimento econômico a países sustentados por economias pré-industriais, sendo inevitável que se julgassem os direitos locais inadequados (inferiores) em relação àquele desenvolvimento econômico<sup>4</sup>. Com o domínio econômico e cultural dos Estados Unidos sobre os chamados países de economia dependente, essa ideia etnocêntrica, antes apenas europeia, atravessou o Atlântico e se firmou naquele país, o que, certamente, refletiu na compreensível admiração que as Instituições dos Sistemas de Justiça americanas irradiam sobre os demais países do continente.

No entanto, as críticas acima não desmerecem a pertinência do objeto do presente trabalho, pois os sistemas jurídicos (a *Common Law* estadunidense e o *Civil Law* brasileiro) guardam similitudes, em especial quando se analisa a existência de uma Justiça Federal encarregada de julgar determinados conflitos, o que permite traçar um paralelo, daí a importância do estudo do direito comparado, de utilidade para se conhecer e aperfeiçoar melhor o direito nacional, sendo, igualmente, útil para a compreensão do direito de outros países ou até mesmo para se estabelecer um regime mais apropriado para as relações internacionais<sup>5</sup>.

---

3 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 18.

4 LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 18. Além disso, o mesmo autor, op. cit., p. 16-18, adverte que “a cultura dos europeus difundia-se na esteira de seus navios mercantes e de guerra, testemunho concreto de uma indiscutível superioridade tecnológica. O direito europeu tinha que ser o melhor, porque se fundamentava naquela economia superior. Hoje, isso já não é verdadeiro. O mundo multipolar e as comunicações rapidíssimas obrigam a levar em conta países outrora legendariamente distantes. [...] O estudo dos direitos positivos a partir de um ponto de vista empírico contribui para remover o etnocentrismo não apenas na exegese de cada sistema jurídico, mas também na comparação entre institutos provenientes de sistemas jurídicos diferentes. É muito frequente, por exemplo, negar o caráter jurídico a ordenamentos normativos de sociedades primitivas tão-somente por compará-los ao direito existente numa sociedade evoluída. Um critério mais concreto de avaliação consiste, ao contrário, em ver com quais regras certa estrutura social administra suas próprias relações e em constatar até que ponto tais regras desempenham as tarefas que aquela sociedade lhes impõe: só assim evitam-se transferências gratuitas de conceitos de uma cultura para outra, como se todas fossem homogêneas e como se uma fosse melhor que as outras”.

5 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 3.

Não bastasse isso, a análise comparada permite revelar o exagero de preconceitos, (aliás, muito comuns nos sistemas de justiça brasileiros), mostrando-se como outras nações aderiram a fórmulas diferentes ou rejeitaram outras, inclusive algumas falsamente tidas como democráticas e adotadas pelo direito nacional<sup>6</sup>.

Não é demasiado recordar que alguns dos problemas que afligem os Sistemas de Justiça, sejam os da família<sup>7</sup> anglo-saxônica ou romano-germânica, têm se mostrado parecidos, haja vista o movimento de aproximação entre os dois sistemas<sup>8</sup>, sendo de suma importância a análise da posição dos tribunais para aqueles que tentam compreender adequadamente as instituições constitucionais de determinado país, como o caso dos Estados Unidos, no qual a presença de uma Corte Suprema federal faz girar todo o sistema constitucional<sup>9</sup>.

Aliás, os países da família *Civil Law* e da *Common Law* tiveram, no decorrer dos séculos, diversos contatos, fruto da influência moral cristã e das doutrinas filosóficas em voga, que puseram em evidência, desde o Renascimento, o individualismo, o liberalismo e a noção a respeito de direitos subjetivos<sup>10</sup>.

A *Common Law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicas, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países de *Common Law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas,

---

6 DAVID, op. cit., p. 5.

7 Para René David, ibidem, p. 17, “a noção de ‘família de direito’ não corresponde a uma realidade biológica; recorre-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e as diferenças que existem entre os diferentes direitos. Sendo assim todas as classificações têm seu mérito. Tudo depende do quadro em que se coloquem e da preocupação que, para uns e outros, seja dominante”.

8 Nesse sentido convergem os comparatistas René David, op. cit., p. 20 e 302, e Mario Losano, op. cit., p. 345. Mario Losano, op. cit, p. 345, afirma que “o *Common Law* anglo-americano e o direito europeu continental, que agora regem a maioria da população mundial, tendem a se aproximar: o *Common Law* está passando por uma extensão dos *statutes* e das *consolidations* em detrimento do puro ‘*judge made law*’, enquanto a jurisprudência vai assumindo importância crescente em muitos países de *Civil Law*. Por exemplo, naqueles países que têm um tribunal constitucional, o direito constitucional tende cada vez mais a ser tornar um direito jurisprudencial”.

9 SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: 1966. p. 160.

10 DAVID, op. cit., p. 20.

inspiradas por uma mesma idéia de justiça, são muitas das vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito<sup>11</sup>.

O comparatista René David<sup>12</sup> chega inclusive a falar na tentação de se ceder a uma idéia de “direito ocidental”, dada à existência de países em que não é possível definir com certeza a qual das duas famílias pertencem, já que tendem a tirar seus elementos da família da tradição romano-germânica ou da anglo-americana.

Para fins de sistematização o trabalho aborda, inicialmente, a importância que teve a *Common Law* na formação do espírito prático dos Sistemas de Justiça dos Estados Unidos, para, em seguida, abordar o triunfo do federalismo e a necessidade de uma jurisdição federal autônoma, que decorreu do receio que havia em se atribuir à Justiça dos Estados às causas que envolviam o Governo Central (União), pois se desconfiava que os Estados não fossem aplicar adequadamente a legislação federal e a Constituição, finalizando-se com a abordagem a respeito da formação da Justiça Federal americana e a sua consolidação institucional.

## 1 A FUNÇÃO DA COMMON LAW NA FORMAÇÃO DO ESPÍRITO PRÁTICO DOS SISTEMAS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

A *Common Law*, originária na Inglaterra, teve como fonte principal do direito a jurisprudência<sup>13</sup> e não a lei<sup>14</sup>, sendo tida como um sistema marcado pela continuidade histórica, fruto dos Tribunais de Westminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equity*), não tendo sido perturbada por nenhuma revolução e não tendo conhecido a renovação do direito romano e tampouco a renovação da codificação, características dos direitos da família romano-germânica (estes últimos evidenciados por

---

11 DAVID, op. cit., p. 20.

12 DAVID, op. cit., p. 20. O autor dá como exemplos a Escócia, Israel, a província de Quebec, no Canadá, e as Filipinas.

13 Os juristas do continente europeu eram educados no culto pela lei e admiravam os códigos. Parecia-lhes estranho, e quase inconveniente, ver um país altamente civilizado, o maior país comercial do mundo, rejeitar a fórmula da codificação e continuar ligado a uma fórmula no seu entender ultrapassada, vindo na jurisprudência a fonte fundamental do direito. DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 303.

14 A lei inglesa, tradicionalmente, traria apenas corretivos e complementos aos princípios que precisem de solução ou retifiquem os princípios estabelecidos pela jurisprudência. Entretanto, atualmente, deve-se abandonar a ideia de considerar a legislação como fonte secundária, já que a mesma alcançou importância semelhante à jurisprudência. DAVID, René, ibidem, p. 345 e 352.

seu caráter racional e lógico), caracterizando-se, ainda, pelas faculdades de adaptação, do seu permanente valor e pelas qualidades de seus juristas<sup>15</sup>.

Nesse sistema, ao contrário dos direitos codificados, houve uma exigência prática em se organizar a grande quantidade de precedentes e de normas, exigindo que os princípios fundamentais que lhe servissem de base fossem identificados e expostos sistematicamente para orientar a atividade prática dos juristas, o que correspondeu ao que se denominou *Jurisprudence*<sup>16</sup>.

Em seu processo evolutivo, a *Common Law*, inicialmente, não se apresentou como um sistema que visasse realizar justiça, mas como um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios (*remedies precede rights*)<sup>17</sup>, daí a sua característica prática, o que poderia ser muito bem absorvido, em certos aspectos, pelas Instituições dos Sistemas de Justiça brasileiras, fortemente apegadas a fórmulas bacharelescas e burocráticas.

O aspecto utilitário desse sistema (*Common Law*) decorreu da complexidade e da tecnicidade dos seus processos, que não poderiam ser compreendidos senão pela experiência, o que pouco teria contribuído uma formação universitária, baseada no direito romano, que não permitiria solucionar um simples caso, o que explica o fato de na Inglaterra, juristas e juízes, continuarem, até hoje, a ser formados essencialmente pela prática, diferentemente dos países do continente europeu<sup>18</sup>.

---

15 O sistema dos direitos românicos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, considerando as regras substantivas, graças à obra das universidades e do legislador. Subsistem nele, sem sombra de dúvida, numerosas contradições e anomalias devidas à história ou que se explicam por considerações de ordem prática. Os direitos da família romano-germânica estão longe de uma ordenação puramente lógica mas realizou-se um grande esforço nesse sentido para simplificar o seu conhecimento. O direito inglês, pelo contrário, foi ordenado, sem qualquer preocupação lógica, nos quadros que eram impostos pelo processo; só numa época recente – nos últimos cem anos –, tendo sido abolido o antigo sistema de processo, a ciência do direito pôde esforçar-se no sentido de racionalizar estes quadros. DAVID, René, *ibidem*, p. 306.

16 LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 553.

17 DAVID, op. cit., p. 289-290.

18 O processo inglês não se opunha somente à influência do direito romano; a sua complexidade desencorajava os juristas a irem receber nas universidades uma aprendizagem de princípios, que não lhes serviria para nada na prática. Os juristas ingleses nunca foram formados pelas universidades, e, ainda hoje, quando é obrigatória uma licenciatura para se tornar advogado ou solicitador, esta licenciatura pode ser outra que não em direito. DAVID, René, op. cit., p. 307.

É bem verdade, no entanto, que, modernamente, principalmente após a experimentação do *Welfare-State*, a *Common Law* teve que se adaptar às transformações, aproximando-se da elaboração legislativa e doutrinária do direito<sup>19</sup>.

Já nos Estados Unidos, o direito inglês teve influência fundamental, mesmo após a separação da Coroa inglesa, em 1775, pois as treze colônias, conquanto independentes, continuaram a ter um uma *Common Law* de cunho feudal na aplicação do direito privado. No entanto, as colônias assumiram uma estrutura constitucional fundamentada no federalismo e na rígida separação de funções estatais, com diferenças profundas do modelo praticado na Grã-Bretanha, como as prerrogativas de cada Estado de ter duas ordens de tribunais, um para os problemas estaduais e outra para os federais<sup>20</sup>. E a razão disso não foi em vão, como se verá adiante.

Não se pense que o advento da *Common Law* nos Estados Unidos esteve imune a assédios de outros sistemas. A *Common Law*, graças à língua e ao povoamento predominantemente inglês, acabou triunfando nos Estados Unidos. Contudo, a partir da Independência em 1776, a mesma adquiriu originalidade<sup>21</sup>, decorrente principalmente da existência do federalismo, no qual a dualidade na distribuição das competências fará surgir uma nova espécie de jurisdição: a federal, objeto deste estudo.

Retomando ao ponto inicial, praticidade das Instituições dos Sistemas de Justiça estadunidenses, é de se lembrar que esse espírito utilitário refletiu na Constituição, preocupada, eminentemente, com questões constitutivas, distinguindo aquele país dos demais não por uma ideologia dominante, mas por um processo de governo, em que a Constituição deve prescrever processos legítimos e não resultados legítimos<sup>22</sup>.

Ronald Dworkin<sup>23</sup>, ao criticar as teorias da decisão judicial, adverte que essas concepções de *Common Law* veem as regras do direito costumeiro como vagas, as quais devem ser interpretadas antes de se poder aplicá-las

19 DAVID, op. cit., p. 300-302.

20 LOSANO, op. cit., p. 345.

21 O direito, nos Estados Unidos como na Inglaterra, é concebido essencialmente como um direito jurisprudencial, fundado antes de tudo sobre os precedentes e a razão. As leis e regulamentos são observados, segundo a tradição, como complementos ou corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, o sistema da common law. DAVID, René, op. cit., p. 368.

22 ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 134.

23 *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 128-129.

a casos novos, devendo os juízes criar um novo direito, como se fossem delegados do Legislativo, promulgando-se lei que, na concepção dos magistrados, os legisladores promulgariam caso estivessem diante de determinado caso. Assim, para Ronald Dworkin, “os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas”.

Essa suposta delegação legislativa acabou levando os juízes americanos, em diversos momentos históricos, ora mais ou menos atuantes, ao ativismo, pois ao tempo em que sustentavam que os tribunais deveriam aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas, desenvolveram princípios de legalidade e igualdade, os quais poderiam ser renovados continuamente conforme a posição moral da magistratura ao julgar os atos do Legislativo e do Executivo<sup>24</sup>.

Para Bruce Ackerman<sup>25</sup>, a Constituição estadunidense leva as instituições normais a agirem com prudência, não defendendo a sua autoridade a qualquer preço; elas são explicitamente convidadas a trabalhar arduamente em uma parceria com as instituições não-convencionais que representam o povo. No entanto, se as instituições usuais podem ceder às reivindicações populares dos ativistas revolucionários em um momento anômalo, elas continuam a desempenhar um papel estabilizador essencial, sustentando uma continuidade constitucional significativa mesmo em momento de ruptura institucional radical. Não é em vão que os estadunidenses conseguiram transformar momentos de crises intensa em triunfos democráticos de criatividade constitucional.

Nessa perspectiva, parece residir, aqui, um dos grandes ensinamentos do cenário institucional americano, que absorveu o que havia de melhor do espírito prático da *Common Law*, o que permitiu, em diversos momentos históricos de tensão, a superação das crises institucionais.

## 2 O TRIUNFO DO FEDERALISMO E A NECESSIDADE DE UMA JURISDIÇÃO FEDERAL

Os Estados Unidos, no momento inicial de seu federalismo, enfrentaram forte resistência ao governo central e fraco da União, em oposição ao poderio dos Estados. A pouca simpatia de determinados Estados

<sup>24</sup> DWORKIN, op. cit., p. 215.

<sup>25</sup> *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 110.

pela União se aliava a uma atitude quase generalizada de hostilidade em relação ao governo<sup>26</sup>, daí a razão da União se resguardar em relação ao julgamento das causas nas quais tivesse interesse direto<sup>27</sup>, a fim de proteger a infante federação.

O que fazer para sufocar os descontentamentos e manter a imparcialidade nas causas que envolvessem os interesses da União? A força moral dos tribunais foi uma estratégia perspicaz. Para Alexis de Tocqueville<sup>28</sup>, os governos, em geral, dispõem de apenas dois meios de vencer as resistências dos governados: a força material que acham em si mesmos e a força moral que lhe emprestam as decisões dos tribunais, já que o grande objetivo da ideia de justiça seria substituir a ideia de violência pela noção de direito, situando intermediários (magistratura) entre o governo e o uso da força material. O profeta da democracia prossegue dizendo que:

É uma coisa surpreendente o poder de opinião atribuído, em geral, pelos homens, à intervenção dos tribunais. Esse poder é tão grande que ainda se prende às formas judiciárias quando a substância não mais existe; dá à sombra um corpo. A força moral de que os tribunais são revestidos torna o emprego da força material infinitamente mais raro, substituindo-se a ela na maior parte dos casos; e, quando afinal é necessário que esta última entre em ação, ela dobra o seu poder juntando-se a ele<sup>29</sup>.

No caso dos Estados Unidos, no momento de sua formação, havia a necessidade do Governo da União desejar mais do que outro obter o apoio da justiça, pois ele era tido, pela sua natureza, como frágil, sendo mais fácil se organizar uma resistência dos Estados contra o mesmo. Para tanto, Alexis de Tocqueville<sup>30</sup> dizia que:

Para fazer os cidadãos obedecerem às leis ou repelir as agressões de que seriam alvo, tinha pois a União particular necessidade dos tribunais. Mas, de que tribunais devia ela servir-se? Cada Estado tinha já o

26 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 32.

27 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. p. 32. A mesma autora, op. cit., p. 77-80, descreve a evolução histórica da jurisdição dos Tribunais Federais.

28 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1987. p. 110.

29 TOCQUEVILLE, p. 110.

30 Ibidem, p. 111.

poder judiciário organizado no seu seio. Seria necessário recorrer aos seus tribunais? Seria necessário criar uma justiça federal? É fácil provar que a União não podia adaptar ao seu uso o poder judiciário estabelecido nos Estados. Importa, sem dúvida, à segurança de cada um, e a liberdade de todos, que o poder judiciário seja separado de todos os demais; mas não é menos necessário à existência nacional que os diferentes poderes do Estado tenham a mesma origem, sigam os mesmos princípios e ajam dentro da mesma esfera; numa palavra, que sejam correlativos e homogêneos. [...]

Os americanos formam apenas um povo, em relação ao seu governo federal; mas, no meio desse povo, deixaram-se subsistir corpos políticos dependentes do governo nacional em alguns pontos, independentes em todos os demais, que têm a sua origem particular, as suas doutrinas próprias ou os seus meios essenciais de agir. Confiar a execução das leis da União a tribunais instituídos por esses corpos políticos era dar à nação juízes estrangeiros. Mas ainda, cada Estado não é apenas um estranho em relação à União, é ainda um adversário de todos os dias, pois a soberania da União não poderia perder senão em proveito da soberania dos Estados.

Fazendo aplicar as leis da União pelos tribunais dos Estados particulares, entregava-se, pois, a nação, não só a juízes exteriores, mas ainda a juízes parciais. Aliás, não era apenas o seu caráter que tornava os tribunais dos Estados incapazes de servir a uma finalidade nacional; era sobretudo o seu número. [...]

Por isso, concordaram os legisladores da América em criar um poder judiciário federal, para aplicar as leis da União e decidir certas questões de interesse geral, que fossem de antemão definidas com cuidado. Todo o poder judiciário da União foi concentrado num só tribunal, chamado Suprema Corte dos Estados Unidos. Mas, para facilitar o andamento das questões, acrescentaram-se a ele tribunais inferiores, encarregados de julgar soberanamente as causas pouco importantes ou de estatuir, em primeira instância, em questões mais graves.

Sobre a criação dos tribunais federais, Alexis de Tocqueville<sup>31</sup> recorda que não se podia atribuir tal privilégio às diversas cortes dos Estados, pois isso representaria, em verdade, a destruição da soberania constitucional da União por meio de um instrumento normativo inferior

31 TOCQUEVILLE, 112-113.

(lei), soberania que já havia sido entregue pelos Estados particulares quando abdicaram da porção de independência. Assim, ao permitir que se criassem tribunais federais, desejou-se tirar dos Estados o direito de resolver, cada qual à sua maneira, questões de interesse nacional para se formar um corpo de jurisprudência uniforme para a interpretação das leis da União. Os federalistas<sup>32</sup>, por exemplo, lecionavam que:

Por outra parte, muitas razões se opõem, no meu entender, a que se faça uma disposição precisa em favor dos tribunais dos Estados. Não é fácil prever até que ponto prejuízos de localidade podem fazer os tribunais locais pouco próprios para exercitar a jurisdição nacional; mas o que não é difícil de ver é que os tribunais constituídos como os de certos Estados são absolutamente impróprios para esse fim. Juízes revogáveis à vontade, ou anuais, não podem ser assaz independentes para que deles se possa esperar a rigorosa execução das leis nacionais e, pelo menos, se lhes desse a competência em primeira instância, seria necessário deixar ao direito de apelação maior latitude possível.

Já entre 1895 a 1937, a economia dos Estados Unidos começou a passar do plano local para o plano nacional, sendo impossível controlar certas consequências, dentre as quais a extensão do controle da União sobre matérias até então sujeitas ao controle dos Estados<sup>33</sup>, o que aumentou os conflitos envolvendo os interesses da União, que foram repercutir no Judiciário.

Após a I Guerra Mundial, “o governo controla os preços, as estradas de ferro, as linhas telefônicas e telegráficas, o comércio marítimo, as habitações e o trabalho; implanta o racionamento de certos alimentos e de combustíveis e torna-se o maior empregador do país. A concentração de poderes no Presidente é acompanhada de considerável alargamento da autoridade federal”<sup>34</sup>.

Portanto, a finalidade fundamental da Justiça Federal foi o de assegurar a interpretação correta e a observância do fiel cumprimento das leis federais e da Constituição, a fim de evitar a possibilidade de parcialidade

---

32 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O federalista. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003. p. 477.

33 RODRIGUES, op. cit., p. 126.

34 RODRIGUES, op. cit., p. 126.

pelos Estados, inclusive de causas envolvendo seus próprios cidadãos que, eventualmente, estivessem litigando com cidadãos de outros Estados<sup>35</sup>.

Todos esses fatores contribuíram para a criação e consolidação da Justiça Federal dos Estados Unidos, como um dos órgãos mais fortes no cenário institucional daquele país.

### 3 A FORMAÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL AMERICANA E A SUA CONSOLIDAÇÃO INSTITUCIONAL

O governo de acordo com o consentimento da maioria dos governados é tido como o cerne do sistema norte-americano, sendo uma tarefa árdua a maneira de se proteger as minorias da tirania das maiorias sem incorrer em contradição com o princípio da governança majoritária<sup>36</sup>.

A formação da Justiça Federal americana, dessa forma, parece ser um reflexo claro do pensamento de proteção das minorias e de consequente proteção dos ideários dos teóricos federalistas, ao buscarem os benefícios que um governo mais efetivo<sup>37</sup> e enérgico poderia trazer, já que pequenas repúblicas seriam vulneráveis<sup>38</sup> e poderiam se comportar como províncias, ter disputas entre si ou ser absorvidas por nações mais fortes<sup>39</sup>. Os federalistas defendiam que:

---

35 CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/d. p. 188.

36 “Nosso país é feito de minorias e, por isso mesmo, nosso sistema depende da capacidade e da disposição dos diferentes grupos para compreender os interesses coincidentes e podemos uni-los para formar uma maioria em relação a determinada questão; o preconceito pode nos tornar cegos aos interesses coincidentes que de fato existem”. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 12 e 204.

37 “A necessidade de submeter os tribunais da União as causas que não podem ser imparcialmente decididas pelos Estados fala por si mesma. Ninguém pode ser juiz em causa própria ou em causa em cuja decisão possa ter o mais pequeno interesse; isso basta para que deva ser atribuída aos tribunais federais a decisão das contestações entre os diferentes Estados e os seus cidadãos, assim como a de certas causas entre cidadãos do mesmo Estado, como reclamações das mesmas terras concedidas por diferentes Estados em consequência de pretensões contrárias sobre limites”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, op. cit., p. 470.

38 “O mais provável de tudo é que na América, do mesmo modo que na Europa, nações vizinhas, inspiradas por interesses opostos e por paixões inimigas, abracem partidos diferentes. Enganadas pela distancia que as separa da Europa, será mais natural que se receiem mutuamente uma das outras, do que temerem nações distantes, e por isso mesmo é mais de se esperar que formem aliança com os estrangeiros, para se defenderem contra os inimigos da porta, do que brigar entre si para se defenderem contra os primeiros”. HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John, op. cit., p. 34.

39 KETCHAM, Ralph. *Escritos antifederalistas*. Barcelona: Hacer, 1996. p. 25.

De muitos outros nos tem dado conhecimento a nossa experiência passada; falo das leis fraudulentas que foram feitas por grande número dos nossos Estados; e ainda que a Constituição proposta oponha obstáculos a que se repitam as circunstâncias que a ocasionaram, sempre é de temer que o mesmo espírito se reproduza com outras formas que não se podem prever nem prevenir. Tudo o que pode alterar a harmonia entre os Estados deve ser submetido à vigilância da autoridade federal<sup>40</sup>.

Por outro lado, os antifederalistas viam nos ideários federalistas de crescimento do comércio e do prestígio internacional apenas uma ambição de alguns homens por um “império esplendoroso” em que o povo se veria afogado por impostos, o serviço militar obrigatório, dentre outras coisas<sup>41</sup>.

As 13 colônias, até a Guerra da Independência, tinham vivido de modo quase inteiramente independente uma das outras, e não tinham entre si, por assim dizer, nada de comum: nem no que respeita à sua origem, nem ao seu povoamento, nem às suas convicções religiosas, nem à sua estrutura e aos seus interesses econômicos. Não existia entre elas nenhum elo político, independentemente do seu elo comum com a metrópole, nenhuma instituição comum as reunia antes da Revolução<sup>42</sup>.

Em relação à existência de uma Justiça da União, dissociada da dos Estados, os antifederalistas diziam, também, que ela seria outra forma de submeter o povo a leis duras e arbitrárias, pois consideravam que nenhum governo que atuasse sobre um território tão vasto como o dos Estados Unidos poderia ser controlado pelo povo, considerando os amplos poderes do governo central como uma ameaça familiar aos direitos e liberdades dos indivíduos<sup>43</sup>.

A autonomia dos Estados e dos governos locais, portanto, deveria ser preservada, pois eram vistas como essenciais à manutenção das liberdades individuais, que poderiam sucumbir diante do despotismo do governo central da União. Os antifederalistas viam, dessa forma, na ideia de um Judiciário Federal certa associação com o Executivo, no controle dos atos do Congresso, tese difundida durante a Convenção Constituinte de 1787.

---

40 HAMILTON; MADISON; JAY, op. cit., p. 469.

41 KETCHAM, , op. cit., p. 25.

42 DAVID, op. cit., p. 369.

43 KETCHAM, Ralph, op. cit., p. 27.

Nos ensaios denominados *Brutus*, em especial os de n. I, XI, XII e XV, os antifederalistas fizeram duras críticas à pretensão de se instituir uma Justiça Federal, inclusive à existência de uma Corte Suprema<sup>44</sup>, que podem ser sintetizadas no seguinte pensamento (*Brutus I - Aos cidadãos do Estado de Nova Iorque*, em 18 de outubro de 1787):

O poder judicial dos Estados Unidos se distribuirá desde um Tribunal Supremo, e desde os tribunais inferiores que o Congresso disponha e estabeleça periodicamente. Os poderes destes tribunais são muito amplos; sua jurisdição compreende todas as causas cíveis, exceto as que surjam entre cidadãos de um mesmo Estado, e alcançam todas as causas de direito e equidade que surjam abaixo da Constituição. Deve estabelecer-se pelo menos um tribunal inferior, suponho, em cada Estado, com os suficientes cargos executivos para seu funcionamento. É fácil ver que, se tudo segue o seu curso normal, estes tribunais ofuscarão a dignidade e a respeitabilidade dos tribunais estaduais. Estes tribunais serão, por si mesmos, completamente independentes dos Estados, derivando sua autoridade dos Estados Unidos, e receberão do Governo Central salários fixos, sendo de se esperar que absorvam todos os poderes dos tribunais dos respectivos Estados<sup>45</sup>.

O pensamento antifederalista tinha certa razão, pois, em diversos momentos, efetivamente, os poderes judiciais da União tiveram que se sobrepor aos interesses dos Estados, sem, no entanto, que se suprimisse a autonomia judicial dos mesmos, em claro exemplo da maturidade institucional dos americanos.

Edward S. Corwin<sup>46</sup> recorda que não seria de se surpreender que a presença no mesmo território de duas jurisdições autônomas houvesse

---

44 Sobre a existência de um Tribunal Supremo, diziam os antifederalistas (*Brutus XV*, 20 de março de 1788) que “o poder deste tribunal é, em muitos casos, superior ao do Poder Legislativo. Hei demonstrado, em um escrito anterior, que este tribunal está autorizado a decidir sobre o significado da Constituição, e não só com arranjo ao sentido natural e óbvio das palavras, mas também conforme ao espírito e a intenção das mesmas. O exercício deste poder não estará subordinado ao Legislativo, mas acima dele. [...] O Tribunal Supremo tem o direito, com independência do Legislativo, de interpretar a Constituição e todas as suas partes e este sistema não prevê nenhum poder que corrija sua interpretação ou o anule. Se, portanto, o Legislativo aprovasse leis desconformes com o sentido que os juízes dessem a Constituição, estes últimos as declarariam nulas e em consequência, neste sentido, seu poder é superior ao Legislativo”. KETCHAM, Ralph, op. cit., p. 347.

45 KETCHAM, op. cit., p. 311.

46 “A cláusula de Supremacia Nacional está prevista no art. VI, 2, sendo considerado o ponto nodal da Constituição (“the linch pin of the Constitution”), ao combinar o Governo Central e dos Estados numa organização governamental, um Estado Federal. Segundo esse princípio, o Governo Central deve ser, em sua

produzido diversos atritos entre as mesmas, tendo a Suprema Corte aplicado, diversas vezes, a tese do princípio da Supremacia Nacional, mesmo diante de casos nos quais o Congresso tentou proteger, mediante leis<sup>47</sup>, o interesse local.

Em casos de conflito entre as duas jurisdições (estadual e federal), foi promulgada uma Lei Judiciária de 1789, que estabeleceu o sistema de tribunais federais, atribuindo à Suprema Corte a competência para julgar certos casos levados de tribunais federais inferiores e tribunais estaduais, bem como para ditar a ação dos juízes federais e de quaisquer autoridades federais<sup>48</sup>.

E como os práticos americanos conseguiram superar as dificuldades de se ter duas ordens de jurisdição: uma estadual e outra federal? A Justiça Federal se distinguiu por uma competência que pôde ser sintetizada nos casos cíveis, nos criminais (que envolvessem a discussão a respeito da violação de leis emanadas do Congresso ou à Constituição), os casos nos quais o Governo dos Estados Unidos (União) fosse parte, bem como as causas cíveis envolvendo cidadãos de Estados diferentes, caso a importância da questão envolvesse pelo menos U\$ 10.000,00 (dez mil) dólares<sup>49</sup>.

Pela Seção 1 do art. III da Constituição americana, o Judiciário dos Estados Unidos é exercido por uma Corte Suprema e pelos tribunais inferiores que o Congresso periodicamente criar e estabelecer<sup>50</sup>.

---

maioria, um governo de poderes enumerados, com poderes supremos a quaisquer poderes estaduais conflitantes. Caso ocorra conflito entre lei nacional e uma estadual, a questão a ser respondida é se a primeira se inclui numa definição justa dos poderes do Congresso. Ao analisar um conflito, a Suprema Corte analisa se a lei estadual é compatível com a política expressa na lei federal, sendo que a lei e a política federais primam sobre a lei e a política estaduais (*Sola Electric Co. v. Jefferson Electric Co.*, 1942). Em *Ohio v. Thomas* (1899), por exemplo, decidiu-se que um funcionário federal não estava "sujeito à jurisdição do Estado no tocante às questões de administração que houvessem sido aprovadas pela autoridade federal". CORWIN, Edward S., op. cit., p. 188 e 215-216.

47 Em 1793, o Congresso proibiu os Tribunais Federais de conceder ordens de injeção relativas a processos perante tribunais estaduais, mas a lei estava cravada de exceções. Os Tribunais Federais, também, na execução criminal, têm interferido na Justiça dos Estados, em função do alargamento do conceito de due process, com o beneplácito da Suprema Corte, que, de certo modo, tem preferido não se pronunciar sob o argumento de que "para declinar de sua competência para rever decisões que, por sua opinião, bem ou mal, não apresentam questões suficientemente graves", o que fez elevar o número de habeas corpus junto aos juízes federais de distrito, em nome de pessoas acusadas ou condenadas por crimes nos Estados, sob o argumento de violação de direitos constitucionais. CORWIN, Edward S., op. cit., p. 188-190.

48 BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 37.

49 *Ibidem*, p. 21.

50 O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. [...]

Portanto, a existência de Tribunais Federais, à exceção da Suprema Corte, não decorre de criação da Constituição, mas de leis do Congresso, que, inclusive, pode extingui-los, caso, política e administrativamente, considere a medida conveniente. No entanto, uma vez, criados, devem os Tribunais Federais imediatamente ser investidos do poder judiciário delegado pelo art. III da Constituição<sup>51</sup>.

Com base no permissivo constitucional antes mencionado, o Congresso americano criou um sistema de tribunais federais em forma de pirâmide, muito parecido com o sistema brasileiro, em que a jurisdição originária é dividida conforme regras de competência territorial do país, conforme lembrado por Bernard Schwartz<sup>52</sup>, a saber:

a) Os tribunais distritais federais (corresponderiam as Seções e Subseções da Justiça Federal brasileira), em primeiro plano, totalizando 94 (noventa e quatro) distritos judiciais, havendo pelo menos um distrito para cada Estado, inclusive Havaí e Porto Rico, conquanto mais da metade dos Estados tenha mais de um distrito<sup>53</sup>.

Nenhum distrito pode ter competência territorial que extrapole mais de um Estado, sendo que em cada distrito existe um juiz. A composição dos tribunais, número de juízes, varia conforme a população e tamanho de sua unidade territorial, entre 01 (um) até 18 (dezoito) juízes, que, em regra, julgam os casos de maneira singular, podendo haver julgamento por três membros em casos específicos, como os que envolvem as leis antitrustes federais.

Os tribunais distritais julgam todas as causas federais, com exceção daquelas sujeitas a classes especiais (o Tribunal Tributário, O Tribunal de Comércio Internacional e o Tribunal de Reclamações)<sup>54</sup>.

b) As Cortes de circuito ou cortes de apelação federais (*Courts of Appeals*, corresponderiam aos Tribunais Regionais Federais brasileiros). Os circuitos são designados por números, totalizando 12, incluindo o circuito do Distrito da Colúmbia, no qual se concentram as causas da

51 SCHWARTZ, op. cit., p. 162-178.

52 SCHWARTZ, op. cit., p. 162-178.

53 Nova York e Texas, por exemplo, são divididos em quatro distritos.

54 BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 23.

União, sendo considerada a segunda corte federal mais importante do país, após a Suprema Corte<sup>55</sup>.

Os tribunais de circuito têm composição que varia entre três membros até nove juízes. Constituem-se como tribunais de apelação, inclusive de decisões administrativas autônomas da administração federal (do Tribunal Tributário e de outros órgãos administrativos, o que se mostra interessante), não tendo competência originária, diferentemente do sistema de justiça federal brasileiro.

Além dos 12 (doze) tribunais de circuito, há 01 (um) tribunal de apelação especializado em matéria envolvendo propriedade intelectual e ações de danos contra o Estado, dentre outras matérias.

Quanto ao processo de escolha da magistratura federal, os juízes federais americanos são nomeados pelo Presidente da República após confirmação pelo Senado, sendo que interferências políticas acabam desempenhando certo papel na opção pelos membros da magistratura, que costumam recair sobre advogados que tenham exercido funções no Executivo, Legislativo ou junto a docentes das faculdades de Direito<sup>56</sup>.

Talvez a maior fraqueza, na prática, do sistema de selecionar os juízes federais nos Estados Unidos se encontre no fato de que, muito freqüentemente, o poder presidencial de nomear tenha sido usado para fins políticos. [...] Conquanto se possa condenar o método de nomeação adotado no sistema judiciário federal, deve-se admitir que, pelos padrões americanos, não é tão mau como possa parecer ao estudioso do Direito Comparado. Certamente, o modo de escolha do Governo federal é bem superior àquele pelo qual os juízes são selecionados na grade maioria dos estados americanos. [...] E, mesmo com a tendência já notada de nomear juízes federais numa base fundamentalmente política, é de surpreender o elevado gabarito geral do judiciário federal<sup>57</sup>.

---

55 TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing, 2010. p. 129.

56 SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: 1966. p. 167-169; TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing, 2010. p. 127-128.

57 *Ibid.*, p. 168-170.

Lawrence Baum<sup>58</sup> lembra ainda que os interessados em uma nomeação para os tribunais federais inferiores costumam lançar campanhas bem ativas, as quais seriam quase uma necessidade para alcançar a magistratura, procurando-se assegurar apoio das autoridades (*lobbyist*) que escolhem os juízes ou daqueles que têm influência sobre as autoridades que as escolhem.

c) A Suprema Corte (*U. S. Supreme Court*), no vértice da pirâmide, é o tribunal mais importante do país, sendo o testemunho mais significativo do Judiciário e das Instituições dos Sistemas de Justiça americanos.

Não custa informar que, o respeito dispensado aos tribunais federais, em especial à Suprema Corte, não seria menor do que a influência que eles exercem na vida dos americanos, podendo-se dizer, sem exageros, que a história americana poderia ser escrita em termos de suas decisões federais ou que a história dos mesmos seria incompleta se não as levasse em conta<sup>59</sup>.

Quando as decisões de outros tribunais também costumem ser de grande importância, os poderes da Suprema Corte são elevadamente maiores, pois aquela tem o poder de revogar até as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, caso as julgue contrárias à Constituição<sup>60</sup>.

Lawrence Baum<sup>61</sup> aponta o critério qualitativo da Justiça Federal, que concentra os casos mais significativos em termos de relevância jurídica e política, enquanto a Justiça dos Estados se detém a causas em maior quantidade, mas de menor relevância. Mesma posição apresenta René David<sup>62</sup>, para quem a jurisdição federal tem proeminência por lidar com questões que estão no primeiro plano da atualidade política, a exemplo das liberdades públicas, questões envolvendo integração racial, aplicação das leis anti-*trust*, direitos de defesa, dentre outras. Essa proeminência da Justiça Federal, sem desconsiderar outros fatores, pode ser atribuída ao elevado grau de qualificação da magistratura federal<sup>63</sup>.

---

58 A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 61.

59 SCHWARTZ, Bernard, op. cit., p. 160.

60 DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4.

61 A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 21.

62 Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 386.

63 "Nos Estados Unidos reconhece-se a alta qualificação e integridade dos juízes federais, nomeados pelo presidente, comparados com os juízes eleitos, ainda que ambos os tipos de funcionários foram selecionados principalmente por considerações partidárias". WEBER, Max. O que é a burocracia. Brasília: Conselho

Como exemplo significativo do critério qualitativo, em um dos momentos mais cruciais da afirmação institucional americana (1890 a 1937), o Judiciário Federal teve desempenho fundamental na formulação da teoria do devido processo substantivo e econômico (proteção dos direitos de propriedade e supervisão da regulação legislativa de negócios), já que uma parcela desses conflitos se sujeitou à jurisdição federal<sup>64</sup>, em dos momentos de maior atividade judiciária.

O papel da jurisprudência e das Instituições de Justiça americanas foram essenciais no processo acima. No entanto, dado a aproximação que o sistema *Common Law* vem tendo da codificação, são cada vez mais comuns as críticas ao papel da jurisprudência e do papel criador do direito pelos juízes e tribunais. Jeremy Waldron<sup>65</sup>, ao tratar do tema, traz a discussão em torno da figura do juiz e dos tribunais no direito consuetudinário, que, segundo o autor, fingiriam que estão descobrindo o que a lei é o tempo todo, em que pese não se apresentarem explicitamente como legisladores.

Entre alguns juristas do direito consuetudinário, essa atitude cristaliza-se em uma relutância curiosa, quase esnobe, de sequer considerar a legislação como uma forma de lei. [...] O que pode significar alguém insistir em que legislação não é direito? No que tem menos de controvertida, a afirmação incorpora uma dose saudável de realismo jurídico. Um projeto de lei não se torna lei simplesmente sendo decretado, ocupando o seu lugar em Halsbury ou no livro de estatutos. Torna-se lei apenas quando começa a desempenhar um papel na vida da comunidade, e não podemos dizer qual papel será – e, portanto, não podemos dizer qual lei foi criada –, até que ela comece a ser administrada e interpretada pelos tribunais. Considerado como um pedaço de papel com selo de aprovação do parlamento, um estatuto não é direito, mas apenas uma possível fonte de direito<sup>66</sup>.

---

Federal de Administração, s/d, p. 17; Max Weber faz o mesmo reconhecimento na obra *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. 4. ed. Brasília: Editora da UnB, 2012. p. 203.

64 As primeiras intervenções dos tribunais federais a respeito do devido processo substantivo e econômico estadunidense consistiram em interpretações segundo as quais não se poderia tomar a propriedade privada para fins públicos, salvo mediante uma justa indenização, pois a cláusula do processo devido ordena ao Executivo que se concedam ao processado os direitos processuais que lhe são devidos por lei, e a cláusula de indenização justa ordena ao executivo indenizar as pessoas por qualquer expropriação para fins públicos. Além do mais uma explicação mais adequada para a colocação da cláusula da justa indenização é que tanto esta como a do devido processo se referem essencialmente a ações do Executivo, não da legislatura. WOLFE, Chistopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1991. p. 205-206.

65 *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 13.

66 WALDRON, op. cit., p. 11-12.

John Hart Ely<sup>67</sup> parece comungar de posição semelhante a Jeremy Waldron, no que diz respeito à depreciação indiscriminada que se faz da figura do Legislativo<sup>68</sup> e a exaltação do Judiciário no sistema *Common Law*, pois em que pese os Parlamentos não serem completamente democráticos, isso não quer dizer que os tribunais sejam mais democráticos que as casas legislativas.

Ainda, John Hart Ely<sup>69</sup> defende que numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos que poderão ser destituídos através do voto, caso a maioria desaprove tais representantes, que funcionarão mal caso obstruam os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão ou caso neguem às minorias a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos, devido à mera hostilidade ou à repressão preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses, o que dará ensejo à intervenção dos tribunais<sup>70</sup>, desbloqueando-se os canais de mudança política.

O espírito democrático, prático e de cidadania, evidentemente, refletiu nas Instituições dos Sistemas de Justiça e, conseqüentemente, na magistratura americana, sabedora de que muitos dos problemas que afligiam aquele país não poderiam ser resolvidos apenas no âmbito judicial.

O direito constitucional existe em diversos níveis, seja como gerador de conteúdo político para o povo em geral, como um conjunto positivo de mandamentos para políticos e burocratas e como um discurso profissional corrente para a comunidade jurídica<sup>71</sup>.

---

67 *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 89.

68 “Se conseguirmos fazer com que nossos legisladores efetivamente legislem, teremos uma compreensão bem clara de seus objetivos. Não estou afirmando que com isso não teremos mais um bom número de palhaços no Congresso, mas pelo menos poderemos dizer que, se os legisladores são palhaços, é isso que merecemos”. ELY, John Hart, *ibidem*, p. 179.

69 ELY, John Hart, *ibidem*, p. 137.

70 Para John Hart Ely, *ibidem*, p. 7-8, os tribunais criam o direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo, como os princípios fundamentais da sociedade. No entanto, fora da jurisdição constitucional, preenchem as lacunas que o Legislativo deixou nas leis que aprovou ou tomam conta de uma área que aquele Poder entregou, de caso pensado, ao Judiciário para que a desenvolvesse.

71 ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Belo Horizonte: Del Rey 2008. p. 520.

Os juízes podem até transformar, para o bem ou para o mal, a essência dos direitos constitucionais, mas os mesmos se encontram em precária situação quando se trata de solucionar questões da estrutura institucional<sup>72</sup>, sendo um equívoco pensar que os juristas podem desempenhar um papel de vanguarda quando o povo silencia, sendo natural que os mesmos tentem preservar as conquistas do passado<sup>73</sup>, eis uma das grandes lições da envergadura institucional dos norte-americanos.

As instituições judiciárias exercem grande influência sobre a vida das pessoas, por mais que as mesmas não percebam. A maneira como se dá a organização das mesmas, evidentemente, trará repercussões diversas na resolução dos conflitos.

Em que pese a dualidade de jurisdições dos Estados Unidos, com todas as divergências possíveis entre os direitos dos diversos Estados, prevaleceu entre os americanos uma profunda e fundamental unidade no direito, derivada de certo número de fatores institucionais, principalmente do estado de espírito que reina no povo e nos juristas americanos<sup>74</sup>.

Mais importante que estes fatores institucionais é, sem dúvida, o estado de espírito que reina entre os juristas dos Estados Unidos. Estes aceitam bem, desde que certos princípios sejam respeitados, que as leis (*statutes*) possam ser diferentes entre os diversos Estados da União; mas não admitem que uma interpretação diversa possa ser dada à *common law*<sup>75</sup>.

O povo dos Estados Unidos, através de instituições transparentes, por meio da liberdade, combateu o individualismo que a igualdade fazia nascer. Com essas instituições livres, os estadunidenses possuem direitos políticos usualmente exercidos, o que faz recordar, em cada indivíduo, que o mesmo é um cidadão que vive em sociedade, devendo dirigir seu espírito para a ideia de que o dever e o interesse dos homens seria tornar-se útil aos seus semelhantes<sup>76</sup>, pois se a democracia é tida como o primeiro grande tema do constitucionalismo moderno, a sua limitação é o segundo<sup>77</sup>.

72 ACKERMAN, 2008, p. 526-527.

73 ACKERMAN, 2008, p. 523.

74 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 375.

75 *Ibidem*, p. 376.

76 "A princípio, ocupa-se do interesse geral por necessidade, e depois por escolha; o que era cálculo passa a ser instinto; e, à força de trabalhar para o bem dos seus concidadãos, adquire-se, afinal, o hábito e o gosto de servir-lhes". TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1987. p. 388-391.

77 ACKERMAN, Bruce. *A nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. p. 75.

Não é demasiado recordar que Alexis de Tocqueville<sup>78</sup>, na sempre mencionada obra *A democracia na América*, já notava que a relação do indivíduo com as instituições sempre foi uma particularidade nos Estados Unidos, pois, de modo algum se pretendeu que o homem, num país livre, tivesse o direito de fazer tudo; de forma contrária, ao cidadão foram impostas obrigações sociais das mais variadas formas; em nenhum momento se teve a ideia de atacar o poder da sociedade no seu princípio e de lhe contestar os direitos, mas se limitou a dividi-lo no seu exercício. Dessa maneira, procurou-se chegar a tornar a autoridade grande, embora pequeno o seu agente, a fim de que a sociedade continuasse a ser bem regulada e continuasse livre.

## CONCLUSÕES

O trabalho analisou o papel da Justiça Federal no cenário constitucional americano. Para tanto, abordou-se o histórico de formação desse ramo da justiça, que surgiu em importante momento da histórica daquele país.

A partir da análise formação da Justiça Federal dos Estados Unidos da América, percebe-se que o histórico de formação de uma instituição é essencial para compreender o seu comportamento institucional presente, assim como a sua conduta frente a outras funções estatais, a exemplo da legislativa e executiva.

O estudo se mostra atual na medida em que se verifica a aproximação dos dois grandes sistemas jurídicos contemporâneos, a *Common Law* e o *Civil Law*, movimento que há bastante tempo tem gerado efeitos no direito brasileiro, principalmente com o crescente ativismo judicial que formou após a Constituição de 1988.

A aproximação entre os sistemas tem levado a mudanças de comportamentos entre as instituições. Portanto, para se compreender o atual protagonismo judicial nos países do sistema *Civil Law*, a exemplo do Brasil, há que se perquirir a razão pela qual os agentes jurídicos desses países têm voltado os olhos para o sistema da *Common Law*, o que decorre de um novo contexto político que eles têm vivenciado.

Se antes causava encantamento aos países do sistema *Civil Law* o princípio da legalidade, fruto da modernidade, atualmente, a extensão

---

78 TOCQUEVILLE, op. cit., p. 361.

da esfera pública para além do parlamento e do executivo, que passa a protagonizar no Judiciário, causa certa preocupação, pois o domínio da esfera pública, como poderes mágicos, há que ser utilizado com prudência. E, nesse ponto, a análise do Sistema de Justiça Federal norte-americano demonstrou que a retração da atividade judiciária decorreu de uma necessidade histórica e econômica, comprovando que as instituições são permeadas por ideologias.

Porém, a contenção do Judiciário Federal americano não se deu através de um controle político das ideologias de seus agentes, mas como decorrência de um alto controle da sociedade civil em relação à posição de tais agentes. As instituições são fortes na medida em que a sociedade civil consegue dialogar de forma transparente com as mesmas.

O trabalho analisou, para tanto, a origem do sistema *Common Law*, na Inglaterra, desde seu início, voltado para a resolução de questões práticas, sem muita preocupação com burocratismos desnecessários, tão comuns nos sistemas do *Civil Law*, altamente apegado a formalismos bacharelescos.

Analisou-se o triunfo do federalismo com uma das razões que fizeram surgir a Justiça Federal americana. A forte resistência ao governo da União foi uma das razões básicas para se criar uma Justiça Federal dissociada da Justiça dos Estados. E foi no plano judiciário que a União foi fortalecida e consolidou o Federalismo, já que as questões políticas sensíveis eram colocadas a cargo de um ramo judiciário isento dos provincianismos judiciários.

Sem a existência de uma Justiça Federal, dificilmente as ideias dos Federalistas poderiam se consolidar, pois não se teria uma instituição isenta o suficiente para decidir com base na prevalência dos interesses maiores da jovem nação as divergências locais, tão comuns no início da história americana.

Em vez de violência para conter os dissensos, o governo dos Estados Unidos se valeu da Justiça Federal, através dos juízos e tribunais federais, bem como da Suprema Corte, que se tornou uma das mais respeitadas instituições daquele país.

O artigo tratou, também, a respeito da formação da Justiça Federal americana e sua consolidação institucional, exemplos claros de proteção das minorias e dos ideários federalistas. Nesse sentido, somente a instituição de uma Justiça transparente e isenta seria capaz de conter os constantes dissensos dos diferentes povos que iniciaram a colonização.

## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *Transformação do direito constitucional: nós, o povo soberano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- \_\_\_\_\_. *La nueva división de poderes*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BEARD, Charles Austin. *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, s/d.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.
- KETCHAM, Ralph. *Escritos antifederalistas*. Barcelona: Hacer, 1996.
- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: 1966.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 2. ed. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/Edusp, 1987.

TUSHNET, Mark. *The Constitution of the United States of America: a contextual analysis*. Portland: Hart Publishing, 2010.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. *O que é a burocracia*. Brasília: Conselho Federal de Administração, s/d.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. II. 4. ed. Brasília: Editora da UnB, 2012.

WOLFE, Chistopher. *La transformacion de la interpretacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

RECEBIDO EM: 09/06/2015

APROVADO EM: 07/10/2015

# A COLMATAÇÃO DE LACUNAS LEGISLATIVAS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DIÁLOGO ENTRE O CIVIL E O PENAL

*CLOGGING LEGAL GAPS IN JUDICIAL PROCEDURE OF  
ADMINISTRATIVE MISCONDUCT: DIALOGUE BETWEEN CIVIL  
AND CRIMINAL*

*Paulo Henrique Figueredo de Araújo*

*Procurador do Distrito Federal. Pós-Graduação (latu sensu) em Direito Eleitoral e Improbidade Administrativa pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Pós-Graduação (latu sensu) em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela mesma instituição.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A organização microssistêmica do direito, segundo a concepção de Natalino Irti; 2 O surgimento do microssistema de direito processual coletivo: referenciamento recíproco entre o CDC e a Lei nº 7.347/1985; 3 O microssistema de defesa do patrimônio público: a especialização do processo coletivo de combate à corrupção; 4 Reflexos da

teoria dos microsistemas na axiologia e principiologia inerentes à interpretação das normas relativas aos processos de tutela do patrimônio público; 5 Utilização dos paradigmas do direito penal e processual penal para integração das lacunas legais no procedimento da ação de improbidade administrativa; 6 Aplicação exemplificativa: questão referente à impenhorabilidade do bem de família legal; 7 Conclusões; Referências

**RESUMO:** Trata o presente de estudo relacionado à técnica de colmatação de lacunas no rito regulado pela Lei nº 8.429/1992. Aborda o surgimento da teoria dos microsistemas, bem como o nascedouro do microsistema de tutela coletiva e defesa do patrimônio público no direito brasileiro. Discorre sobre a situação peculiar da improbidade administrativa nesse contexto: não obstante rito de caráter civil, componente do microsistema de patrimônio público, sofre diversas influências dos institutos inerentes ao direito penal. Dispõe sobre a necessidade de considerar esse diálogo multilateral na integralização de lacunas normativas, sempre tendo em vista a base axiológica em questão, não se vinculando o operador normativo à mera aplicação automática e subsidiária do Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Improbidade Administrativa. Microsistema. Diálogo das Fontes. Colmatação. Interpretação.

**ABSTRACT:** This study is related to the technique of clogging gaps in the procedure regulated by Law nº 8.429/1992. It discusses the emergence of the theory of microsystems, as well as the birth of the collective protection and defense of public assets micro system in Brazilian law. Discusses the peculiar situation of mismanagement conducts in this context: despite civilian procedure, as well compound the micro system of public property, receive various influences of the institutes inherent to criminal law. Discuss about the need to consider this multilateral dialogue in fulfillment of legal gaps, always by a axiological view, do not bonding the normative operator to the mere automatic subsidiary application and of the Civil Procedure Code.

**KEYWORDS:** Administrative Misconduct. Micro System. Dialogue of Sources. Clogging. Interpretation.

## INTRODUÇÃO

O combate à corrupção no ordenamento jurídico brasileiro, no final do século XX e início do século XXI, passa necessariamente pela Ação de Improbidade Administrativa. Tal demanda punitiva, regulamentada pela Lei nº 8.429/1992, de 02 de junho de 1992 – ironicamente, poucos meses antes de um *impeachment* presidencial, decorrente de acusações de esquema fraudulento de propina –, representou um verdadeiro marco no combate aos desvios de conduta e má-administração dos cofres estatais. Isso porque o novel legislativo, diversamente do direito penal vigente, vocaciona-se não apenas ao sancionamento do autor, mas dedica relevante espaço para assegurar o retorno dos valores desviados ao Poder Público<sup>1</sup> – maior preocupação preventiva, com um novo sistema de cautelares, do que propriamente repressiva, típica do domínio penal.

A efetividade do combate à corrupção, tão desejada na ocasião da Lei nº 8.429/1992, passa, necessariamente, pela identificação das possibilidades e limites legislativos inerentes a tal rito punitivo. Deveras, a Lei de Improbidade Administrativa, longe de exaurir o regramento aplicável à correspondente ação, deixa diversos “espaços vazios”, vácuos normativos por meio dos quais o operador jurídico promove seu percurso interpretativo, com a integração legislativa de diplomas aptos a serem aplicados subsidiariamente. Esse trabalho passa, necessariamente, por uma análise de estudos consagrados no direito sobre o relacionamento entre os diplomas legais, como a teoria dos microssistemas e a teoria do diálogo das fontes.

Observa-se, especialmente na fase executiva das decisões condenatórias em improbidade administrativa, a inexistência de um claro debate jurisprudencial sobre a posição microssistêmica da ação. Os reflexos dessa discursão poderia desembocar na identificação de eventuais regramentos diferenciados para a colmatação das lacunas apresentadas pela Lei nº 8.429/1992 – seja por meio da legislação de caráter civil, seja pela legislação de caráter penal. A questão apresenta importância significativa: a exata medida de aplicação subsidiária dos princípios e regras de índole civil ou penal revela-se antecedente obrigatório ao desenvolvimento da atividade judicial destinada à efetivação do desiderato constitucional de proteção ao patrimônio público.

No presente trabalho, identificaremos a Lei de Improbidade Administrativa no âmbito do microssistema de defesa do patrimônio público – daí retirando as conclusões sobre esse posicionamento. Verificaremos,

---

1 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

por fim, conclusões do trabalho sobre as nuances do procedimento regido pela Lei nº 8.429/1992, aptas a permitir a invocação de um regime jurídico diferenciado para a colmatação das lacunas daquele diploma. Por fim, discorreremos sobre o que denominamos de “diálogo anômalo”, realizado entre a Lei de Improbidade Administrativa e a legislação civil e penal – particularidade apta a conferir contornos totalmente diferenciados à visualização do procedimento pelos operadores jurídicos.

## 1 A ORGANIZAÇÃO MICROSSISTÊMICA DO DIREITO, SEGUNDO A CONCEPÇÃO DE NATALINO IRTI

A teoria dos microssistemas teve como seu principal estudioso o jurista italiano Natalino Irti. Tal doutrinador, em sua obra *L'età della decodificazione*, promove a distinção de duas épocas específicas na história da criação normativa: no primeiro período, da metade do século XIX até a primeira guerra mundial, vislumbrou-se o nascedouro das grandes codificações. Trata-se de um contexto no qual as demandas sociais exigiam instrumentos de garantia dos valores decorrentes das escolhas individuais. Tal procura por segurança jurídica teve como resposta a criação de um direito codificado, no qual as leis compunham um bloco monolítico e abrangente.

Interessa lembrar o ambiente liberal vigente no século XIX, fundado no primado do individualismo, da liberdade negocial e da não intervenção do Estado. Nessa dinâmica, a legislação codificada, especialmente a de caráter privado, apresentava-se com a pretensão de centralidade das fontes do direito, sendo o Código Civil a sua apoteose – sem prejuízo dos demais blocos normativos, em especial, os Códigos Processuais, Penais, Comerciais etc. Tratava-se de típica manifestação do entendimento da Escola da Exegese, a qual, reelaborando o princípio da completude, teorizava o monopólio e esgotamento da produção legislativa estatal por meio da elaboração dos códigos<sup>2</sup>.

A primazia do código, gradativamente, cedeu espaço ao surgimento de legislações especiais, num movimento iniciado a partir da década de 30 do século XX, intensificado após a Segunda Guerra Mundial, período

---

2 TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 6 e 7, p.13-25, 1998 e 1999. Anual. O autor salienta dois aspectos fundamentais desse período, quais sejam: a) o revigoreamento da divisão entre o direito público e o direito privado (as normas constitucionais seriam elaboradas para nortear o legislador; este, por sua vez, trataria, mediante os códigos, das relações entre os jurisdicionados); b) a exasperação da técnica legislativa regulamentar (pretensão de onipotência legislativa, para abarcar, mediante os códigos, todos os fenômenos jurídicos).

denominado por Natalino Irti como *idade da decodificação*. O direito codificado assumiria um papel de regulamentador do direito comum, bem como sede dos princípios gerais de determinada seara jurídica. Não obstante, a caráter centralizador e com pretensão de totalidade deixava de ser a tônica dada à interpretação da legislação encartada nos códigos.

Esse processo de especialização do direito, mediante o surgimento de leis especiais, encarregadas do envolvimento de matérias e classes de assuntos outrora disciplinadas pela legislação codificada, é identificado por Natalino Irti. A nova configuração revela formatação normativa microssistêmica, visualizável distintamente do direito codificado, em especial, pela axiologia ímpar – valores e princípios próprios, portanto, dotada de autonomia.

A modificação promove uma alteração significativa do direito codificado, em especial, do Código Civil. Se outrora tal diploma ostentava a normativa exclusiva do direito privado, com vestes de completude, passaria a ocupar o centro de um direito comum. Todavia, não mais labutaria isoladamente: ao seu lado, proliferariam diversas leis especiais, investidas da função de disciplinar as novas figuras emergentes, não previstas no direito codificado, representando o fenômeno da constituição do direito especial. Essa legislação restaria imbricada de características totalmente diversas dos códigos: adotar-se-ia técnica legislativa com a positivação de expressões setoriais, definição de política legislativa e valores encampados pelo estatuto<sup>3</sup>.

Apesar de Natalino Irti não definir um conceito de microssistema, seus elementos caracterizadores poderiam ser delineados da seguinte maneira: a) a existência de princípios próprios, diversos daqueles identificados na legislação codificada; b) lógica autônoma; c) a assunção do caráter de direito geral para a temática tratada pela legislação componente do microssistema; d) modificação da função do direito codificado, a qual, no tocante à matéria tratada pelo microssistema, passa a ostentar disciplina residual<sup>4</sup>.

A formação dos microssistemas pode ser observado com nitidez em diversos conjuntos normativos no direito brasileiro. É o caso do microssistema dos Juizados Especiais, compostos pela Lei nº 9.099/1995 (dispõe de forma generalizada sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais), Lei nº 10.259/2001 (trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal) e a Lei nº 12.153/2009 (estabelece o procedimento dos Juizados Especiais da

3 TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit.

4 MOTTA, Reuder Cavalcante. *Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Fazenda Pública). Esse arcabouço findou por retirar do campo de atuação da legislação codificada (Código de Processo Civil) determinados tipos de litígios a ele afetos (demandas de baixa complexidade e valor).

Não só: a legislação dos juizados apresenta-se regida por valores e princípios diferenciados, ou, mesmo que igualmente denominados, aplicados de forma distinta da verificada no rito comum (*v.g.* informalidade, oralidade, efetividade, economia processual e celeridade). Consagra o surgimento do microsistema dos juizados a assunção de normas de caráter geral para o rito de causas de pequena complexidade, em especial no tocante à Lei nº 9.099/1995, aplicável subsidiariamente aos demais diplomas, sem prejuízo de eventual socorro ao Código de Processo Civil, nas hipóteses de omissão, para supressão de lacunas.

Trata-se de um caso exemplificativo. Além do microsistema dos juizados especiais, doutrina já foi capaz de identificar diversos outros na legislação nacional: o microsistema de direito ambiental, da criança e do adolescente<sup>5</sup>, de locações<sup>6</sup> de liminares contra o Poder Público<sup>7</sup> e, mais explorado no Brasil, o de direito processual coletivo. Sobre este último, e mais precisamente sobre uma de suas vertentes – o microsistema de proteção ao patrimônio público –, passaremos a nos preocupar nos tópicos seguintes.

## **2 O SURGIMENTO DO MICROSSISTEMA DE DIREITO PROCESSUAL COLETIVO: REFERENCIAMENTO RECÍPROCO ENTRE O CDC E A LEI Nº 7.347/1985**

A doutrina nacional possui diversas manifestações sobre o surgimento de um microsistema de direito processual coletivo. O leitor não deve atentar-se para a denominação dada por determinado doutrinador, mas para a essência do instituto: significa dizer, despiendo o *nomen juris* utilizado, se o fenômeno verificado revela-se o mesmo, isto é, se as normas concernentes ao direito processual coletivo ostentam as características necessárias à qualificação como microsistema – existência de principiologia própria, lógica autônoma, assunção de caráter de direito geral e afetação do direito codificado à função residual.

---

5 RODRIGUES, Marcella Regina Gruppi. Teoria da proteção integral: o reconhecimento do microsistema dos direitos da criança e do adolescente. In: *Constitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014. p. 279-300

6 SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A tutela antecipada e o microsistema de locações prediais urbanas. *Revista dialética de direito processual*, n. 62, p. 61-71, maio 2008.

7 FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o poder público. In: *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha: teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 431-452.

A concepção da necessidade de uma tutela diferenciada para direitos de caráter coletivo revela-se fruto da sociedade de massas: o aparecimento dos direitos associativos e de classes, cumulativamente com a migração do modelo de Estado Liberal para o Estado do Bem Estar, fíndou por ensejar novas situações sociais. Desses arranjos, derivou uma nova classe de direitos, tido por coletivos, por conseguinte, com a reavaliação de conceitos e posturas pretéritas<sup>8</sup>, fundadas, precipuamente, na concepção individualista da realização de direitos.

Trata-se de contexto caracterizado pelo maior intervencionismo estatal, no qual se verificou a incompletude dos códigos oitocentistas – afeiçoados à regulamentação do direito privado –, incompatíveis com a dinâmica necessária à tutela dos direitos de classes. Simultaneamente, surgiu um arcabouço de leis especiais, voltadas para a regulação dos novos arranjos relacionais, nascedouro dos microssistemas de direito. O fenômeno, por imbricar-se diretamente com os direitos de massas, demandou alterações no rito processual aplicável ao novo ambiente jurídico – difícil efetivar direitos de caráter coletivo por meio de um procedimento jurisdicional vocacionado para a tutela individual.

No direito brasileiro, o microssistema de tutela coletiva consolidou-se pela peculiar interação construída entre a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990): o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao alterar a Lei da Ação Civil Pública (LACP), teria atuado como agente unificador e harmonizador, adequando a sistemática processual adotada pelo CPC e pela LACP à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por meio da disciplina estabelecida no Título III do CDC<sup>9</sup>.

A unificação do sistema processual coletivo teria se dado quando, do advento do CDC, erigiu-se um sistema de “referenciamento recíproco”. Expliquemos: o art. 90, do CDC, componente do Título III do aludido diploma, determinaria a aplicação das normas da Lei nº 7.347/1985 às ações coletivas dispostas no CDC, naquilo compatível. Isocronicamente, o art. 117 do CDC acrescentou ao art. 21, da Lei da Ação Civil Pública, redação determinando a incidência do Título III do CDC no procedimento referente à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais<sup>10</sup>. Esse

8 MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microssistema da tutela coletiva. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 373-394.

9 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

10 Para melhor visualização, colacionamos os correspondentes dispositivos: CDC: Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive

movimento de “referenciamento recíproco” restou contextualizado pela concepção de diversos princípios próprios do direito processual coletivo, como o da adequada representação (legitimação), da adequada certificação da ação coletiva, da coisa julgada diferenciada, informação e publicidade adequadas, competência adequada, primazia do conhecimento do mérito, indisponibilidade da demanda coletiva, reparação integral, dentre outros<sup>11</sup>.

O Código de Processo Civil, portanto, teria perdido a sua função de garantir uma disciplina única para o direito processual, não ostentando seus princípios e regras o caráter abrangente e absoluto de outrora. Eventuais lacunas, antinomias e conflitos entre leis especiais não se resolveriam mais pela prevalência do direito codificado. No processo coletivo, a solução deveria passar, inicialmente, pelos diplomas específicos, isto é, a Lei nº 7.347/1985 e o Título III do Código de Defesa do Consumidor. Não existindo norma aplicável ao problema, necessária a pesquisa nos demais estatutos concernentes aos processos coletivos, no desiderato de identificar a *ratio* mais adequada para resolver a questão interpretativa. O CPC operaria como mero diploma residual<sup>12</sup>.

Diferencial na formação do microssistema coletivo teria sido a reunião intercomunicante de vários diplomas. A maioria dos microssistemas, em regra, lastreiam-se apenas em uma norma especial, recebendo, por tal situação, razoável influência das normas gerais. É o caso da Lei nº 8.245/1991 (Lei do Inquilinato), diploma central de um microssistema em diálogo constante com o Código Civil, o Código de Processo Civil e a Constituição Federal, mas cuja interação com outros diplomas extravagantes se dá de forma reduzida, em situações pontuais<sup>13</sup>. No microssistema de tutela coletiva, a pluralidade legislativa torna a atividade do intérprete mais árdua, pois necessária a conciliação de diversos diplomas, entre si e com a legislação codificada.

### **3 O MICROSSISTEMA DE DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO: A ESPECIALIZAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO DE COMBATE À CORRUPÇÃO**

O surgimento do microssistema coletivo, em decorrência de uma necessidade de tutela processual diferenciada para os bens de caráter difuso, coletivo e individual homogêneo, não se deu isoladamente. Deveras, a organização

---

no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições; Lei nº 7.347/1985: Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).

11 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. Cit.

12 DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. Cit.

13 MAZZEI, Rodrigo. Op. Cit.

de seus componentes – leis esparsas ligadas por princípios e finalidades comuns ou complementares –, permitiu o nascimento de microssistemas menores dentro do microssistema maior. A coletivização e massificação dos direitos não denota um movimento uniforme, ensejando combinação também não homogênea das leis disciplinantes das novas posições jurídicas.

O fenômeno não passou despercebido pela doutrina, em especial, no tocante à defesa do patrimônio público. Existem trabalhos indicando como o limiar do arcabouço jurídico integrante desse microssistema a edição da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), inovadora quanto a institutos direito processual e material: a legitimação ativa do cidadão, o litisconsórcio passivo necessário, a coisa julgada *secundum eventum probationem*, bem como um novo regime sobre a nulidade e anulabilidade dos atos administrativos, diverso daquele decorrente do Código Civil. Trata-se de típica manifestação da nova técnica legislativa, caracterizada pela positivação de definições, institutos, objetivos e valores<sup>14</sup>.

À Lei da Ação Popular agregou-se a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), cuja redação expressamente referenciou o primeiro diploma, assentando pelo objetivo de defesa do patrimônio público sem qualquer prejuízo à Ação Popular<sup>15</sup>. Ambas as modalidades de atuação, reforçaram sua união sob o pálio da Constituição Federal de 1988, sendo conectadas pelo princípio da conservação do patrimônio público e pelo princípio da moralidade administrativa, depreendidos de disposições como o art. 5º, LXXIII (ação popular em face de ato lesivo ao patrimônio público e à moralidade administrativa), 37, *caput* (princípios da Administração Pública), art. 129, III (atribuição do Ministério Público para a ação civil pública objetivando a proteção do patrimônio estatal), dentre outros.

Novo passo para a configuração do sistema se deu em 1992, com a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Tal diploma, editado no intuito de regulamentar o art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988, além de conferir especial atenção à reparação do patrimônio público e à tutela da moralidade administrativa – objetivos já acolhidos pela Lei da Ação Popular e Lei da Ação Civil Pública –, promoveu inovações importantes. A primeira delas foi a disciplina de medidas cautelares específicas, com caráter constitutivo patrimonial, vocacionadas a tornar efetivo o ressarcimento – a indisponibilidade de bens e o sequestro. Não só: houve particular preocupação na instituição de sanções civis aos infratores da moralidade pública.

14 MOTTA, Reuder Cavalcante. *Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

15 Lei nº 7.347/1985: Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...]

Em 2013, com a promulgação da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), outro passo importante para a consolidação do microsistema de tutela do patrimônio público restou dado. O novo diploma praticamente reinventou a sistemática de punição judicial e administrativa, agregando a possibilidade de ampla responsabilização das pessoas jurídicas – o ordenamento anterior pouca preocupação dava às entidades imateriais –, bem como previu o acordo de leniência. A título de procedimento judicial, houve expressa alusão ao art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, reforçando o caráter integralizador desse diploma.

Todas as normas componentes do retromencionado conjunto disciplinam um segmento específico da realidade social, qual seja, a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. O regramento apresenta uma pretensão de completude, ostentando, no seguimento proposto – defesa do erário e da probidade administrativa –, o caráter de normas gerais. A aplicação de outras normas se daria em caráter subsidiário, só depois exauridas as possibilidades do próprio microsistema, tendo em vista a pertinência axiológica do dispositivo com o qual o se pretende solucionar a colmatação de lacunas.

Nessa temática, possível ir além: a finalidade comum – ressarcimento ao Erário e aplicação de sanções por atentados ao Poder Público –, bem como a principiologia imanente – decorrente da proteção ao patrimônio estatal, moralidade administrativa e direito sancionador –, implicam em reflexos significativos na interpretação conjunta dos dispositivos e na aplicação subsidiária de regras. Não só deve o operador do direito utilizar-se dos diplomas de defesa do patrimônio público (Lei nº 4.717/1965, Lei nº 7.347/1985, Lei nº 8.249/1992 e Lei nº 12.846/2013) nesse desiderado – concepção clássica do microsistema –, mas socorrer àqueles estatutos ligados por uma *base de afinidades*, em detrimento dos diplomas materiais e processuais reguladores de relações jurídicas gerais.

Significa dizer: nas hipóteses de omissão no núcleo central do microsistema de patrimônio público, ou mesmo no microsistema de processo coletivo, cabível a invocação de outros diplomas de direito material ou processual, desde que ostentem *coerência sistêmica* com a tutela do patrimônio público. Nesse sentido, vislumbra-se um campo bastante amplo de operação: por exemplo, após esgotadas as possibilidades dos microsistemas, aplicáveis restariam, no quem compatível, os paradigmas do direito penal e direito sancionador (como as disposições penais relativas aos crimes contra a Administração Pública e concernentes aos Processos Administrativos Disciplinares).

A solução coaduna-se não só com a existência de microsistemas, mas com a própria dinâmica do diálogo de fontes. Hodiernamente vivemos num contexto de significativa procura doutrinária pela harmonia ou coordenação entre as diversas normas do ordenamento jurídico, numa sociedade marcada pela forte pluralidade de leis ou fontes. Partindo dessa premissa, valorosas as lições de Erik Jayme, no sentido da necessidade de coordenação sistemática dessas fontes, caracterizadas pela flexibilidade e utilidade, no desiderato de restabelecer a sua coerência<sup>16</sup>.

Essa interconectividade de normas no sistema jurídico verificar-se-ia de três maneiras distintas, a saber: a) *diálogo sistemático de coerência*, quando, na aplicação simultânea de duas leis, uma delas servir de base conceitual para a outra, em especial, se uma delas for lei geral (lei central do sistema) e a outra especial (microsistema específico). É o caso, por exemplo, de transposição das definições jurídicas da lei geral, como prescrição, decadência, contagem de prazos etc. para o microsistema; b) *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade*, na hipótese da aplicação coordenada de duas leis, na qual se verifica a complementação de uma lei pela outra, a depender do campo de incidência no caso concreto – como nos casos de norma geral mais adequada para a solução da contenda, tendo em vista a base axiológica da relação jurídica, passa a incidir, mesmo em detrimento do diploma especial; c) *diálogo de influências recíprocas sistemáticas*, caso de redefinição do campo de aplicação de uma lei – hipótese de diploma superveniente, ao regular relação distinta, todavia, pertinente, altera a noção de determinado instituto pré-existente<sup>17</sup>.

O convívio das normas no sentido de satisfazer suas finalidades permite a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes, com a finalidade de proteção efetiva<sup>18</sup>. Essa possibilidade intercambiante entre códigos e estatutos especiais, com base finalística e principiológica comum, não deixa de restar aplicável nas relações dos diplomas componentes do microsistema de defesa do patrimônio público e processo coletivo, bem como entre esses microsistemas e os elementos externos, como a legislação de caráter penal e o direito sancionador. Tais relações serão especificamente tratadas nos tópicos seguintes do presente trabalho.

16 MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracajú, n. 7, p.15-53, 2004.

17 MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit.

18 MARQUES, Cláudia Lima. Op. Cit.

#### **4 REFLEXOS DA TEORIA DOS MICROSSISTEMAS NA AXIOLOGIA E PRINCIPIOLOGIA INERENTES À INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS RELATIVAS AOS PROCESSOS DE TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO**

A tutela do patrimônio público não pode passar despercebida da formação dos microssistemas, bem como do diálogo necessários entre os diversos diplomas componentes, entre si e com a legislação de caráter geral. Com efeito, necessárias se fazem as releituras dos institutos concebidos para a solução de contendas no âmbito do Código de Processo Civil e legislação civilística em geral – aplicados, comumente, no procedimento da Ação de Improbidade Administrativa, em especial, de forma indiscriminada, sem atentar para a adequação dos regramentos transpostos para o rito especial punitivo.

Imperioso destacar a pertinência dessa releitura interpretativa, em especial tendo em vista os próprios valores norteadores da legislação inerente ao Código de Processo Civil de 1973. Isso porque, tal diploma restou idealizado tendo em vista a ótica individualista da solução dos litígios – nas quais restam tutelados direitos pessoais contrapostos, em regra, privados, sem um conteúdo coletivo relevante. Mesmo o CPC-2015, mais atento à questão da coletivização e publicização das relações processuais, aparentemente restringiu a maioria das inovações ao processo de conhecimento – preservando o caráter individualista no processo de cumprimento de sentença e execução.

Trata-se de arcabouço historicamente não preparado para aplicação em cenário permeado por valores especiais, inerente ao processo coletivo, máxime em se considerando a vertente microssistêmica concernente à defesa do patrimônio público. Basta lembrar ser o norte fundamental da defesa do patrimônio público o princípio do pleno ressarcimento do dano e o princípio da supremacia do interesse público, ambos não dirigentes das relações privadas. Esse contexto reforça a necessidade de diálogo entre os diplomas destinados à tutela do patrimônio, e eventuais legislações externas, para a solução das lacunas e incongruências interpretativas concernentes à efetivação das decisões proferidas em sede de improbidade administrativa.

#### **5 UTILIZAÇÃO DOS PARADIGMAS DO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL PARA INTEGRAÇÃO DAS LACUNAS LEGAIS NO PROCEDIMENTO DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Temática importante sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (de 1973 ou 2015) no procedimento da Ação de Improbidade Administrativa pode ser sintetizada no seguinte questionamento: Qual o

arcabouço jurídico – regras e princípios – aplicável na hipótese de ausência de disposição normativa específica na Lei nº 8.429/1992, bem como no microsistema de tutela do patrimônio público e direito coletivo?

*A priori*, a resposta mais imediata indicaria o Código de Processo Civil, máxime tendo em vista disposição constante na maioria dos diplomas integrantes do microsistema de tutela coletiva. Deveras, a Lei da Ação Civil Pública e a Lei da Ação Popular não deixam dúvidas quanto à invocação subsidiária do CPC a seus procedimentos, conforme leitura expressa do art. 19 e art. 22, respectivamente. Portanto, em tese, o CPC restaria, por via oblíqua do intercâmbio da LACP e LAP, também adequado à Ação de Improbidade Administrativa, quando essa não puder se secundar no microsistema de tutela do patrimônio público. A solução, inclusive, bem se afeiçoa à consagrada noção da natureza civil das penalidades decorrentes do correspondente rito processual<sup>19</sup>.

Todavia, diversamente dos demais diplomas integrantes do microsistema de tutela do patrimônio público e do direito processual coletivo, a própria Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) não determina, categoricamente, o diploma processual aplicável nos casos de omissão. Pelo contrário, promove uma oscilação normativa bem peculiar: em certas ocasiões, alude à legislação processual civil para fins de secundar-se em seus institutos, como quando, no art. 16, §1º, determina o processamento do sequestro segundo o art. 822 e 825 do CPC-1973; mais adiante, porém, no art. 17, §12, usufrui das disposições do Código de Processo Penal (CPP) no tocante à sistemática coleta de depoimento de autoridades públicas de alto escalão, ao determinar a obediência ao art. 221, *caput* e §1º, do CPP.

O diálogo constante entre a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e a legislação processual civil e processual penal não se limita por aí: o “juízo de delibação” do art. 17 da LIA (introduzido com as modificações promovidas pela MP nº 2.225-45), por meio do qual órgão jurisdicional determina a oitiva prévia do acusado, antes de receber a inicial da improbidade, transpôs, para a improbidade administrativa, o procedimento de defesa prévia típico do processo e julgamento dos

---

19 A natureza civil da improbidade administrativa representa entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende dos seguinte julgados: STJ – HC 123.855/SP, Relator: SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, Julgamento: 22/05/2012; STJ – Rel 1.494/DF, Relator: HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, Julgamento: 14/02/2007; STF – RE 377114/SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, Julgamento: 05/08/2014; STF – ACO 2356/PB, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 11/03/2014.

crimes de responsabilidade dos funcionários públicos. A doutrina acentua: “incontestável que tais alterações foram inspiradas em normas processuais penais [...] tal como o prescrito nos arts. 513 a 518 do CPP”<sup>20</sup>.

O aproveitamento das disposições do direito penal e processual penal pelo rito de improbidade administrativa não se limita à coleta de depoimentos e ao juízo de delibação para recebimento da exordial. Deveras, há relevante entendimento doutrinário defendendo a incidência do art. 383 do CPP, permissivo para o Magistrado conferir a determinado fato definição jurídica diversa da constante na queixa ou denúncia – no caso, na inicial da ação de improbidade – ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave – fenômeno denominado *emendatio libeli* na processualística criminal. Assim como no direito penal, na improbidade o réu se defende dos fatos narrados, não da classificação jurídica dada a eles pelo autor<sup>21</sup>.

O contexto até o presente momento traçado – aplicação do regime jurídico penal e processual penal à improbidade administrativa – bem se coaduna com o entendimento ostentado pelo o STJ, durante considerável tempo, sobre utilização do foro por prerrogativa de função penal nas ações de improbidade administrativa. Trata-se da aplicação da *teoria das competências constitucionais implícitas*, a qual implicou na transposição do foro por prerrogativa de função penal àquele rito cível, ante a possibilidade da demanda ensejar a perda do cargo público dos altos dignitários da República<sup>22</sup>. Apesar de essa jurisprudência restar hodiernamente superada,

---

20 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 438. O STJ entende de forma semelhante, conforme se depreende de precedente no qual restou aplicado, em improbidade administrativa, entendimento do STF sobre o regime de nulidade cunhado em demandas penais, no âmbito do juízo de admissibilidade previsto nos arts. 513 a 518 do CPP. Nesse sentido, assentou-se que a regra do art. 17, §7º, da Lei 8.429/92 “foi claramente inspirada no procedimento de defesa prévia previsto nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal, que regula o processo e o julgamento ‘dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos’. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento que o eventual descumprimento da referida fase constitui nulidade relativa: HC 110.361/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje de 31.7.12; HC 97.033/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, Dje de 12.5.09” (STJ – EREsp 1008632/RS, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, Primeira Seção, Julgamento: 11/02/2015).

21 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

22 Nesse sentido: “[...] por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais,

revela a propensão do STJ em recepcionar preceitos de ordem penal ou processual penal na improbidade administrativa<sup>23</sup>.

Possível observar a aceitação de outros institutos e princípios penais na improbidade administrativa, como a impossibilidade de aplicação de analogia *in malam partem*<sup>24</sup>, a obrigatoriedade da dosimetria da pena<sup>25</sup>, necessidade da justa causa para o recebimento da inicial acusatória<sup>26</sup>, o estado de necessidade<sup>27</sup>, a não contaminação da ação penal pelas invalidades do inquérito<sup>28</sup>, dentre possíveis outros.

Apesar de analisar o fenômeno sobre a perspectiva do diálogo das fontes, o jurista Teori Zavascki (atual Ministro do STF), em trabalho doutoral, identificou a existência de inúmeros pontos de identidade entre as sanções por atos de improbidade, previstas na Lei nº 8.429/1992 e as de natureza penal: em ambos os casos verifica-se uma pretensão punitiva, cuja finalidade revela-se pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas

competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. (STJ – Rcl 2.790/SC, Relator: TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, Julgamento: 02/12/2009).

- 23 Sobre a não subsistência do foro por prerrogativa na improbidade administrativa: STJ – REsp 1453854/RJ, Relator: BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, Julgamento: 18/11/2014).
- 24 “Ora, diante da lacuna da Lei de Improbidade Administrativa frente ao caso apresentado, pode-se utilizar da analogia para a determinação da base da pena de multa. No entanto, a analogia não pode ser aplicada *in malam partem*, porque no âmbito do Direito Administrativo sancionador” (STJ – REsp 1216190/RS, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, Julgamento: 02/12/2010).
- 25 “Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, de acordo com os princípios do direito penal (STJ – REsp 926.772/MA, Relator: TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, Julgamento: 28/04/2009).
- 26 STJ – REsp 1259350/MS, Relator: NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, Julgamento: 22/10/2013.
- 27 “[...] não custa trazer à baila os casos de ação de improbidade administrativa ajuizadas em face de administradores que, após realizarem o recolhimento das contribuições, não procedem ao devido repasse à Previdência em razão da necessidade de alocação das quantias em prol do interesse público. 10. Em tais hipóteses, esta Corte Superior, em reiterados precedentes, vem afastando a caracterização da improbidade administrativa por considerar configurado o estado de necessidade - da mesma forma como ocorre em relação aos arts. 2º, inc. I, da Lei n. 8.137/90 e 168-A do Código Penal -, embora o estado de necessidade não disponha de previsão expressa na legislação administrativa (STJ – REsp 1123876/DF, Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, Julgamento: 05/04/2011).
- 28 “O inquérito civil, como peça informativa, tem por fim embasar a propositura da ação, que independe da prévia instauração do procedimento administrativo. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não é capaz de inquirir de nulidade a ação civil pública, assim como ocorre na esfera penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório”. (STJ – REsp 1119568/PR, Relator: ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, Julgamento: 02/09/2010)

infrações. Ademais, não há qualquer diferença entre as modalidades e efeitos sancionadores, como a perda da função pública, suspensão de direitos políticos e multa pecuniária. A distinção somente recairia no tocante aos efeitos da condenação em face de futuras infrações – a condenação criminal enseja consequências próprias quanto aos *antecedentes e perda da primariedade* –, bem como quanto à possibilidade de aplicação da *pena privativa de liberdade* – exclusiva da seara penal<sup>29</sup>.

Essa identidade substancial de sanções ensejaria suporte à doutrina da unidade da pretensão punitiva estatal. Embora não seja possível traçar paridade total de regimes jurídicos entre a improbidade e o direito penal, não haveria dúvida quanto à aplicação de princípios comuns, como a legalidade, a tipicidade, a responsabilidade subjetiva, o *non bis in idem*, a presunção de inocência e a individualização da pena<sup>30</sup>. Portanto, não obstante a natureza cível majoritariamente defendida pela doutrina para as sanções aplicadas em sede de improbidade administrativa, possível a invocação de diversos princípios e institutos inerentes ao direito penal e processual naquela seara.

Tomando como base tais pressupostos, em especial, o diálogo *sui generis* (“anômalo”) promovido pela Lei de Improbidade Administrativa, que, diversamente dos pares do microssistema de processo coletivo, ora subsidia-se com o Código de Processo Civil, ora com a legislação penal – neste último caso, com destaque para o transplante de princípios e medidas processuais –, possível concluir: no tocante à ação regulada pela 8.429/1992, as disposições de caráter penal apresentam alto grau de pertinência para a solução de lacunas legislativas. Essa equivalência parcial de regimes jurídicos tem reflexos consideráveis na identificação dos ritos processuais inerentes ao aludido feito punitivo, seja no processo de conhecimento, seja na fase de cumprimento de sentença.

## **6 APLICAÇÃO EXEMPLIFICATIVA: QUESTÃO REFERENTE À IMPROBIDADE DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL**

Nos tópicos anteriores, demonstramos o contexto peculiar da colmatação de lacunas na improbidade administrativa, haja vista a particularidade inerente ao rito previsto na Lei nº 8.429/1992 – trata-se de demanda cível com sanções de feição penal. Essa premissa permitia integração de eventuais omissões por meio da aplicação subsidiária de

29 ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/4574>>. Acesso em: 03 maio 2014.

30 ZAVASCKI, Teoria Albino. Op. Cit.

diplomas civis e penais, tudo a depender a pertinência axiológica do instituto jurídico tratado – fenômeno relativo ao “diálogo anômalo” mantido pela Lei nº 8.429/1992 com o seu microssistema, a legislação material e processual, civil e penal. No presente momento, exporemos exemplo prático do aludido ideário, demonstrando como a identificação do arcabouço legislativo para a integralização subsidiária da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) pode apresentar reflexos importantes na operacionalização da demanda.

A LIA não disciplina sobre a natureza impenhorável de qualquer materialidade. Por conseguinte, no tocante à eventual penhora de bem de família em sede de improbidade administrativa, aplicáveis, inicialmente, as disposições da Lei nº 8.009/1990. Isso porque, conforme dispõe esse regramento, a impenhorabilidade da residência do devedor revela-se matéria oponível em qualquer modalidade de processo (*v. g.* execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista), nos termos do art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.009/1990. Não obstante, o inciso VI do art. 3º expressamente exclui a impenhorabilidade nos casos de o bem “ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”.

Na concepção tradicional de solução das lacunas legislativas, a interpretação literal do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, por si só, implicaria na solução da questão: se o *caput* do dispositivo determina a aplicação da impenhorabilidade em processos de qualquer natureza, e a satisfação das sentenças condenatórias por improbidade administrativa não se encontra arrolada entre as exceções inscritas nos incisos do art. 3º retromencionado, não poderia, em tese, ser o bem de família afetado à satisfação das decisões proferidas segundo o rito da Lei nº 8.429/1992. Campo fértil para a (indevida) aplicação do brocado *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (“Quando a lei quis determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio”).

Não obstante, o “diálogo anômalo”, aludido em momento anterior, permite a transposição dos institutos de direito penal à improbidade administrativa, quando seu nível de correlação for maior com tal seara do que com o direito civil. No presente caso, observa-se, a partir de uma leitura do aludido dispositivo, em cotejo com o art. 12, incisos I, II, e III, da Lei nº 8.429/1992, uma equivalência de institutos com os elencados no art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8.009/1990.

As imposições da Lei nº 8.429/1992 não diferem ontologicamente das sanções aplicadas por força do direito penal. A perda de bens, a

suspensão de direitos e a multa representam penas, sob a perspectiva substancial, absolutamente idênticas às decorrentes do ilícito penal. Essa identidade material reforça a necessidade de intercambiamento da Lei nº 8.429/1992 com o Direito Penal ou Processual Penal, os quais, na perspectiva da aplicação de sanções por improbidade, revelam-se mais adequados a solucionar lacunas do que o Direito Civil ou Processual Civil. O diálogo, portanto, da Lei de Improbidade Administrativa, no caso, não se dá com o seu próprio microsistema – omissivo sobre a temática –, mas com as disposições inerentes ao regime jurídico da persecução penal.

Adotando a perspectiva da *mens legislatoris* (intenção do legislador), a leitura literal do art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8.009/1990 não pode implicar na restritiva interpretação da impenhorabilidade ser aplicável à improbidade administrativa. Deveras, quando editada a Lei nº 8.009/1990, não havia diploma infraconstitucional regulamentador da improbidade administrativa, cujo estatuto somente foi editado em 1992 – a previsão limitava-se ao art. 37, §4º, da Constituição Federal de 1988. Portanto, ante a própria inexistência da regulação infraconstitucional sobre o procedimento da improbidade administrativa, difícil defender a omissão intencional na Lei nº 8.009/1990, a fim de excluir o bem de família da penhora para satisfazer os consectários econômicos da Lei nº 8.429/1992. A lei não tinha como dispor sobre eventual exceção quanto à improbidade, se sequer existia a correspondente ação.

A maior preocupação recai sobre o conteúdo axiológico e ético da própria interpretação excludente: em se tratando das demais hipóteses de exceção das impenhorabilidades constantes no art. 3º da Lei nº 8.009/1992, na maioria das vezes, não se está diante do cometimento de infração tipificada como crime ou improbidade administrativa. As situações lá tratadas, apesar de representarem dívidas correlacionadas à prática de um ato ilícito, a antijuridicidade restringe-se a órbitas como a trabalhista (inciso I), civil (II, III, V e VII) e tributária (IV). Em alguns deles, sequer a infração fora praticada pelo proprietário do bem executado, como no caso do inciso VII, permissivo para o fiador ter seu bem de família residencial penhorado, quando opera como mero garante de uma obrigação contratual de terceiro.

Entender pela subsistência da impenhorabilidade do bem de família em face da execução em improbidade administrativa poderá desencambar em fortes incongruências: para hipóteses de ressarcimento pela prática de ato de improbidade administrativa – cuja tipificação

pressupõe não só a violação a determinada lei ou princípio jurídico administrativo (carregados, portanto, pelo interesse público), mas também uma qualificante de relevo, a prática de determinado ato imbuído pelo elemento da má-fé (antijuridicidade derivada de imoralidade administrativa) –, está se erigindo óbice não aplicável para hipóteses de ilícitos menos graves, muitos deles de interesse estritamente privado.

Portanto, deve ser dada interpretação ao art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8.009/1990, no sentido de permitir sua aplicação no âmbito da execução das sentenças em sede de improbidade administrativa. A excludente de impenhorabilidade para condenações penais merece interpretação extensiva, para abarcar as hipóteses de penalidades equivalentes em sede de improbidade administrativa – perda do produto da improbidade, ressarcimento ao Erário e perdimento de bens. A lacuna da Lei nº 8.429/1990 quanto às suas impenhorabilidades, tendo em vista a mesma base axiológica sancionadora da ostentada pelo direito penal, implica na colmatação com a hipótese do inciso VI do art. 3º da Lei nº 8.009/1990, e não com o seu *caput*.

## 7 CONCLUSÕES

A atividade de integração do direito nunca revelou-se mister simples para os intérpretes, máxime na modernidade, caracterizada pela pluralidade normativa – proliferação de estatutos e princípios específicos, vocacionados a regular os diversos aspectos sociais da vida contemporânea. Observamos que, no tocante especificamente à improbidade administrativa, a ocupação de espaço por esse rito no microsistema de tutela coletiva e do patrimônio público deve ser considerada nesse trabalho integrativo. Deveras, o grande diferencial do fenômeno relativo ao surgimento dos microsistemas consubstancia-se na modificação do procedimento de colmatação de lacunas: se, no Século XIX, a legislação codificada apresentava centralidade e pretensão de completude, hodiernamente, a proliferação de microsistemas impõe o socorro inicial aos demais diplomas componentes do próprio microsistema. Somente se o intérprete não identificar no microsistema norma apta, com a mesma base valorativa do diploma omissivo, a ser aplicada no caso, restaria possível a invocação subsidiária dos Códigos.

A interconectividade de diplomas no microsistema, bem como entre o microsistema e os diplomas externos, se daria no bojo da teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme, segundo três maneiras distintas: a) diálogo sistemático de coerência; b) diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade e; c) diálogo de influências recíprocas sistemáticas –

sem prejuízo de à necessidade de observância de uma base valorativa e finalística comum entre os dispositivos nos quais se pretende fazer incidir o diálogo – todos conectados pelo mesmo paradigma Constitucional.

No microsistema de tutela do patrimônio público, fácil identificar a existência de um diálogo constante entre a legislação componente e o direito processual civil. Deveras, a Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor possuem disposições de aplicações recíprocas, bem como abertura para invocação subsidiária do Código de Processo Civil. Não obstante, observamos um contexto diverso para a Lei da Improbidade Administrativa: além de não determinar categoricamente a legislação processual aplicável nos casos de omissão, promove uma oscilação normativa peculiar, pois, ora alude à legislação processual civil para fins de tornar aplicáveis seus institutos, ora ao direito processual penal.

Denominamos esse diálogo multilateral, mantido pela Lei nº 8.429/1990, o seu microsistema, a legislação comum e processual (penal e civil) de “diálogo anômalo”. Ele possibilita-se por uma característica peculiar da improbidade: apesar de procedimento cível, sua natureza sancionadora não difere, na essência, do direito penal. Pudemos demonstrar a integração de lacuna legislativa na Lei nº 8.429/1992 – omissão no tocante às impenhorabilidades –, com cotejo específico desse diploma e o art. 3º, inciso VI, da Lei nº 8.009/1990. Nesse sentido, possível transpor para a improbidade administrativa o regime de penhorabilidade inerente às diversas espécies condenatórias penais, quando equivalentes às espécies condenatórias da improbidade – como é o caso do produto do ilícito, o ressarcimento e o perdimento de bens –, ante a equivalência da base axiológica do dispositivo, mais afeiçoado à integralização da Lei nº 8.429/1992 nessa temática do que a regra geral proibitiva do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.009/1990.

Espera-se que as conclusões do presente estudo possibilitem maior abertura no processo de interpretação e integração da Lei nº 8.429/1992, em especial, a ponto de permitir a colmatação de suas lacunas com os diplomas e dispositivos mais afeiçoados com sua finalidade precípua – recuperação de ativos desviados por atos de corrupção e tutela da moralidade administrativa.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. A tutela jurisdicional do direito à probidade administrativa: o rito da lei de improbidade administrativa e sua integração pelos demais diplomas processuais. *Revista Síntese: Direito Administrativo*, São Paulo, n. 97, p.76-106, jan. 2014. Ano IX.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. O microsistema de proteção da probidade administrativa, Constituição e gestão pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, n. 133, p.40-45, jan. 2013. Ano 12.

BREITMAN, Nei. Algumas considerações sobre a (im)penhorabilidade do bem de família - evolução do instituto. *Revista Síntese: Direito de Família*, São Paulo, n. 74, p.119-131, Out-Nov 2012. Ano XIV.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral: (arts. 1º a 120)*. 16. ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. *Revista de Processo*: São Paulo, n. 174, p.30-50, ago. 2009.

\_\_\_\_\_, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil: volume IV*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. O novo microsistema legislativo das liminares contra o poder público. In: *Estudos de direito constitucional em homenagem a Cesar Asfor Rocha: teoria da constituição, direitos fundamentais e jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GAJARDONI, Fernando Fonseca et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

IRTI, Natalino. *Letà della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, p.24-40, jan. 1999. Ano 88.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Os princípios do processo coletivo como elementos integrantes de um microsistema processual coletivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 128, p.121-131, nov. 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, Aracajú, n. 7, p.15-53, 2004.

MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 373-394.

MOTTA, Reuder Cavalcante. *Tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: interpretação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RODRIGUES, Marcella Regina Gruppi. *Teoria da proteção integral: o reconhecimento do microsistema dos direitos da criança e do adolescente*. In: *Constitucionalismo e direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2014.

SAMPIETRO, Luiz Roberto Hijo. A tutela antecipada e o microsistema de locações prediais urbanas / Luiz Roberto Hijo Sampietro. In: *Revista dialética de direito processual*, n. 62, p. 61-71, maio 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Código civil, os chamados microsistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro: UERJ, v. 1, n. 6 e 7, p.13-25, 1998 e 1999. Anual.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ZAVASCKI, Teoria Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 290 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/4574>>. Acesso em: 03 maio 2014.

RECEBIDO EM: 03/06/2015

APROVADO EM: 21/08/2015

# **ADVOCACIA DE ESTADO OU DE GOVERNO? REFLEXÕES SOBRE A ADVOCACIA DOS INTERESSES PÚBLICOS CONSTITUCIONALMENTE ACOMETIDOS À ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO**

***CONSTITUTIONAL OR ADMINISTRATION ADVOCACY?  
REFLECTIONS ABOUT THE PUBLIC INTERESTS ADVOCACY  
CONSTITUTIONALLY ISSUED TO THE RULE OF LAW***

*Victor Cesar Berlandi*

*Procurador Federal atuante no núcleo de Direito Previdenciário da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região – Especialista em Direito Administrativo pela UnB*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Conceito de Advocacia de Estado; 1.1 Histórico da Advocacia de Estado no nível federal; 1.2 Da Advocacia de Estado nos sistemas jurídicos estrangeiros; 1.3 A Advocacia de Estado e as demais funções essenciais à justiça; 1.4 A Advocacia de Estado no paradigma do Estado Democrático de Direito; 2 Do regime jurídico da Advocacia de Estado; 2.1 Distinção entre Advocacia de Estado e Advocacia de Governo; 2.2 Aspectos negativos do tratamento da Advocacia de Estado como Advocacia de Governo;

2.3 Necessidade da criação de uma identidade da Advocacia de Estado; 2.4 Atuação da Advocacia de Estado em prol da eficiência; 2.4.1 Execução Fiscal Administrativa; 2.4.2 Câmaras de Conciliação da Advocacia-Geral da União; 2.5 Atuação na defesa da juridicidade; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Não há um consenso sobre o regime jurídico da Advocacia de Estado, cujas funções primordiais são o controle dos atos do Poder Público e a defesa em juízo de seus interesses, bem como a atuação em defesa da juridicidade, isto é, na manutenção da ordem jurídica. Todavia, não é valorizada como deveria, tendo em vista que, por ser um órgão de controle, o Administrador, muitas vezes mal intencionado, não se interessa em promover a melhoria das condições das Procuradorias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procuradoria. Advocacia de Estado. Advocacia de Governo. Advocacia Pública.

**ABSTRACT:** There is no consensus about the juridical regime of the Constitutional Advocacy, whose primary functions are the control of the Administration acts and the defense in court of its interests, as well its practice preserving the legal system. However, it is not been valorized as it should be, due to the fact that it is a control organ, the Public Administrator, with bad intensions, most of times, is not interest in improving better conditions for the Public Attorneys.

**KEYWORDS:** Government Advocacy. Constitutional Advocacy. Public Advocacy.

## INTRODUÇÃO

A expressão “advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à Administração do Estado” é da autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>1</sup>. Foi irrefutável a sua reprodução literal, pois define com precisão a Advocacia de Estado.

O patrimônio público sofre constantes perdas decorrentes de corrupção, má qualidade técnica na representação processual e má qualidade na gestão do Erário. Por isso, necessita de profissionais isentos de participação política, com alta qualidade técnica e que sejam selecionados pela meritocracia do concurso público. Como instituição essencial na proteção do Erário, a Advocacia de Estado precisa ter o perfil de atuação de seus membros mais bem definido, para que o patrimônio público seja mantido íntegro, na melhor medida do possível.

Não há, todavia, uma definição precisa do papel da Advocacia de Estado. Cada ente federativo trata de maneira diferente seu regime jurídico. Alguns estados lhes concedem autonomia, outros a mantêm como um órgão anexo ao Poder Executivo; outros, ainda, equiparam sua importância ao Ministério Público e à Magistratura. Nenhum, todavia, confere-lhe o *status* adequado às suas funções.

Não há um consenso sobre o regime jurídico da Advocacia de Estado. Indaga-se, por exemplo, por que seus membros, por serem advogados, não recebem honorários. Se é necessário o concurso de ingresso, por que é admitido que estranhos à carreira possam receber cargos em comissão para atuar na consultoria de ministérios? Como é possível a emissão de um parecer em uma licitação, isento de ingerências políticas, se não há garantia de inamovibilidade e independência funcional aos seus membros?

Há muito que se estudar sobre a Advocacia de Estado e, com isso, criar-se um regime jurídico adequado e uniforme, como ocorre com as consolidadas instituições da Magistratura e do Ministério Público.

A Advocacia de Estado tem como funções primordiais, o controle dos atos do Poder Público e a defesa em juízo de seus interesses.<sup>2</sup>

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia de Estado – Questões Institucionais Para a Construção de um Estado de Justiça*. 1. ed. 2009 p. 26.

2 Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes se disse (ns. 16 a 19), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário.

O controle da Administração pública é o elemento que limita os poderes do Governante, para que não os exerça com tirania. Há dois tipos de controle da Administração Pública, o interno, exercido pelos órgãos da própria Administração, e o externo, exercido pelos órgãos alheios à Administração. Há também hipóteses em que o cidadão pode suscitar o controle interno da Administração, como nos casos de abuso de autoridade, nos termos da Lei 4898/65, art. 2º “o direito de representação será exercido por meio de petição: a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção; b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada”. O cidadão também pode instaurar o controle externo mediante o ajuizamento da ação popular, nos termos da Lei 4717 de 29 de junho de 1965.

A Advocacia de Estado, ante sua hodierna configuração orgânica, exerce o controle interno da Administração, eis que é um órgão do poder executivo, com exceção dos Estados que lhe conferem autonomia administrativa e financeira. Todavia, deveria ser entendida como um ente que exerce o controle externo da Administração, justamente por ser uma função essencial à justiça, ao lado da Defensoria e do Ministério Público, ao qual, *data venia* alguns autores chegam defender se tratar de um quarto poder<sup>3</sup>.

O Estado de Direito implica a submissão a sistemas de controle e à ordem jurídica. Somente ao Governante mal intencionado interessa a deficiência ou até mesmo a falta de controle, eis que pode se locupletar de recursos públicos ao seu favor e de seus familiares e apadrinhados, nesse nefasto sistema político que prepondera em nosso país.

---

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele ser validamente objetivado, pois como o representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que, por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qua tale considerado, e muito menos o dos agentes estatais. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Malheiros: 2004. p. 89 e 90)

- 3 O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele - que defende a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado. (LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed. editora Sérgio Antônio Fabris: 1989. p. 15)

Por isso é que a valorização da Advocacia de Estado é um tema não muito abordado. Se essa *procuratura*<sup>4</sup> tivesse as garantias e prerrogativas concedidas ao Ministério Público e à Magistratura, haveria um controle muito mais rigoroso sobre a prática dos atos administrativos pelo Administrador.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “umas das consequências mais nefastas dessa postura perversa, mas não obstante tão encontradiça, é o fenômeno da *captação das Procuradorias pelos Governos*, o que logram, os que lamentavelmente assim procedem, geralmente pela manutenção de regimes remuneratórios grotesco, o que lhes é fácil, bastando-lhes desconsiderar o impacto acumulado dos resíduos inflacionários, para, desse modo, abrir uma imensa defasagem em relação às remunerações percebidas pelas demais carreiras jurídicas de Estado.”<sup>5</sup>

O presente trabalho visa abordar a origem da instituição, as diferenças e semelhanças que a diferenciam das demais instituições da Procuratura, buscando traçar as linhas mestras do regime jurídico da Advocacia de Estado.

## 1 CONCEITO DE ADVOCACIA DE ESTADO

### 1.1 Histórico da Advocacia de Estado no nível federal

A *procuratura* desenvolveu-se com a evolução do Estado brasileiro, desde período colonial, passando pelo Império até chegar à República. Na fase de colônia havia uma estrutura judiciária muito simples, composta pela Casa da Comarca, com tabelião do judicial e notas, escrivão e juiz pedâneo.

As Ordenações Afonsinas, conjunto normativo da Coroa Portuguesa em vigor na colônia brasileira, traziam a figura do Procurador dos Nossos Feitos, que tinha por funções a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio ou dos bens reais e o acompanhamento do rol dos feitos que envolvessem reguengos (terras do Rei) e juguadas (direito real pago pelo plantio da terra).<sup>6</sup> Também havia a incumbência de defesa de órfãos, viúvas e pobres.

4 Como se refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto às funções essenciais à justiça in: *A Advocacia de Estado revisada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Texto da coletânea Advocacia de Estado – questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça, 2009. p. 25

5 MOREIRA NETO, op. cit., p. 30.

6 GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça*, 2009. p. 339

Com a vigência das Ordenações Manuêlinas, em 1521, surge o cargo de “Promotor da Justiça da Casa de Suplicação”, que absorveu para si a defesa dos órfãos, viúvas e pobres, retirando tais atribuições do Procurador dos Nossos Feitos.

Vieram então as Ordenações Filipinas em 1603, criando os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa, Procurador dos Feitos da Fazenda e do Promotor da Justiça da Casa de Suplicação.

Com a instalação da Relação do Estado do Brasil em Salvador, o Judiciário teve uma grande evolução, na medida em que os reexames passaram a ser realizados não mais no território da Metrópole, mas dentro do território colonial. O regimento da Relação do Estado do Brasil determinou que os cargos da procuratura seriam: Procurador dos Feitos da Coroa, Procurador da Fazenda e Procurador do Fisco.

Em 13 de outubro de 1751, foi editado um Alvará, em que D. José I criou a Relação do Rio de Janeiro. Nesse alvará, estava previsto o cargo de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, que acumulava as funções do Promotor das Justiças. O alvará de 10 de maio de 1888 separou as funções de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda e Promotor de Justiça.

Na fase da proclamação da independência, o Decreto de 5 de junho de 1823 retirou do Procurador da Coroa a função de Promotor Fiscal do Juízo dos Jurados. Logo após, o Decreto de 21 de fevereiro de 1824 alterou a denominação Procurador da Coroa e da Fazenda para Procurador da Coroa e Soberania Nacional.

Com a criação do *Tribunal do Tesouro Público Nacional*, os Procuradores da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional atuavam na primeira instância, enquanto que os Procuradores dos Feitos da Fazenda atuavam em segunda instância. Até então, as funções da Procuratura confundiam-se com a Magistratura, e até com as do Ministério Público.

Com a instalação da República, em 1889, o Judiciário foi radicalmente reestruturado, e as funções foram se especializando. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, criou a Justiça Federal e previu a criação do Ministério Público, com os cargos de Procurador-Geral da República e o de Procurador da República.

O Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, criou o cargo de Consultor Geral da República, que deveria ser ouvido em extradições, expulsão de

estrangeiros, execução de sentenças estrangeiras, alienação, aforamento, locação e arrendamento de bens nacionais, aposentadorias, reformas, jubilações, pensões e montepios de funcionários federais, ou seja, matérias notadamente consultivas. O Procurador-Geral da República, portanto, permanecia com a atividade judicial.

O Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, atribuiu ao Tesouro<sup>7</sup> Federal o mister de promover a cobrança da dívida ativa da União. Em complemento, o Decreto nº 1.220, de 17 de janeiro de 1893, conferiu aos Procuradores da Fazenda Federal a representação judicial da Fazenda Pública. O Decreto nº 848/1890 conferiu essa função também aos Procuradores da República. Em 23 de dezembro de 1909, o Decreto nº 7751 criou a Procuradoria-Geral da Fazenda Pública.

A Justiça Federal foi extinta por um período de trinta anos aproximadamente, vindo a ressurgir somente com a edição do Ato Institucional nº 2, de 27/10/1965. Não obstante, o Ministério Público Federal continuou incumbido da defesa judicial da União, segundo o Decreto-Lei nº 986 de 27 de dezembro de 1938, cujo teor previa que o Procurador Geral da República representava a União junto ao Supremo Tribunal Federal; os Procuradores Regionais da República atuavam como “advogados da União” nas justiças locais dos Estados, Distrito Federal e Território do Acre, e os Promotores de Justiça representavam a União nas comarcas locais exceto nas capitais.

O Decreto-Lei nº 8.564, de 7 de janeiro de 1946, criou cargos consultivos de livre nomeação do Presidente da República, como o Consultor Jurídico de Ministérios e do Departamento Administrativo do Serviço Público, Consultor Jurídico no Ministério da Educação e Ministério da Saúde. O ato normativo também previu o processo de uniformização da jurisprudência administrativa e a colaboração com a defesa da União, da qual estava encarregada a Procuradoria-Geral da República.

A Lei 2.123, de 1º de dezembro de 1953, tentou unificar a representação jurídica das autarquias, transformando os cargos de Procurador, Consultor Jurídico, Advogado, Assistente Jurídico, Adjunto de Consultor Jurídico, Assistente de Procurador em Procurador das Autarquias Federais, conferindo-lhes garantias e prerrogativas do Ministério Público.

---

7 Conforme a ortografia à época da edição do Decreto

A Lei 2.642, de 9 de novembro de 1955, transformou os cargos de Adjunto do Procurador Geral da Fazenda Pública e de Procurador da Fazenda Federal nos Estados em Procurador da Fazenda Nacional, bem como criou o cargo de Procurador Geral da Fazenda Nacional.

A Lei 4.463, de 7 de novembro de 1964, concentrou a atividade consultiva na Consultoria-Geral da República, a ser exercida pelo Assistente Jurídico e pelo Assistente do Consultor Geral da República.

A administração indireta era representada judicialmente pelos Procuradores Autárquicos, Advogados, Assistentes e Procuradores, denominações essas que dependiam de qual ente pertenciam.

Derradeiramente, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova configuração da representação judicial e consultoria da União. A função de representação judicial da União é retirada da Procuradoria-Geral da República e a consultoria retirada da extinta Consultoria Geral da República. Essas funções foram repassadas à nova instituição criada pelo art. 131 da novel Constituição, a Advocacia-Geral da União, inserida dentre as funções essenciais à justiça, ao lado do Ministério Público, da Defensoria e da Advocacia.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/1993) previu os cargos de Advogado-Geral da União, como posto mais elevado, seguido do Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União e o Corregedor-Geral da Advocacia da União. Também foram previstos como membros, os cargos de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico.

A Lei 9650, de 27 de maio de 1998, criou o cargo de Procurador do Banco Central do Brasil, e a Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, posteriormente convertida na Lei 10.480 de 2 de julho de 2002, unificou a representação judicial e a consultoria de todas as autarquias e fundações federais (com exceção do Banco Central) na Procuradoria-Geral Federal, órgão adjunto à Advocacia-Geral da União.

A Lei 10.549, de 13 de novembro de 2002, extinguiu o cargo de Assistente Jurídico, incorporando seus detentores e atribuições ao cargo de Advogado da União.

## 1.2 Da Advocacia De Estado Nos Sistemas Jurídicos Estrangeiros

O Brasil adota o sistema jurídico da família romano-germânica, de origem europeia. Formou-se por meio da obra das universidades europeias, a partir das compilações do imperador Justiniano<sup>8</sup>. Em virtude do processo de colonização, diversos países adotaram essa família de Direito, especialmente na América Latina.

Outra grande família que influenciou o sistema jurídico de vários países é o da *common law*, cujas características são bem distintas da romano-germânica. A regra de direito da *common law*, menos abstrata que regra de direito da família romano-germânica, tem como escopo solucionar uma controvérsia, não a formulação de regras gerais e abstratas a serem aplicadas a situações futuras<sup>9</sup>. O direito inglês desenvolveu-se em quatro períodos: antes da conquista da Normandia, em 1066; até 1485, com o advento da dinastia Tudor, período em que se desenvolveu a *common law*, que vem a substituir o sistema de costumes locais; o período de 1485 a 1832, em que surgiu, à margem da *common law*, o sistema de regras de *equity*; e o quarto período, iniciado em 1832 até hoje, caracteriza-se pela crescente importância dada à lei, em um sociedade dirigida pela administração e pelo confronto constante com o direito comunitário europeu<sup>10</sup>.

No direito inglês, a distinção entre direito público e direito privado não é relevante, pois, nesse sistema, é rechaçada a ideia na qual o Estado e a Administração Pública não possam estar submetidas ao direito. Em seu lugar, é estudada a diferença entre *common law e equity*. A *equity* é um conjunto de remédios desenvolvidos nos séculos XV e XVI, sob a jurisdição do Conselheiro Real para complementar e, em casos específicos, revisar a *common law*, que, à época, restava insuficiente e defeituosa. Todavia, isso não significava que o desrespeito à *common law*. Ao revés, um dos axiomas proclamados pelo Conselheiro foi *equity follow the law*.<sup>11</sup> Outra distinção é que, enquanto a *equity* converteu-se em regras escritas, a *common law*, ao revés, caracteriza-se pela oralidade. Outra distinção reside em que a *common law* disciplina certos ramos do direito como o direito penal, contratos, responsabilidade civil, enquanto que a *equity* trata do direito real

8 DAVID, René; SPINOSI, Jauffret. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. 11. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. p.14

9 Ibidem, p. 15.

10 Ibidem, p. 211.

11 Ibidem, p. 236.

de propriedade, do trust, sociedades mercantis, insolvência, interpretação de disposições testamentárias e liquidação de sucessões.<sup>12</sup>

Os Estados Unidos da América, cuja colonização foi britânica, adotou, por óbvio, o sistema da *common law*, contudo, com algumas diferenças, especialmente em virtude do seu sistema federativo, diferentemente da Inglaterra, que é um Estado único. Outra importante diferença é a existência de um constituição escrita, ainda que sintética, nos EUA, a *Bill of Rights*, de 1789, enquanto que a constituição inglesa está dispersa em normas não escritas.

Cláudio Grande Júnior faz um breve relato da Advocacia de Estado no Reino Unido e *Commonwealth*:

Os *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam os governos do Reino Unido e dos Estados Integrantes da *Commonwealth*. São chefiados pelos *Attorneys General*, em certos lugares chamado de *Advocate General*, como na Escócia, desde 1999. Restrito à Inglaterra e ao País de Gales, o *Her Majesty's Attorney General for England and Wales* assessora e aconselha juridicamente a Coroa e o gabinete, representa-os perante os tribunais, supervisiona a persecução penal a cabo dos *prosecutors* e atuam em processos judiciais de interesse público. Com efeito, os *Attorneys General's Offices* absorvem atribuições que, no Brasil, são divididas entre Ministério Público e Advocacia Pública.<sup>13</sup>

Os outros sistemas, basicamente são variações dessas duas grandes famílias, destacando-se o sistema russo, que, por ter se originado em um país socialista, possui várias idiossincrasias que merecem ser destacadas. A história da Rússia inicia-se no século IX, pela chegada de uma tribo escandinava. Em 989, essa sociedade converteu-se ao cristianismo. Em 1236, a invasão mongol destruiu a organização política então existente. Os costumes russos começaram a ser escritos na primeira metade do século XI, até o século XIV, quando foram escritas leis bárbaras e com características de um regime feudal. O direito bizantino também teve forte influência sobre o direito russo, com a regulamentação do direito civil e canônico.<sup>14</sup>

12 DAVID, op. cit. p. 241.

13 JÚNIOR, Cláudio Grande. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES; SOUZA, op. cit., p. 75.

14 DAVID, op. cit., p. 122.

A revolução de outubro de 1917, que levou ao poder os bolcheviques, pertencentes ao partido comunista, iniciou uma nova história russa. O direito russo passou então por modificações nos períodos do comunismo revolucionário (1917-1921), no período da Nova Política Econômica (1921-1928) e no período da coletivização dos bens de produção (1928-1936).<sup>15</sup> Após um longo período de estagnação econômica, em 1989-1991 ocorreu o fenômeno da *perestroika*, em que foram implementadas diversas reformas, com a consequente abertura da economia ao capitalismo e com a dissolução do partido comunista.

No período em que predominou o socialismo, havia uma instituição criada nos moldes do Ministério Público, a *Prokouratoura soviética*<sup>16</sup>, que fazia as vezes do *parquet*, atuando na persecução penal, como também tinha a função de “vigilância geral”, que impedia a tomada de decisões ilegais, analisando matérias administrativas que fossem postas a sua consideração. Limitava-se, todavia, a anular as resoluções contrárias à legalidade. Fazia as vezes, portanto da Advocacia de Estado.

O sistema chinês, por exemplo, semelhante ao japonês, baseia-se na diminuta possibilidade de se deduzir uma demanda em juízo, ante a forte influência da filosofia do confucionismo, que prega a aceitação, a não oposição. Assim, a paz social é garantida pelo comportamento passivo dos cidadãos em não se opor aos atos do Poder Público, conferindo um grande poder ao funcionário público.<sup>17</sup>

Segundo Cláudio Grande Júnior<sup>18</sup>, a Constituição da República Popular da China prevê a Suprema Procuradoria Popular, as Procuradorias Populares locais, Procuradorias Militares e outras Procuradorias populares especiais, que não podem sofrer ingerência dos órgãos administrativos, de organizações públicas ou de particulares. A aparente autonomia, contudo,

15 DAVID, op. cit. p. 126.

16 Ibidem, p. 143.

17 Ungranemperador del siglo XVII, K'ang His lo proclamó abiertamente: Los procesos tenderían a multiplicarse de manera tenebrosa si las personas perdiesen el temor de recurrir a los tribunales y ello les generase confianza de encontrar siempre una justicia fácilmente accesible y perfecta. El hombre está expuesto a hacerse ilusiones en lo que resulta bueno para él, se multiplicarían los cuestionamientos sin fin y la timidez de los súbditos de nuestro Imperio no bastarían para resolver las controversias de la tramitación de los súbditos. Es mi deseo expresado en consecuencia que los que se dirijan a los tribunales sean tratados sin ninguna piedad, de tal manera que se les aparte del derecho y que se estremezcan con la sola idea de comparecer ante un magistrado (Citado por S. Van Der Sprenkel, Legal Institutions in Manchu China, 1962, p. 77). In: DAVI, op. cit., p. 389.

18 GUEDES; SOUZA, op. cit., p. 70/71.

deve observar os princípios constitucionais da República, a saber: 1 – o socialismo, 2- a ditadura democrático-popular, 3- o marxismo-leninismo e o pensamento de Mao Tse-Tung, 4- a direção do Partido Comunista Chinês. Os órgãos de Estado da República Popular da China, segundo o citado autor, devem respeitar o centralismo democrático, em que as Procuradorias respondem perante os congressos populares. Assim, a Suprema Procuradoria Popular coordena as Procuradorias Populares em um nível hierárquico. A investidura dos seus membros é semelhante à dos membros do poder judiciário. O Congresso Nacional Popular elege e pode destituir o Procurador-Geral da Suprema Procuradoria Popular. Este, por seu turno, nomeia e exonera os Procuradores-Gerais Adjuntos, os Procuradores da Suprema Procuradoria Popular., os membros da Comissão da Procuradoria e o Procurador-Chefe da Procuradoria Militar, podendo aprovar a nomeação e a demissão dos procuradores-chefes das procuradorias populares das províncias, regiões autônomas e municipalidades diretamente dependentes do Governo Central. A Suprema Procuradoria Populares locais são responsáveis perante os órgãos de poder político que as estabelecerem e perante as Procuradorias Populares de nível superior. Os Congressos Populares locais, a partir do nível do distrito, elegem e podem destituir os Procuradores Chefes das procuradorias Populares do nível correspondente, além de superintenderem os trabalhos da Procuradoria Popular do respectivo nível. O auto ao comparar a Procuradoria Popular chinesa com a *Prokuratura* Soviética, diferindo no ponto em que nesta, os Procuradores de nível inferior estavam submetidos unicamente ao Procurador-Geral. A eleição ou a destituição dos Procuradores Chefes das Procuradorias Populares devem ser comunicadas às Procuradorias Populares de nível imediatamente superior, para efeito de aprovação pelos Congressos Populares do respectivo nível<sup>19</sup>.

O direito francês, a despeito de sua origem romano-germânica, possui peculiaridades, em razão de ter sediado o evento que rompeu o paradigma medieval, instaurando uma nova ordem mundial, fruto da revolução francesa, bem como por ter sido o berço do direito administrativo. Segundo relata Maria Sylvia Zanella di Pietro, em decorrência dos fatos históricos ocorridos na França, com a superação do Velho Regime pela revolução burguesa, a teoria da separação dos poderes foi adotada com robusto rigor. O poder judiciário era alvo desconfiança “pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel,

---

19 – GUEDES; SOUZA, op. cit., p. 70/71.

1964:60).<sup>20</sup> Por isso, surgiu o modelo de contencioso administrativo, com base no art. 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, segundo a qual “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo, as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem.”<sup>21</sup> Nessa fase, portanto, o judiciário não podia se imiscuir nos assuntos afetos à administração. Contudo, com a criação do Conselho de Estado, as questões administrativas passaram a ser submetidas à jurisdição Estatal, embora formalmente não fossem proferidas pelo Poder Judiciário, mas pelo órgão do Executivo. A partir de 1872, quando se tornou independente, as decisões deixaram de ser apreciadas pelo Executivo, passando a ser um verdadeiro órgão de jurisdição administrativa.<sup>22</sup> Di Pietro, *apud* Georges Vedel<sup>23</sup> ressalta que o Direito Administrativo francês “é, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz [...] que, nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e a imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a fazer verdadeiramente o direito.” Trata-se de um sistema em que a jurisprudência administrativa, portanto, é deveras relevante.

A depender do sistema jurídico, o judiciário pode ter mais ou menos importância, e o controle interno pode ser exercido com mais rigor do que o controle externo. Como a Advocacia de Estado está incumbida da função de controle dos atos estatais, sua formatação varia a depender da família jurídica adotada.

Ante a análise dos sistemas jurídicos estrangeiros, pode-se chegar à conclusão de que uma Advocacia Pública forte e independente tem relação direta com o Estado Democrático de Direito, que necessita de instituições independentes para realizar o controle dos atos estatais com imparcialidade, forçando as políticas públicas e demais atos a se conformarem à juridicidade. No sistema socialista, marcado pela hegemonia do partido socialista, há um controle formal dos atos estatais. As procuradorias desses Estados exercem o papel de Advocacia de Governo, ante sua dependência política e submissão aos interesses partidários.

---

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*, p. 27.

23 *Ibidem*, p. 28.

### 1.3 A Advocacia de Estado e as demais funções essenciais à justiça

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>24</sup>, a Emenda Constitucional nº 19/98 cometeu um equívoco ao alterar o título da Seção II do Capítulo IV do Título IV para “Advocacia Pública”, confundindo-a com o conceito menos amplo de “Advocacia de Estado”. A Advocacia Pública contrapõe-se à Advocacia Privada. Ambas, contudo, são igualmente funções essenciais à justiça.

Para aquele autor, o Ministério Público e a Defensoria Pública também fazem parte da Advocacia Pública, uma vez que o *Parquet* exerce a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade e a Defensoria, a advocacia dos interesses dos hipossuficientes. A Advocacia de Estado exerce a “advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado”.

Moreira Neto defende, ainda, que à Advocacia de Estado podem ser conferidas outras funções além da representação judicial e a assessoria jurídica, como a direção jurídica de empresas e outras funções burocráticas, desde que não conflitantes com a advocacia dos interesses públicos estatais.

Vê-se, portanto, que as três Procuraturas são igualmente importantes, atuando cada uma, em uma determinada área, a defesa do interesse público.

Todavia, o legislador não lhes conferiu o mesmo grau de importância ao estabelecer os respectivos regimes jurídicos. O Ministério Público foi o mais privilegiado, ao serem conferidas aos seus membros quase todas as prerrogativas conferidas aos membros da Magistratura, como a inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e a independência funcional, além de um período de férias de 60 dias e porte funcional de arma de fogo. Além disso, institucionalmente, o Ministério Público possui importantes garantias como a autonomia financeira, garantindo-lhe dotação orçamentária própria e a nomeação do chefe da instituição dentre os membros da carreira, de forma a manter a integridade contra ingerências políticas.

A Advocacia de Estado, no âmbito dos entes federativos, também está assimetricamente organizada. Na esfera federal recebe o tratamento mais precário: não há um regime de prerrogativas para seus membros exercerem seu mister com independência e imparcialidade.

---

24 MOREIRA NETO, op. cit. p. 25

A Advocacia-Geral da União não possui autonomia financeira; seu cargo de chefia da instituição, o Advogado-Geral da União, pode ser ocupado por pessoas estranhas à carreira. No âmbito estadual, muitas procuradorias possuem o merecido tratamento isonômico com as demais carreiras de Estado, possuindo autonomia financeira, prerrogativas da magistratura para os seus membros, bem como a equiparação de remuneração percebida pelos membros da Magistratura e Ministério Público. Além disso, é permitido que a importante função de consultoria seja feita por detentores de cargos em comissão, por não concursados.

Ao que parece, à Advocacia de Estado não vem sendo conferido o tratamento que merece. Para o governante mal-intencionado, é melhor que essa Procuratura permaneça dependente e desestruturada. A indicação política de seu dirigente máximo, a falta de independência funcional de seus membros, a dependência financeira da instituição e a consultoria feita por não concursados são condições ideais para o aparelhamento governamental. Assim, o dirigente pode passar a comandar a instituição de acordo com os interesses do governante, realizando a famigerada advocacia de governo. Os membros, por seu turno, não têm garantias contra represálias políticas caso sua atuação venha a ser contrária a interesses políticos.

#### 1.4 A Advocacia de Estado no paradigma do Estado Democrático de Direito

Para se abordar esse tema, faz-se necessário definir o momento histórico atual do Estado brasileiro. Para isso, deve ser definido qual é o pano de fundo ou paradigma do modelo de Estado brasileiro.

O conceito de paradigma é o primeiro passo para a compreensão do problema. Ele advém da obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, de Thomas Kuhn, segundo o qual a ciência é influenciada pelas condições históricas do período em que é desenvolvida, pois não se origina de um cientista isoladamente, mas no seio de uma comunidade científica. Os cientistas desenvolvem seus trabalhos nos padrões necessários para que haja reconhecimento pela a comunidade científica. Dentro de um paradigma há, portanto, uma “ciência normal<sup>25</sup>”. No momento em que surge uma

---

25 A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto – com custos consideráveis, se necessário. Por exemplo, a ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos. Não obstante, na medida em que esses compromissos retêm um elemento de arbitrariedade, a própria natureza da pesquisa normal assegura que a novidade não será suprimida por muito tempo. (KUHN, op. cit., p. 24, 1998)

instabilidade de um determinado paradigma, surgem novas teorias que culminam numa revolução científica e, por conseguinte, numa mudança de paradigma.

Os três grandes paradigmas constitucionais são o Estado de Direito, pertencente ao período liberal, em que o Estado possuía um papel mínimo; o Estado Social, constituído pelo clientelismo e pelo intervencionismo exacerbado, e o Estado Democrático de Direito, baseado na proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado de Direito surgiu da quebra do paradigma antigo-medieval. Visava a garantir a liberdade do indivíduo perante o Estado, de forma que se pudesse fazer tudo o que não era proibido por lei. Devido à excessiva liberdade dada aos agentes econômicos, que exploravam em demasia a mão de obra, causando condições de vida degradantes às pessoas, bem como pelo esgotamento do modelo de Estado mínimo, surge o Estado Social (*WelfareState*), de cunho extremamente intervencionista. Esse modelo de Estado também sofreu um processo de desgaste. Primeiro porque, ao tornar as pessoas dependentes do Estado, numa forma de clientelismo, acabou por eclodir o surgimento dos Estados totalitários. Também porque sua manutenção tornou-se inviável, pois demandava uma estrutura muito grande, causando a ineficiência estatal. Surge então o Estado Democrático de Direito, um modelo que prima pela proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Os citados grandes paradigmas causam forte influência na interpretação de valores como a liberdade e a igualdade. A liberdade no Estado burguês consiste do direito de fazer tudo o que não é proibido, com a liberdade de cada um terminando no ponto em começa a liberdade para o outro indivíduo. A igualdade, nesse contexto, é representada pelo tratamento isonômico de todos perante a lei.

No Estado Social, esses conceitos adquirem outra conotação. A liberdade passa a ser o reconhecimento, pela lei, das diferenças materiais entre as pessoas, e a igualdade passa a ser o tratamento igual de acordo com suas desigualdades. Nesse momento, a igualdade passa a ser material, cabendo ao Estado atuar para que determinado indivíduo, desprovido do direito à moradia, por exemplo, passe a também ter esse direito.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade e a igualdade passam a ter uma nova concepção, consistente na liberdade de participação do processo democrático e em condições de igualdade.

A Advocacia de Estado, no Brasil, existe desde os tempos do Império, em que era denominada Procuradoria dos Interesses da Coroa. Como o Estado brasileiro era patrimonialista, a Advocacia de Estado tinha um viés compatível com esse modelo, baseado na proteção do interesse da Família Real, uma vez que não havia a noção da existência de um patrimônio público.

Com as mudanças paradigmáticas do Estado brasileiro, a Advocacia de Estado passou a ter outro mister, a de defesa do Estado Democrático de Direito, exercendo, nas palavras do de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado”<sup>26</sup>.

## **2 DA ADVOCACIA DE ESTADO**

### **2.1 Distinção entre Advocacia de Estado e Advocacia de Governo**

A Procuratura Constitucional incumbida da defesa do interesse público da Administração do Estado ainda não recebeu, pela legislação pátria, a regulamentação adequada ao seu mister. Em muitos de seus regimes jurídicos, pertinentes ao ente político a que estão vinculados, a Advocacia de Estado é tratada como mero escritório de advocacia da Administração Pública, e mais especificamente dos interesses governamentais de ocasião.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “enquanto governos e governantes são transitórios e refletem segmentos de maiorias, Estado e Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investidas constitucionais.”<sup>27</sup>

### **2.2 Aspectos negativos do tratamento da Advocacia de Estado como Advocacia de Governo**

É muito comum que a atividade mais importante da Advocacia de Estado, que é a consultoria, seja delegada a pessoas estranhas à instituição, ou até mesmo a escritórios de advocacia privada. Isso se dá, em grande medida, por conta do inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, que reputa por inexigível a licitação para “a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais

---

26 GUEDES, op. cit., p. 26, 2009.

27 MOREIRA NETO, op. cit, p. 24.

ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. ”

A esse respeito, a Súmula 04/2012 do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB aduz que:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (*in totum*) do referido diploma legal.

É de se indagar, porém, como se justifica essa inexigibilidade se a Administração está equipada com um corpo jurídico de profissionais selecionados por concurso público, altamente capacitados, que trabalham em núcleos especializados nas diversas Procuradorias, no âmbito federal, estadual e municipal? Tal inexigibilidade acaba, em muitos casos, servindo como uma brecha para fraudes por representantes mal-intencionados dos entes políticos, que podem alegar a necessidade de pareceres especializados com muita frequência sob a proteção do inciso II do art. 25 da Lei de Licitações e se locupletar de parte do dinheiro a ser pago ao jurista contratado. Se a atividade consultiva fosse exclusiva dos membros da Advocacia Pública, essa brecha não existiria.

Há uma previsão polêmica que admite que a Advocacia-Geral da União defenda agentes públicos por atos praticados no exercício de suas atividades. O art. 22 da Lei 9028/95 prevê<sup>28</sup> essa

---

28 Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

possibilidade, e a Portaria nº 408/2009 da AGU regulamenta o esse dispositivo<sup>29</sup>.

De um lado, a medida é louvável, eis que garante a livre atuação dos agentes públicos dentro da juridicidade, promovendo a segurança jurídica e a independência técnica. De outro, poder-se-ia argumentar que o agente deveria contratar um advogado particular para defendê-lo, na medida em que não cabe à AGU a defesa de pessoas físicas, mas tão-somente do ente político União.

Na minha opinião, essa defesa é essencial para a atuação isenta de ingerências políticas dos agentes públicos. Caso contrário, o agente se sentiria inseguro ao praticar seus atos, o que iria de encontro com o interesse público.

O aspecto, contudo, que mais chama a atenção, em se tratando do descaso com a Advocacia de Estado, é a possibilidade do preenchimento de cargos em comissão por pessoas que não pertencem à carreira da respectiva

---

§ 1o O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no caput, e ainda: (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial. (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

29 As autoridades protegidas são as seguintes descritas: Art. 3º A AGU e a PGF poderão representar em juízo, observadas suas competências e o disposto no art. 4º, os agentes públicos a seguir relacionados: I - o Presidente da República; II - o Vice-Presidente da República; III - os Membros dos Poderes Judiciário e Legislativo da União; IV - os Ministros de Estado; V - os Membros do Ministério Público da União; VI - os Membros da Advocacia-Geral da União; VII - os Membros da Procuradoria-Geral Federal; VIII - os Membros da Defensoria Pública da União; IX - os titulares dos Órgãos da Presidência da República; X - os titulares de autarquias e fundações federais; XI - os titulares de cargos de natureza especial da Administração Federal; XII - os titulares de cargos em comissão de direção e assessoramento superiores da Administração Federal; XIII - os titulares de cargos efetivos da Administração Federal; XIV - os designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Lei nºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; XV - os militares das Forças Armadas e os integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial; XVI - os policiais militares mobilizados para operações da Força Nacional de Segurança; e XVII - os ex-titulares dos cargos e funções referidos nos incisos anteriores.

Procuradoria. Isso afronta veementemente o princípio da impessoalidade<sup>30</sup> e o princípio do concurso público (art. 37 da CF).

O concurso público é necessário para o preenchimento de cargos técnicos e de membros das carreiras de Estado, pois concede aos cidadãos igualdade de condições de ingresso, evitando assim o repudiado apadrinhamento.

### **2.3 NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA IDENTIDADE DA ADVOCACIA DE ESTADO**

A Advocacia de Estado carece de um regime jurídico que estabeleça as prerrogativas e limites de atuação, assim como há na Magistratura e nas demais Procuraturas (Ministério Público e Defensoria Pública). *De lege ferenda*, necessita-se de uma lei orgânica<sup>31</sup> que abranja toda a Advocacia de Estado, em todos os entes federativos, que fixe esses pontos, de modo a consolidar a Advocacia Pública como instituição. Deve ser criado um modelo de Advocacia Pública a ser instituído nos diversos entes da federação.

Dentro desse tópico, há questões importantes que são tratadas de maneiras diversas por cada Procuradoria.

A possibilidade de seus membros exercerem a advocacia privada é uma delas.

#### **2.3.1 O exercício da advocacia fora das atribuições institucionais**

Segundo o art. 12 do Código de Processo Civil:

“Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

---

30 Segundo DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 18. ed. 2004. p. 71: Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que nortear o seu comportamento...No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordilho que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

31 Atualmente só há a Lei Complementar 73/93, que estrutura a Advocacia-Geral da União.

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;”

Infere-se, portanto, que aos procuradores foi outorgado mandato *ex lege* para representar os entes a que estão vinculados. Em tese, portanto, não é necessária a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil para que atuem em juízo. Como já abordado nesse trabalho, a Advocacia de Estado, ontologicamente, exerce a mesma função que o Ministério Público e a Defensoria Pública, apenas diferindo quanto ao interesse que cada um defende. O *parquet* é o defensor dos direitos públicos difusos e coletivos, a Defensoria defende os direitos dos desprovidos de recursos econômicos, e a Advocacia de Estado exerce a advocacia dos interesses públicos acometidos à Administração do Estado. Por que então não se exige inscrição na OAB dos membros do Ministério Público e dos Defensores Públicos, já que eles também atuam em juízo?

Enfim, foi criado um arquétipo no qual todas as Procuradorias exigem que seus membros sejam inscritos na OAB, não obstante tal requisito ser dispensável processualmente, eis que os procuradores já possuem capacidade postulatória em virtude de lei.

Além das Procuradorias exigirem inscrição nos quadros da OAB, muitas restringem a atuação profissional dos procuradores, não permitindo que eles exerçam a advocacia fora de suas atribuições funcionais.

A Lei Complementar 73/93, em seu artigo 28, proíbe expressamente o exercício da advocacia privada aos membros da Advocacia-Geral da União.

O Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, no parágrafo 1º do art. 3º estabelece que:

[...] exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime própria a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Os artigos 29 e 30 do Estatuto da Advocacia, trazem as seguintes restrições aos advogados públicos:

art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.”

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I- os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora.

O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal estatui que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Trata-se, dessa maneira, de norma constitucional de eficácia contida, eis que a lei pode restringir a liberdade constitucional de livre exercício da profissão.

Note que, com exceção dos membros da Advocacia-Geral da União, não há a restrição legal mencionada no inciso XII do art. 5º da CF.

#### 2.4 Atuação da Advocacia de Estado em prol da eficiência

A formatação atual do Poder Judiciário concentrou muitas atribuições nas mãos dos Juízes. Esse processo foi relatado na obra de Mauro Capeleti, *Acesso à justiça*, em que o autor relata a existência de três ondas renovatórias. A primeira foi a assistência judiciária, depois veio a representação dos direitos difusos e, por fim, o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça<sup>32</sup>.

As reformas do Código de Processo Civil que criaram o poder geral de cautela - especialmente o art. 273, que permite ao juiz, conceder medidas liminares *inaudita altera parte* de acordo com o entendimento do Magistrado - concentraram ainda mais poderes e atribuições no Judiciário.

A mudança ontológica sofrida pelo Supremo Tribunal Federal, com o advento do novo pressuposto recursal da repercussão geral, que passou

---

32 O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. CAPPELLETTI, op. cit., p. 11.

de instância recursal a Corte Constitucional, foi outro fato que demonstra a existência do ativismo judicial.

Enfim, o Judiciário tem ganhado relevo em detrimento de outros poderes. Com isso houve uma explosão no número de ajuizamento de demandas, o que enseja o aumento de gastos com estrutura dos Tribunais, lentidão no julgamento de processos, e queda na qualidade da prestação jurisdicional.

Ao revés, por que não se cogitou melhorar a prestação dos serviços públicos? Funcionários públicos melhor remunerados, melhor preparados e com mais estrutura pareceria uma solução óbvia, mas olvidada nas decisões políticas.

Muitas atribuições poderiam ser exercidas pela Advocacia do Estado, como a execução fiscal administrativa, que será abordada a seguir.

Outra medida, esta que já foi implementada, são as Câmaras de Conciliação da Advocacia-Geral da União, que promovem a conciliação entre entes políticos, evitando o ajuizamento de demandas judiciais, que, em tese, não deveriam ser judicializadas.

#### 2.4.1 EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

A Execução fiscal administrativa é um projeto polêmico que é muito criticado por membros do poder judiciário. O Ministro Cesar Asfor Rocha não aprova a inovação pois não vê “como é possível permitir que o credor seja o formulador e o executor do seu direito sem a mediação feita pelo Judiciário”<sup>33</sup>. O Ministro também pondera que a questão “vem na onda de um clamor para diminuir o acervo de processo nos tribunais, cujo principal gargalo é a execução fiscal”. O Ministro Napoleão Nunes maia Filho ataca a alternativa com veemência, dizendo que é “mais do que ilegal. É uma violência inconstitucional”. Outro argumento contra a medida, ponderado pelo Ministro Castro Meira é que “a parte que toca ao Judiciário não está parada por culpa dos juízes, mas porque os órgãos administrativos não conseguem localizar devedores.”

Como pondera Humberto Gomes de Barros,

---

33 VASCONCELOS, Marcos. Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/ministros-stj-execucao-fiscal-administrativa-naufragar>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

O Estado-Administração é capaz de, visando a interesses sociais, expropriar um proprietário que nada lhe deve. No entanto, se o proprietário é inadimplente, na sagrada obrigação de honrar dívidas para com o Erário, a Administração queda-se impotente. Nesse caso, é necessário acionar o Estado-Juiz, fazendo com que este efetive a desapropriação. Em tal hipótese, o juiz desenvolverá mero procedimento. É que a execução por desapropriação envolve apenas relação linear, em cujos extremos estão o Estado e seu devedor.<sup>34</sup>

A execução fiscal administrativa não é um devaneio uma mente inconsequente. Ela existe em muitos países desenvolvidos como Espanha, EUA, Alemanha e Suécia<sup>35</sup>.

Segundo a exposição de motivos do anteprojeto de lei de execução fiscal administrativa, traz, como novidades, a transação tributária, e a cobrança administrativa dos créditos da Fazenda Pública “sem prejuízo das garantias de defesa do executado, de forma a reduzir a necessidade dos atuais instrumentos indiretos de cobrança, como a exigência de apresentação de certidões negativas de débito”.<sup>36</sup>

Apesar de muitas críticas e resistência, principalmente do poder judiciário, a Fazenda Pública encontra muita dificuldade de recuperar seus créditos. Isso mesmo com as prerrogativas processuais concedidas à Fazenda na execução fiscal.

A execução fiscal, por seu turno, chegou a um ponto de colapso, pois, além de ocasionar o abarrotamento dos cartórios judiciais, não consegue reaver créditos de pequeno valor.

Por isso, são salutares e merecem fomento as medidas alternativas ora apresentadas, uma vez que desestimulam a inadimplência para com as Fazendas Públicas, com um custo operacional muito menor e mais rapidez comparativamente à execução fiscal tradicional.

---

34 BARROS, Humberto Gomes de. *Execução Fiscal Administrativa*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

35 VASCONCELOS, op. cit. p. 8.

36 *Exposição de motivos e anteprojeto de lei de execução fiscal*, p. 2. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/divulgacao/noticias/2008/abril/r040408c.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013

## 2.4.2 CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Portaria nº 1281 de 27 de setembro de 2007 criou a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, órgão incumbido de efetuar o deslinde administrativamente, “de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração, por meio de conciliação ou arbitramento, no Âmbito da Advocacia-Geral da União.”<sup>37</sup> A conciliação pode ocorrer, portanto, entre os órgãos da Administração Federal, entre esses e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Por meio de solicitação dos Ministros de Estado, dos dirigentes de entidades da Administração Federal indireta, do Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal e Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, a conciliação poderá ser realizada pela CCAF, pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico ou por outros órgãos da Advocacia-Geral da União, quando determinado pelo Advogado-Geral da União.

Um exemplo do trabalho da CCAF foi a homologação de um acordo para findar a discussão judicial entre a União e o estado do Ceará, ocasionada após um município daquele estado ter ajuizado uma ação por não concordar com as inscrições no cadastro de inadimplentes em virtude de irregularidades em convênios firmados com o Ministério da Cultura e a Secretaria de Cultura e Desporto estadual. As questões de conflito federativo que tramitam no STF surgiram de Ações Cíveis Originárias. O STF, com o fito de reduzir demandas dessa feita, tem encaminhado as partes à CCAF. Em 2013, o Supremo Tribunal Federal encaminhou à CCAF, 35 processos envolvendo litígios entre órgãos da administração.<sup>38</sup>

São temas de controvérsia: atos da administração, tributário, econômico, financeiro, patrimônio público, infraestrutura, educação, cultura, desporto, meio ambiente, saúde, previdenciário, assistência social, desenvolvimento social, desenvolvimento urbano, agrário, urbanístico, defesa do estado, segurança pública, internacional, indígena, quilombola, direitos humanos.<sup>39</sup>

37 Art. 1º da Portaria 1281 de 27 de setembro de 2007.

38 Segundo reportagem acessada no sítio eletrônico: <http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/112303886/agu-encerra-disputa-judicial-entre-a-uniao-e-estado-do-ceara-em-caso-envolvendo-convenios-com-o-ministerio-da-cultura>. Acesso em: 20 ago. 2015.

39 Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União, Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Referencial de Gestão da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*. Brasília: AGU, 2013, atualizada

Há um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 7169/2014), que disciplina a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Segundo o citado projeto de lei, os entes políticos poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição e promover a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Como forma de evitar a judicialização de conflitos entre entes da Administração Pública Federal, o ajuizamento de ação que envolva órgãos ou entidades públicos desta esfera deverá ter autorização do Advogado-Geral da União.

## 2.5 Atuação na defesa da juridicidade

A função primordial da Advocacia de Estado não se junte à defesa da lei, mas à manutenção do Direito, da juridicidade, que é um conceito muito mais amplo.

A Constituição Federal, em seu art. 103, § 3º, determina que “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Interpretando essa norma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal direcionava-se no sentido de que o Advogado-Geral da União tinha o dever de defender a constitucionalidade da lei em sede de controle abstrato de constitucionalidade, como se depreende do voto do Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle

normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do “munus” indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. (ADI 1254 MC-AgR / RJ, DJ de 19.09.97)

A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal só isentava o Advogado Geral da União de se manifestar quando já havia entendimento acerca da inconstitucionalidade consolidado pela Corte. Nesse sentido:

O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997”.(ADI 1616/PE, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24.08.01)

No julgamento de questão de ordem na ADI 3.916/DF, o STF abriu um precedente em que foi permitido ao Advogado Geral da União proferir parecer contrário à constitucionalidade de uma lei do Distrito Federal que prejudicava os interesses da União. Como abordou o Ministro Gilmar Mendes nos debates do julgamento da citada ADI:

Então, nesse caso, muitas vezes acontecia uma situação realmente delicada, em que o Advogado-Geral da União procurava o Procurador-Geral da República para que ele fizesse aquela arguição. Agora, já temos até casos em que o Presidente da República, ele próprio, vem subscrevendo as ações diretas. Claro que, nesse caso, elas foram preparadas pelo Advogado-Geral da União. E como fica então essa defesa? Na verdade, essa defesa fica sem consistência. Por isso [...] para fazermos uma interpretação adequada, optar por uma interpretação sistemática, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação. Não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito[...]

Nota-se, destarte, a mudança de posicionamento quanto à função da Advocacia de Estado representada pelo Advogado-Geral da União. Não há mais, segundo o precedente, a obrigatoriedade incondicional de defesa da constitucionalidade da lei, mas a defesa da juridicidade, podendo, a citada autoridade, manifestar-se pela inconstitucionalidade da lei.

O microsistema processual coletivo contém um bom exemplo do papel de defesa da juridicidade pela Advocacia de Estado. O §3º do art. 6º da Lei 4717/65 (Lei da Ação Popular) permite que “a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”. O §3º do art. 17 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) remete à aplicação do citado dispositivo da Lei de Ação Popular quando a ação principal for proposta pelo Ministério Público. Note-se que o representante da pessoa jurídica de direito público não está vinculado à defesa incondicional do ente, podendo até mesmo atuar em seu desfavor, caso seu ato seja contrário à ordem jurídica.

O Advogado de Estado deve, portanto, na sua atuação, zelar não simplesmente em prol da legalidade, mas pela prevalência do “bom Direito”. Não somente o Ministério Público pode se intitular *custos legis*, eis que à Advocacia de Estado cumpre fiscalizar a lei; eis que, dentre suas atribuições funcionais, se encontra a de controlar os atos da Administração por meio de emissão de pareceres vinculantes e súmulas administrativas.

### 3 CONCLUSÃO

A despeito de a Advocacia de Estado ser uma instituição que surgiu quase que concomitantemente com a Magistratura e Ministério Público – até porque representa a dialética processual pertinente aos interesses públicos – sua estruturação e aperfeiçoamento tem sido procrastinada em todos os níveis, federal, estadual e municipal. As Procuradorias vêm sendo tratadas como grandes escritórios de advocacia dos Governos e seus membros vêm sentido desinteresse na carreira, como se vê nos grandes números de evasão para outras carreiras que melhor os valorizem.

Na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e demais atos normativos que fixam seu regime jurídico, não há menção da palavra prerrogativa aos seus membros. A independência funcional, inamovibilidade e vitaliciedade deveriam ser garantidas aos membros da Procuratura dos interesses públicos acometidos à administração do Estado. Até mesmo o porte funcional de arma deveria ser garantido, para a preservação da incolumidade física de seus membros, que, muitas vezes trabalham em lugares perigosos pelos rincões do Brasil, a exemplo dos Procuradores Federais que trabalham no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) em áreas de conflitos de terras e nas autarquias que tratam de questões indígenas, como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

A independência das procuradorias é fundamental para o Estado Democrático de Direito, que necessita de instituições independentes que promovam a conformação das políticas públicas e demais atos estatais à juridicidade. Por isso, as procuradorias devem ter orçamento próprio e sua autoridade máxima eleita pelos membros da instituição e dentre um deles, além de condições estruturais para que seus membros possam exercer seu mister da melhor forma possível. Assim, os membros dessa Procuratura devem ter a sua disposição um corpo técnico de profissionais que o auxiliem na execução das atividades-fim da Advocacia-Pública, assim como uma repartição com condições decentes de trabalho e sem falta de materiais de escritório.

As Procuraturas: Advocacia de Estado, Ministério Público e Defensoria Pública são instituições fundamentais ao Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988, ao equiparar as garantias e prerrogativas do *parquet* com a Magistratura, deu um importante passo na consolidação das instituições. Recentemente, o mesmo vem acontecendo com as Defensorias Públicas<sup>40</sup>, cujos membros estão recebendo tratamento equiparado à Magistratura e Ministério Público. Agora é a vez da Advocacia de Estado, que merece ser consolidada como instituição independente.

## REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito*. Texto base da disciplina de Direito Administrativo do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria-Geral da União. Câmara de conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Referencial de Gestão da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*. Brasília: AGU, 2013, atualizada.

BARROS, Humberto Gomes de. *Execução Fiscal Administrativa*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 19 nov. 2013

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. São Paulo: Sergio Fabris, 1998.

40 A propósito, a Defensoria Pública da União conseguiu a autonomia funcional e administrativa com a edição da Emenda Constitucional nº 74 de 2013.

- DAVID, René; Spinosi, JAUFFRET. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 11. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de Souza (coordenadores). *Advocacia de Estado – Questões Institucionais Para a Construção de um Estado de Justiça* – obra coletiva. Fórum, 2009.
- KUHN, Thomas S. *Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Editora Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- MAGALHÃES, Breno Baía. Repensando o Papel do Advogado-Geral da União no Controle de Constitucionalidade: Aproximações Teóricas. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 6, nº 19, p. 50-68, Abr/Jun 2012 . Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/19\\_Dout\\_Nacional%201.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/19_Dout_Nacional%201.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Advocacia de Estado revisada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Texto da coletânea Advocacia de Estado – questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça, 2009.
- NETTO, Menelick de Carvalho. *Texto base 1 da disciplina de Direito Constitucional do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB*.
- \_\_\_\_\_. *Texto base 2 da disciplina de Direito Constitucional do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB*.
- \_\_\_\_\_. *Texto base 5 da disciplina de Direito Constitucional do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB*.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- VASCONCELOS, Marcos. *Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/ministros-stj-execucao-fiscal-administrativa-naufragar>>. Acesso em: 18 nov. 2013.