

REVISTA DA
AGU

volume 14 nº 04 - Brasília-DF, out./dez. 2015

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B1

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

Revista da da AGU	Brasília	v. 14	nº 04	p. 1-300	out./dez. 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 - SP
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	Grégoire Moreira de Moura - MG
Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF
André Luiz Santa Cruz Ramos - DF	Icaro Demarchi Araujo Leite - ITA
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
Celso Hiroshi Iocohama - PR	Luís de Freitas Júnior - PRT
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Luís Carlos Martins Alves Jr. - DF
Cristina Campos Esteves - MG	Luis Cláudio Martins de Araújo - RJ
Dalton Santos Moraes - 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
Flávio Roberto Batista - SP	

Pareceristas Internacionais

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

SUMÁRIO

Editorial.....	07
Os Serviços de Interesse Econômico Geral e os Auxílios de Estado: elementos para a compreensão da economia social de mercado na União Europeia <i>The Services of General Economic Interest and The State Aids: elements for the understanding of the social market economy in the European Union</i> <i>Aline Vitalis</i>	9
A Suprema Corte e os Crimes Praticados por Parlamentares <i>The Supreme Court and the Criminal Offenses Committed By Parliament Members</i> <i>Estêvão André Cardoso Waterloo</i>	39
Políticas Públicas, Legística e a AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa <i>Policy, Legislative Drafting and AGU: state attorney's role in regulatory effectiveness</i> <i>Fabiano de Figueiredo Araújo</i>	67
As Condicionalidades do Bolsa Família e a Promoção da Igualdade Material <i>The Conditionalities of the Bolsa Família and the Promotion of Material Equality</i> <i>Guilherme Pinato Sato</i>	93
Elementos de uma Ciência Aplicada do Direito para o <i>Design</i> das Instituições <i>Elements of Applied Jurisprudence for Institutional Design</i> <i>Juliano Scherner Rossi</i>	117
O Controle de Convencionalidade pela Via Difusa como Forma de Otimização e Exigibilidade dos Direitos Humanos <i>the diffuse control of conventionality as a mechanism to optimize and enforcement of human rights</i> <i>Leandro Caletti</i> <i>Márcio Ricardo Staffen</i>	133
Representação Política: uma análise da relação entre representantes e representados <i>Political Representation: an analysis of the relationship between representatives and represented</i> <i>Maércio Herculano Dias</i> <i>Milton Carlos Rocha Mattedi</i>	157

A Experiência Italiana no Confisco de Bens de Integrantes de Grupos Mafiosos <i>The Italian Experience in the Confiscation of Goods of Members of Mafia Groups</i> Marcelo Lauande Bezerra	179
Inflação de Direitos Sociais e Desafios de sua Concretização através das Leis e Políticas Públicas: como a multiplicação dos direitos sociais, numa ambiência de escassez de recursos, representa um verdadeiro obstáculo à racionalidade e economicidade da atuação administrativa <i>Inflation of Social Rights and the Achievement of its Challenges Through Law and Public Policy: as the multiplication of social rights in a resource-scarcity ambience, represents a real obstacle to rationality and economicity of administrative action</i> Raimundo Márcio Ribeiro Lima	193
Entre O Tribunal e o Parlamento: a atualidade das lições dos casos de verticalização e fidelidade partidárias no contexto do papel das instituições na reforma política <i>Between The Court and The Parliament: the relevance of the lessons of party's loyalty and verticalization in the context of the institution's role in the political reform</i> Thiago Santos Aguiar de Pádua Fábio Luiz Bragança Ferreira	231
A Constitucionalidade da Reincidência Penal <i>The Constitutionality of The Institute of Recidivism</i> Wolney Cunha Soares Júnior	271



EDITORIAL

Prezados Leitores, a 4^a edição da Revista da AGU finaliza o último trimestre de 2015 e, como não deveria deixar de ser, manifestamos nossos agradecimentos a todos que colaboraram para a publicação desta e das edições anteriores.

No ano de 2015, a Revista da AGU, além de conquistar o Estrato B1, reconhecimento pela CAPES da qualidade dos artigos nela publicados, passou por algumas modificações. O periódico passou a ter uma nova capa e um novo modelo numérico de identificação, como se verifica nas revistas dos três trimestres anteriores a essa.

Nesta edição divulgamos excelentes trabalhos realizados por autores que atuam nas mais diversas áreas do direito trazendo atualizações, opiniões e discussões a respeito de determinados temas para a reflexão crítica da comunidade jurídica.

Assim, oferecemos a você, leitor, assuntos como: *Os auxílios de Estado e sua relação com os serviços de interesse econômico geral, no âmbito da União Europeia; Estudo da constitucionalidade da Emenda nº 49/2014 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da celeridade processual e da razoável duração do processo; A participação da Advocacia-Geral da União no processo de construção da política pública no âmbito federal; Análise do direito como instrumento de formação e desenvolvimento do Bolsa Família; Exploração de alguns elementos de uma ciência aplicada do direito para o design de instituições; O exame do controle difuso de convencionalidade da produção normativa interna enquanto mecanismo prático e contributivo para a otimização e a exigibilidade dos Direitos Humanos; O fenômeno da representação no cenário político; O confisco e administração de bens mafiosos na Itália; Discussão sobre os efeitos da inflação dos direitos sociais após a Constituição Federal de 1988; Releitura dos casos de verticalização e fidelidade partidárias julgados pelo Supremo Tribunal Federal; Questionamento acerca da legitimidade e constitucionalidade do instituto da reincidência penal.*

Dessa forma, o Corpo Editorial da Revista da AGU agradece a todos os leitores e pesquisadores que têm prestigiado a Revista e aos autores e Pareceristas que muito contribuíram para o padrão de qualidade hoje orgulhosamente alcançado. Temos, ainda pela frente,

o desafio fundamental de tornar maior a visibilidade da revista para alcançarmos o estrato mais elevado. Por isso continuamos contando com a colaboração de todos.

Por fim, é com a certeza do dever cumprido que entregamos este último número de 2015 desejando a todos uma ótima leitura com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

RECEBIDO EM: 09/08/2015

APROVADO EM: 14/12/2015

OS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL E OS AUXÍLIOS DE ESTADO: ELEMENTOS PARA A COMPREENSÃO DA ECONOMIA SOCIAL DE MERCADO NA UNIÃO EUROPEIA

*THE SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST AND THE
STATE AIDS: ELEMENTS FOR THE UNDERSTANDING OF THE
SOCIAL MARKET ECONOMY IN THE EUROPEAN UNION*

*Aline Vitalis
Procuradora da Fazenda Nacional. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas, com
menção em Direito Constitucional, junto à Universidade de Coimbra. Especialista
em Direito Tributário pelo IBET. Especialista em Direito da Propriedade
Intelectual pelas Faculdades Integradas Curitiba. Graduada em Direito pela
Universidade Federal do Paraná.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A União Europeia e o Processo de Integração: apontamentos sobre a “Constituição Econômica Europeia”; 2 Os Estados como destinatários de normas de regulação da concorrência: o regime dos auxílios de Estado na União Europeia; 3 A União Europeia e os Serviços de Interesse Econômico Geral (SIEG) como componente social da Constituição Econômica; 4 Os critérios para a não configuração das compensações para os Serviços de Interesse Econômico Geral como auxílios de estado (artigo 107, TFUE) – o acórdão “Altmark” e outras questões relevantes; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: É inegável que os auxílios de Estado e sua relação com os serviços de interesse econômico geral, no âmbito da União Europeia, mostram-se relevantes para a compreensão da própria Constituição Econômica Europeia, especialmente do caráter social da economia de mercado adotada. O presente artigo analisa as principais características dos institutos e suas implicações no funcionamento do direito e da política de concorrência no espaço integrado europeu, bem como algumas peculiaridades decorrentes do caráter único da União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílios de Estado. Livre Concorrência. União Europeia. Serviços de Interesse Econômico Geral. Constituição Econômica Europeia.

ABSTRACT: It is known the importance of state aids and their interaction with the services of general economic interest in the European Union, especially to facilitate the understanding of the European Economic Constitution, notably the social market economy adopted. This article analyses the most important elements of the institutes and their implications for the competitive law and policy in the integrated European space, as well as the main peculiarities of the European Union in this area.

KEYWORDS: State Aids. Free Competition. European Union. Services of General Economic Interest. European Economic Constitution.

INTRODUÇÃO

A União Europeia (UE), na atualidade, mostra um nível de integração *sui generis* no âmbito político e econômico, em um patamar que transcende, em muito, uma mera cooperação entre povos. Trata-se de uma entidade supra ou paraestatal, ou nas palavras de Jónatas Machado, de uma “comunidade paraestadual supranacional, dotada de um ordenamento jurídico próprio e autônomo, fortemente indiciador de uma estadualidade de tipo federal”. Apesar de inexistir uma unanimidade doutrinária acerca da sua configuração, especialmente no que se refere ao presente e futuro², fato incontestado é o seu caráter único e peculiar, o que também qualifica diversos institutos criados em seu ordenamento, justamente com a finalidade de propiciar esta integração ímpar, ainda inacabada³.

Nesta seara, emerge a figura inovadora dos auxílios de Estado, sem precedentes em qualquer outro ordenamento jurídico do globo. O caráter inovador da União Europeia, união esta que vem sendo construída e materializada desde o primeiro tratado de constituição, em um processo ainda em curso, evidentemente se mostra também presente quando se analisam institutos diversos, oriundos de necessidades advindas de sua própria especificidade.

Os auxílios de Estado surgem como limitações à própria soberania dos Estados membros, que se tornam destinatários de normas reguladoras para assegurar a livre concorrência. Dada a peculiaridade da UE, principiada com a ideia de constituição de um mercado comum, é compreensível a necessidade de criação deste instituto, justamente para impedir um favorecimento de empresas nacionais, em detrimento das estabelecidas em outros Estados membros, o que colocaria em risco a própria existência de um mercado interno, através do falseamento da livre concorrência mediante a concessão de auxílios estatais.

Questão que não pode deixar de ser analisada diz respeito à liberalização de serviços públicos, que passaram a ser prestados em regimes

1 MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2. ed. 2014. p. 35.

2 Pode-se afirmar ser a UE uma espécie de organização supraestatal composta por Estados soberanos, ainda que parcela dos poderes soberanos tenha sido conferida/transferida voluntariamente pelos Estados membros à própria União. A UE não se trata propriamente de um Estado, mas, indiscutivelmente, detém algumas características “estatais” e também federais, sem ser uma autêntica federação. A este respeito, para melhor compreensão do tema, merece referência o artigo do professor MOREIRA, Vital. *Constitucionalismo Supraestatal: a União Europeia depois do Tratado de Lisboa*. Coimbra: Coimbra, 2014. p. 14-49.

3 Apesar de diversas áreas já estarem harmonizadas, há searas onde persiste o clamor soberanista. Ainda não se sabem os limites futuros da integração, ou seja, se haverá ainda mais integração, inclusive política, ou se já foi atingido o seu limite máximo. Só a história o dirá.

concorrenciais, sem o monopólio do Estado, e a sua consequente implicação no âmbito da concessão de auxílios de Estado. Ora, é inegável que tais serviços caracterizam-se por uma conotação social específica, que impinge serem prestados como obrigações de serviço público, ou seja, mediante a garantia de universalidade, continuidade, acessibilidade, o que pode ensejar custos maiores às empresas prestadoras, possibilitando, assim, a concessão de compensações pelo próprio Estado membro, admitidas pela UE. Um dos objetivos do presente estudo é o de possibilitar a visualização das condições e requisitos que permitem a concessão de ajudas estatais, bem como em que limites aquelas são permitidas para salvaguardar a prestação dos serviços de interesse econômico geral.

Com o objetivo de possibilitar uma melhor compreensão do tema, faz-se imprescindível uma prévia contextualização histórica, uma vez que não há como se compreender o instituto dos auxílios de Estado e o objeto de estudo do presente trabalho, sem antes analisar, ainda que sucintamente, o próprio processo de integração, principalmente econômica, que culminou na atual configuração da União Europeia.

1 A UNIÃO EUROPEIA E O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE A “CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA EUROPEIA”

O processo europeu de integração surge após a 2ª Grande Guerra, como uma tentativa de se evitar no futuro a repetição dos horrores e da destruição que assolou a Europa como um todo, por ocasião do conflito. Iniciado efetivamente em 1957, com o Tratado de Roma, tinha por objetivo a criação de um “mercado comum”, a partir da união aduaneira, bem como da presença de algumas liberdades essenciais: a liberdade de circulação de bens, de serviços, de trabalhadores, de capital e a liberdade de estabelecimento em qualquer parte do território comunitário.

Decorridos quase sessenta anos desde o início do processo de integração e após diversas alterações dos tratados iniciais, com destaque para as modificações perpetradas pelo Tratado de Lisboa, hodiernamente o que se vê é uma União cada vez mais fortalecida, com um nível de integração⁴ que transcende em muito a concepção inicial de simples “união aduaneira”, nos primórdios da criação de um “mercado comum”.

⁴ A propósito, consoante apregoa Vital Moreira, são visíveis, na atual conformação da União, traços de natureza estatal, federal e constitucional. Para uma melhor compreensão do fenômeno, bem como das alterações perpetradas pelo Tratado de Lisboa na conformação da União Europeia, merece leitura o artigo MOREIRA, op. cit., p.15 e ss.

Todavia, fato é que, desde o começo da integração europeia, hoje materializada na União Europeia, a questão econômica de conformação e fortalecimento de um mercado comum sempre teve forte relevância, a ponto de se afirmar a existência de uma “constituição econômica europeia”.

A importância da constituição econômica no processo de integração da União Europeia é inegável. A propósito, há quem diga tratar-se de seu eixo fundamental⁵, ampliado por outros domínios, de natureza política, social e cultural. Segundo Jingkun LI, “the economic integration is always the single most significant driving force behind the European integration. Compared with other fields, it is also the economic area that witnesses the most developed and deep-going intensity of integration [...]”⁶.

Comumente, as constituições “econômicas”⁷ dos Estados definem os princípios e regras que norteiam o modelo e a organização econômica da sociedade, bem como o modo como se relacionam Estado e mercado, diante da inegável constatação de que a intervenção do Estado na vida econômica mostra-se, na atualidade, uma “realidade incontornável”⁸.

No âmbito da União Europeia, dada a sua natureza supraestatal, a intervenção dos Estados membros na esfera econômica, em razão da possível interferência no mercado interno, é regulada pelas instituições da União, sujeitando-se aos princípios e normas da constituição econômica europeia. Assevera Antônio Carlos Santos que o núcleo essencial da constituição econômica europeia está no princípio de economia de mercado aberto e de livre concorrência, na construção de um mercado interno (espaço sem fronteiras internas, caracterizado pela livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais), na institucionalização de uma união monetária, na criação de formas de coordenação das

5 SAUTER, Wolfer. The Economic Constitution of the European Union. 4, *Columbia Journal of European Law*, 1998, 27 ss, apud MACHADO, Jónatas E.M. op.cit., p. 58.

6 LI JINGKUN. The Development of European Economic Constitution and its Role in Regulating the Common Market – With Free Competition and Free Movements as na Example. *Working Paper Series on European Studies*, Chinese Academy of Social Sciences, v. 1, n. 21, p. 1, 2007.

7 É importante esclarecer que a expressão “constituição econômica” é aqui utilizada como um conjunto de normas (princípios e regras) extraídos da própria Constituição nacional, com o desiderato de regular o modelo econômico adotado pelo Estado, integrando, pois, o texto constitucional e não configurando uma Constituição à parte. Não se trata propriamente de uma “nova” Constituição.

8 Expressão adotada por SANTOS, Antônio Carlos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 27. Destaca-se que esta realidade incontornável, hoje, materializa-se também e principalmente pela atividade reguladora do Estado, em um ambiente de liberalização de atividades econômicas outrora caracterizadas como serviços públicos prestados pelo Estado.

políticas econômicas dos Estados membros e na realização de certas políticas comuns ou comunitárias⁹.

O artigo 3º, n. 3, do Tratado da União Europeia, com a redação dada pelo Tratado de Lisboa, ao mencionar os objetivos precípuos da União, assevera o estabelecimento de um mercado interno, bem como o empenho no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento econômico equilibrado e na estabilidade dos preços, assim como numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, num elevado nível de proteção ambiental. Nota-se que os elementos essenciais da Constituição Econômica estão referidos no artigo mencionado, tais como a economia social de mercado, fundada na livre iniciativa e na defesa da concorrência, bem como o mercado interno.

Da leitura do mencionado artigo 3º, n. 3, infere-se o caráter social da economia de mercado, bem como a importância da livre concorrência para o estabelecimento de um mercado interno efetivamente competitivo. É importante destacar que o mercado interno e a própria livre concorrência não são fins em si mesmo, mas sim instrumentos para a concretização do objetivo maior da União, configurado no progresso social e na melhoria das condições de vida da população como um todo.

Também é importante fazer referência ao artigo 119, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), segundo o qual para serem alcançados os fins enunciados no artigo 3º, do Tratado da União Europeia, deve ser adotada uma política econômica baseada na estreita coordenação das políticas econômicas dos Estados membros, no mercado interno e na definição de objetivos comuns, e conduzida de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

Outro princípio relevante para o compreensão da integração é o princípio da cooperação leal, plasmado no artigo 4º, do Tratado da União Europeia, segundo o qual a União e os Estados membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. Por meio do princípio em questão, os Estados membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida apta de comprometer a realização dos objetivos da União.

9 SANTOS, op.cit., p. 27.

A conjugação dos dispositivos normativos extraídos dos Tratados, acima referidos, especialmente no que tange à adoção dos princípios de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência permite a constatação de que, no âmbito da União Europeia, “o mercado constitui o mecanismo principal de coordenação da atividade econômica. A atividade econômica pública é supletiva da atividade econômica privada, não intervindo senão naqueles casos em que o mercado não se revela eficiente ou em que produz resultados distributivos julgados inaceitáveis pelo Estado”¹⁰.

2 OS ESTADOS COMO DESTINATÁRIOS DE NORMAS DE REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA: O REGIME DOS AUXÍLIOS DE ESTADO NA UNIÃO EUROPEIA

Inicialmente, faz-se necessária a abordagem do fenômeno da concorrência e de sua regulação. A concorrência, no senso comum, implica uma espécie de competição entre empresas pela conquista dos clientes/compradores, servindo como o motor propulsor de uma economia de mercado, pois a competição acarretaria maior eficiência, bem como oscilação de preços, em benefício do consumidor. Em uma situação ideal, sem desvios, falhas ou externalidades, o próprio mercado seria capaz de se autorregular.

Todavia, na prática, em uma economia de mercado livre, observa-se uma tendência de comportamentos dos agentes de buscarem a eliminação dos seus competidores, e conseqüentemente, da própria concorrência. Manuel Martins identifica tal processo de eliminação “autofágica” da concorrência como uma contradição do sistema, afirmando que “a concorrência é condição de existência do mercado, é o motor do seu funcionamento; mas o funcionamento do mercado produz, ele próprio, o desaparecimento da concorrência e conseqüentemente do mercado que ela sustenta; para assim não ser, é necessária a intervenção da autoridade pública, a imposição por via legislativa e regulamentar de regras que de outra forma não seriam cumpridas”¹¹. Daí a importância do direito de concorrência como instrumento para regulamentar e prevenir anomalias advindas de comportamentos abusivos e anticoncorrenciais que possam colocar em risco a própria existência do mercado¹².

10 ALMEIDA, João Nogueira. O Sentido da Atribuição de Auxílios de Estado Numa Economia de Mercado – A Impossibilidade Lógica da Existência dos Auxílios de Estado numa Economia de Mercado Funcionando de Acordo com o Regime da Concorrência Perfeita. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, *Stvdia Jurídica*, 107, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, 2012a. p. 31-32.

11 MARTINS, Manuel. *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*. Cascais: Primícia Publicações Universitárias e Científicas, 2002. p. 11.

12 No âmbito da União Europeia, o direito comunitário da concorrência teve por influência precípua o pensamento ordoliberal, oriundo da Escola de Frankfurt. “O pensamento ordoliberal, tal como pensamento liberal, entendia que a iniciativa privada, e não a pública, deveria dirigir a atividade econômica, que a

Dada a especificidade da UE já mencionada¹³, integrada por diversos Estados membros, que compõem um mercado interno transnacional e sem fronteiras, constatou-se que também os Estados e não apenas os agentes econômicos privados poderiam vir a adotar práticas anticoncorrenciais, no caso dos Estados, mediante a concessão de auxílios públicos.

Um dos instrumentos previstos nos Tratados para impedir uma atitude protecionista dos Estados membros para com as empresas nacionais, em detrimento da livre concorrência no mercado interno e, conseqüentemente, do normal funcionamento da economia, é o instituto dos auxílios de Estado. Nas palavras de Antônio Santos, trata-se do “núcleo mais original e politicamente mais sensível do sistema comunitário de defesa da concorrência¹⁴.” A originalidade é evidente quando se verifica o papel desempenhado pelos Estados membros, não propriamente como autoridades reguladoras do mercado (o que comumente ocorre nos mercados nacionais), mas sim como destinatários de normas de regulação do mercado estabelecidas por instituições da UE, objetivando-se a preservação da livre concorrência.

Tal concepção está diretamente relacionada com o estabelecimento do mercado interno em todo o território da União, independentemente das fronteiras geográficas dos Estados membros. No âmbito tradicional da concorrência, o mercado interno é o nacional, delimitado pelo próprio território do Estado-Nação. Todavia, dado o caráter peculiar de que se reveste a União Europeia, entidade supraestatal congregada por Estados

liberdade econômica era tão essencial como a liberdade política e que a concorrência era necessária para o bem-estar econômico. Mas não só o excesso de iniciativa pública poderia destruir a liberdade econômica. O excesso de poder econômico privado era igualmente susceptível de conduzir ao mesmo resultado, e daí a necessidade de medidas preventivas de eventuais abusos e a importância do controle das concentrações. O programa ordoliberal para atingir estes objetivos centrava-se numa nova relação entre o sistema econômico e o direito: a concorrência providenciaria as bases do sistema econômico, e o direito (através da “constituição econômica”, representando a decisão política sobre o tipo de economia) deveria criar e manter as condições sob as quais a concorrência poderia funcionar adequadamente (Gerber, 1994:44).” (MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Um Curso de Direito da Concorrência*. Coimbra: Coimbra, 2002. p.31).

13 Outra peculiaridade da União Europeia foi o processo de liberalização, e conseqüente instituição de um direito regulador de forma centralizada, a partir do direito da própria União, decorrente da opção política por uma economia de mercado aberto constante dos próprios tratados fundadores. Distingue-se tal processo do ocorrido nos Estados Unidos da América, onde a regulação da economia surgiu da necessidade prática, realizando-se de maneira mais fragmentada e descentralizada. (FARMER, Susan Beth. *Competitive Policy and Merger Analysis in Deregulated and Newly Competitive Industries*. Penn State University, Dickinson School of Law Legal Studies Research Paper, n. 05, 2008.).

14 SANTOS, op.cit. p. 28.

membros, que lhe transferem parcela da soberania, também se fez necessária a criação de um instituto particular – os auxílios de Estado¹⁵.

A função dos auxílios de Estado é bem definida por Antônio Carlos dos Santos como um mecanismo dúplice que permite o controle de vantagens específicas atribuídas pelos poderes públicos a certas empresas ou produções, ao mesmo tempo em que possibilita a definição de uma política comunitária de autorização de medidas dos Estados que estejam em conformidade com os interesses apregoados pela União¹⁶. Em síntese, pode-se afirmar que se trata de um instrumento que permite o controle da atuação dos Estados membros em razão de um possível desvio na concorrência (concorrência desleal), decorrente da concessão de ajudas a empresas específicas, além de servir como um instrumento para a realização dos interesses e finalidades apregoadas pela União, quando a Comissão autoriza a adoção de tais medidas interventivas.

No tocante ao papel desempenhado pelos auxílios de Estado como importante instrumento de intervenção estatal na economia, bem como de realização dos interesses e finalidades da União, tais como o desenvolvimento econômico e a coesão social e territorial, destaca-se a sua utilização em épocas de crise financeira, como a vivenciada na atualidade. A este respeito, consoante apregoa Damien Gerar: “The financial crisis poses a myriad of challenges to public authorities around the world, including to those in charge of competition law enforcement. In the EU, the rules on State aids have enabled the Commission to become involved in the design of the various financial recovery plans and individual rescue measures adopted at national levels and, as a result, to play an important role so far in the management of the crisis¹⁷”. De fato, a permissão da intervenção dos Estados na economia, em um contexto de crise financeira, mediante a utilização dos auxílios estatais, operou-se recentemente de forma

15 O caráter inovador dos auxílios de Estado é bem retratado por Antônio Carlos dos Santos, nos termos seguintes: “A razão da especificidade comunitária repousa porventura no facto de a União se propor atingir uma fase mais avançada de integração económica que a de outros blocos ou organizações internacionais, confinados a simples zonas de comércio livre ou baseados em meras formas de cooperação, mas se encontrar ainda longe de atingir uma plena situação de integração, como ocorre nos Estados federais. Estes dispõem, com efeito, de outros instrumentos de intervenção e controlo (v.g., no plano orçamental) que a União não possui.” (SANTOS, op.cit. p. 44).

16 SANTOS, op.cit. p. 29.

17 GERAR, Damien. *Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, not of the Problem*. University of Louvain, GCP – The Online Magazine for Global Competition Policy, December 2008. p.13.

coordenada pela Comissão Europeia¹⁸, através de um Plano de Recuperação Econômica¹⁹, em uma evidente demonstração de que a finalidade última da União é o desenvolvimento econômico e o progresso social, sendo a livre concorrência mero instrumento para a realização de tais objetivos.

O Nono Relatório sobre Auxílios Fiscais da União Europeia, apresentado pela Comissão no ano de 2001, bem demonstra as possíveis interferências dos auxílios de Estado na economia e as razões pelas quais o respectivo controle se faz necessário: “Os auxílios estatais podem criar entraves à livre concorrência porque impedem que os recursos sejam afetados da forma mais eficiente e constituem uma ameaça à unidade do mercado interno. Em numerosos casos, a concessão de auxílios estatais reduz o bom funcionamento da economia e não incentiva as empresas a aumentarem a sua eficiência. Os auxílios permitem também que as empresas menos eficientes sobrevivam à custa das mais eficientes. Para além de criar distorções no mercado interno, a concessão de auxílios estatais pode afetar as trocas comerciais entre a UE e os países terceiros, encorajando-os por este meio a adotarem medidas de retaliação que podem constituir outra fonte de ineficiências”²⁰.

Esclarece-se que o controle dos auxílios de Estado concedidos às empresas, no âmbito da União, está delineado em seus aspectos principais nos artigos 107 a 109, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O artigo 107, n. 1, estabelece o princípio geral da incompatibilidade ou proibição²¹ dos auxílios de Estado com o mercado

18 Nos termos do item 8, da Comunicação da Comissão (Orientações Comunitárias Relativas aos Auxílios Estatais de Emergência e à Reestruturação a Empresas em Dificuldade, JO C244/2, 1.10.2004): “8. A concessão de auxílios estatais de emergência ou à reestruturação a empresas em dificuldade só pode ser considerada legítima em determinadas condições. Pode justificar-se, por exemplo, por razões de política social ou regional, pela necessidade de tomar em consideração o papel benéfico da pequenas e médias empresas (PME) na economia ou ainda, excepcionalmente, porque se afigura desejável manter uma estrutura de mercado concorrencial, quando o desaparecimento de empresas possa dar origem a uma situação de monopólio ou de oligopólio restrito. Por outro lado, não se justificaria manter artificialmente em funcionamento uma empresa num sector com capacidade excedentária estrutural a longo prazo ou quando esta só poderá sobreviver graças a intervenções repetidas do Estado.”

19 MOREIRA, Teresa. Crise e Política da Concorrência – Alguns Comentários. *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 1, n. 4, p. 49, dez. 2008.

20 Nono Relatório sobre os auxílios estatais na União Europeia, apresentado pela Comissão (COM 2001, 403 final, de 18.7.2001) apud LEITÃO, João Sérgio Teles de Menezes Correia. Breve Glosa sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho - Relatório sobre a Redução e a Reorientação dos Auxílios Estatais. *Ciência Técnica Fiscal, Boletim da Direção-Geral dos Impostos*, n. 47, p. 132, jul./set. 2002.

21 Artigo 107, n. 1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções. Os elementos normativos

interno. Deve-se ressaltar que não se trata de uma vedação absoluta, uma vez que o artigo 107, n. 2, vem estabelecer as exceções²², ou seja, as situações em que os auxílios são compatíveis com o mercado interno e, portanto, permitidos. O artigo 107, n. 3, por sua vez, faz referência às situações em que os auxílios podem ser considerados compatíveis com o mercado interno²³.

Da leitura atenta do artigo 107, em sua integralidade, verifica-se que a regra geral de proibição dos auxílios de Estado, fundada na proteção da concorrência, cede ou pode ceder diante de algumas contingências de cunho eminentemente social (tais como subemprego, promoção da cultura, atribuição de auxílios de natureza social a consumidores individuais), o que demonstra a efetiva conotação social da economia de mercado adotada pela União, em sua constituição econômica, tal qual o anteriormente mencionado. Também se mostram presentes os valores, projetos e interesses de dimensão europeia, citando-se, exemplificativamente, o desenvolvimento econômico e a coesão social, como elementos capazes de viabilizar a concessão de auxílios estatais, considerados em tais situações como compatíveis com o mercado interno.

mais relevantes para a caracterização dos auxílios de Estado foram destacados. A propósito, no que se refere à irrelevância da forma, insta ressaltar que a proibição compreende, além dos subsídios a fundo perdido, os empréstimos em condições favoráveis, as isenções fiscais e garantias de empréstimo, a participação das autoridades públicas no capital das empresas, na medida em que falseiem ou ameacem falsear a concorrência.

22 Artigo 107, n. 2. São compatíveis com o mercado interno:

- a) Os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos;
- b) Os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários;
- c) Os auxílios atribuídos à economia de certas regiões da República Federal da Alemanha afectadas pela divisão da Alemanha, desde que sejam necessários para compensar as desvantagens económicas causadas por esta divisão. [...]

23 Artigo 107, n. 3. Podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:

- a) Os auxílios destinados a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo 349º, tendo em conta a sua situação estrutural, económica e social;
- b) Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projecto importante de interesse europeu comum ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado membro;
- c) Os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões económicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum;
- d) Os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do património, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na União num sentido contrário ao interesse comum.
- e) As outras categorias de auxílios determinadas por decisão do Conselho, sob proposta da Comissão.

Constata-se que à Comissão compete considerar um auxílio compatível com o mercado interno, salvo os casos excepcionais atribuídos ao Conselho.

A partir da leitura do artigo 107, n. 1, a doutrina considera como auxílios de Estado as medidas adotadas pelos poderes públicos, que satisfaçam cumulativamente cinco condições, assim discriminadas por João Nogueira de Almeida²⁴:

- a) Transferência de recursos estatais – as medidas estaduais de incentivo terão que comportar um sacrifício para as contas públicas, seja na forma de uma despesa (subvenções, subsídios), seja na forma de uma não percepção de receitas (isenções fiscais, dispensa de pagamento de taxas);
- b) Vantagem econômica – as medidas de auxílio terão de comportar uma vantagem para o seu beneficiário;
- c) Selectividade – os auxílios deverão beneficiar selectivamente certas empresas, sectores ou regiões;
- d) Distorção da concorrência – os auxílios deverão ser idôneos a distorcer ou ameaçar distorcer a concorrência;
- e) Efeito no comércio – os auxílios deverão afectar ou ameaçar afectar o comércio entre os Estados membros.

Da análise atenta dos tratados, depreende-se que neles não há uma definição propriamente dita do que sejam os auxílios de Estado²⁵. O que há são os requisitos para que tais auxílios sejam considerados incompatíveis (artigo 107, n.1) ou as hipóteses em que se consideram ou podem ser considerados compatíveis (artigo 107, n. 2 e 3) com o mercado interno, com a participação significativa da Comissão e, possivelmente, ulterior aval do Tribunal de Justiça.

A este respeito, afirma Antônio Carlos dos Santos que, não estando o conceito de auxílio de Estado definido nos Tratados, a sua aplicação pela Comissão é realizada mediante instrumentos de soft law (diretrizes, orientações, enquadramentos, linhas gerais, etc), que se transformam em uma espécie de acordo tácito com os Estados membros, sendo posteriormente

²⁴ ALMEIDA, 2012a.

²⁵ Afirma-se que a inexistência de definição explícita do instituto do auxílio de Estado nos tratados decorre de dois fatores: (a) evitar que os Estados encontrem mecanismos de burlar o enquadramento legal, o que é dificultado por um conceito aberto, indeterminado e em permanente objeto de construção, inclusive pela jurisprudência; (b) permitir uma adaptação do instituto à própria evolução da integração europeia. (Cf. MARTINS, op.cit. p. 49).

aplicados pelo Tribunal de Justiça. Assim, prossegue o mencionado autor, “o alargamento do conceito e o recurso a instrumentos de soft law torna o regime dos auxílios num dos mais poderosos instrumentos que a Comissão tem a seu dispor.”²⁶ Também João Nogueira de Almeida²⁷ assevera que a atividade de controle realizada pelos tribunais europeus tem significado o reconhecimento de um amplo poder discricionário da Comissão de avaliar a compatibilidade dos auxílios com o mercado interno, nos termos previstos no artigo 107, n. 3, do TFUE. Afirma, ainda, que a partir da aprovação do Regulamento Geral de Inscrição Categorical (Regulamento n. 994/98), passou-se a conferir à Comissão o poder de adotar regulamentos de aplicação do artigo 107, n. 3, mediante os quais são declaradas certas categorias de auxílios como compatíveis com o mercado comum, sem a obrigação de prévia notificação à Comissão²⁸. Tais regulamentos, pois, correspondem a instrumentos de hard law, em substituição aos mecanismos de soft law anteriormente referidos.

Deve-se destacar que a importância do instituto dos auxílios de Estado aumentou consideravelmente na década de 90, em razão da maior integração política e econômica na União Europeia, ensejando, inclusive, a perda pelos Estados de alguns dos seus instrumentos tradicionais de política econômica²⁹, o que fez com que os Estados passassem a se valer mais dos auxílios estatais como forma de intervir na economia. Outro fator que contribuiu para o maior destaque dado aos auxílios de Estado foi o fenômeno de liberalização econômica e privatizações, aumentando a “pressão concorrencial sobre as empresas”, na expressão utilizada por João Nogueira de Almeida³⁰, o que resultou, prosseguindo o mencionado autor, em uma maior busca das empresas por proteção estatal, e por outro lado, na maior concessão de auxílios estatais como um instrumento utilizado

26 SANTOS, Antônio Carlos dos. O Estranho Caso do Conceito Comunitário de Autonomia Suficiente em Sede de Auxílios de Estado sob Forma Fiscal (Comentário ao acórdão do TJCE de 6 de Setembro de 2006 relativo à insuficiente autonomia da Região Autónoma dos Açores). *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 1, n. 1, p. 235-258, p. 256. 2008.

27 ALMEIDA, João Nogueira. Conteúdo e Limites da Análise Econômica no Controlo da Compatibilidade dos Auxílios de Estado com o Mercado Interno. *Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LIV, p.221, 2011.

28 ALMEIDA, 2011, p. 242.

29 A este respeito, afirma João Nogueira Almeida que “depois de terem perdido na fase da união aduaneira, a competência para determinar a política comercial, os Estados membros deixaram na fase da união econômica e monetária de dispor da política cambial, bem como da política monetária.” (ALMEIDA, João Nogueira, O Sentido da Atribuição de Auxílios de Estado numa Economia de Mercado Funcionando de Acordo com o Regime da Concorrência Perfeita. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Svdia Jurídica, 107, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, p. 1-62, p. 32, 2012a.

30 ALMEIDA, 2012a. p. 3.

pelos Estados para a proteção de um suposto bem-estar imediato na sociedade, consubstanciado na manutenção de empregos, favorecimento das empresas nacionais, etc. Os riscos de tal comportamento dos Estados para a distorção da concorrência são agravados quando os auxílios são concedidos a empresas ou setores não competitivos, acarretando um prolongamento artificial de empresas economicamente inviáveis que, sem o auxílio estatal, seriam incapazes de se manter em atividade³¹.

Por outro lado, consoante o já mencionado e conforme ressalta Manuel Martins, há situações em que o mercado por si só não se mostra apto a superar as dificuldades, especialmente em momentos de crise, ocasiões estas em que os auxílios de Estado revelam-se extremamente relevantes para a regeneração da economia³², e conseqüentemente, para o bem-estar social. Daí porque o regime adotado pelos tratados no âmbito da UE não foi o de uma proibição completa, absoluta e irrestrita dos auxílios estatais, diversamente, há situações em que são permitidos, assegurando-se, todavia, o controle pela Comissão e pelo sistema jurisdicional de aplicação do direito da União.

Com a liberalização de diversos setores antes monopolizados pelo Estado, e a transferência à iniciativa privada da prestação de serviços públicos, emergindo assim os serviços de interesse econômico geral, surgem questionamentos atinentes às compensações por “obrigações de serviço público” concedidas pelos Estados às empresas prestadoras dos serviços, bem como sobre a sua caracterização ou não como auxílio de Estado, proibido ou permitido. Algumas dessas questões serão a seguir objetos de análise.

3 A UNIÃO EUROPEIA E OS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL (SIEG) COMO COMPONENTE SOCIAL DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

A relevância dos serviços de interesse econômico geral para a promoção da coesão social e territorial, bem como para o desenvolvimento sustentado dos Estados membros é, na atualidade, expressamente enaltecida no direito primário da União, especialmente no artigo 14³³, do Tratado

31 MARTINS, *op.cit.* p. 20.

32 MARTINS, *op. cit.* p. 21.

33 Artigo 14, do TFUE (antigo artigo 16, do Tratado de Roma, acrescentado pelo Tratado de Amsterdã, de 1997; com redação resultante do artigo 2º, 27, do Tratado de Lisboa, de 2007). Sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93º, 106º e 107º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados membros, dentro do limite das respectivas competências e dentro no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente econômicas e

de Funcionamento da União Europeia (TFUE), que ressalta, ainda, a sua posição no conjunto de valores comuns da União.

O artigo 36, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia³⁴, por sua vez, dispõe que a União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse econômico geral tal como previsto em legislações e práticas nacionais, de acordo com os Tratados, a fim de promover a coesão social e territorial da União. Infere-se do mencionado dispositivo normativo que a União reconhece certa margem de autonomia aos Estados membros na definição de tais serviços, desde que em compatibilidade com o direito da União.

Observa-se que, apesar das referências expressas, nos tratados inexistente propriamente uma conceituação do que sejam os serviços de interesse econômico geral (SIEG). Cumpre esclarecer que a expressão serviços de interesse econômico geral já existia no artigo 90, n.2, do Tratado de Roma, posteriormente artigo 86, n. 2, do Tratado da Comunidade Europeia (atualmente artigo 106³⁵, do TFUE), e o processo de liberalização dos serviços públicos nos países integrantes da então Comunidade Europeia teve forte influência da rigorosa interpretação da Comissão e do Tribunal de Justiça no tocante ao alcance do artigo 86, em desfavor da prestação dos serviços públicos em regime de monopólio ou exclusivo público e em favor das regras de mercado e livre concorrência³⁶.

financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.

34 Que possui o mesmo valor jurídico dos Tratados, por força do artigo 6º, do Tratado da União Europeia.

35 Art.106º (antigo artigo 86º)

1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos *Tratados*, designadamente ao disposto nos artigos 18º, 101º a 109º, inclusive.
2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União.
3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.

36 Cf. MOREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, .p. 8-9, ago/out. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDA-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2015 A propósito, o autor relaciona três fatores cruciais que explicam este processo de liberação: (a) o programa de “*mercado único europeu*”, com o objetivo de criar um efetivo mercado sem fronteiras internas, o que era inviabilizado pelo regime de exclusivos públicos ligados aos serviços públicos, impedindo a livre concorrência no território europeu; (b) a campanha pela desintervenção

O entendimento sustentado pela Comissão Europeia tem sido o de que a melhor forma de serem atingidos os objetivos de coesão econômica e social, em benefício dos consumidores, impescinde da utilização das regras de mercado e da livre concorrência, cabendo aos Estados membros precipuamente o papel de reguladores das atividades econômicas³⁷. A este respeito, conforme apregoa J.J. Gomes Canotilho, é possível afirmar que “o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado Regulador de serviços públicos essenciais³⁸”

A expressão “serviços de interesse econômico geral”, sinteticamente, é utilizada para se referir aos serviços de natureza econômica que os Estados membros ou a União Europeia sujeitam a obrigações específicas de serviço público, em virtude de um critério de interesse geral. As obrigações de serviço público implicam comumente o dever de prestação de serviços abaixo do custo, o que acarreta a necessidade de compensação da empresa prestadora do serviço, em condições de mercado, pelos encargos adicionais provocados pelas referidas obrigações³⁹. Exemplificativamente, citam-se os setores de água e saneamento, eletricidade e gás natural, telecomunicações, serviços postais, transportes públicos locais, etc. Enfim, o enquadramento como serviço de interesse econômico geral relaciona-se à liberalização e privatização de setores econômicos, muitos dos quais estavam outrora sob o domínio exclusivo do Estado, que, por sua relevância para o atendimento das necessidades coletivas e interesse social subjacente, devem ser prestados sob o regime de obrigações de serviço público. Ressalta-se que se trata de um conceito aberto e mutável no tempo e espaço, dependente das concepções de sociedade, tradições

do Estado na economia, a partir da crítica neoliberal do modelo de serviço público tradicionalmente prestado pelo Estado; (c) a crise financeira do Estado “social”.

37 Conselho Econômico e Social. *Os Serviços de Interesse Econômico Geral (Estudos Setoriais)*. Lisboa, 2006, p.11. A respeito da função reguladora do Estado, assim esclarecem Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira: “Ao contrário da economia baseada na intervenção econômica do Estado e nos serviços públicos diretamente assegurados pelos poderes públicos, a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e na concorrência, depende essencialmente da regulação pública não somente para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que por si só o mercado não garante. Na nova economia de mercado, tão importante como uma cultura da concorrência, é uma cultura da regulação.” (MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *Economia de Mercado e Regulação*. p. 15).

38 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 350.

39 MOREIRA, 2015, p. 15. Como exemplos práticos de obrigações de serviço público, o mencionado autor cita o dever de disponibilizar linhas de telefonia, bem como rede de transmissão de gás e energia a localidades distantes, ou mesmo a manutenção de linhas de transporte para destinos pouco rentáveis.

e realidades de cada Estado membro, conceito muitas vezes preenchido pelas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça⁴⁰.

Para a Comissão Europeia, define-se serviço de interesse econômico geral como o exercício de uma atividade econômica que os Estados membros, em nível nacional, regional ou local, submetem a obrigações específicas de serviço público, tendo por objetivo a garantia de serviços de elevada qualidade a preços acessíveis a todos os cidadãos, tendo por primado o princípio da acessibilidade, bem como os princípios da igualdade, da universalidade, da continuidade e da adaptabilidade⁴¹, ou seja, condições que dificilmente seriam voluntariamente asseguradas pelo mercado.

Apesar da relação direta existente entre a liberalização de serviços públicos e a ascensão dos serviços de interesse econômico geral, é importante esclarecer que serviço público não é sinônimo de serviço de interesse econômico geral. Isso porque, consoante assevera João Nuno Calvão da Silva, a realização de objetivos de interesse público deixou de ser exclusivamente assegurada por entes públicos, não mais importando a titularidade pública ou privada dos serviços, mas tão-somente a efetiva realização de tarefas de interesse geral e das obrigações específicas de serviço público⁴². Com perspectiva semelhante, Vital Moreira enuncia as principais diferenças entre os dois institutos, a partir da identificação das modificações constatadas no sistema, com a ascensão dos serviços de interesse econômico geral: a) a transformação dos serviços públicos em mercadorias, disponíveis no mercado mediante o pagamento de um preço, por vezes em regime de concorrência; b) a transformação dos usuários de

40 A este respeito, merece referência o fato de o TJUE já ter reconhecido o caráter de serviços de interesse econômico geral nas seguintes situações: manutenção da navegabilidade de uma via fluvial; transmissões televisivas; exploração de uma linha aérea não rentável; operação da rede telefônica pública fixa; serviço postal universal; distribuição de energia elétrica em nível regional; distribuição de gás natural; serviço nacional de pilotagem em portos; gestão de um fundo de pensões setorial complementar do regime geral; serviço de transporte de emergência em ambulância de pessoas doentes ou feridas. (Cf. Estudos Setoriais do Conselho Económico Social, 2006).

41 Esta definição está contida no Relatório sobre o Sector da Água e do Saneamento, in Estudos Setoriais do Conselho Económico Social, 2006.

42 CALVÃO DA SILVA, João Nuno. O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Económico Geral. *Separata da Revista Temas de Integração*, 2º semestre de 2005, n. 20, p. 196 *apud* SILVA, Diniz Raposo. *O Financiamento das Obrigações de Serviço Público na União Europeia: Da sua qualificação como auxílio de Estado na aceção do artigo 87 (1) do Tratado de Roma. Dissertação de Mestrado em Direito Económico, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.* p. 75.

serviços públicos em consumidores ou clientes; c) a liberdade de escolha de fornecedor e prestador⁴³.

A utilização da denominação serviço de interesse econômico geral não é obrigatória pelos Estados, inexistindo qualquer imposição da União a este respeito. Ainda que a denominação utilizada seja outra, em estando presente o conteúdo essencial do instituto, especialmente as obrigações de serviço público, a Comissão considera estar diante de um serviço de interesse econômico geral⁴⁴. Logicamente, para o enquadramento e organização dos serviços de interesse econômico geral, há uma margem de liberdade dos Estados, considerando as peculiaridades culturais e diferenças históricas de intervenção pública na economia⁴⁵, delimitada pelo direito da União (em setores harmonizados⁴⁶) e pelo manifesto erro de apreciação dos Estados⁴⁷. De acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, a intervenção da União, em regra, ocorre apenas quando necessário e nos limites impostos pelo próprio TFUE, cabendo às autoridades públicas dos Estados determinarem se um serviço é ou não de interesse público geral, bem como a fixação de políticas públicas e o estabelecimento de critérios de qualidade dos serviços, visando à satisfação

43 MOREIRA, 2015, p. 12-13.

44 Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*. Bruxelas: Comissão Europeia, 7.12.2010. p. 17.

45 É importante mencionar que diversos países que hoje integram a União Europeia tiveram um histórico de economia planificada, fundada no sistema socialista, especialmente os localizados no leste europeu.

46 Por exemplo, as telecomunicações, bem como o setor postal e o setor de energia foram harmonizados ao nível de direito da União, mediante as Diretivas 2002/22/CE, 97/67/CE e 2009/72/CE (Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*. Bruxelas: Comissão Europeia, 7.12.2010. p. 19).

47 A jurisprudência do Tribunal de Justiça (TJ) e a prática decisória da Comissão apontam alguns exemplos de erro manifesto dos Estados na definição dos serviços de interesse econômico geral: (a) operações portuárias de carga e descarga, de transbordo, armazenagem, de movimentação de mercadorias ou de qualquer outro material nos portos nacionais (processo C-179/90, acórdão de 10/12/1991, do TJ, *Merci Convenzionali porto di Genova*); (b) atividades de publicidade, comércio eletrônico e utilização de números de telefone de valor acrescentado no quadro de concursos, o patrocínio e as atividades de comercialização, atividades estas que não se enquadram no domínio de serviço público de radiodifusão (Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais ao serviço público de radiodifusão, JO C 257 de 27.10.2009, p.1); (c) a eliminação de cadáveres de animais, se for apenas do interesse dos operadores econômicos beneficiados, que deverão responder pelos custos de eliminação dos resíduos que geram – princípio do poluidor-pagador (Decisão da Comissão relativa ao auxílio estatal AS 25051, Associação para a eliminação dos organismos de animais mortos, JO L 236 de 2012/09/01). (Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*. Bruxelas: Comissão Europeia, 29.4.2013, p. 26).

dos interesses e bem-estar dos cidadãos⁴⁸. Não compete à Comissão, pois, a definição dos critérios para a configuração do interesse geral de um determinado serviço, todavia, como visto, as situações de manifesto erro de apreciação dos Estados sujeitam-se a controle.

Ainda, o artigo 106, n. 2, do TFUE, estabelece que as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. Prossegue o artigo 106, n. 2, afirmando que o desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União. Verifica-se aqui que não é relevante se o serviço para atendimento do interesse geral é prestado mediante ente público ou privado (escolha política do próprio Estado), mas se exige a submissão a regras de concorrência.

Da análise do referido texto normativo, observa-se que, em regra, as empresas que prestem serviços de interesse econômico geral sujeitam-se às normas concorrenciais previstas nos tratados, passíveis de serem afastadas, excepcionalmente, desde que as regras de concorrência se revelem empecilhos à prestação do próprio serviço (atendimento da missão particular confiada). Nota-se, aqui, o caráter instrumental do regime concorrenciais, que cede em favor do interesse público de prestação do próprio serviço em benefício dos cidadãos. Consoante já referido, a coesão social é uma finalidade última da própria União, mostrando-se presente uma vez mais a dimensão social da economia de mercado adotada no âmbito europeu.

4 OS CRITÉRIOS PARA A NÃO CONFIGURAÇÃO DAS COMPENSAÇÕES PARA OS SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÓMICO GERAL COMO AUXÍLIOS DE ESTADO (ARTIGO 107, TFUE) – O ACÓRDÃO “ALTMARK” E OUTRAS QUESTÕES RELEVANTES

No que se refere às obrigações de serviço público, ou seja, aos auxílios concedidos pelo Estado para o financiamento de serviços de interesse econômico geral, o acórdão Altmark⁴⁹, julgado pelo Tribunal de

48 Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*. Bruxelas: Documento de trabalho dos Serviços da Comissão, 29.4.2013, p. 25.

49 Acórdão *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH (Col.2003, p. I-7747)*. Discutiu-se neste caso a concessão à empresa *Altmark*, pelo Governo da Região de Magdebourg, de licenças de serviços regulares de transporte de autocarro e de subvenções públicas em

Justiça em 2003, tornou-se referência na fixação de parâmetros para que as compensações de serviços públicos não constituam auxílios estatais na acepção do artigo 107, do TFUE.

Em conformidade com o mencionado acórdão, devem estar presentes quatro critérios cumulativos para que as compensações de serviço público não constituam auxílios de Estado: (a) a empresa beneficiária deve ser efetivamente incumbida do cumprimento de obrigações de serviço público, que devem estar claramente definidas; (b) os parâmetros para o cálculo da compensação devem estar previamente estabelecidos, de forma objetiva e transparente; (c) a compensação não pode ultrapassar o montante necessário para cobrir os custos ocasionados pelo cumprimento de obrigações de serviço público, considerando-se as receitas obtidas e um lucro razoável⁵⁰, ou seja, a proporcionalidade mostra-se presente; (d) quando a empresa encarregada da prestação do serviço público não tiver sido selecionada através de um processo de concurso público com base no menor custo para a comunidade⁵¹, o valor da compensação necessária deve ser definido tendo por parâmetro a análise dos custos de uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada em meios de transporte. Segundo João Nogueira de Almeida, tal acórdão acolheu a necessidade de uma análise econômica para o enquadramento ou não de uma compensação de serviço público como

virtude da imposição de certas obrigações para a realização do serviço, exemplificativamente, a imposição de horários e a cobrança da tarifa autorizada pelo governo. A controvérsia principal era saber se a atribuição das mencionadas subvenções para compensar o déficit de exploração do transporte público local de pessoas constituía ou não auxílio de Estado, nos termos do artigo 107, n. 1, do TFUE, especialmente por se tratar de incidência puramente local. O Tribunal principiou o julgamento reconhecendo que a incidência local do serviço, por si só, não impede que a subvenção possa interferir nas trocas comerciais entre os Estados. Na sequência do julgamento, acabou por analisar também as compensações concedidas a empresas em decorrência das obrigações de serviço público, estabelecendo os 4 (quatro) critérios que passaram a ser referência para que tais compensações não constituam auxílios de Estado.

50 O Regulamento n. 1370/2007 define a expressão *lucro razoável* como uma taxa de remuneração do capital que seja habitual no setor em determinado Estado membro, e que deve ter em conta o risco, ou a inexistência do risco, não suportado pelo operado de serviço público devido à intervenção da autoridade pública. Em conformidade com o artigo 5º, n. 5, da Decisão da Comissão, de 20 de dezembro de 2011 (JO L7 de 11/01/2012, p. 3), *lucro razoável* significa a taxa de rentabilidade sobre o capital que seria exigida por uma empresa típica que estivesse a considerar a possibilidade de prestar o serviço de interesse econômico geral durante a totalidade do período de atribuição, tendo em conta o nível de risco, que depende dos setores envolvidos, do tipo de serviço e das características da compensação.

51 A Comissão já esclareceu “que «menor custo para a coletividade» é um critério mais amplo do que o critério do menor preço, e que um procedimento de concurso público não tem necessariamente de implicar a utilização do menor preço como critério de adjudicação, a fim de cumprir a primeira alternativa da quarta condição *Altmark*”. (Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*. Bruxelas: Comissão Europeia, 29.4.2013, p. 53).

auxílio de Estado, o que demonstra o conteúdo econômico de um controle ordinariamente previsto e realizado de forma eminentemente jurídica⁵².

Quando as quatro condições acima discriminadas estiverem presentes, ressalte-se, cumulativamente, as compensações de serviço público não constituem auxílios estatais, não se aplicando o disposto nos artigos 107 e 108⁵³, do TFUE. Contrariamente, na hipótese de os Estados não respeitarem as condições referidas, e estando presentes os critérios estipulados no artigo 107, I, do TFUE, as compensações de serviço público constituem auxílios de Estado.

Se considerados auxílios de Estado, há casos em que tais auxílios são permitidos pela União. A este respeito, o artigo 106, do TFUE, estabelece a possibilidade de afastamento das regras de concorrência, desde que tais regras inviabilizem a missão particular confiada às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral, ou seja, nestes casos os auxílios estatais serão permitidos, sob a orientação, supervisão e controle da Comissão. No que se refere aos transportes terrestres, o artigo 93º, do TFUE, expressamente dispõe que são compatíveis com os Tratados os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público⁵⁴. Também

52 ALMEIDA, 2011, p. 239.

53 Art. 108, TFUE. “1. A Comissão procederá, em cooperação com os Estados membros, ao exame permanente dos regimes de auxílios existentes nesses Estados. A Comissão proporá também aos Estados membros as medidas adequadas, que sejam exigidas pelo desenvolvimento progressivo ou pelo funcionamento do mercado interno. 2. Se a Comissão, depois de ter notificado os interessados para apresentarem as suas observações, verificar que um auxílio concedido por um Estado ou proveniente de recursos estatais não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107º ou que esse auxílio está a ser aplicado de forma abusiva, decidirá que o Estado em causa deve suprimir ou modificar esse auxílio no prazo que ela fixar. Se o Estado em causa não der cumprimento a esta decisão no prazo fixado, a Comissão ou qualquer outro Estado interessado podem recorrer diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em derrogação do disposto nos artigos 258º e 259º. [...]”

54 A Decisão da Comissão, de 20 de dezembro de 2011 (JO L7 de 11/01/2012, p. 3), relativa à aplicação do artigo 106, n. 2, do TFUE, aos auxílios estatais sob a forma de compensação de serviço público concedidos a certas empresas encarregadas de serviços de interesse econômico geral e, no caso dos transportes terrestres, o Regulamento (CE) n. 1370/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, especificam as condições em que certos acordos de compensação são compatíveis com os artigos 106, n. 2 e artigo 93, do TFUE, não se sujeitando à obrigação de notificação prévia à Comissão (art. 108, n. 3, do TFUE). As outras compensações de serviço público devem ser notificadas à Comissão, que avaliará a compatibilidade com o direito da União, em conformidade com as regras estipuladas no Enquadramento Comunitário dos Auxílios Estatais sob a Forma de Compensação de Serviço Público, 2011. Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*. Bruxelas: Documento de trabalho dos Serviços da Comissão, 29/4/2013, p. 20.

são admitidos os auxílios de *minimis*⁵⁵, ou seja, auxílios de Estado que, em razão do pequeno montante financeiro envolvido, são autorizados pela União, por serem considerados incapazes de causar uma distorção concorrencial.

Questão frequentemente suscitada diz respeito ao fato de os serviços de interesse econômico geral comumente serem prestados no âmbito local, o que implicaria não estarem aptos a afetar efetivamente o comércio entre os Estados membros, não caracterizando, assim, um dos requisitos previstos no artigo 107, n. 1, do TFUE (efeito nas trocas comerciais entre os Estados membros), para a configuração de auxílios de Estado. A este respeito, a Comissão tem o entendimento de que “no domínio das regras em matéria de auxílios estatais, o facto de as trocas comerciais serem afectadas não depende do carácter local ou regional do serviço prestado ou do nível de atividade em causa⁵⁶”. Segundo o posicionamento da Comissão, embasado em decisões do Tribunal de Justiça, inclusive no acórdão *Altmark*⁵⁷, a concessão de auxílio estatal pode ensejar o aumento de oferta de serviço de um dado fornecedor local, dificultando, ainda que potencialmente, a prestação de idênticos serviços no mercado local por outras empresas europeias, em evidente violação às regras concorrenciais de livre mercado.

Em contraposição, é também importante mencionar alguns casos em que se entendeu que as medidas públicas não afetaram as trocas comerciais entre os Estados membros, afastando-se assim a qualificação de auxílios de Estado: (a) a subvenção anual concedida para a construção e funcionamento de uma piscina pública para recreação em Dorsten, Alemanha, utilizada

55 O Regulamento *de minimis* para os SIEG, atualmente em vigor (Regulamento (UE) 360/2012), estabelece que uma compensação para os SIEG que não ultrapasse € 500000 (euros), durante um período de três exercícios financeiros, não se caracteriza como auxílio de estado. O Regulamento *de minimis* geral (Regulamento 1998/2006), por sua vez, prevê que as medidas não superiores a € 200000 (euros), durante um período de três exercícios financeiros, não se enquadram no conceito de auxílio (artigo 107, n. 1, do TFUE), aplicando-se independentemente da finalidade do benefício concedido.

56 TJE, acórdãos de 24 de julho de 2003, *Altmark trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, processo C-280/00, n. 81-82, Coletânea 2003, p. I-7747 e de 3 de Março de 2005, *Heiser*, processo C-172/03, n. 32-33, Coletânea 2005, p. I-1627. Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*; Comissão Europeia, Bruxelas, 7.12.2010, p. 27.

57 No caso *Altmark*, o Tribunal de Justiça concluiu que as subvenções públicas concedidas para a exploração de serviços regulares de transporte por autocarro no *Ladkreis Stendal*, Alemanha, a uma empresa que apenas prestava serviços de transportes local e regional, podiam influenciar as trocas comerciais entre os Estados membros.

apenas pela população local⁵⁸; (b) as dotações de capital concedidas para a criação de pequenos hospitais públicos locais, na Irlanda, que serviam apenas ao mercado local de serviços hospitalares, em razão da incapacidade de atração de investimentos ou clientes de outros Estados membros, dadas as reduzidas dimensões do empreendimento⁵⁹; (c) o financiamento público de projetos de museus locais da Sardenha, uma vez que os habitantes de outros Estados não atravessariam a fronteira com o objetivo principal de visitar o museu, inexistindo, pois, violação à concorrência⁶⁰; (d) o financiamento público de produções teatrais bascas, uma vez que o público potencial se limitava a uma região geográfica e linguística específica, inexistindo risco de atração de um turismo transfronteiriço⁶¹; (e) o auxílio à construção, no nordeste de Portugal, de uma unidade com 50 (cinquenta) leitos para cuidados com a saúde mental, a ser utilizada para o atendimento dos residentes da área, inexistindo interesse de outras entidades prestarem o serviço na localidade⁶².

Em resumo, percebe-se que se faz necessária uma análise casuística da existência dos requisitos, inclusive no que se refere à efetiva interferência nas trocas comerciais entre os Estados membros, para a qualificação de eventuais benefícios e subvenções públicas como auxílios de Estado.

No tocante ao acórdão *Altmark*, que se tornou referência ao fixar critérios para que as compensações concedidas em razão das obrigações de serviço público não sejam consideradas auxílios de Estado, na acepção do artigo 107, n. 1, do TFUE, cumpre mencionar que a própria fixação de critérios deve ser exaltada como um mecanismo para propiciar maior transparência e controle na concessão de compensações com recursos públicos, ainda que a presença dos critérios também dependa de uma rigorosa análise do caso concreto.

58 Decisão da Comissão relativa ao auxílio N 258/2000 - Piscina de recreio em Dorsten, JO C 172 de 16.6.2001, p. 16, acessível em: <http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2000/n258-00.pdf>.

59 Decisão da Comissão relativa ao auxílio N 543/2001 - Dotações de capital a favor dos hospitais na Irlanda, JO C 154 de 28.6.2002, p. 4. Disponível em: <http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2001/n543-01.pdf>.

60 Decisão da Comissão relativa ao auxílio N 630/2003 - Auxílio em favor dos museus locais na região da Sardenha, Itália, JO C 275 de 8.12.2005, p. 3. Disponível em: <http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n630-03.pdf>.

61 Decisão da Comissão relativa ao auxílio N 257/2007 - Programa de ajudas destinadas à promoção da produção teatral no País Basco, JO C 173 de 26.7.2007, p. 2. Disponível em: <http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2007/n257-07.pdf>.

62 Decisão da Comissão no processo SA.34576 - Portugal - Jean Piaget/unidade de cuidados continuados de médio e longo prazo do Nordeste, Decisão de 7.11.2012.

A este respeito, citam-se alguns exemplos de casos em que a Comissão entendeu que as condições ou critérios do acórdão Altmark estavam presentes: (a) o financiamento de um regime de promoção de investimentos destinados a aumentar a capacidade de geração de eletricidade para assegurar a continuidade da oferta na Irlanda⁶³; (b) as subvenções de financiamento de infraestrutura de telecomunicações de alto custo na França⁶⁴; (c) as comissões pagas por um organismo financeiro controlado pelo Estado italiano (“Casa Depositi e Prestiti”) ao serviço postal (“Poste Italiane”) em razão da distribuição de produtos de poupança⁶⁵. No primeiro caso, reconheceu-se como serviço de interesse econômico geral o fornecimento de nova capacidade de geração de eletricidade destinada a assegurar a respectiva oferta durante o ano todo, inclusive em períodos de pico de consumo, tendo sido considerados presentes todos os requisitos da decisão Altmark, inclusive a existência de um processo de concurso público aberto, transparente e não discriminatório para a seleção do prestador do serviço. No segundo e no terceiro casos mencionados, os serviços prestados também foram considerados serviços de interesse econômico geral, bem como foram identificados os quatro critérios do acórdão Altmark, especialmente a definição de parâmetros específicos e proporcionais para o cálculo da compensação.

Outra questão relevante diz respeito aos recursos oriundos de fundos da própria União, tais como os fundos estruturais europeus, serem ou não considerados auxílios de Estado, bem como se tais recursos sujeitam-se a controle, na hipótese de virem a ser utilizados pelos Estados para financiar os serviços de interesse econômico geral. Segundo Manuel Martins, não configuram propriamente auxílios de Estado sujeitos ao disposto no artigo 107, n. 1, do TFUE, “as medidas de auxílio promovidas pela Comunidade e executadas pelos Estados-membros, desde que despojadas de qualquer elemento que as possa qualificar como ajudas nacionais, ou seja, quando o Estado intervém como mero executor do programa de auxílio regulamentado e financiado pela União Europeia”⁶⁶. Contudo, segundo o entendimento da Comissão, as regras relativas aos auxílios de Estado aplicam-se ao financiamento concedido pelos Estados membros a partir de recursos oriundos de fundos europeus, devendo ser considerado o

63 Decisão da Comissão relativa ao auxílio N 475/2003, JO C 34 de 7.2.2004, p. 8. Disponível em: <http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2003/n475-03.pdf>.

64 Decisão da Comissão relativa ao auxílio N 381/2004, JO C 162 DE 2.7.2005, p. 5. Disponível em: <http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2004/n381-04.pdf>.

65 Decisão da Comissão relativa ao auxílio C 49/06, JO C 31 de 13.2.2007.

66 MARTINS, op.cit. p. 132-133.

financiamento público para a prestação de serviços de interesse econômico geral como se tivesse sido concedido a partir do próprio orçamento do Estado, sujeitando-se, pois, ao controle estipulado pelo direito europeu para os auxílios de Estado⁶⁷.

Vê-se que as questões suscitadas, ainda que de modo não exaustivo, permitem a visualização de algumas das principais controvérsias no tocante aos auxílios de Estado e aos serviços de interesse econômico geral, instituto este compreendido como um dos elementos de “socialidade” da Constituição Econômica Europeia, consoante o anteriormente demonstrado.

5 CONCLUSÃO

A proposta do presente trabalho, muito além de esgotar as controvérsias que circundam a matéria (o que se revelaria impossível), foi a de identificar a tensão existente entre os institutos - auxílios de Estado e serviços de interesse econômico geral - como meio de compreender a própria lógica da União Europeia e da sua Constituição Econômica.

A este respeito, a originalidade dos auxílios de Estado é também a originalidade da União Europeia. A dualidade da opção política por uma economia de mercado aberto, fundada na livre concorrência, e os desafios impostos pelo atendimento do interesse social, também se encontra presente no regime de controle dos auxílios de Estado, no que se refere aos serviços de interesse econômico geral.

Constatou-se, ainda, que o papel primordial desempenhado pelas instituições da União (especialmente a Comissão) no âmbito da política de concorrência, especialmente de regulação da intervenção econômica dos Estados, com vistas a assegurar a manutenção de um mercado comum, materializa a característica precípua da União Europeia como entidade supraestatal, cujo caráter único fez surgir a necessidade prática de institutos também inovadores na ordem jurídica, tais como os auxílios de estado. De autoridades reguladoras, os Estados passam a exercer também o papel de destinatários de normas de regulação da concorrência emanadas da União, com o objetivo de coordenar a política econômica europeia.

67 Cf. *Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse econômico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral*. Bruxelas: Documento de trabalho dos Serviços da Comissão, 29.4.2013, p. 92.

Ao ensejo, as exceções à proibição da concessão de auxílios pelos Estados e as hipóteses em que podem vir a ser considerados permitidos, especialmente no que se refere aos serviços de interesse econômico geral, denotam uma conotação eminentemente social da constituição econômica, demonstrando que a livre concorrência e a economia de mercado são instrumentos para a efetivação da finalidade maior da União Europeia, que é justamente a busca pelo desenvolvimento e o progresso econômico e social dos povos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Nogueira de. O Sentido da Atribuição de Auxílios de Estado Numa Economia de Mercado – A Impossibilidade Lógica da Existência dos Auxílios de Estado numa Economia de Mercado Funcionando de Acordo com o Regime da Concorrência Perfeita. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Jurídica*, 107, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Aníbal de Almeida, p. 1-62. 2012a.

ALMEIDA, João Nogueira de. Conteúdo e Limites da Análise Econômica no Controlo da Compatibilidade dos Auxílios de Estado com o Mercado Interno. *Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LIV, p. 219-263, 2011.

ALMEIDA, João José Nogueira de. *Sobre o Controle dos Auxílios de Estado na União Europeia – Conteúdo, Sentido e Limites da Análise Econômica na Avaliação da Compatibilidade dos Auxílios de Estado com o Mercado Interno*. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Econômicas, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2012b.

BOVIS, Christopher H. Financing Services of General Interest in the EU: How do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?. *European Law Journal*, v. 11, n. 1, p. 79-109, january 2005.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno. O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Econômico Geral, Separata da Revista Temas de Integração, 2º semestre de 2005, n. 20, p. 196 apud SILVA, Diniz Raposo. *O Financiamento das Obrigações de Serviço Público na União Europeia: Da sua qualificação como auxílio de Estado na acepção do artigo 87 (1) do Tratado de Roma*. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Estudos Setoriais do Conselho Económico e Social. *Os Serviços de Interesse Económico Geral*. Lisboa: 2006. Disponível em: <<http://www.ces.pt/download/1176/SIEG%20-%20Estudos%20Sectoriais.pdf>>. Acesso em: 09/01/2015.

FARMER, Susan Beth. *Competitive Policy and Merger Analysis in Deregulated and Newly Competitive Industries*. Penn State University, Dickinson School of Law Legal Studies Research Paper, n. 05, 2008.

GERAR, Damien. Managing the Financial Crisis in Europe: Why Competition Law is Part of the Solution, not of the Problem. University of Louvain, GCP – *The Online Magazine for Global Competition Policy*, p.1-14, December 2008.

Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse económico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral. Bruxelas: Comissão Europeia, 7.12.2010.

Guia relativo à aplicação das regras da União Europeia em matéria de auxílios estatais, de “contratos públicos” e de “mercado interno” aos serviços de interesse económico geral e, nomeadamente, aos serviços sociais de interesse geral. Bruxelas: Documento de trabalho dos Serviços da Comissão, 29.4.2013.

LEITÃO, João Sérgio Teles de Menezes Correia. Breve Glosa sobre a Comunicação da Comissão ao Conselho “Relatório sobre a Redução e a Reorientação dos Auxílios Estatais”. *Boletim da Direção-Geral dos Impostos, Ciência Técnica Fiscal*, n. 47, , p.127-142, jul./set. 2002.

LI Jingkun. The Development of European Economic Constitution and its Role in Regulating the Common Market – With Free Competition and Free Movements as an Example. *Working Paper Series on European Studies, Chinese Academy of Social Sciences*, v. 1, n. 21, 2007.

MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2014.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Coimbra, 2008, reimpressão da edição de julho/2003.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Um Curso de Direito da Concorrência*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MARTINS, Manuel. *Auxílios de Estado no Direito Comunitário*. Cascais: Primícia Publicações Universitárias e Científicas, 2002.

MATOS, Nuno Miguel Castelo Branco Albuquerque. *Auxílios de Estado – Serviços de Interesse Econômico Geral*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2010.

MATOS, Nuno Albuquerque. Financiamento dos Serviços de Interesse Econômico Geral. *Revisita ao Acórdão Altmark*. *Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 4, p. 95-132, 2012.

MONIZ, Carlos Botelho; CADETE, Eduardo Maia. *Relatório sobre o Setor da Água e do Saneamento*. Estudos Setoriais do Conselho Econômico e Social (Os Serviços de Interesse Econômico Geral), Lisboa, 2006.

MOREIRA, Teresa. Crise e Política da Concorrência – Alguns Comentários, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 1, n. 4, p. 38-50, dez. 2008.

MOREIRA, Vital. *Res Publica Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2014.

MOREIRA, Vital. Constitucionalismo Supraestatal: a União Europeia depois do Tratado de Lisboa, In: *Res Publica Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 14-49.

MOREIRA, Vital. Os Serviços Públicos Tradicionais sob o Impacto da União Europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, agosto/setembro/outubro, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDA-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2015.

MOREIRA, Vital. Serviços de Interesse Econômico Geral e Mercado. In: *A Mão Visível: Mercado e Regulação*. Coimbra: Coimbra, 2008, reimpressão da edição de julho/2003, p. 63-66.

SANTOS, Antônio Carlos dos. *Auxílios de Estado e Fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Antônio Carlos dos. O Estranho Caso do Conceito Comunitário de Autonomia Suficiente em Sede de Auxílios de Estado sob Forma Fiscal (Comentário ao acórdão do TJCE de 6 de Setembro de 2006 relativo à insuficiente autonomia da Região Autónoma dos Açores). *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano 1, n. 1, p. 235-258, 2008.

SAUTER, Wolf. *Services of General Economic Interest and Universal Service* In: EU law. Tilburg University, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1136105>>.

SAUTER, Wolf. *The criterion of advantage in state aid: Altmark and services of general economic interest*. Tilburg University, abril 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2426230>>.

SAUTER, Wolf. *The Commission's new SGEI package: the rules for state aid and the compensation of services of general economic interest*. Tilburg University, abril 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2044680>>.

SILVA, Diniz Raposo. *O Financiamento das Obrigações de Serviço Público na União Europeia*: da sua qualificação como auxílio de Estado na aceção do artigo 87 (1) do Tratado de Roma. Dissertação de Mestrado em Direito Económico, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

SOARES, Antônio Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Concorrência – Estudos*. Coimbra: Almedina, 2006.



RECEBIDO EM: 09/06/2015

APROVADO EM: 07/10/2015

A SUPREMA CORTE E OS CRIMES PRATICADOS POR PARLAMENTARES

*THE SUPREME COURT AND THE CRIMINAL OFFENSES
COMMITTED BY PARLIAMENT MEMBERS*

Estêvão André Cardoso Waterloo¹

Mestrando em Direito e Políticas Públicas (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB), Bacharel em Direito (Universidade de Brasília – UnB) e Analista Judiciário e Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal – STF

SUMÁRIO: Introdução; 1 Motivos da Emenda Regimental nº 49/2014; 2 Funcionamento do STF por órgãos fracionários; 3 Foro por prerrogativa de função; 4 A constitucionalidade da ER nº 49/2014; 4.1 Formal; 4.2 Material; 4.2.1 Princípio da igualdade; 4.2.2 Celeridade e razoável duração do processo; 4.2.3 Prognoses legislativas; 5 Conclusão; Referências.

¹ E-mail: estevaow@gmail.com

RESUMO: Estudo da constitucionalidade da Emenda nº 49/2014 ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, à luz dos princípios constitucionais da igualdade, da celeridade processual e da razoável duração do processo. Mediante essa Emenda Regimental, o Supremo Tribunal Federal deslocou do Plenário para as Turmas a competência para processar e julgar, originariamente, acusações de crimes comuns contra membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mantida a competência do Tribunal Pleno quando acusados os Presidentes das Casas do Congresso Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Crimes Comuns. Membros do Congresso Nacional. Competência. Prognoses Legislativas.

ABSTRACT: A study of the constitutionality of the Amendment n. 49/2014 to the Court Rules in the light of equal protection, procedural celerity and speedy trial constitutional clauses. By this Amendment to its internal rules, the Federal Supreme Court transferred from the Court Plenary to its Panels the competence to try and to decide, as matters of original jurisdiction, charges of common criminal offenses against members of the Chamber of Deputies and Federal Senate, although keeping Plenary's competence when the charges are brought against the Presidents of both Houses.

KEYWORDS: Supreme Federal Court. Criminal Offenses. Members of the National Congress. Competence. Legislative Prognosis.

INTRODUÇÃO

Recente alteração do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, preconizada pela Emenda Regimental nº 49/2014, em síntese ao argumento da necessidade de desafogar a pauta do Plenário, implicou deslocamento da competência do Tribunal Pleno para as Turmas da Suprema Corte quanto ao julgamento de diversas espécies de ações e matérias.

A atribuição da competência aos órgãos fracionários do STF para o julgamento de ações penais e inquéritos nos quais figurem como réus ou acusados detentores de mandato parlamentar no âmbito federal, assegurando ao órgão colegiado máximo a competência para as hipóteses em que os processos forem dirigidos aos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, tem sofrido inúmeras críticas² – positivas e negativas – da comunidade jurídica.

Ministros do STF têm vindo a público^{3 4} defender a constitucionalidade das alterações implementadas pela Emenda Regimental nº 49/2014, destacando a imprescindibilidade ao bom funcionamento do Tribunal –

2 “Ministros defendem julgamento pelas Turmas do STF. Os ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) saíram em defesa, na tarde desta terça-feira, do julgamento de políticos pelas Turmas da Corte. A questão é discutida em uma ação direta de constitucionalidade levada pelo presidente da Câmara, deputado Henrique Alves (PMDB-RN), ao STF. Os parlamentares contestam a mudança regimental de junho deste ano que remeteu julgamentos de ações penais - inclusive contra autoridades - do Plenário para as Turmas. O tema foi levantado na tarde de hoje durante julgamento da ação penal contra o deputado federal Marco Tebaldi (PSDB-SC). A defesa do parlamentar pediu, preliminarmente, a suspensão do julgamento até que a ação da Câmara que questiona o julgamento pelas Turmas fosse decidida. Os ministros da 2ª Turma rejeitaram o pedido e saíram em defesa da atual divisão de julgamento no Supremo. ‘Em princípio, ao alterar a divisão de competência do Pleno e das Turmas, o Supremo nada mais fez do que exercer sua competência constitucionalmente atribuída’, disse o ministro Gilmar Mendes. Mendes é o relator da ação proposta pela Câmara dos Deputados. O caso deve ser analisado pelo plenário. Na semana passada, o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, disse que a ‘percepção’ entre os ministros da Corte é de que não há nada que impeça que o julgamento seja feito nas Turmas. Lewandowski apontou que, de um lado, a Constituição não proíbe e, de outro, autoriza que os tribunais se organizem internamente.” (BULLA – 2014)

3 “Para o presidente do STF, o Brasil passa por um processo que o professor português Boaventura Souza Santos chama de “explosão de litigiosidade”. Nesse processo, os cidadãos se dão conta de que possuem direitos assegurados pelo Estado, e batem à porta da Justiça para buscá-los. O Judiciário, como serviço essencial do Estado, também sofre do problema de meios insuficientes frente aos fins, como ocorre com a educação ou a saúde.” (PORTAL DE NOTÍCIAS DO STF – 2014)

4 “Ministros defendem julgamento em turmas. Quatro ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) saíram em defesa da alteração no regimento interno que transferiu do plenário para as turmas da Corte o julgamento de ações penais e inquéritos envolvendo parlamentares.” (SOUZA – 2014)

observada a autonomia da Corte⁵ –, bem como o necessário respeito aos princípios constitucionais da celeridade e da razoável duração do processo. Na mesma toada, pronunciamentos do Procurador-Geral da República⁶ e do Advogado-Geral da União.⁷

Noutro giro, parlamentares têm se posicionado contrariamente^{8,9} ao deslocamento da competência operado pela Emenda Regimental nº 49/2014, apontando como desarrazoada a quebra da isonomia entre os detentores de mandato parlamentar, em nome de suposta necessidade de agilizar os julgamentos das causas submetidas à Excelsa Corte.

No final de outubro de 2014, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Eduardo Alves (PMDB-RN), e líderes partidários reuniram-se com o Ministro Ricardo Lewandowski, Presidente do STF, com o escopo de apresentar a irrisignação dos integrantes do parlamento brasileiro com o deslocamento da competência operado pela via regimental. Após a reunião, a Mesa da Câmara dos Deputados, no dia 30 daquele mês, culminou por ofertar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.175, feito distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, que, em razão da relevância da matéria, imprimiu o rito do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999.¹⁰

5 “Ministro Gilmar Mendes diz que STF tem autonomia para julgar parlamentares. O ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), disse hoje (11) que o Tribunal tem competência para mudar seu Regimento Interno e julgar parlamentares nas duas turmas da Corte. Mendes é o relator da ação na qual a Câmara dos Deputados contesta a mudança regimental que retirou do plenário do Supremo a competência para julgar deputados, senadores e demais autoridades com foro privilegiado.” (JUSTIÇA EM FOCO/AGÊNCIA BRASIL – 2014)

6 “Procurador defende julgamento de parlamentares pelas turmas do STF. Segundo Janot, a mudança regimental, que retirou do plenário do Supremo a competência exclusiva, teve efeito positivo e acelerou os julgamentos.” (RICHTER – 2014)

7 “AGU: questionar competência do STF para julgar parlamentares é inadmissível. AGU considera que a atuação das turmas do Supremo Tribunal Federal no julgamento de parlamentares não fere o princípio da isonomia.” (NASCIMENTO – 2014)

8 “Foro Adequado. Deputados querem que competência penal do STF volte ao Plenário. Passadas as eleições, os deputados federais voltaram a se preocupar com seus problemas na Justiça. O alvo da vez é a transferência da competência penal do Plenário do Supremo Tribunal Federal para as turmas. Treze líderes partidários na Câmara dos Deputados se reuniram com o presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, nesta quarta-feira (29/10), para demonstrar preocupação com o fato de, em um colegiado de cinco ministros, três terem o poder de condenar criminalmente um deputado e fazê-lo perder o mandato.” (CANÁRIO – 2014)

9 “[...] A norma foi questionada pela Câmara dos Deputados, que deseja que o julgamento volte para o plenário.” (SOUZA – 2014)

10 BRASIL. *Lei 9.868/1999*. “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e

A autora da ação defende a inconstitucionalidade da alteração do artigo 5º, I, do RISTF¹¹ ao espeque de que a Emenda Regimental nº 49/2014 afronta os princípios constitucionais da isonomia¹² e da razoabilidade¹³, estabelecida uma “capitis diminutio da condição do membro do Poder Legislativo brasileiro”¹⁴, que perde a prerrogativa de se ver processado pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte. Em que pese à consideração da própria Mesa da Câmara dos Deputados na peça de ingresso, no sentido de não vislumbrar prejuízo técnico¹⁵ – e sim político – na separação da competência entre detentores de mandato parlamentar em geral e os Presidentes das Casas do Poder Legislativo, sustenta-se a impossibilidade de a Suprema Corte, por seu regimento interno, deslocar a competência do julgamento de Deputados Federais e Senadores para as Turmas, sob pena de indevida interferência nas prerrogativas do Poder Legislativo.¹⁶

O Ministro Presidente da Excelsa Corte defende a aprovação da Emenda Regimental nº 49/2014, enquanto “parte dos permanentes esforços de todos os integrantes desta Corte na resolução da crise de funcionalidade há muito verificada nos trabalhos no Plenário do Supremo Tribunal Federal”.¹⁷ A Advocacia-Geral da União sustenta a higidez do ato normativo, com especial destaque para a tese da ausência de quebra da

do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.”

- 11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno. ER nº 49/2014*. “Art. 5º. [...] I – nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, bem como apreciar pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta;”
- 12 “[...] inconstitucional, em face do princípio da isonomia insculpido no art. 5º, caput da Lei Maior, pois não poderia promover distinção entre detentores de mandatos do mesmo corpo legislativo ...” (ADI nº 5175 – petição inicial)
- 13 “... também violado o princípio da razoabilidade, porquanto é desarrazoada a alegação de que, em nome da agilização dos julgamentos da Corte, seja possível promover a desigualação entre membros da Câmara dos Deputados, quando a Constituição Federal no caso em tela sempre dispensou o mesmo tratamento aos membros do Congresso Nacional, sem jamais os desigualar.” (ADI nº 5175 – petição inicial)
- 14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5175*.
- 15 “Embora a transferência da competência do Plenário para as Turmas não implique prejuízo direto na qualidade dos julgamentos pelo Pleno; é negável que não ser julgado pelo órgão máximo do Poder Judiciário pode ser considerada uma capitis diminutio da condição do membro do Poder Legislativo brasileiro.” (ADI nº 5175 – petição inicial)
- 16 “A competência que ora se discute tem natureza distinta. Relaciona-se com o equilíbrio e harmonia entre os Poderes. Não está sujeita, portanto, à mera aplicação de critérios de eficiência e de volume de trabalhos. Trata-se, na verdade, de isonomia de tratamento entre os membros dos diversos Poderes, e internamente em cada Poder.” (ADI nº 5175 - exordial)
- 17 Idem, informações.

isonomia, sob o prisma de que o fator de *discrímen* justifica a manutenção do julgamento dos processos criminais, no âmbito do Tribunal Pleno do STF, tão somente quando parte no processo o Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

Nesse compasso, vislumbra-se que a discussão acerca da constitucionalidade das inovações trazidas pela Emenda Regimental nº 49/2014, no preciso ponto em que afeta às Turmas a competência para o julgamento de inquéritos e ações penais dos detentores de mandato parlamentar federal, enquanto mantém no âmbito do Pleno do STF os feitos movidos contra os Presidentes das respectivas Casas legislativas, passa pela análise da autonomia da Suprema Corte para dispor sobre a matéria pela via regimental – que teve por motivo fundante o princípio da razoável duração do processo, ofertando meios a garantir a celeridade¹⁸ na sua tramitação –, pelo respeito ao princípio da isonomia¹⁹, bem como pela apresentação do STF por seus órgãos fracionários²⁰.

1 MOTIVOS DA EMENDA REGIMENTAL Nº 49/2014

A crise de funcionalidade do Poder Judiciário não é questão nova no cenário brasileiro, objeto de preocupação da comunidade jurídica de longa data, a provocar alterações legislativas já nas primeiras décadas do século passado e, na quadra recente, com maior ênfase junto aos Tribunais Superiores, a exemplo do advento das súmulas vinculante e impeditiva de recursos e da sistemática da repercussão geral.

Recentemente, o Ministro Celso de Mello, ao julgamento conjunto dos Mandados de Segurança nºs 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF²¹, todos de relatoria da Ministra Rosa Weber, afirmou²² em sessão do Tribunal Pleno que:

18 BRASIL. *Constituição da República de 1988*. “Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

19 Idem. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

20 “[...] o ministro Gilmar Mendes afirmou que, ao alterar as atribuições de plenário e turmas, o STF nada mais fez que exercer uma de suas competências atribuídas pela própria Constituição.” (SOUZA – 2014)

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, *DJE 09.5.2014*.

22 Registra-se que o pronunciamento do Ministro Celso de Mello foi cancelado, nos termos do parágrafo único do artigo 133 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, verbis: “Os apartes constarão do acórdão, salvo se cancelados pelo Ministro apartante, caso em que será anotado o cancelamento”.

a partir da década de 1930 a comunidade jurídica nacional passou a identificar a existência, no STF, de uma situação de crise, a denominada crise do Supremo Tribunal Federal, que segundo os membros dessa mesma comunidade jurídica, advogados, magistrados, representantes do Ministério Público, como sendo a crise do recurso extraordinário.

Rememorou o magistrado que, na década de 1950, a Suprema Corte decidia, em média, menos de “9 mil processos”, concluindo como “assustadores” os números atuais, traduzindo-se em uma crise de funcionalidade que vem se agravando nas últimas décadas e vem se agravando de maneira progressiva e ela é muito grave porque pode conduzir a uma crise de legitimidade da própria Corte.

Com efeito, é preciso concordar, o retrato estatístico atual da Suprema Corte é por si só assustador e corrobora a propalada crise de funcionalidade, maior a evidência de tal crise se comparados os dados atuais do STF com o seu histórico estatístico ou, ainda, com a carga de trabalho a que submetidas outras Cortes Constitucionais, a exemplo da Suprema Corte americana, cuja média anual é de apenas 80 julgamentos²³, e do Tribunal Constitucional alemão, que decide pouco menos de 2 mil causas ao ano²⁴, contra os 94 mil julgados do STF por ano.²⁵

A instantânea fotografia do acervo, da quantidade de julgados e da distribuição de processos que se operou em 2014 revela, de modo indelével, a grave crise experimentada pela Corte Constitucional brasileira, cujo grande esforço em apresentar soluções já viabilizou a redução, nos últimos 5 anos, em 37,43% desse acervo, especialmente se considerado o ingresso, nesse mesmo período, de aproximados 360 mil novos processos.²⁶

Contudo, em que pese à expressiva redução do acervo – de 90.295 em 2010 para 56.491 processos em 2014 –, a crise de legitimidade – apontada como consequência da não superação da crise de funcionalidade – há muito irrompeu as portas do Guardiã da Constituição e, sem pedir licença à Têmis, tomando-lhe de empréstimo a espada, instalou-se na antessala da Corte, observado que tal resultado exigiu, no lustro antecedente, o

23 BRÍGIDO, Carolina. *Tribunal americano recebe apenas cerca oito mil casos por ano*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/judiciario-nos-eua-julgamos-temas-relevantes-secretario-geral-da-suprema-corte-13677862>>. Acesso em: 28 fev. 2015, às 11h.

24 MULLER, Friedrich. *Dez Propostas para a Reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 3, p. 591, 2005.

25 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Assessoria de Gestão Estratégica. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>.

26 Idem.

juízo de quase meio milhão de processos – exatos 469.244²⁷ –, quantidade astronômica que não é compatível com o exercício da jurisdição constitucional, cumprindo lembrar que o STF ainda acumula as jurisdições ordinária e extraordinária e detém vastíssimas competências.

Agrava-se o quadro ao observar que a Corte, integrada por 11 juízes, nos últimos 5 anos, sem considerar licenças e afastamentos, permaneceu por mais de 2 anos com uma de suas cadeiras vagas²⁸, fruto da excessiva demora²⁹ do chefe do Poder Executivo³⁰ em indicar novos integrantes para o Tribunal³¹ ³², além do fato de que Ministros do STF, entre outras atribuições institucionais, por expresse mandamento constitucional devem integrar o Tribunal Superior Eleitoral e o Conselho Nacional de Justiça.

Com tal moldura, os debates dos Ministros do STF, na sessão Plenária de 04/12/2013, ao longo do julgamento conjunto dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF, todos de relatoria da Ministra Rosa Weber, consubstanciaram o estopim da Emenda

27 BRASIL, op. cit.

28 O somatório dos meses em que, de 2009 a 2014, o STF teve cadeiras vagas aguardando nomeação de novo integrante totaliza 27 meses. Resultado obtido a partir da análise das informações disponíveis em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_jun_2015.pdf.

29 “Ministros do STF criticam demora de Dilma para preencher vaga no tribunal Celso de Mello e Marco Aurélio chamaram demora de ‘nefasta’ e ‘abusiva’. Análise de ação no Supremo nesta quinta empatou e teve que ser suspensa. Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) classificaram nesta quinta-feira (26) a demora da presidente Dilma Rousseff em indicar um substituto para a vaga deixada pelo ministro aposentado Joaquim Barbosa de omissão ‘nefasta’, ‘irrazoável’ e ‘abusiva’. [...] Sem a indicação da presidente Dilma para a vaga de Barbosa, o STF está com 10 dos 11 integrantes em atuação. Na sessão desta quinta, os ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli estavam ausentes, o que também impediu um desfecho para o julgamento. Diante da necessidade de suspender a análise da matéria, o ministro com mais tempo de atuação no STF, Celso de Mello, disse que a “omissão” de Dilma está afetando o funcionamento da Corte. ‘Essa omissão irrazoável e abusiva da presidente da República. [...] está interferindo na qualidade dos julgamentos’, afirmou. Marco Aurélio Mello concordou com o colega e reforçou as críticas à presidente. ‘Veja como é nefasto atrasar-se a indicação de quem deve ocupar a cadeira’, disse.” (PASSARINHO – 2015)

30 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. “Art. 101. [...] Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

31 Com a posse do Ministro Edson Fachin, em 16.06.15, em substituição à vaga deixada ante a aposentadoria, em 31.07.14, do Ministro Joaquim Barbosa, retomou-se a composição plena do Supremo Tribunal Federal.

32 Entende-se que a recente alteração do limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral (Emenda Constitucional nº 88/2015) manterá estável por mais tempo a atual composição da Suprema Corte e, portanto, o quórum integral de 11 Ministros.

Regimental nº 49 de 03/6/2014, cuja edição foi aprovada, por unanimidade de votos, na Sessão Administrativa realizada em 28/5/2014, menos de 6 meses do seu encaminhamento pelo então Presidente da Suprema Corte, o Ministro Joaquim Barbosa, à Comissão de Regimento Interno.

Naquela assentada, manifestaram espécie³³ os integrantes do colegiado pelo fato de o Tribunal Pleno da mais alta Corte da nação – cuja quantidade de processos em pauta, à época, ultrapassava a marca dos 700, alguns aguardando julgamento a mais de 10 anos³⁴ e a demandar, segundo estimativas, o exame dos processos já inclusos em pauta, aproximados 15 anos para serem julgados³⁵ – dedicar uma sessão inteira³⁶ a examinar a legalidade de ato³⁷ do Conselho Nacional de Justiça editado com o fito de regravar contagem de pontos em certame para cartórios.

33 “Esse fato que causa certa surpresa a todos que o STF se vê debruçado por toda uma sessão, ou seja um Poder da República sobre uma questão que diz respeito de interesses individuais, que vem aqui ao Plenário da Casa por meio de um mandado de segurança que já foi examinado exaustivamente por um Conselho da mais alta hierarquia constitucional de nossa República e volta a ser discutido e rediscutido por todos os integrantes da Suprema Corte do país, algo precisa ser feito para por escopo a essa situação.” (Ministro Ricardo Lewandowski. Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

34 “Diria que no Plenário vamos de mal a pior. Uma tarde inteira para julgar-se um mandado de segurança. MS que como nós todos sabemos envolve interesses subjetivos. Presidente, temos na fila aguardando a pauta dirigida já com habilitação do relator mais de 700 processos, somente eu tenho cerca de 170, alguns que liberei há 10 anos. Estamos nos tornando, Presidente, ante a atuação ostensiva do CNJ, revisor desse órgão e tarda, já há consenso, eu penso que consenso revelado a uma só voz, tarda o deslocamento da apreciação do mandado de segurança contra ato do CNJ, como ocorreu relativamente a ato do Conselho Nacional do Ministério Público, para a Turma.” (Ministro Marco Aurélio. Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

35 “Para acrescentar a esse nosso cardápio de reflexões para as futuras mudanças. Essa talvez nem exija mudança regimental. Talvez seja uma mudança de costume, que teríamos de convencionar. O problema da repercussão geral é que nós ... o Tribunal deu repercussões gerais demais, e nós sobrestamos, estamos travancando a vida dos tribunais estaduais, de modo que uma proposta que eu traria à reflexão é a de que não podemos dar, por ano, mais repercussões gerais do que sejamos capazes de julgar em um ano, porque do contrário a repercussão geral em vez de ser parte da solução vai passar a ser parte do problema. E, talvez tenhamos que revisitar a safra de repercussões gerais que já demos, porque não vamos dar conta de julgá-las nos próximos 15 anos [Ministro Celso de Mello – “é verdade”] segundo apurou um assessor do Gabinete do Ministro Marco Aurélio em trabalho acadêmico que escreveu.” (Ministro Roberto Barroso. Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

36 “O espaço tomado poderia ter sido dedicado à apreciação de outros processos a reclamarem, sim, a atividade do supremo. Diria num linguajar bem carioca, gastamos vela com um péssimo defunto.” (Ministro Marco Aurélio. Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

37 Conselho Nacional de Justiça. Procedimento de controle administrativo – PCA (nº 200910000019365 e nº 200910000024415).

Envoltos nessa atmosfera, o Ministro Luís Roberto Barroso sugeriu “transferir o julgamento desse tipo de matéria para as Turmas porque evidentemente não se justifica que esteja aqui no Plenário”³⁸, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, sugestão igualmente endossada pelo Ministro Dias Toffoli, que acresceu não ser necessária a análise, no Plenário do STF, do mandamus pelo “só fato do CNJ ser presidido pelo Presidente da Corte”.³⁹ O Ministro Luiz Fux, observando a “vulgaridade da competência do Plenário para analisar essa matéria”⁴⁰, ventitou a possibilidade do Tribunal Pleno assentar, de imediato, a exegese da remessa dos processos para as Turmas.

Destacou o Ministro Joaquim Barbosa⁴¹ não prescindir a alteração do regimento interno de sessão administrativa, orientação ratificada pelo Ministro Marco Aurélio⁴² na qualidade de Presidente da Comissão de Regimento Interno.

Compartilhou o Ministro Gilmar Mendes da preocupação já suscitada pelos colegas quanto à disfuncionalidade do Tribunal que se manifesta, infelizmente, não apenas neste caso, mas numa série de outros, como nós temos apontado de modo que a reforma regimental que se anuncia tem que ser mais abrangente.⁴³

E, com tal linha de compreensão, convergiram igualmente os Ministros Marco Aurélio⁴⁴ e Celso de Mello, que dialogaram⁴⁵ acerca de

38 Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014.

39 Idem.

40 Idem.

41 “[...] a alteração do regimento interno precisa ser em sessão administrativa.” (Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

42 “[...] para alteração do regimento interno, aí como presidente da comissão eu defendo a atividade a ser desenvolvida.” (Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

43 Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014.

44 “E aí, a rigor, a ressalva quanto aos atos do Procurador-Geral da República, na chefia ou na coordenação do CNMP”. (Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

45 “Dá a necessidade de que algumas outras medidas, de lege ferenda, sejam adotadas. Mas há uma providência ao alcance da Corte, consistente na outorga de um maior coeficiente de racionalidade aos trabalhos desenvolvidos pelo Tribunal e já se adotou a fórmula da emenda regimental para se deslocar para as Turmas a competência para julgar determinadas causas até então afetas a este Egrégio Plenário e nada impede também que em se tratando do CNJ essa mesma providência venha a ser adotada em sede regimental. Num primeiro

se fazer, ou não, distinção quanto à competência do Tribunal Pleno para os atos emanados pelo Presidente do CNJ, bem como do CNMP.⁴⁶

Pouco antes do término da sessão, já encerrados os debates, centrados exclusivamente na problemática da competência para ações de segurança, o Ministro Roberto Barroso solicitou aos demais integrantes do colegiado que refletissem “para a questão de também o recebimento de denúncia ser transferido para as Turmas”.⁴⁷

À luz da sugestão do Ministro Ricardo Lewandowski, o Ministro Presidente fez registrar em ata a deliberação do colegiado em encaminhar a proposta de alteração do Regimento Interno à Comissão de Regimento, ressalvada a competência do Plenário para apreciar, em sede originária, mandado de segurança impetrado contra atos individuais do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Procurador-Geral da República na condição de Presidentes, respectivamente, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.⁴⁸

Passados 6 meses dos debates que acenderam seu rastilho, a Emenda Regimental nº 49/2014 foi editada, aplicando-se imediatamente⁴⁹ as modificações na competência interna do STF para o julgamento não somente das ações que envolvam atos do CNJ e do CNMP, praticados ou não por seus Presidentes, como também de outras hipóteses, em particular os pedidos de arquivamento por atipicidade de conduta e crimes comuns de autoria de Deputados e Senadores, cuja competência foi deslocada para

momento pensou-se que deveria remanescer a competência do Pleno no CNJ pelo fato de que o Presidente desse importante Conselho da República ser precisamente o Presidente do STF. Mas vejamos que recursos extraordinários do TSE, de cuja composição participam 3 Ministros desta Corte, são julgados pelas Turmas normalmente. Portanto, é possível divisar-se a outorga, mediante emenda regimental, às Turmas, também da competência originária para processar e julgar mandados de segurança. [Ministro Marco Aurélio – “e com a distinção de que se o ato for do presidente do CNJ individual a competência será do Plenário”], pois é, aí é diferente, mas é possível fazer esse tipo de distinção”. (Ministro Celso de Mello. Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014).

46 Em relação ao Procurador-Geral da República, na condição de Presidente do CNMP, destaca-se não haver, antes da Emenda Regimental nº 49/2014, simetria no que tange à competência do Tribunal Pleno do STF para o julgamento das ações de segurança.

47 Debates ao julgamento dos Mandados de Segurança 28.290/DF, 28.330/DF, 28.375/DF e 28.477/DF. STF, Tribunal Pleno, 04/12/2014.

48 Os debates, portanto, versaram sobre competência para ações mandamentais, consoante registrado em ata, sem alcançar, na oportunidade, ações penais e inquéritos.

49 Os processos já inclusos na pauta do Pleno foram deslocados para as Turmas, ante a aplicação imediata da regra de competência introduzida pela Emenda Regimental nº 49/2014, em observância ao comando contido no seu artigo 4º.

as Turmas, ressalvada a competência do Plenário se partes no processo do Presidente do Senado Federal ou o Presidente da Câmara dos Deputados.

Assim, a Emenda Regimental nº 49/2014 tem em seu bojo o intuito de aparelhar a Suprema Corte ao enfrentamento da grave crise de funcionalidade, como forma de agilizar os julgamentos em geral e, em particular, destrancar a pauta do Plenário, reservando-a a questões de maior relevância e alcance para a sociedade, focada ao controle de constitucionalidade, pelas vias do controle abstrato e da repercussão geral. Denota-se, igualmente, preocupação em manter na competência do Pleno – tomando-se como fator de distinção o cargo de presidente – não somente o julgamento dos processos criminais, mas também as diversas ações em que possam figurar Presidentes de órgãos de cúpula da República, v.g., Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, Mesas da Câmara e do Senado Federal.⁵⁰

2 FUNCIONAMENTO DO STF POR ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS

Os dois primeiros regimentos internos do STF (1891 e 1909) não contemplavam divisão da Suprema Corte em órgãos fracionários, hipótese prevista tão só ao advento do Regimento Interno de 1940, em atenção ao Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, pelo qual “todos os feitos da competência do Supremo Tribunal Federal”⁵¹ passariam a ser julgados por Turmas compostas de cinco juízes.

Embora o Regimento Interno do STF de 1940 tenha contemplado o fracionamento⁵² que se operou com o advento do Decreto-Lei nº 6/1937, diploma que reservou ao Pleno o exame dos embargos veiculados contra as decisões das Turmas, regimentalmente foram mantidas as competências do Pleno anteriores à criação dos órgãos fracionários da Corte, deslocando-se às Turmas apenas o julgamento dos “recursos ordinários das decisões dos Juizes locais nas causas em que a União, ou autarquia que desempenhe

50 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. *Emenda Regimental nº 49/2014*, artigo 5º, I e V.

51 BRASIL. *Decreto-Lei nº 6/1937*. “Art. 5º Todos os feitos da competência do Supremo Tribunal Federal serão julgados por turmas de cinco juízes, revogado o artigo 3º do decreto n. 19.656, de 3 de fevereiro de 1931. § 1º As turmas funcionarão separadamente, no mesmo dia ou em dias diferentes, na forma prescrita pelo regimento interno. § 2º O Supremo Tribunal Federal determinará quais os ministros que deverão compor cada uma das turmas. [...] Art. 6º Admitem-se embargos para o tribunal pleno dos julgamentos das turmas.”

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno de 1940*. “Art. 1º. O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros (Const. de 1937, art. 97). [...] § 2º. O julgamento dos processos será feito por turmas de cinco juízes constituídos de acordo com as prescrições deste Regimento, excetuados os casos da competência do Tribunal Pleno (Decreto-lei n. 6, de 16 de novembro de 1937, art. 5).”

serviço federal, for interessada, como autora, ré, assistente ou oponente” e dos “recursos extraordinários das decisões dos Tribunais locais em única ou última instância”.⁵³

A opção dos membros integrantes da Suprema Corte em assegurar vasta competência jurisdicional ao Tribunal Pleno foi igualmente adotada pelo Regimento Interno de 1970⁵⁴, a incluir a competência para processar e julgar, originariamente, nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.⁵⁵

Interessante notar ainda que as Constituições anteriores ao Decreto-Lei nº 6/1937, incluída a própria Carta de 1937, editada em 10 de novembro daquele ano, apenas seis dias antes do referido decreto-lei⁵⁶, não contemplavam o fracionamento dos órgãos jurisdicionais da Suprema Tribunal Federal, à exceção da Constituição de 1934, cujo texto facultava, mediante proposta da própria “Corte Suprema”⁵⁷, dividir-se em Câmaras ou Turmas.⁵⁸

A Constituição de 1946, mediante o Ato Institucional nº 2, além de alterar a composição do STF, elevando o número de Ministros para 16, divide o Plenário em 3 Turmas de 5 Ministros⁵⁹, primeira vez em que explicitados no texto constitucional órgãos fracionários no âmbito da

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., “Art. 24. Competem a cada uma das Turmas: I – o processo e o julgamento dos recursos a que se refere o art. 22. n. II, letras c e f.

54 A teor dos artigos 6º e 7º, em comparação com os artigos 9º e 10 do RISTF de 1970 (atualizado até ER nº 8/1979).

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno de 1970 (atualizado até ER nº 8/1979)*. Art. 6º, I.

56 Publicado em 16 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-6-16-novembro-1937-354233-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 24 jul. 2015, às 9h.

57 A Carta de 1934 denominou o STF de “Corte Suprema”, consoante artigo 9º das Disposições Transitórias, verbis: “Art 9 - O Supremo Tribunal Federal, com os seus atuais Ministros, passará a constituir a Corte Suprema”. A denominação Supremo Tribunal Federal, historicamente adotada no Brasil, foi reestabelecida pela Carta de 1937 (Art 90 - São órgãos do Poder Judiciário: a) o Supremo Tribunal Federal;”

58 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. “Art 73 - A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. [...] § 2º - Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.”

59 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. “Art. 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de dezesseis Ministros. Parágrafo único - O Tribunal funcionará em Plenário e dividido em três Turmas de cinco Ministros cada uma.”

Suprema Corte. Tal estrutura foi permitida nas Cartas de 1967⁶⁰ e 1969⁶¹, mas não na Constituição de 1988, cuja redação não distingue competência entre Plenário e Turmas⁶², nem sequer ventilando o funcionamento da Suprema Corte de modo fracionado.

Não haveria mesmo razão para o legislador constituinte de 1988 proceder de modo diverso, devidamente cristalizado no texto constitucional, na parte em que se destina a todo o Poder Judiciário, competir privativamente aos tribunais elaborar seus regimentos internos, dispondo sobre o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais.⁶³

Nesse sentir, seja pelo prisma do texto constitucional vigente, seja porque previsto em todos os regimentos internos posteriores ao de 1940, o funcionamento por seu Pleno e Turmas, além de fazer parte da tradição jurídica da Suprema Corte, resulta chancelado pela Carta Constitucional vigente, bem como explicitado no Regimento Interno atual serem órgãos do Tribunal o Plenário, as Turmas e o seu Presidente.

3 FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Sem mais digressões, porquanto temática merecedora de estudo particularizado, faz-se tão somente o registro de que o foro por prerrogativa de função – ou foro privilegiado – é instituto nada recente na história do Direito, transitando, desde a antiguidade até o presente, do privilégio pessoal à prerrogativa em razão do cargo ou função ocupado.

No ordenamento constitucional brasileiro, por exemplo, o instituto já se encontrava presente na Carta de 1824⁶⁴, que impunha a existência,

60 Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. “Art 115 - O Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas. Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá: a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n.º I, letras a, b, e, d, i, j e l, que lhe são privativos; b) a composição e a competência das Turmas; [...]”

61 Constituição da República Federativa do Brasil de 1969. “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...]§ 2º O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas. § 3º O regimento interno estabelecerá:”

62 Cf. artigos 101 e 102 da Constituição Federal de 1988.

63 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;”

64 Constituição Política do Império do Brasil de 1824. “Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas

na capital do Império e demais províncias, de um Tribunal chamado de “Supremo Tribunal de Justiça”, com competência para julgar delitos e erros funcionais de seus próprios membros, Ministros das Relações, empregados no corpo diplomático e presidentes das províncias, além de outras hipóteses previstas na constituição e na legislação ordinária.

Pode-se constatar ainda, do cotejo entre os textos das constituições brasileiras, que o rol de autoridades com foro privilegiado tem sido ampliado ao longo das Cartas Políticas que se sucederam no Brasil, sendo que os detentores de mandato parlamentar federal passaram a ter foro por prerrogativa de função, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com a Emenda Constitucional nº 1/1969⁶⁵, garantia do cargo renovada no texto da Lei Maior de 1988.⁶⁶

4 A CONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA REGIMENTAL Nº 49/2014

4.1 Formal

O Supremo Tribunal Federal, ao longo da sua história, antes de editar o regimento interno vigente, que data de 1980 e se encontra na 49^o emenda, teve 4 regimentos internos (1891, 1909, 1940 e 1970). Contudo, somente⁶⁷ ao advento da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934⁶⁸, o ordenamento constitucional passou a prever, explicitamente, aos Tribunais a competência para a elaboração de seus regimentos internos,

antiguidades; e serão condecorados com o Título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. Art. 164. A este Tribunal Compete: [...] II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático, e os Presidentes das Províncias.”

65 “Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente; a) nos crimes comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os Deputados e Senadores, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República;”

66 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;”

67 A Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824, é silente quanto à organização interna dos Tribunais, enquanto a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1981, prevê em seu artigo 58 que os “Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas”.

68 “Art 67 - Compete aos Tribunais: a) elaborar os seus Regimentos Internos, organizar as suas secretarias, os seus cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos.”

previsão essa reproduzida nas Cartas de 1937⁶⁹, 1946⁷⁰, 1967⁷¹ e na EC nº 1/1969.⁷² Na Carta vigente, o legislador constituinte originário inseriu um plus em tal competência, ao prever competir privativamente aos tribunais dispor, em regimento interno, sobre competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais, sem prejuízo das normas e garantias processuais, redação que não dá margem a dúvidas quanto à permissão constitucional – privativa⁷³ – para que os tribunais disponham sobre a competência dos seus órgãos fracionários e do Plenário para o julgamento de processos.⁷⁴ Não havia, por seu turno, no ordenamento jurídico pátrio previsão de competência específica das Turmas e do Pleno da Suprema Corte que pudesse conflitar com eventual alteração regimental. A Lei Maior de 1988 se limita a elencar as hipóteses que se inserem na competência do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer remissão a órgãos fracionários, Tribunal Pleno ou, ainda, a juízo singular.

De qualquer sorte, tal prerrogativa do STF restou consolidada antes mesmo da Carta Política de 1988, na esteira do que preconizado pela Constituição de 1967 e mantido na EC nº 1/1969, textos nos quais o regimento interno, precisamente o do Supremo Tribunal Federal, foi elevado à condição de lei

69 “Art 93 - Compete aos Tribunais: a) elaborar os Regimentos Internos, organizar as Secretarias, os Cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos.”

70 “Art 97 - Compete aos Tribunais: [...] II - elaborar seus Regimentos Internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.”

71 “Art 110 - Compete aos Tribunais: [...] II - elaborar seus Regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor (art. 59) ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.”

72 “Art. 115. Compete aos Tribunais: [...] II - elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; propor ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos.”

73 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “EMENTA: - “Habeas corpus”. Órgão julgador de revisão criminal. Competência. - O artigo 101, § 3º, letra “c”, da Lei Complementar 35/79, que atribui às Seções Especializadas e não aos Grupos de Câmaras Criminais dos Tribunais a competência para processar e julgar as revisões criminais dos julgamentos de primeiro grau, da própria Seção ou das respectivas Turmas, não foi recebido pela atual Constituição, que, no artigo 96, I, “a”, preceitua que compete privativamente aos Tribunais elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o financiamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Portanto, em face da atual Carta Magna, os Tribunais têm amplo poder de dispor, em seus regimentos internos, sobre a competência de seus órgãos jurisdicionais, desde que respeitadas as regras de processo e os direitos processuais das partes. - Inexistência, no caso, da alegada nulidade por incompetência do órgão que julgou a revisão criminal. “Habeas corpus” indeferido.” (HC 74190, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 07/03/1997)

74 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 22111, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 13.6.1997.

material⁷⁵, status com o qual recepcionado⁷⁶ na ordem constitucional o Regimento Interno vigente. Assim, já na Constituição de 1967, faculdade igualmente prevista na EC nº 1 de 1969, estava o STF autorizado a fixar, por meio do Regimento Interno, as competências de seu Presidente, do Plenário e das Turmas, bem como o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

75 Brasil. Supremo Tribunal Federal. "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Inciso IX, do art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que pospõe a sustentação oral do advogado ao voto do relator. Liminar. Os antigos regimentos lusitanos se não confundem com os regimentos internos dos tribunais; de comum eles têm apenas o nome. Aqueles eram variantes legislativas da monarquia absoluta, enquanto estes resultam do fato da elevação do Judiciário a Poder do Estado e encontram no Direito Constitucional seu fundamento e previsão expressa. O ato do julgamento é o momento culminante da ação jurisdicional do Poder Judiciário e há de ser regulado em seu regimento interno, com exclusão de interferência dos demais Poderes. A questão está em saber se o legislador se conteve nos limites que a Constituição lhe traçou ou se o Judiciário se manteve nas raízes por ela traçadas, para resguardo de sua autonomia. Necessidade do exame em face do caso concreto. A lei que interferisse na ordem do julgamento violaria a independência do judiciário e sua consequente autonomia. Aos tribunais compete elaborar seus regimentos internos, e neles dispor acerca de seu funcionamento e da ordem de seus serviços. Esta atribuição constitucional decorre de sua independência em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Esse poder, já exercido sob a Constituição de 1891, tornou-se expresso na Constituição de 34, e desde então vem sendo reafirmado, a despeito, dos sucessivos distúrbios institucionais. A Constituição subtraiu ao legislador a competência para dispor sobre a economia dos tribunais e a estes a imputou, em caráter exclusivo. Em relação à economia interna dos tribunais a lei é o seu regimento. O regimento interno dos tribunais é lei material. Na taxinomia das normas jurídicas o regimento interno dos tribunais se equipara à lei. A prevalência de uma ou de outro depende de matéria regulada, pois são normas de igual categoria. Em matéria processual prevalece a lei, no que tange ao funcionamento dos tribunais o regimento interno prepondera. Constituição, art. 5º, LIV e LV, e 96, I, a. Relevância jurídica da questão: precedente do STF e resolução do Senado Federal. Razoabilidade da suspensão cautelar de norma que alterou a ordem dos julgamentos, que é deferida até o julgamento da ação direta." (ADI 1105 MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 27/04/2001)

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – DESCUMPRIMENTO, PELA PARTE EMBARGANTE, DO DEVER PROCESSUAL DE PROCEDER AO CONFRONTO ANALÍTICO DETERMINADO NO ART. 331 DO RISTF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – COMPETÊNCIA NORMATIVA PRIMÁRIA (CF/69, ART. 119, § 3º, "c") – POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL, SOB A ÉGIDE DA CARTA FEDERAL DE 1969, DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DISPOR, EM SEDE REGIMENTAL, SOBRE NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL – RECEPÇÃO, PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988, DE TAIS PRECEITOS REGIMENTAIS COM FORÇA E EFICÁCIA DE LEI (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278) – PLENA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 331 DO RISTF – ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO APRECIA O MÉRITO DA QUESTÃO SUSCITADA NO APELO EXTREMO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A parte embargante, sob pena de recusa liminar de processamento dos embargos de divergência – ou de não conhecimento destes, quando já admitidos – deve demonstrar, de maneira objetiva, mediante análise comparativa entre o acórdão paradigma e a decisão embargada, a existência do alegado dissídio jurisprudencial, impondo-se-lhe reproduzir, na petição recursal, para efeito de caracterização do conflito interpretativo, os trechos que configurariam a divergência indicada, mencionando, ainda, as circunstâncias que identificariam ou que tornariam assemelhados os casos em confronto. Precedentes. - O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, "c"), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278), revestindo-se, por isso mesmo, de plena legitimidade constitucional a exigência de pertinente confronto analítico entre os acórdãos postos em cotejo (RISTF, art. 331). - A inadmissibilidade dos embargos de divergência evidencia-se quando o acórdão impugnado sequer aprecia o mérito da questão suscitada no recurso extraordinário." (AI 717226 AgR-EDv-AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 11/12/2013)

A questão já foi objeto de apreciação pela Suprema Corte, a exemplo do que decidido no Habeas Corpus nº 71.429⁷⁷, julgamento no qual consagrado que a competência penal originária do Tribunal de Justiça, para processar e julgar Prefeitos Municipais, não se limita e nem se restringe ao Plenário ou, onde houver, ao respectivo Órgão Especial, podendo ser atribuída a qualquer de seus órgãos fraccionários (Câmaras, Turmas, Seções).

De igual modo, o julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 27.983⁷⁸, em que registrado possuir o Superior Tribunal de Justiça autonomia para definir e regulamentar o funcionamento e a divisão de atribuições no âmbito daquela Corte, sem que isso implique o desvirtuamento da competência jurisdicional estabelecida pela Carta Magna, a qual pertence ao órgão do Poder Judiciário (Superior Tribunal de Justiça), e não a determinada Seção ou Turma.

Respeitado o procedimento à alteração do Regimento Interno, pela via da emenda regimental, realizada Sessão Administrativa e aprovada a proposta pelos Ministros integrantes da Suprema Corte, competindo ao Tribunal dispor sobre o seu funcionamento por órgãos fracionários e competência jurisdicional do Pleno e Turmas, não ostenta o vício da inconstitucionalidade formal a Emenda Regimental nº 49/2014, em particular seus artigos 1º (altera a redação do inciso I do artigo 5º do Regimento Interno, para incluir na competência do Pleno o julgamento dos crimes comuns praticados pelo Presidente do Senado Federal ou pelo Presidente da Câmara dos Deputados) e 3º (acresce ao artigo 9º do Regimento Interno a alínea “j”, inserindo os crimes comuns de Deputados e Senadores na competência das Turmas).

4.2 Material

4.2.1 Princípio da igualdade

A questão acerca do que vem a ser igualdade tem sido objeto de estudo ao longo da história, com expoentes que vão de Aristóteles, e sua máxima de que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, a Rui Barbosa, e seu festejado discurso Oração aos Moços⁷⁹, ao afirmar que a “regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem”.

77 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Celso de Mello, *DJ* 25.8.1995.

78 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Min. Dias Toffoli, *DJE* 14.9.2012.

79 Discurso. Formatura da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Na mesma linha, Alexy sustenta que, dentre as variantes possíveis, a fórmula que melhor expressa a ideia de igualdade é a de que “o substancialmente igual não pode ser tratado desigualmente”⁸⁰, e Ingo Wolfgang Sarlet afirma “que o princípio da igualdade encerra tanto um dever jurídico de tratamento igual do que é igual quanto um dever jurídico de tratamento desigual do que é desigual”.⁸¹ Sem mais digressões, com apoio nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, vedadas as “desequiparações fortuitas ou injustificadas”⁸², possível afirmar que não afronta a igualdade a existência de tratamentos diversos, desde que haja um elemento atrelado à distinção.

Contudo, não basta haver um fator de *discrímén* qualquer, mas sim que o fator de *discrímén* racionalmente justifique a desigualação. Mais, quando se aponta para o princípio da igualdade, é imprescindível, além da presença de um elemento racional de distinção, que a racionalidade que o justifica se harmonize ao arcabouço jurídico-constitucional. Assim, porquanto o respeito ao princípio da igualdade, no campo da isonomia, enquanto igualdade – formal e material – decorrente da (e na) ordem jurídica, no seu espectro mais amplo, comporta o ideal de justiça.

Nesse sentir, José Gomes Canotilho afirma violado o princípio da igualdade “quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária” e, por conseguinte, ofendida arbitrariamente a igualdade jurídica quando o comando normativo não encontrar suporte em um “(I) fundamento sério; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”.⁸³

Na mesma esteira, Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao ensinamento de que:

o que deve prevalecer, como critério justo para a montagem e aplicação do princípio da igualdade, é que o elemento determinante do tratamento igual ou desigual seja o que se afasta do arbítrio e realize o ideal de justiça prevalente na sociedade e que se justifique pela razão humana.⁸⁴

80 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 404.

81 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Sistema Constitucional Brasileiro*. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 548.

82 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 25.

83 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 419.

84 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 39-40.

A questão repousa, portanto, não no apontado tratamento desigual, mas sim na identificação do fator tomado ao *discrimen* e, passo seguinte, na verificação dos critérios que possam tornar o fator de discriminação em elemento justificador a afastar a arbitrariedade no tratamento não igualitário pela ótica jurídica. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que “o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões”: a identificação do fator de *discrimen*, a justificativa racional e a harmonização do fator de *discrimen* ao ordenamento jurídico.

Nessa ordem de ideias, tem-se que o fator de desigualação entre os membros do Congresso Nacional, no que diz com a modificação da competência operada pela Emenda Regimental nº 49/2014, está em exercer o parlamentar a Presidência da Câmara ou do Senado Federal.

A manutenção, por sua vez, da competência do Tribunal Pleno do STF para o julgamento de causas que envolvam autoridade ocupante de cargo de presidente não informou a emenda regimental somente no que tange aos detentores de mandato parlamentar, mas, também, quanto aos Presidentes do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, a evidenciar que a *ratio* de eleição do fator de *discrimen* não se restringe à espécie, bem como não se destina a abrigar situação de índole subjetiva, e sim de caráter geral e abstrato, pertinente à prerrogativa do cargo, e não do parlamentar que eventualmente o exerce.

Tratamento diferenciado entre os membros do Congresso Nacional, a corroborar a tese de que o cargo de presidente, por sua relevância, é elemento justificador suficiente, já foi objeto de consideração por parte do legislador constituinte originário, que assegurou privativos de brasileiro nato os cargos de Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a participação dos seus exercentes nos Conselhos da República e Defesa Nacional, bem como por eles a sucessão, em caso de impedimento ou vacância, do Presidente e Vice-Presidente da República, hipóteses para as quais os demais detentores de mandato parlamentar não se habilitam.

À luz de tais premissas, não há óbice à compreensão de que preenchidos os critérios comumente apontados pela doutrina como necessários à adoção de fator de *discrimen*, tolerável a desigualação perpetrada pela Emenda Regimental nº 49/2014, sem que se possa entender afrontado o princípio da igualdade. Na precisa lição de Luigi Ferrajoli:

nem todas as desigualdades jurídicas, como veremos, são de fato intoleráveis. Apenas aquelas que obstam a vida, a liberdade, a sobrevivência e o desenvolvimento das outras pessoas o são; e as identificações dos limites, qualitativo e quantitativo, além dos quais elas são por isso intoleráveis, está entre os mais difíceis problemas da filosofia jurídica e política.⁸⁵

4.2.2 Celeridade e razoável duração do processo

A alteração regimental operada pela Suprema Corte teve assento na necessidade de agilizar o julgamento dos processos, com especial atenção ao “descongestionamento” da pauta do Plenário. Assim, o deslocamento de determinadas competências para o âmbito das Turmas, solução buscada pela Emenda Regimental nº 49/2014, parte da compreensão de que colegiados com menor número de integrantes – considerado que a qualidade dos julgadores não se modifica, presentes nos órgãos fracionários da Suprema Corte os mesmos magistrados que compõem o Tribunal Pleno – decidem os feitos em menor espaço de tempo.

De fato, nosso histórico sobre a estrutura do Poder Judiciário indica que órgãos colegiados com menor número de integrantes emprestam maior agilidade aos julgamentos, observado que todos os Tribunais brasileiros funcionam de forma fracionada – decidindo, muitas das vezes, expressiva quantidade de causas por juízo singular⁸⁶ –, bem como a exemplo da permissão constitucional a que Tribunais com número superior a 25 integrantes funcionem por órgãos especiais. Nessa linha, é legítimo inferir que a Emenda Regimental nº 49/2014 igualmente se justifica pela maior agilidade, em abstrato, no julgamento das demandas submetidas ao STF.

Não menos correto é o fato de que o Poder Judiciário, ao lado dos demais Poderes da República, independentemente da explosão de litigiosidade⁸⁷, igualmente responde pela observância da duração razoável do processo⁸⁸, razão pela qual o julgador, no âmbito de suas competências

85 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 833.

86 No período de 2010-2014, o STF teve 61 mil julgamentos colegiados e 407 mil decisões monocráticas.

87 CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 68-69.

88 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Estação Científica*, Ed. Especial Direito. Juiz de Fora, v.01, n.04, p. 82-97, out./nov. 2009.

e atribuições, tem o dever de apresentar soluções e meios que promovam a célere entrega da prestação jurisdicional⁸⁹.

Volta-se, assim, a pedra de toque da crise de funcionalidade da Suprema Corte⁹⁰, que está a desaguar na perda da sua legitimidade, razão pela qual tem o Tribunal o dever de apresentar meios a garantir que as decisões por si proferidas comportem exequibilidade e, mais importante, possam atempadamente responder aos anseios da sociedade. No preciso dizer de Luiz Guilherme Marinoni acerca do “direito à obtenção da tutela do direito material se toma em conta a sua “efetividade”, que também reclama “tempestividade”.⁹¹ Em tese, portanto, o motivo ensejador da Emenda Regimental nº 49/2014 se confirma. A análise que se faz imprescindível, contudo, é sobre a confirmação da tese in concreto. É dizer, à luz dos dados estatísticos referentes ao período posterior à Emenda Regimental (03 de junho de 2014), houve aumento na agilidade dos julgamentos da Suprema Corte? A pauta do Plenário restou descongestionada? Com o escopo de facilitar a explanação dos dados⁹², chamar-se-á o período anterior à Emenda Regimental de “A” e o posterior de “B”.

Em números, o Pleno do STF julgou, em 2014, no período “A”, 1.041 processos, enquanto que no “B” foram decididos 1.574 casos, incrementando em 50% o total de julgados.

Por seu turno, ainda no âmbito do Plenário, em “A” foram apresentados em mesa ou incluídos em pauta para julgamento 965 e, em “B”, 1.389 processos.

E, o comparativo de maior expressão, porque diretamente vinculado ao motivo da alteração regimental – o congestionamento da pauta do Pleno do STF –, aponta que ao encerramento do ano judiciário de 2013⁹³, montante automaticamente transportado para 2014, havia 1.066 processos

89 HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 70.

90 “Os números registrados no Supremo Tribunal Federal em 2014 não poderiam ser diferentes e apontam para um cenário de crescente judicialização das questões sociais e políticas. De outra parte, revelam a busca permanente por soluções administrativas e jurisdicionais que permitam enfrentar eficazmente o problema do excesso de feitos, de maneira a dar cumprimento ao novo direito dos cidadãos, correspondente à razoável duração do processo.” (Relatório de Atividades 2014. Supremo Tribunal Federal - STF. Brasília, 2015. (p. 6) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2014.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015, às 21h).

91 MARINONI, op. cit., p. 83.

92 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>.

93 19.12.2013.

aguardando julgamento no Plenário, sendo que, no início de 2015⁹⁴, a representar o saldo remanescente de 2014, o quantitativo havia sido reduzido a menos de 50%, para precisamente 430 feitos.⁹⁵

No que diz com os julgamentos de ações penais e inquéritos, o Tribunal Pleno, entre 2010-2014, julgou em média 50,2 processos por ano e, assim, aproximadamente 25 causas por semestre. Já as Turmas⁹⁶, no 2º semestre de 2014 (“B”), julgaram 82 ações penais e inquéritos, número 3 vezes superior à média semestral de julgados no âmbito do Plenário.

4.2.3 Prognoses legislativas

Cumpra, por fim, observado que sua motivação se assenta em resultado dinâmico, cuja aferição deve ser realizada ao longo do curso temporal, compreender que a legitimidade⁹⁷ da Emenda Regimental nº 49/2014 não prescinde de permanente confirmação pelos eventos futuros, a exigir periódico cotejo desses incertos resultados com os dados da realidade preexistentes ao momento em que implementada a alteração regimental.

Assim, forçoso concluir que o motivo ensejador da Emenda Regimental nº 49/2014, tanto pelo prisma da agilização⁹⁸ dos processos quanto pelo do descongestionamento da pauta de julgamento, resta validado pelos resultados concretos obtidos pela Suprema Corte no período “B”, com referência a “A” e até o momento⁹⁹ em que compilados os dados estatísticos aqui apresentados.

94 17.02.2015.

95 14 processos por afetação ao Plenário, 33 pedidos de vista devolvidos para prosseguir no julgamento e 383 causas decorrentes de inclusão por agendamento.

96 1ª Turma 12 ações penais e 35 inquéritos e 2ª Turma 14 ações penais e 35 inquéritos.

97 MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica*, n. 8, v. 1, jan. p. 07, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em: 10 de mar. de 2015.

98 “Prestação de Contas. Redução de acervo do STF é mais intensa que entrada de processos. Em 2014, o Supremo Tribunal Federal recebeu 10% a mais de processos em relação ao ano anterior. Apesar disso, a corte conseguiu reduzir seu acervo em 15%. As informações são do relatório anual de atividades do tribunal. [...] No ano passado 79.943 novas ações ingressaram no tribunal, contra 72.066 em 2013 (aumento de 10%). Já o estoque no final do ano foi de 56.491 processos, número menor que os 67.052 processos que compunham o estoque da corte em 2013 (redução de 15%).” (CONSULTOR JURÍDICO - 2015)

99 15.02.2015.

5 CONCLUSÃO

A modificação da competência das Turmas e do Plenário da Suprema Corte para o julgamento das ações penais e inquéritos contra Deputados Federais e Senadores, introduzida pela Emenda Regimental nº 49/2014, à luz dos princípios da igualdade, razoável duração do processo e celeridade, não sofre do vício da inconstitucionalidade.

Por seu turno, sem olvidar que a solução da crise de funcionalidade pela qual passa o Supremo Tribunal Federal exige providências outras, os motivos encampados pelos integrantes da Corte a justificar a alteração do Regimento Interno – agilizar o julgamento dos processos e descongestionar a pauta do Pleno – foram plenamente atendidos, com base nos dados estatísticos referentes ao período analisado (2010-2014).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Artigo de Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/reducao-acervo-stf-intensa-entrada-processos>>. Acesso em: 4 fev. 2015.

Artigo de Justiça em Foco /Agência Brasil. *Ministros defendem julgamento pelas Turmas do STF*. Disponível em: <<http://justicaemfoco.com.br/desc-noticia.php?id=97516>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRÍGIDO, Carolina. *Tribunal americano recebe apenas cerca oito mil casos por ano*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/judiciario-nos-eua-julgamos-temas-relevantes-secretario-geral-da-suprema-corte-13677862>>. Acesso em: 28 fev. 2015..

BULLA, Beatriz. *Ministros defendem julgamento pelas Turmas do STF*. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ministros-defendem-julgamento-pelas-turmas-do-stf,1591318>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1995.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934)*.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891)*.

- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.*
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.*
- _____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937).*
- _____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946).*
- _____. *Constituição Política do Império do Brasil (25 de março de 1824).*
- _____. *Decreto-Lei nº 6/1937.*
- _____. *Emenda Constitucional nº 1/1969.*
- _____. *Lei nº 9.868/1999.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno de 1891.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno de 1909.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno de 1940.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno de 1970, atualizado até a Emenda Regimental nº 8/1979.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno de 1980, atualizado até a Emenda Regimental nº 49/2014.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.105 MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ 27/04/2001.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *AI 717.226 AgR-EDv-AgR, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJe 11/12/2013.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *HC 71.429, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 25/08/1995.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *HC 74.190, Primeira Turma, Relator Ministro Moreira Alves, DJ 07/03/1997.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *RMS 22.111, Tribunal Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ 13/06/1997.*
- _____. Supremo Tribunal Federal. *RMS 27.983, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe 14/09/2012.*
- CANÁRIO, Pedro. *Foro Adequado*. Deputados querem que competência penal do STF volte ao Plenário. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-29/deputados-competencia-penal-stf-volte-plenario>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do Judiciário. *Revista de Processo*, v. 128, p. 164, out. 2005 DTR\2005\711.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. In: *Estação Científica*, ed. Especial Direito. Juiz de Fora, v. 01, n. 04, p. 82-97, out./nov. 2009.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. Princípio da Isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, 11, OI, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. *Revista Jurídica*, n. 8, v. 1, jan. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm>. Acesso em: 10 de mar. de 2015.

MULLER, Friedrich. Dez Propostas para a Reforma do Judiciário na República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 3, Porto Alegre, 2005.

NASCIMENTO, Luciano. *AGU: é inadmissível Câmara questionar competência do STF em julgar parlamentares*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-12/agu-e-inadmissivel-camara-questionar-competencia-do-stf-em-julgar>>. Acesso em: 22 jan. 2015.

PASSARINHO, Nathalia. *Ministros do STF criticam demora de Dilma para preencher vaga no tribunal Celso de Mello e Marco Aurélio chamaram demora de 'nefasta' e 'abusiva'*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/02/ministros-chamam-demora-de-dilma-em-indicacao-ao-stf-de-abusiva.html>>. Acesso em: 27 fev. 2015.

RICHTER, André. *Procurador defende julgamento de parlamentares pelas turmas do STF*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-11/procurador-defende-julgamento-de-parlamentares-pelas-turmas-do-stf>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Editora Lê, 1990.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). São Paulo: FGV, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. rev. e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Sistema Constitucional Brasileiro*. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SENADO FEDERAL. *Anais da Assembleia Nacional Constituinte (20 anos)*. Publicação eletrônica. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

SOUZA, André de. *Ministros do STF defendem julgamento de parlamentares em turmas da Corte*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/ministros-do-stf-defendem-julgamento-de-parlamentares-em-turmas-da-corte-14532582>>. Acesso em: 11 nov. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Estatísticas do STF. Assessoria de Gestão Estratégica*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. *Portal de Notícias do STF*. Clipping. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

_____. *Relatório de Atividades 2014*. Supremo Tribunal Federal (STF). Brasília 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/relatorio2014.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015, às 21h.

_____. *Sobre o STF*. Composição. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_atual_jun_2015.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2015.



RECEBIDO EM: 26/05/2015
APROVADO EM: 07/01/2016

POLÍTICAS PÚBLICAS, LEGÍSTICA E A AGU: O PAPEL DO ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL NA EFETIVIDADE NORMATIVA

***POLICY, LEGISLATIVE DRAFTING AND AGU: STATE ATTORNEY'S
ROLE IN REGULATORY EFFECTIVENESS***

*Fabiano de Figueiredo Araújo
Procurador da Fazenda Nacional*

*Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília
Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções de Políticas Públicas e Legística; 1.1 Políticas Públicas; 1.2 Legística; 2 A Advocacia-Geral da União e seu papel na construção normativa; 3 O advogado público federal e as políticas públicas; 3.1 Limites de atuação do membro da AGU; 3.2 Papel na construção da política pública; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é o delinear a participação da Advocacia-Geral da União (AGU), especificamente dos seus membros, no processo de construção da política pública no âmbito federal, a fim de aprimorar o processo de efetividade normativa. No primeiro capítulo, há uma revisão acerca da noção de política pública e de legística, âmbito de estudo relacionado com a qualidade da norma. Posteriormente, promove-se um detalhamento do papel da AGU no processo da construção normativa, especificamente no tocante à seara de consultivo e assessoramento jurídicos. Finalmente, na terceira parte, condutas que os advogados públicos podem realizar na fase da formulação da política pública serão identificadas, lembrando-se que, a despeito de o membro da AGU não possa avaliar o mérito da política pública, o advogado público pode contribuir para sua construção.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Legística. AGU. Advogado Público. Efetividade.

ABSTRACT: The objective of this paper is to show the role of Office of the Attorney General of the Union (AGU), specifically of its members, in the policy building process at the federal level, in order to improve the process of regulatory effectiveness. In the first chapter, there is a review of the notion of policy and legislative drafting, which aims to improve the quality of Law. Then, AGU's role in construction of the law is evaluated. Finally, in the third part, actions which state attorneys can perform in policy formulation stage will be identified, remembering that, despite the AGU member can not assess the merits of policies, state attorney can help their construction.

KEYWORDS: Policy. Legislative Drafting. AGU. State Attorney. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Quando uma norma jurídica é produzida com a finalidade de disciplinar determinada política pública, não há dúvidas de que o objetivo primordial de tal concepção é a sua efetividade, isto é, a concretização do efeito desejado pela incidência do comando normativo. Não se adentrando aqui em questões específicas da doutrina da legislação simbólica¹, o respeito ao comando normativo (eficácia social) não enseja necessariamente a efetivação do desígnio do legislador por trás de uma norma.

Um exemplo didático de Marcelo NEVES² traz à baila a distinção entre efetividade e a eficácia de um preceito normativo:

Uma lei destinada a combater a inflação, por exemplo, será efetiva quando a inflação for reduzida relevantemente por força de sua eficácia (observância, aplicação, execução, uso). Entretanto, o vínculo “se-então” previsto abstratamente em uma lei antiinflacionária pode estar sendo regulamente concretizado nas relações sociais, sem que haja nenhuma modificação significativa no aumento dos preços; tem-se, portanto, eficácia sem efetividade.

A importância de uma norma efetiva possui desnecessária justificativa, mormente quando o fator por trás de sua formatação é o de ser um instrumento de política pública. Não soa adequada a construção de políticas públicas que não tragam a específica modificação, no mundo real, pretendida pelo ato normativo. O aludido cenário enseja decepções, receios, desconfiança com a máquina democrática.

Não por acaso, acentua-se a alegação, em sede doutrinária, de que a crise na democracia deriva da incapacidade de o sistema político tornar efetivas políticas públicas que estejam consonantes com a expectativa da população³.

1 Conforme a visão de NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 29, a concepção instrumental do Direito, “no sentido de que as leis constituem meios insuperáveis para se alcançar determinados fins desejados pelo legislador”, não retrata fielmente todas as espécies de normas legais. Existe a legislação simbólica, definida como atividade de produção de textos “cuja referência manifesta à realidade é normativa-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficadamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (op.cit., p. 30). Continuando, a legislação simbólica é qualificada por não possuir eficácia social (op. cit., p. 51), sendo basicamente engendrada para três finalidades, quais sejam, confirmação de valores sociais, demonstrar capacidade estatal para atender anseios momentâneos da população e postergar a solução de conflitos.

2 NEVES, op. cit., p. 48.

3 FERREIRA FILHO, Manoel G. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 71 e ss; SCHNEIDER, Anne & INGRAM, Helen. *Policy design for democracy*. Kansas: University Press of Kansas, 1997. p. 4 e ss.

Nesse diapasão, a Legística tem como escopo trazer técnicas adequadas a fim de tornar uma norma compatível com os desígnios da sociedade, objetivando trazer a efetiva realização do desejo normativo.

No contexto brasileiro, é despidendo trazer argumentos profundos no sentido de apontar que a União tenha proeminência no papel de estruturar políticas indutoras e regulatórias no contexto econômico/social. Diante disso, os advogados públicos federais acabam tendo papel de realce concernente à produção normativa, principalmente naquela relacionada com políticas públicas. Existe notável papel desses atores nos procedimentos preliminares à construção da propositura legislativa, mercê de todo um delineamento de atuação da Advocacia-Geral da União (AGU) nessa seara.

Sem embargo, a avaliação empreendida pelo advogado público não deve ficar adstrita, tão-somente, a um exame formal da minuta de ato normativo, porquanto, como agente interno da seara administrativa, é indubitável que o advogado público também possui o mister de ter uma conduta mais assertiva, procurando, assim, fazer aprimoramentos na propositura normativa, a fim de que o comando positivo ostente um viés mais efetivo.

Eis, portanto, o âmago do presente trabalho. Pretende-se discorrer sobre o papel exercido pela advocacia pública federal na construção de normas relacionadas com a promoção de políticas públicas.

A fim de atender à mencionada pretensão, promover-se-á inicialmente uma breve revisão doutrinária acerca de políticas públicas, descrevendo suas características basilares. Logo após, serão tecidas breves considerações sobre Legística, campo de estudo relacionado com a qualidade da norma.

O segundo capítulo deste trabalho explicitará o papel da advocacia pública federal no âmbito da construção normativa, especificamente no tocante à seara de consultivo e assessoramento jurídicos, delineando o arcabouço institucional do órgão jurídico e detalhando a participação de relevo da AGU no cenário de produção normativa em nosso país.

Por fim, o terceiro tópico deste artigo abordará as condutas que os advogados públicos podem realizar no cenário de construção de política pública, no afã de fomentar a sua efetividade.

1 NOÇÕES DE POLÍTICA PÚBLICA E LEGÍSTICA

Como já ressaltado, o escopo do presente trabalho é discorrer sobre condutas e/ou comportamentos do advogado público na seara consultiva que fomentem a efetividade de políticas públicas.

Todavia, como caminho preliminar a tal mister, impõe-se traçar breves linhas acerca do conceito e características da política pública, instituto deveras abordado no cotidiano administrativo, mas estudado de forma rarefeita. Posteriormente, ainda em sede de prejudicial, discorrer-se-á sobre a Legística, seara de estudo cuja finalidade é a de aprimorar a qualidade legislativa.

1.1 Política Pública

A concepção de uma conduta governamental pressupõe grandes debates. Ledo engano compreender de forma distinta. Divergências ideológicas, políticas, de visão estatal, são sempre reforçadas, evidenciadas, contrastadas, quando se discute a formulação de determinado desígnio estatal.

Não se espera, pois, facilidades, ou unanimidades, quando se pretende construir uma determinada política pública. Conflitos de ideias e interesses são verificados à saciedade nesse instante. A sofisticação e o incremento da atuação dos grupos de interesses, que patrocinam e incentivam o fomento de políticas públicas que acolham seus objetivos, ostentam um caráter quase belicoso à concepção de norma referente a uma política pública. Ademais, o processo de discussão da propositura normativa, nos respectivos âmbitos de construção legislativa, não prescinde de vários acordos recíproco parlamentares, denominado como *logrolling*⁴. Há, pois, inúmeros atores, ou seja, “indivíduos, grupos ou organizações que desempenham um papel na arena política” e que “estudam e elaboram propostas, tomam decisões e fazem com que suas intenções sejam convertidas em ações”⁵.

Esse cenário de arena política é delineado por Maria das Graças RUA⁶:

4 PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em Presidencialismo de Coalização: as relações entre o executivo e legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, p. 273, 2002.

5 SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 99.

6 RUA, Maria G. *Políticas públicas*. Departamento de Ciência da Administração – UFSC. Brasília: UAB, 2009. p. 77.

A concepção de “arenas” parte do pressuposto de que as reações e expectativas das pessoas afetadas por medidas políticas têm um efeito antecipatório para o processo político de decisão e implementação. Os custos e ganhos que as pessoas esperam das decisões de políticas influenciam seu comportamento e, por isso, afetam decisivamente a configuração do processo político formando as arenas. O modelo de arenas políticas refere-se aos processos de conflito e de consenso relativos às diversas políticas públicas. As arenas políticas não são espaços físicos, mas sim contextos sistêmicos, interativos, que configuram a dinâmica de atuação de atores, definem as suas alianças e mobilizam o conflito entre eles a partir dos issues, das preferências, das expectativas e da estrutura de oportunidades [...]

Inexistem dúvidas, pois, que a discussão, o debate, e até mesmo o conflito, são elementos ínsitos para confecção de políticas públicas no âmbito do regime democrático. Pugnando-se vênua pela analogia, pode-se aplicar à espécie a lógica semelhante da máxima bíblica de que a vinda do Salvador não teve como escopo trazer a paz ao mundo⁷, de sorte que a democracia não traz necessariamente tranquilidade ao ambiente político de um Estado. Ao contrário, pois a linha singular de um regime autocrático é que geralmente acaba afastando debates e divergências.

Essa breve consideração teve como razão estabelecer duas premissas. A primeira é a de que uma discussão sobre política pública, mesmo que na seara de um trabalho jurídico, pressupõe um estudo à margem da literatura estritamente jurídica. Há evidente necessidade de aprofundamento de temas políticos e sociológicos. Não por acaso, Maria Dallari BUCCI intentou estabelecer, em artigo específico, um conceito de política pública em direito, concluindo, após tecer considerações em mais de quarenta páginas, que:

Embora estejamos raciocinando há algum tempo sobre a hipótese de um conceito de políticas públicas em direito, é plausível considerar que não haja um conceito jurídico de políticas públicas. Há apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para o entendimento das políticas públicas e o trabalho nesse campo.⁸

7 Mt. 10, 34.

8 BUCCI, Maria P.D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria P.D. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 47.

Por outro lado, como segundo premissa, impende consignar que a construção de uma conduta governamental deriva do seu contexto social e político. A política pública acaba sendo fruto de consequências derivadas de uma arena política. A política pública acaba sendo fruto do cenário de relacionamento de poderes existentes em específico âmbito territorial. A política pública, finalmente, acaba sendo fruto de um background sociológico, influenciado por instituições não formais⁹, tais como costume, prática, relação ou comportamento, ou por instituições corporativas¹⁰, “entidades que organizan la vida em sociedad como el parlamento, el gobierno, los jueces, el hospital psiquiátrico o la cárcel”¹¹.

A especificidade de um determinado panorama espacial é o que enseja diferenças entre países com semelhantes opções macroeconômicas. Isso é o que explica, por exemplo, a razão pela qual os Estados Unidos e o Reino Unido, que gozam de parecida visão liberal na economia, ostentam políticas públicas de saúde manifestamente dissonantes. Tal contexto é o que denota, mais uma vez como ilustração e conforme lembra Mailson da NÓBREGA¹², a existência de símbolos econômicos de atuação econômica estatal em cada país, o que possibilita que não haja grandes estatais petrolíferas nos Estados Unidos (ao contrário do Brasil), enquanto que todos os principais aeroportos americanos sejam de capital majoritariamente estatal (ao contrário do Brasil).

Já que se fala neste tópico sobre contextualização, é de se consignar que o estudo científico de políticas públicas foi induzido por um cenário histórico propício, pós-crise de 1929, donde advieram políticas econômicas interventivas. O Estado tornou-se um proeminente ator na economia, avocando o mister de ser responsável pelo controle da demanda agregada de bens e produtos e objetivando sempre o equilíbrio econômico e o pleno emprego, atuando ademais como garantidor de um padrão mínimo de subsistência dos indivíduos.

Por oportuno, não se aponta aqui que políticas públicas surgiram apenas a partir de 1930, haja vista o caráter liberal pretérito, visto ser possível que “la decision de no actuar ante a un determinado problema conforma em si una política pública”¹³. O que pretende imprimir é que a proeminência do dirigismo estatal em determinado momento histórico

9 SECCHI, op. cit., p. 91.

10 HAURIOU, Maurice. *A Teoria da Instituição e da Fundação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 19-20.

11 HARGUINDÉGUY, Jean B. *Análisis de Políticas Públicas*. Madrid: Tecnos, 2013. p. 128.

12 NÓBREGA, Mailson da. A Petrobras pode ser privatizada? *Revista Veja*, 2412 ed., p. 24, 11 fev. 2015.

13 KAUFFER MICHEL, Edith F. Las políticas públicas: algunos apuntes generales. *Ecofronteras*, [S.l.], p. 2-5, 2002. Disponível em: <<http://revistas.ecosur.mx/ecofronteras/index.php/eco/article/view/465>>. Acesso: 08 fev. 2015.

evidenciou a participação do Estado no cotidiano das pessoas e fomentou, por conseguinte, a construção de uma teoria de políticas públicas.

Em qualquer trabalho acadêmico que procure abordar as noções de políticas públicas, anota-se sempre o fato de que o vocábulo “política” em língua portuguesa (e também em espanhol) possui polissemia, de sorte que o sentido de “política pública” pode não ser de fácil apreensão. No âmbito da língua inglesa, isso não é reiterado, porquanto existem três palavras que abarcam, de certo modo, o que costumeiramente denominamos como política. Segundo HARGUINDÉGUY¹⁴, *politics* refere-se a alianças ou negociações políticas, de sorte que um apoio necessário para aprovação de projeto legislativo é exemplo claro de *politics*. Por sua vez, *polity* faz referência à arquitetura institucional, tratando das instituições políticas (lei, organizações do Estado). Já *policy* é o que comumente entendemos como política pública, configurando uma ação estatal com o fito de atender a determinado desiderato público.

Juristas tentam promover um conceito de política pública. CARVALHO FILHO¹⁵ a delimita como “diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos da coletividade”.

Essa conceituação delineia uma noção de atingimento de um objetivo, consentânea, pois, com o sentido de *policy*, focado no estabelecimento de metas perseguidas pelos órgãos públicos. Acentua outrossim que a política pública pressupõe atuação governamental, o que está em concordância com a doutrina majoritária sobre a matéria¹⁶, bem como registra o fato de que há todo um arcabouço social, político e econômico subjacente à formatação da política pública.

Por sua vez, Maria Dallari BUCCI conceitua política pública como:

14 HARGUINDÉGUY, op. cit., p. 23.

15 CARVALHO FILHO, José S. Políticas Públicas: possibilidades e limites. In: FORNITI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidade e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 110-1.

16 Vide, por exemplo, RUA (op. cit., p. 20) e HARGUINDÉGUY (op. cit., p. 24). Ademais, segundo Dye, as instituições governamentais dão às políticas públicas pelo menos três características: legitimidade, universalidade e coercitividade (DUARTE, Clarice S. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo P.; BERTOLIN, Patrícia Tuma M. (Org.) *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. Atlas, 2013. p. 18). Sem embargo, há a existência da chamada abordagem multicêntrica (SECCHI, op. cit., p. 3), que considera organizações privadas, organizações não governamentais, organismos multilaterais, redes de políticas públicas (policy networks), juntamente com os atores estatais, protagonistas no estabelecimento de políticas públicas.

Programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentária, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁷

A doutrina específica costuma ressaltar a existência de um ciclo de políticas públicas, estruturada didaticamente em fases. Há uma grande pluralidade de versões distintamente sustentadas por estudiosos¹⁸, as quais não serão exaustivamente analisadas neste trabalho, uma vez que escaparia demasiadamente do seu escopo. Desse modo, na espécie será utilizada a metodologia trazida por HOWLETT & RAMESH & PERL, porquanto, além de sua simplicidade, consubstancia as etapas tradicionalmente visíveis nos ciclos trazidos pelos estudiosos. Com efeito¹⁹:

A montagem da agenda se refere ao processo pelo qual os problemas chegam à atenção dos governos; a formulação da política diz respeito ao modo como as propostas de políticas são formuladas no âmbito governamental; a tomada de decisão é o processo pelo qual os governos adotam um curso de ação ou não ação; a implementação da política se relaciona ao modo pelo qual os governos dão curso efetivo a uma política; e a avaliação da política se refere aos processos pelos quais tanto os atores estatais como os societários monitoram os resultados das políticas, podendo resultar daí em uma reconceituação dos problemas e das soluções político-administrativas.

Ainda sobre o ciclo de políticas públicas, impende fazer dois registros, conforme Clarice DUARTE²⁰: (i) as diferentes fases do ciclo não são linearmente incidentes, “mas constituem um processo cheio de idas e vindas”; (ii) as diferentes fases são interdependentes e, por conseguinte, são reciprocamente influenciadas. Desse modo, é possível que “a avaliação dos impactos de uma determinada política permita corrigir os seus

17 BUCCI, op. cit., p. 39.

18 Só com o fito de demonstrar tal distinção, HARGUINDÉGUY (op. cit., p. 23 e ss.) traz como fases do ciclo de Política Pública: a definição dos problemas; a colocação na agenda; a tomada de decisão; a implementação e a avaliação; SECCHI (op. cit., p. 43) descreve o modelo em sete etapas: identificação do problema; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação; avaliação e extinção; e DUARTE (op. cit., p. 26 e ss.) sustenta a existência das seguintes fases: identificação do problema; formulação; implementação; avaliação e fiscalização e controle.

19 HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.14.

20 DUARTE, op. cit., p. 26.

rumos, redefinir suas prioridades e até mesmo redimensionar a escolha de determinados métodos para se atingir os objetivos estabelecidos”.

1.2. Legística

Fabiana SOARES²¹ leciona que a Legística (ou Ciência da Legislação ou Legisprudência) evoluiu com espreque em situações corriqueiras no âmbito jurídico, mormente no tocante à “necessidade de uma legislação mais eficaz e o desafio de compatibilizar o Direito codificado com os reclames da sociedade”. A inflação legislativa, aduz Natasha SALINAS²², foi o cenário subjacente “à crescente valorização da qualidade da ação normativa”. A esfera de atuação desse âmbito de estudo é, portanto, buscar uma qualidade normativa, no afã de que o desiderato pretendido pelo propositor da norma seja realmente atingido. Em linguagem coloquial, fazer com que “uma lei pegue”.

O aparente descuido do operador jurídico em relação ao estudo da Legística encontrava, segundo Morand apud SALINAS²³, na proeminência do positivismo na seara jurídica, que ensejou um trabalho focado do jurista na metodologia de interpretação e aplicação das normas, olvidando-se, porém, do aperfeiçoamento de métodos para sua criação.

Sem embargo, a construção de normas que não tenham a efetividade pretendida traz problemas de realce, podendo-se citar, de pronto, a elevação da insegurança social e jurídica. Registra Fabiana SOARES que:

A baixa qualidade da legislação repercute no PIB, como mostram os estudos europeus. Mas há outras consequências igualmente danosas e graves: o ativismo judicial intenso, a falta de confiança na eficácia das leis (o que responde em parte pela fuga de investimentos do Brasil), a descrença nas instituições, o sentimento de injustiça.²⁴

Ademais, a qualidade normativa, isto é, o grau de efetividade da norma, pode representar, mesmo que não formalmente registrado, um elemento de fundamentação da validade da norma. Fabiana SOARES²⁵ aponta esse viés,

21 SOARES, Fabiana M. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro de da otimização de uma melhor legislação. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007. p. 7.

22 SALINAS, Natasha S. C. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisas sobre o novo modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília. v. 10, n. 1, p. 231, 2013.

23 *Ibidem*, p. 231.

24 SOARES, op. cit., p. 29.

25 *Ibidem*, p. 14.

enaltecendo que a percepção de cunho utilitarista orienta a concepção de lei no Common Law. Outrossim, não se pode olvidar que a legitimidade de preceitos legais em face da Constituição sofre, muitas vezes, a influência de questões fáticas que, a despeito de não possuírem a congência que é ínsita a normas jurídicas, atingem fatalmente a esfera de opinião dos interpretes jurídicos.

Extrai-se de Carlos BLANCO DE MORAIS²⁶ o sentido de Legística como um âmbito de estudo cujo norte é o de se preocupar com os efeitos derivados das normas e avaliar os instrumentos passíveis de potencializar a qualidade, simplificação e eficiência da norma²⁷. Não há um foco eminentemente jurídico na questão, como sói acontecer em tradicionais abordagens referentes ao processo legislativo, por exemplo. É inolvidável que um escorreito rito legislativo traz consequências de relevo, como a inafastabilidade superveniente da norma, tutelando a segurança jurídica. Nada obstante, a preocupação da Legística não é adstrita a essa questão. O trabalho de tornar uma norma realmente efetiva traz a necessidade de conhecer cenários cognitivos à margem dos ditames jurídicos, trazendo à tona uma visão multidisciplinar da feitura do ato legal.

Doutrinariamente, a Legística classifica-se em Legística Formal e Legística Material. A Legística Formal tem como escopo a preocupação com aspectos de forma nos diferentes atos normativos. Por sua vez, a Legística Material possui como escopo “atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova legislação”, a fim de permitir a realização de “diagnósticos e prognósticos para verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso legislativo”.²⁸

No âmbito europeu, por exemplo, há grande preocupação sobre a qualidade da norma. Sem embargo de “os critérios de qualidade estarem estritamente ligados às tradições legislativas de cada Estado ou sistema jurídico”²⁹, o Conselho Europeu requisitou a construção de um grupo de trabalho, denominado Grupo Mandelkern, o qual identificou os seis principais aspectos que conduzem ao sucesso de um programa de melhoria

26 BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007. p. 30.

27 Sobre a autonomia científica da Legística, Natasha SALINAS (op. cit., p. 232) leciona que é importante frisar que alguns autores defenderam um redimensionamento da ciência jurídica, procurando inserir a complexidade do fenômeno legislativo no campo do direito ou metodologia jurídica, posições, frise-se, que são minoritárias.

28 SOARES, op. cit., p. 8.

29 FRAGA, Ana; VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 9, n. 14, p. 59-102, p. 59, jan./dez. 2007.

da qualidade dos atos normativos: (i) opções de aplicação de políticas; (ii) avaliação de impacto da legislação; (iii) consulta; (iv) simplificação; (v) acesso à legislação; e (vi) estruturas eficazes³⁰.

Por sua vez, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) confeccionou recomendações com o fito de melhorar a qualidade normativa. Como instrumento mais conhecido, pode-se citar a Recommendation of the Council of the OECD on improving the quality of Government Regulation, de 1995, sendo que disposições daquela ferramenta serão abordadas no tempo oportuno.

No Brasil, como registra a doutrina específica (por todos, Fabiana SOARES³¹), a Legística não é um assunto deveras abordado nas acádias e trabalhos jurídicos. Vale enaltecer, de qualquer modo, a existência de documentos que trazem importantes contribuições no tocante à Legística Formal, tais como o Manual de Redação da Presidência da República, a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, e o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002. Esses instrumentos possuem relevantes comandos no afã de aprimorar a técnica legislativa nacional.

2 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SEU PAPEL NA CONSTRUÇÃO NORMATIVA

A Advocacia Pública possui espaço de realce no cenário constitucional, havendo dois artigos que tratam especificamente da matéria, arts. 131 e 132. Pela própria topologia daquelas disposições, não se pode furtar de anotar que a Advocacia Pública é instrumento essencial à funcionalidade da Justiça e até mesmo ao sistema democrático, porquanto:

A advocacia pública não se constitui em função calcada na ratificação cega dos desejos provisórios de quem temporariamente detém o poder político, mas está vinculada ao cumprimento das diretrizes constitucionais, implicando a afirmativa de que a omissão, quando há deliberada negativa de direitos aos cidadãos pelo Estado, é ato grave, pois a advocacia tem como elemento essencial a luta perene pelas estruturas democráticas.³²

30 FRAGA; VARGAS, op. cit., p. 64.

31 SOARES, op. cit., p. 12.

32 TASSE, Adel El. A missão do advogado público na defesa do estado democrático. *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 55, p. 25-35, p. 28, out./dez. 2011.

No âmbito da União, a Constituição Federal (art. 131, caput) consignou que a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial ou extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Organizacionalmente, a AGU compreende, entre órgãos superiores (art. 2º, I, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993), a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional³³.

A Procuradoria-Geral da União tem como mister representar judicialmente a União (art. 9º da Lei Complementar nº 73, de 1993). Por sua vez, a Consultoria-Geral da União

Tem a incumbência de, principalmente, colaborar com o Advogado-Geral em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.³⁴

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com a sua dupla subordinação, administrativa ao Ministério da Fazenda, e técnica e jurídica em relação ao Advogado-Geral da União, representa a União nas causas de natureza fiscal (art. 12, V, da Lei Complementar nº 73, de 1993), bem como é a responsável pela consultoria e assessoramento jurídicos do Ministério da Fazenda.

Tematicamente, a AGU, em toda a sua estrutura, promove três grandes atividades³⁵:

- (i) a representação judicial da União, abarcando os três Poderes, conhecida tecnicamente como contencioso;
- (ii) a representação extrajudicial da União, com foco também nos três Poderes, a qual pode ser exemplificada com a situação de assinatura de um contrato ou pela atuação de procuradores da

33 Como órgãos vinculados e de atuação decisiva no âmbito da advocacia pública federal, também existem a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central.

34 FERNANDES, Ricardo V.C. *Regime jurídico da advocacia pública*. São Paulo: Método, 2010. p. 31.

35 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo J. A. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, Brasília, ano VIII, n. 19, p. 9-40, jan./mar. 2009. p. 12.

Fazenda Nacional em assembleias ordinárias das empresas estatais (art. 1º, V, do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967); e

- (iii) a consultoria e o assessoramento jurídicos do Poder Executivo Federal.

Mercê da pertinência ao presente trabalho, de bom alvitre tecer linhas sobre essa terceira temática de atuação da AGU.

A Advocacia pública consultiva “é, em regra, a função preventiva de controle da juridicidade da ação estatal”³⁶, com ampla esfera de atuação. Promove avaliação jurídica, por exemplo, de processos de contratação pública, de proposições de atos normativos, bem como de dúvidas suscitadas pelos gestores administrativos. Por sua vez, na atividade do assessoramento jurídico, “o Procurador atua como auxiliar jurídico do administrador público para tomada de decisões políticas que tenham algum reflexo jurídico”³⁷. Nesse tipo de atuação, de auxílio, não se pode transferir ao advogado público o poder decisório, o qual fica, evidentemente, na alçada do agente público ao qual incumbe o comando.

Concernente a tal temática, a AGU promove o trabalho de consultoria e assessoramento jurídicos por intermédio do próprio Advogado-Geral da União, com extensa atribuição (art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993). Como eixo central do sistema, renova-se menção à Consultoria-Geral da União, a qual colabora com o Advogado-Geral da União em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República (art. 10 da Lei Complementar nº 73, de 1993), bem como é responsável por orientar e coordenar a atuação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios ou órgãos equivalentes e das unidades consultivas locais (art. 3º, VIII, Ato Regimental AGU nº 5, de 2007).

Outrossim, existe, em cada ministério, consultoria jurídica, responsável por prestar a atividade setorialmente (art. 11, caput, da Lei Complementar nº 73, de 1993), lembrando-se mais uma vez que, no âmbito do Ministério da Fazenda, tal mister é do encargo da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 13, caput, da Lei Complementar nº 73, de 1993).

A atuação consultiva é importante meio de expurgar ilícitos na seara administrativa, porquanto “se trata, por excelência, da aferição da legalidade

36 FERNANDES, op. cit., p. 131.

37 Ibidem, p. 146.

e constitucionalidade dos atos administrativos³⁸, mas também ostenta o mister de trazer segurança jurídica às políticas públicas engendradas, promovendo, assim, uma prevenção de futuros litígios.

Um advogado público pode trazer, por exemplo, sugestões de modificação de uma determinada propositura normativa, com o fito de expurgar ulterior alegação de inconstitucionalidade. Tal atuar preventivo ocasiona evidente eliminação de futuras discussões perante os Tribunais, tutelando, assim, a segurança jurídica.

Em face, portanto, desse relevante papel, há toda uma construção institucional com o fito de que a AGU participe da formatação dos atos normativos de interesse da Administração Pública Federal, mormente daqueles que se referem a políticas públicas.

Inicialmente, consigne-se que a AGU pode atuar em trabalhos preliminares de estruturação normativa, mediante, por exemplo, respostas a dúvidas suscitadas por autoridades ministeriais ou elaboração de uma primeira versão de projeto de norma (arts. 4º, VII; 11, IV, todos da Lei Complementar nº 73, de 1993). Por outro lado, mercê do fato de que as consultorias jurídicas são administrativamente subordinadas aos Ministros de Estado (art. 11, caput, da Lei Complementar nº 73, de 1993), existe tradicionalmente, nos Decretos que aprovam a estrutura regimental de cada ministério, a atribuição de que membros das aludidas unidades jurídicas possam atuar, em conjunto com as áreas técnicas correspondentes ao mérito temático da norma, na elaboração de proposições normativas.³⁹

Ademais, pela própria expertise necessária à configuração estrutural de uma proposta de ato normativo, a qual penitencia respeito a uma articulação formal própria (vide art. 5º e seguintes do Decreto nº 4.176, de 2002), soa natural a participação de membros da AGU em grupos de trabalho voltados à elaboração de normas.⁴⁰

38 CASTRO, Aldemário A. A Advocacia Pública como instrumento do Estado Brasileiro no controle de juridicidade dos atos da Administração Pública. *Revista da AGU*, Brasília, ano VII, n. 15, p. 11-16, jan./mar. 2008.

39 Vide, como exemplos, o art. 7º, IV, do Anexo I do Decreto nº 7.717, de 2012, que trata da estrutura regimental do Ministério dos Transportes, o art. 10, III, do Anexo I do Decreto nº 7.798, de 2012, pertinente à estrutura regimental do Ministério das Minas e Energia, ou o art. 8º, III, do Anexo I do Decreto nº 7.690, de 2012, que se refere à estrutura regimental do Ministério da Educação.

40 Há previsão expressa de participação de membros da AGU em grupos de trabalho destinados à construção de normas, tal como o art. 11, IV, do Ato Regimental AGU nº 5, de 2007, que prevê a possibilidade de que membros do Departamento de Análise de Atos Normativos (DENOR) da Consultoria-Geral da União (CGU) participem de grupos de trabalho ou comissões voltados à elaboração de atos normativos. Ademais, o art. 43, § 2º, do Decreto nº 4.176, de 2002, prevê a premissa de

Não há dúvidas, pois, pela avaliação global desse arcabouço jurídico, e pela consequência natural do seu papel de consultoria e assessoramento jurídicos, que a AGU tem atribuição de participar na elaboração de proposituras normativas. É de se registrar, neste ponto, a pertinente observação de Ricardo FERNANDES⁴¹, no sentido de que a delimitação da política pública não se encontra dentre as atribuições do advogado público. Sem embargo, a participação do advogado público nessa fase se reputa imprescindível, com o fito de, entre outras condutas, evitar a existência de disposições inconstitucionais ou privilegiar a redação clara e técnica de comandos normativos, que acentuem a verdadeira intenção da política pública formatada e eliminem ulteriores dúvidas de incidência da norma.

Continuado, logo após a conclusão de um projeto de ato normativo (Decreto ou Lei) dentro de uma esfera ministerial, o art. 37, III, do Decreto nº 4.176, de 2002, prevê que a propositura só deva ser enviada à Casa Civil da Presidência da República, cujo mister é de supervisionar, no âmbito do Poder Executivo Federal, a elaboração de atos normativos (art. 34, III, do Decreto nº 4.176, de 2002), caso haja a concordância da consultoria jurídica pela constitucionalidade, legalidade e regularidade formal do ato normativo proposto (art. 37, III, do Decreto nº 4.176, de 2002). Nesse instante, a consultoria jurídica examina a juridicidade da propositura normativa, gozando, dessarte, de atribuição de impedir o deslinde do processo normativo administrativo⁴², caso a propositura esteja dissonante com o Ordenamento Jurídico Pátrio.

Por sua vez, a AGU possui atuação de realce também no deslinde do processo legislativo, uma vez que há previsão normativa (art. 11, II, do Ato Regimental AGU nº 5, de 2007) de que unidade de Consultoria-Geral da União preste esclarecimentos e demais subsídios jurídicos aos membros do Congresso Nacional, no tocante a proposituras normativas discutidas no Parlamento. Ademais, também é natural a oitiva das consultorias jurídicas, com espeque no art. 11, I e IV, da Lei Complementar nº 73, de 1993, sobre propostas de emendas parlamentares a projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Nesse momento, a autoridade ministerial busca, da sua assessoria jurídica, a avaliação de constitucionalidade e adequação do projeto de lei, de sorte que, muitas vezes, o órgão de execução consultivo apresenta sugestões

que membro da Consultoria Jurídica de determinado Ministério deve coordenar a Comissão Permanente de Consolidação e Revisão de Atos Normativos, com a atribuição de proceder ao levantamento dos atos normativos pertinentes à sua esfera de atuação e das entidades a eles vinculadas.

41 FERNANDES, op. cit., p. 142.

42 Define-se, neste trabalho, processo normativo administrativo como o itinerário dos atos, dentro da esfera do Poder Executivo, que objetivam a formatação de uma norma, consoante as regras definidas pelo Direito.

redacionais mais adequadas ao desiderato de política pública subjacente à minuta normativa, as quais acabam sendo acolhidas pelo órgão legislativo.

As unidades da AGU também se manifestam no processo de apreciação do projeto de lei pelo Poder Executivo Federal, na fase de sanção presidencial, por força do disposto no art. 52, e seus parágrafos, do Decreto nº 4.176, de 2002. Nesse instante, com a apresentação do autógrafo pelo Congresso Nacional, inexistente espaço para modificação do teor redacional dos comandos normativos, de sorte que a atuação, nessa etapa, da AGU, é a de sugestão de veto por inconstitucionalidade.

Impende anotar, ainda, que a AGU atua no processo de consolidação normativa. Com efeito, há a obrigatoriedade (art. 42, § 2º, do Decreto 4.176, de 2002) de que membro da AGU participe do Grupo Executivo de Consolidação de Atos Normativos, com a atribuição de coordenar e implementar os trabalhos de consolidação dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo. Cada ministério, por sua vez, deve ter comissão similar, cujo coordenador deve estar em exercício na respectiva consultoria jurídica (art. 43, § 2º, do Decreto 4.176, de 2002). Registre-se, outrossim, que as controvérsias existentes sobre a constitucionalidade ou revogação tácita de dispositivos legais objeto de consolidação serão submetidas à Advocacia-Geral da União (art. 49 do referido Decreto).

Sumarizando toda essa avaliação de atribuições, delineada nas páginas anteriores, é indubitável a importância da Advocacia Pública Federal no processo de construção normativa brasileira, podendo-se apontar, desse modo, que a AGU é um dos corpos institucionais mais atuantes no processo normativo, inclusive legislativo, no Brasil. Sua relevância, pois, no engendramento de políticas públicas acaba sendo natural, uma vez que a lei é tradicionalmente o instrumento utilizado para formatar uma determinada política pública.

A atuação acaba sendo mais destacada, pelo fato de que geralmente os projetos (ou anteprojetos, conforme o caso) de atos normativos relacionados com políticas públicas no Brasil são fatalmente construídos no âmbito do Poder Executivo Federal. Isso se deve por vários fatores, tais como:

- (i) há toda uma proteção constitucional para iniciativa legislativa pelo Poder Executivo, que acaba vedando a atribuição, por impulso parlamentar, de encargos para órgãos da Administração Pública, de sorte que, normativamente, a competência legal de um determinado órgão para atuar em um processo de política

pública deve advir de uma iniciativa legislativa do Presidente da República, por exemplo;

- (ii) em face da “inerente complexidade das políticas públicas [...], cada vez mais leis aprovadas no Congresso englobam razoável delegação de funções e recursos para a alta gerência do Executivo”⁴³;
- (iii) o reiterado uso de Medidas Provisórias, cujo emprego se embasa na alegação de que “há janelas de oportunidades que muito rapidamente podem se fechar, demandando, pois, pronta tomada de decisão e feitura de leis”⁴⁴, traz uma evidente proeminência do Poder Executivo na construção de normas concernentes a políticas públicas em desfavor do Congresso Nacional.

Tal cenário institucional acaba fazendo com que a AGU atue, nesse desiderato, como um “controlador amigável”, aplicando aqui a lógica exposta por Carlos BLANCO DE MORAIS⁴⁵, uma vez que, nesse trabalho de auxílio à produção normativa, fatalmente subsidia o legislador a “abortar decisões desnecessárias, prevenir riscos dispensivos, corrigir defeitos menos perceptíveis, amortecer reações negativas junto dos destinatários e diminuir despesas e onerações futuras no plano jurisdicional”.

Nesse diapasão, o papel do advogado público federal, como membro da AGU, é de realce na formatação políticas públicas. Em face desse amplo delineamento institucional, não soa razoável que a atuação do membro da AGU ostente um caráter eminentemente formal. Como delinea Patrícia GAZOLA, é importante a participação de um advogado público na elaboração de políticas públicas, porquanto:

Este, ciente dos interesses públicos que estão carecendo de tutela, possa orientar o agente público sobre os procedimentos adequados ao cumprimento dos requisitos legais, seja recomendando uma formatação jurídica diversa no documento, seja propondo a elaboração de um projeto de lei e regulamentação necessária para que se assegure o respeito

43 MONTEIRO, Jorge V. *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa*. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 72.

44 *Ibidem*, p. 212.

45 BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, p. 251.

aos princípios constitucionais ou ainda suscitando a necessidade de implantação em conjunto com ações de outras Secretarias ou Ministérios.⁴⁶

Dessa forma, as próximas linhas trarão condutas, longe de ser exaustivas, que o advogado público pode atuar na construção da política pública, fase em que a atuação do membro da AGU, especificamente daquele atuante na área de consultoria e assessoramento jurídicos, é mais exigida.

3 O ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Será promovido, neste âmbito, um exame de condutas que o advogado público federal, especificamente os que atuam no cenário do consultivo e assessoramento jurídicos, pode realizar na fase da construção de políticas públicas. Aqui se entenderá, para tal empreendimento, a etapa de formulação das políticas públicas, conforme detalhamento do ciclo já exposto anteriormente. Sem embargo, soa importante, em sede preambular, trazer breves considerações sobre os limites de atuação do membro da AGU no que concerne ao mérito da política pública.

3.1 Limites de atuação do membro da AGU

O advogado público tem compromisso permanente com a democracia⁴⁷, de sorte que o aludido agente público não pode ser usado para fomento do autoritarismo. Os ditames constitucionais incidem sobre o seu labor cotidiano, de sorte que é inadmissível que o advogado público tenha o mister de ratificar atitudes imorais/ilegais ou aja em descompasso com valores caros ao nosso contexto democrático, tais como o da impessoalidade, por exemplo.

Por sua vez, entre um dos primados basilares da democracia, está o da representatividade democrática, periodicamente corroborada pelas eleições. Assim, em cada “festa da democracia”, feixes representativos de diferentes visões ideológicas são alocados nos ambientes gerenciais mais altos da República, no afã de tonar realidade o anseio verificado pelo resultado das urnas eleitorais.

Uma política pública formatada deve ser coerente, a princípio, com o norte derivado dessa etapa política. O seu mérito é fatalmente vinculado com

46 GAZOLA, Patrícia M. O papel da advocacia pública na integração entre as diversas políticas públicas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José P. (Org.). *Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009. p. 417.

47 TASSE, op. cit., p. 28.

o contexto da política, derivado, pois, de amplo espaço de discricionariedade dos altos gestores da República, a fim de retratar os arranjos políticos que tornaram viável institucionalmente a sua implantação.

Nada obstante, como bem diz Ricardo FERNANDES⁴⁸, a atividade do advogado público é jurídica, não política. Dessa forma, “a escolha das políticas públicas não se encontra em sua competência constitucionalmente delimitada”. Assim, o mérito da política pública, aquilo que Clarice DUARTE⁴⁹ denominou de “programa”, não pode ser avaliado pelo advogado público, quando atua no processo de construção da norma jurídica que a implementa.

Contudo, o advogado público, em face da sua constante atuação no processo normativo administrativo, pode modificar o teor da proposta de ato regulador da política pública, com o fito de evitar dúvidas de interpretação e/ou eliminar falta de juridicidade, além de lhe caber sugerir procedimentos adequados para indução da efetividade normativa.

A conduta assertiva do advogado público, nessa etapa, é medida deveras importante. Nesse cenário, a conduta do jurista deve ser engajada no sentido de auxiliar o formatador de política pública em construir a melhor engenharia jurídica em face das dificuldades da vida real, a fim de eliminar a tradicional premissa em exames jurídicos, levantada por Diogo COUTINHO, de que “o binômio pode/não pode prevalece sobre a discussão sobre como se pode alcançar objetivos de política pública”⁵⁰.

Reitera-se: o advogado público é submetido aos ditames constitucionais, não podendo promover manifestação dissonante com o Ordenamento Jurídico, nem pode ser instrumento de ratificação de ilícitos cometidos em sede administrativa. Na verdade, o que se espera, com efeito, é uma atuação assertiva, no sentido de “viabilizar, na medida do juridicamente possível, as políticas públicas, apontando alternativas quando cabíveis”⁵¹.

48 FERNANDES, op. cit., p. 142.

49 DUARTE, op. cit., p. 25.

50 COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In: Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria. (Org.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. v. 1, São Paulo e Rio de Janeiro: Unesp e FioCruz, 2013. p. 185.

51 SILVA FILHO, Derly Barreto e. *A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito*. Feito em 2014. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-40-AUTOR-Derly-Barreto-e-Silva-Filho.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

Diante do exposto, serão evidenciadas condutas realizadas pelos advogados públicos federais que são importantes no processo de aperfeiçoamento da normatização relacionada com política pública, enquadrando-as em cada etapa do seu ciclo.

3.2 Papel na construção da política pública

A fase de confecção da política pública é etapa em que a atuação do advogado pública se mostra imprescindível. A delimitação de um regime jurídico para normatizar específica área de atuação econômica e/ou social é trabalho árduo que pressupõe expertise temática e elevada atenção metodológica.

Não por acaso, como registra SILVA FILHO⁵², imprescindível se torna uma relação estreita entre o advogado público, a área técnica e os formuladores de política pública, objetivando repassar conhecimento específico para o operador jurídico, “para assim poder exercer as funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência”.

Com efeito, para que uma política pública seja concebida, há de se ter um adequado planejamento, promovendo-se estudos técnicos, exames de impacto, avaliação robusta do cenário subjacente à política, abarcando inclusive debate transparente com a sociedade e com os próprios atores privados que atuarão, de alguma forma, na execução da política pública. É importante, para futura efetividade normativa, que haja a prognose dos mais diversos cenários para incidência da futura normatização, com o fito de expurgar, já na fase embrionária, eventuais conjunturas danosas à aplicação da policy.

Nessa senda, o advogado público pode auxiliar o processo, recomendando, por exemplo, a formulação de estudos técnicos, cujas conclusões podem instruir, inclusive, exposição de motivos do futuro ato legislativo. Ademais, impõe-se lembrar que, muitas vezes, a elaboração de tais espécies de estudo é condição imprescindível para validade normativa (vide, por exemplo, arts. 14 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal) e, dessarte, o advogado público, ao invés de recomendar, deve exigir a elaboração desses documentos técnicos.

Estando claro, portanto, o desígnio administrativo indutor de política pública, uma relevante questão a ser avaliada pelo advogado público é a própria necessidade de construção de uma norma, porquanto uma específica pretensão administrativa já pode estar prevista em normatização existente.

⁵² SILVA FILHO, op. cit.

A construção de norma supérflua e desnecessária não traz qualquer utilidade, além de ocasionar, muitas vezes, debates futuros no âmbito do Poder Judiciário, em face da superposição ou conflito de normas.

Por sua vez, a OCDE⁵³ recomendou, em sua questão 9, a elaboração transparente de atos normativos e assim, tanto quanto possível, torna-se importante prévio debate, com elementos da sociedade civil, acerca da elaboração de uma norma específica. Com tal empreendimento, eventuais óbices ao deslinde da política pública já podem ser levantados na sua gênese, evitando esforços desnecessários para construção normativa. Ademais, a oitiva dos atores privados pode orquestrar um arranjo institucional mais adequado à efetivação normativa, trazendo assim um “balizamento geral das condutas dos agentes privados envolvidos, tanto os protagonistas da política quanto os seus destinatários”⁵⁴. Assim, convém ao advogado público sugerir, caso seja pertinente e ainda na fase preliminar de elaboração normativa, a realização de audiências públicas e/ou consultas via rede social de computadores, no afã de atingir o desiderato supra.

É de bom alvitre lembrar que muitas políticas públicas feitas no Brasil tiveram influência de metodologias confeccionadas em outros países. Desse modo, o advogado público deve buscar conhecer a normatização estrangeira congênere, diligenciando inclusive informações sobre exegeses dos tribunais estrangeiros acerca de ponto fulcrais da norma alienígena, a fim de que, em uma conduta parecida com a do judicial dialogue ou cross-fertilization⁵⁵, promova-se eventual conjectura da visão pretoriana sobre o âmago da norma em formação, ou sugira-se a inclusão de algum dispositivo na propositura normativa, extraído do direito comparado.

Continuando, políticas públicas, em regra, tendem a possuir temporariedade (vide, por exemplo, o art. 6º, caput, da Lei nº 12.990, de 2014, que estabeleceu que a vigência da lei que reserva de vagas para negros em concursos públicos da Administração Pública Federal é de dez anos; ou art. 3º, § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993, que delineou prazo máximo de 5 anos para margens de preferência para aquisições públicas), até mesmo para forçar uma avaliação robusta da política pública, antes de seu eventual continuação. Dessa forma, a pertinência de delimitação de um período de

53 OECD. *Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation*. Paris: OECD, 1995. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

54 BUCCI, Maria P.D. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

55 VALE, André R. O argumento comparativo na jurisdição constitucional. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional>>. Elaborado em maio de 2014. Acesso em: 02 mar. 2015.

vigência da política pública é medida importante, de sorte que o advogado público deve estar atento à eventual existência de motivação neste ponto.

Outra questão deveras relevante é o fato de que, muitas vezes, nova regulamentação de política pública promove ampla reformulação de um determinado cenário econômico e/ou social, de sorte que a feitura de uma norma radical, sem regras de transição, pode trazer reiterado desrespeito, pelos indivíduos, do comando normativo, bem como futura discussão jurídica. Nesse cenário, importante recomendação é a de avaliar a necessidade de promoção de regimes de transição, com o fito de tutelar o princípio da segurança jurídica, no seu viés subjetivo, referente “à proteção à confiança das pessoas no pertinente a atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.⁵⁶

Recomendação relevante dada pela OCDE é a de que quando uma lei preveja delegação normativa a órgãos do Poder Executivo, tal delegação deve ser a mais clara possível, com limites expressos e detalhados do objeto cuja atribuição está sendo repassado. O advogado público, nesse sentido, tem importância decisiva, a fim de promover uma avaliação criteriosa do cumprimento dessa sugestão nas discussões sobre proposituras normativas.

Concernente ao papel de avaliação redacional do ato normativo, além do tradicional exame de juridicidade, imprescindível para trazer segurança jurídica, e da observância das regras tradicionais de legística formal contidas na Lei Complementar nº 75, de 1998, e o Decreto nº 4.176, de 2002, o advogado público deve atentar para que a redação do texto normativo esteja bastante clara, sem dubiedades. Há de se ter cuidado, por exemplo, com remissões legislativas. Ademais, é de bom alvitre que se exija, tanto quanto possível, consolidações normativas, a fim de evitar que questões semelhantes sejam avaliadas em distintas normas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como delineado, o objetivo principal da construção de uma sistemática jurídica que formate uma política pública é a sua efetividade, a fim de que haja a alteração, no “mundo dos fatos”, desejada pelos formuladores da policy.

Para o alcance do objetivo, não há dúvidas de que um esmerado trabalho de planejamento, promovendo-se amplo debate interno e externo

⁵⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005.

à esfera pública, é medida imprescindível ao correto deslinde da política pública. Por outro lado, a participação do advogado público, mormente na etapa de formulação, traz um elemento enriquecedor à construção da política, buscando evidenciar, e quiçá afastar desde já, possíveis problemas jurídicos no seu futuro deslinde.

A AGU, foi mostrado, possui um amplo corpo organizacional que atua no processo normativo administrativo e, por conseguinte, não se reputa adequada uma atuação eminentemente formal da AGU na construção de políticas públicas. Sem embargo de que a sua função não examina o mérito da política pública, o advogado público pode contribuir na sua construção e consolidação, tentando auxiliar no processo de efetivação da política pública engendrada.

REFERÊNCIAS

- BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007.
- BUCCI, Maria P.D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria P.D. (Coord.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO FILHO, José S. Políticas Públicas: possibilidades e limites. In: FORNITI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.) *Políticas Públicas: possibilidade e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CASTRO, Aldemário A. A Advocacia Pública como instrumento do Estado Brasileiro no controle de juridicidade dos atos da Administração Pública. *Revista da AGU*, Brasília, ano VII, n. 15, p. 11-16, jan./mar. 2008.
- COUTINHO, Diogo R. O Direito nas Políticas Públicas. In: Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria. (Org.). *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. v. 1, São Paulo: Unesp e Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.
- COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. 2005.

DUARTE, Clarice S. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo P.; BERTOLIN, Patrícia Tuma M. (Org.) *O Direito e as Políticas Públicas no Brasil*. Atlas, 2013.

FERNANDES, Ricardo V.C. *Regime jurídico da advocacia pública*. São Paulo: Método, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel G. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRAGA, Ana; VARGAS, Ana. Da qualidade da legislação ou de como o legislador pode ser um fora-da-lei. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 9, n. 14, p. 59-102, jan./dez. 2007.

GAZOLA, Patrícia M. O papel da advocacia pública na integração entre as diversas políticas públicas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José P. (Org.). *Advocacia de estado e defensoria pública: funções públicas essenciais à justiça*. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

HARGUINDÉGUY, Jean B. *Análisis de Políticas Públicas*. Madrid: Tecnos, 2013.

HAURIUO, Maurice. *A Teoria da Instituição e da Fundação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

HOWLEST, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

KAUFFER MICHEL, Edith F. Las políticas públicas: algunos apuntes generales. *Ecofronteras*, [S.l.], p. 2-5, 2002. Disponível em: <<http://revistas.ecosur.mx/ecofronteras/index.php/eco/article/view/465>>. Acesso: 08 fev. 2015.

MONTEIRO, Jorge V. *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

NEVES, Marcelo. *A constituição simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NÓBREGA, Mailson da. A Petrobras pode ser privatizada? *Revista Veja*, ed. 2412, 11 fev. 2015.

OECD. *Recommendation of the council of the OECD on improving the quality of government regulation*. Paris: OECD, 1995. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em Presidencialismo de Coalização: as relações entre o executivo e legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, 2002.

RUA, Maria G. *Políticas públicas*. Departamento de Ciência da Administração – UFSC. Brasília: UAB, 2009.

SALINAS, Natasha S. C. Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisas sobre o novo modo de produção das leis. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, 2013.

SCHNEIDER, Anne; INGRAM, Helen. *Policy design for democracy*. Kansas: University Press of Kansas, 1997.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *A advocacia pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito*. Feito em 2014. Disponível em: <<http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/TESE-40-AUTOR-Derly-Barreto-e-Silva-Filho.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

SOARES, Fabiana de Menezes. Legística e Desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro de da otimização de uma melhor legislação. In: *Cadernos da Escola do Legislativo*, v. 9, n. 14, p. 7-34, jan./dez. 2007.

TASSE, Adel El. A missão do advogado público na defesa do estado democrático. *Revista CEJ*, Brasília, ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011.

VALE, André R. *O argumento comparativo na jurisdição constitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-03/observatorio-constitucional-argumento-comparativo-jurisdicao-constitucional>>. Elaborado em maio 2014. Acesso em: 02 mar. 2015.

VIEIRA JUNIOR, Ronado J. A. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, Brasília, ano VIII, n. 19, p. 9-40, jan./mar. 2009.

RECEBIDO EM: 21/08/2015
APROVADO EM: 28/12/2015

AS CONDICIONALIDADES DO BOLSA FAMÍLIA E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL

*THE CONDITIONALITIES OF THE BOLSA FAMÍLIA AND THE
PROMOTION OF MATERIAL EQUALITY*

*Guilherme Pinato Sato
Procurador Federal*

*Mestre em Direito Público dos Negócios pela Universidade de Paris 1 - Panthéon
Sorbonne*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os benefícios assistenciais e as demandas judiciais; 2 As condicionalidades como meio de inserção social; 3 A persecução da igualdade material como objetivo do Bolsa Família; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa o direito como instrumento de formação e desenvolvimento do Bolsa Família, favorecendo determinadas categorias, com o objetivo de concretização da igualdade material. O estudo tem por escopo abordar as condicionalidades, mais precisamente o seu fim mediato de redirecionamento de comportamentos e de rompimento do ciclo de pobreza. Destaca-se também a utilização de inúmeros regulamentos e portarias para agir de maneira mais eficaz sobre o meio social em constante transformação. Por fim, enfatiza a preponderância da persuasão estatal em detrimento do Estado repressor, no manejo das condicionalidades e na execução das políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Bolsa Família. Condicionalidades. Igualdade Material. Assistência Social. Políticas Públicas.

ABSTRACT: This paper analyzes the law as an instrument of formation and development of the Bolsa Família, favoring certain categories, with the aim of achieving material equality. The study has the scope to address the conditionalities, more precisely its mediate objective of behaviors redirection and of poverty cycle rupture. Also emphasizes the use of many regulations and ordinances to act more effectively on the social environment in constant transformation. Finally, it emphasizes the preponderance of State persuasion in detriment of repressive State in the management of conditionalities and implementation of public policies.

KEYWORDS: Bolsa Família. Conditionalities. Material Equality. Assistance Benefits. Public Policies.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a formação e o desenvolvimento de políticas públicas, baseando-se nos principais aspectos do Programa Bolsa Família. As políticas públicas são programas redistributivos de caráter transitório, sendo que o Bolsa Família visa a estabelecer igualdade material entre os indivíduos, por meio de prestações pecuniárias àqueles que se encontrem em condições de pobreza ou extrema pobreza, segundo critérios definidos em lei.

Um dos importantes aspectos do Programa Bolsa Família é o de impor condicionalidades¹ aos beneficiários, alcançando assim o objetivo imediato de suprir as carências materiais do grupo familiar e mediato de romper com o ciclo de miséria. Os efeitos mediatos do Programa são o acompanhamento da gestante e da vacinação dos filhos menores e da frequência escolar destes últimos. A transferência de renda é realizada preferencialmente em nome da genitora e o grupo familiar tem a livre escolha no destino dos recursos: na compra de alimentos e de vestuário.

Apesar de sua vasta expansão nos mais de dez anos de vigência, o Programa encontra dificuldades em aprimorar o acompanhamento do cumprimento das condicionalidades pelos beneficiários, pois a não observância das contrapartidas aumenta a vulnerabilidade social. A assistência de agentes públicos às famílias que tenham os benefícios suspensos por inexecução das condicionalidades é medida estritamente necessária para alcançar os objetivos de universalização do ensino fundamental e médio, do pleno acesso da gestante ao acompanhamento pré-natal e da vacinação dos filhos menores.

A dificuldade dos beneficiários em atender aos requisitos de contrapartida pode ser ocasionada pela disponibilidade insuficiente de serviço público de saúde e de educação ou pela falta de informação aos grupos atendidos. O trabalho dos assistentes sociais com as famílias que tiveram o benefício suspenso visa a reorientá-las, identificar os entraves para execução da política pública, impedindo, assim, o cancelamento e a consequente exclusão do programa assistencial.

A Portaria GM/MDS n. 251/2012, em seu artigo 4^o, avançou na proteção dos beneficiários em situação de risco social, ao exigir para o

1 As condicionalidades são deveres impostos aos beneficiários do programa Bolsa Família. Muito mais do que obrigações a serem cumpridas, caracterizam-se pela efetivação de direitos sociais nas áreas de saúde e de educação.

cancelamento do benefício o acompanhamento psicossocial, o que não era previsto na Portaria GM/MDS n. 321/2008.

A Portaria mais recente poderia ter dado mais um passo na proteção dos mais necessitados, pois em seu artigo 5º prevê o atendimento psicossocial priorizado às famílias com parcelas suspensas, enquanto tal atendimento deveria existir desde a advertência ou bloqueio, pois a mera interrupção temporária do benefício pode ocasionar graves danos ao grupo familiar em situação de extrema vulnerabilidade.

O Bolsa Família integra os programas de assistência social e nessa área a missão estatal é subsidiária, pois ao Poder Público cumpre o dever de socorrer o indivíduo em caso deste não poder manter economicamente sua própria subsistência ou não ser auxiliado pelo grupo familiar.

O papel do direito é fundamental nas políticas públicas, pois tratando-se de um processo em que vários grupos organizados participam na definição das metas a serem alcançadas, há necessariamente a presença de um rito, de determinado formalismo, de prazos e do contraditório. O Poder Público, ao tomar a decisão de implantar determinada política pública, põe em evidência os interesses de determinado grupo em detrimento dos demais e, desta feita, o processo decisório deve levar em conta os interesses conflitantes e decidir de maneira fundamentada.

O direito também tem a missão de salvaguardar os grupos menos organizados, estabelecendo normas protetivas aos mais pobres, por meio de políticas públicas, de tarifas módicas ou subsidiadas.

Além de servir de instrumento de definição das políticas públicas, o aparato legal também tem a função de assegurar a execução e o cumprimento das metas. Deve o administrador utilizar as normas jurídicas para reconfigurar as ações governamentais, com o objetivo de atender às carências sociais supervenientes, valendo-se de decretos e portarias como meios mais ágeis para interferir e transformar a realidade social, diminuindo as desigualdades entre os diversos grupos de indivíduos.

A temporalidade e a efemeridade da legislação na esfera da assistência social podem ser exemplificadas com a Lei n. 10.836/2004 do Programa Bolsa Família em seu artigo 2º, parágrafo 6º, ao estipular que os valores dos benefícios e da situação de pobreza e extrema pobreza poderão ser majorados pelo Poder Executivo, em razão da dinâmica socioeconômica do país.

Este artigo analisa também o papel das condicionalidades previstas no Programa Bolsa Família, pois elas têm como objetivo o direcionamento dos comportamentos dos beneficiários ao interesse geral, sendo que a cessação do benefício é aplicada em caráter residual, depois de várias tentativas de acompanhamento da família por profissionais dos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS).

Nas políticas públicas, as leis assumem papel importante na escolha dos meios necessários para responder às necessidades sociais prementes. Ao menos na esfera do direito social, deixa-se de lado a velha premissa de que a violação da lei ocasiona necessariamente a respectiva sanção, pois deve-se procurar o cumprimento da obrigação *in natura*, ou seja, a concretização das condicionalidades.

A atuação dos agentes da Assistência Social com as famílias que tiveram os benefícios suspensos faz com que se interrompam temporariamente as punições (advertência, bloqueio do benefício, suspensão e cancelamento) e seus efeitos gradativos previstos na Portaria n. 251, de 12 de dezembro de 2012, podendo-se aqui verificar a presença do Estado incentivador mais do que o Estado repressor.

As principais questões que este artigo aborda são: Qual o papel do direito na efetivação das condicionalidades do Programa? A função do direito como incentivador de comportamentos revela a ineficiência do Estado sancionador em matéria de políticas públicas? O atendimento psicossocial individual deve ocorrer desde o primeiro descumprimento, como proteção a indivíduos em risco social? Qual o limite da atuação do Poder Executivo na execução das políticas públicas?

1 OS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS E AS DEMANDAS JUDICIAIS

Os beneficiários da Assistência Social são os excluídos da Previdência Social, não tendo acesso a aposentadorias e benefícios incapacitantes. Dentre os benefícios da Assistência Social, o de prestação continuada, inscrito no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, é o de maior litigiosidade, ensejando o maior número de demandas, em relação aos demais.

Ele garante um salário-mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso em situação de hipossuficiência econômica, esta última entendida como renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.²

² O STF julgou improcedente a Reclamação n. 4.374, ajuizada pelo INSS, *declarando inconstitucional o artigo 20, parágrafo 3º, da LOAS, mas mantendo sua vigência até 31 de dezembro de 2014*. Trata-se de inconstitucionalidade do critério de renda de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para considerar a miserabilidade do

O indivíduo que preenche os requisitos legais tem direito adquirido à concessão do benefício mencionado, que deve ser requerido administrativamente perante o INSS; em caso de omissão ou indeferimento do pedido, resta o ajuizamento de demanda judicial.

O artigo 174 do Decreto n. 3.048/1999 estipulou o prazo de 45 dias para o INSS efetuar o primeiro pagamento na via administrativa, desde que o requerente tenha apresentado toda a documentação do período contributivo. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240/MG³, o STF firmou entendimento da necessidade do prévio requerimento ao INSS, como regra geral.

Diferentemente do benefício citado acima, o indivíduo que preencher os requisitos de extrema pobreza ou pobreza estipulados pelo artigo 2º da Lei n. 10.836/2004 não possui direito adquirido ao Bolsa Família, pois mister ainda o cadastro, a seleção aleatória pelo Governo Federal e orçamento disponível.

Embora os dois benefícios assistenciais visem a atender indivíduos em condições de extrema pobreza, o primeiro está vinculado à transferência de renda sem contrapartida por parte dos beneficiários, com regras bem definidas, estipuladas na Lei n. 8.742/1993, cujo artigo 20 estabelece as condições para a concessão, não havendo necessidade de normas infralegais.

O Bolsa Família, por sua vez, é caracterizado como política pública de caráter temporário, de regras mutáveis, que se adaptam a uma realidade em constante transformação social. Nesse sentido, o Poder Executivo, para se adequar à realidade, edita inúmeros regulamentos e portarias, fixando os critérios de renda, as sanções pelo descumprimento das condicionalidades, bem como as atribuições dos entes federados.

núcleo familiar. *O voto do relator ministro Gilmar Mendes considerou defasado o critério de miserabilidade mencionado*, concedendo um prazo de dois exercícios financeiros para que o Poder Executivo adotasse novo critério. A decisão foi publicada em 04/09/2013 e, até 23/07/2015, não foi publicado novo critério de miserabilidade (STF – Rcl n. 4.374/PE, Plenário, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, *DJe*, de 04/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 29 jul. 2015).

3 No mesmo julgamento, o STF elencou hipóteses em que não há necessidade de prévio requerimento administrativo nos casos de revisões, restabelecimento ou manutenção de benefícios anteriormente concedidos (STF – RE com repercussão geral n. 631.240/MG, Plenário, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/09/2014, *DJe*, de 07/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurispudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>>. Acesso em: 29 jul. 2015).

A necessidade de ampla discricionariedade do Poder Executivo em se adaptar às transformações sociais foi bem ilustrada nos ensinamentos do jurista suíço Charles-Albert Morand⁴, ao mencionar que a Administração Pública deve dispor de vasta discricionariedade para se adaptar a um ambiente em constante transformação. Ele compara o Poder Público a um acrobata que desliza sobre uma corda e que deve ter grande liberdade em seus movimentos.

O Bolsa Família é uma espécie do gênero programas finalizados, que o mencionado jurista⁵ lembra serem constituídos de três fases: objetivos, meios e avaliação de resultados, superpondo-se à velha estrutura bipolar da norma e sua aplicação a um caso particular.

O mesmo jurista menciona que os resultados das políticas públicas não podem ser analisados como tudo ou nada, pois o grau de sua realização deve ser verificado em intervalos regulares, e mesmo que os objetivos devam ser perseguidos, não são obrigatórios como nas leis, pois são analisados dentro de um conceito de natureza política.

Pelos motivos mencionados acima, o Bolsa Família não possui o mesmo grau de litigiosidade que o benefício de prestação continuada, pois não se trata de direito subjetivo do indivíduo que cumpre todas as condicionalidades e o requisito da renda. A concessão do benefício depende ainda dos procedimentos da política pública, cujos resultados almejados de transformação da realidade são alcançados a longo prazo.

No julgamento da Reclamação n. 4.374, o relator ministro Gilmar Mendes citou o critério de miserabilidade do benefício de prestação continuada, fazendo referência à própria lei do Bolsa Família (Lei n. 10.836/2004, art. 2º, § 6º), que estabelece critérios mais elásticos para a sua concessão.

O dispositivo legal enuncia que a renda do Bolsa Família poderá ser majorada pelo Poder Executivo, levando-se em conta a dinâmica socioeconômica do país e que tal critério poderia ser aplicado no benefício de prestação continuada, aumentando o critério de miserabilidade fixado em $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

As poucas demandas judiciais no Bolsa Família se devem também ao fato de que a inscrição no Cadastro Único do Governo Federal (CadÚnico)

4 MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999. p. 83.

5 *Ibidem*, p. 76-77.

não gera direito líquido e certo ao benefício, dependendo ainda do patamar de beneficiários para cada Município e orçamento disponível.

À guisa de exemplo, o procedimento instaurado e arquivado na Procuradoria da República no Município de Pau dos Ferros-RN, em que a requerente, apesar de regularmente inscrita no CadÚnico, não foi contemplada, pois o Ministério do Desenvolvimento Social seleciona os beneficiários segundo critérios informacionais e, por consequência, a mera inscrição não gera direito adquirido.⁶

A Coordenadoria de Gestão de Benefícios do Município de São Paulo informou haver algumas demandas⁷ em que a equipe é intimada a cumprir, como por exemplo a imediata concessão de Bolsa Família em casos em que o benefício fora suspenso por descumprimento das condicionalidades. Trata-se, por exemplo, de processos em que são aplicadas medidas protetivas de abrigo de crianças e que tramitam nas Varas da Infância e Juventude da Capital.

Embora o órgão municipal seja gestor do programa, os benefícios são mantidos pelo orçamento da União, e assim a municipalidade remete o Poder Judiciário ao órgão federal, no caso a SENARC⁸, do Ministério de Desenvolvimento Social.

O Estado Liberal considera a igualdade formal dos indivíduos, em que todos teriam as mesmas possibilidades, sendo todos indivíduos capazes, não se atendo, todavia, às diferenças de cada grupo social, de gênero, do grau de escolaridade de cada um ou de suas condições financeiras. De outro lado, a diferença de cada grupo é o cerne do Estado Social, com a necessidade de prestações materiais a determinadas categorias, com o objetivo de se aproximar ao máximo de uma verdadeira igualdade de chances para todos.

François Ewald⁹ comenta que no direito social a noção de sujeito individual de direito entra em crise, devendo-se levar em consideração as características concretas de cada categoria como a dos assalariados, dos

6 BRASIL. Ministério Público Federal NAOP5. *Ata da Vigésima Sessão Ordinária de dezembro de 2014*. [...] 3 Procuradoria da República no Município de Pau dos Ferros-RN n. 1.28.300.000140/2014-71. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.mp.br/NAOP5/Ata_so_20_2014-12-11.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

7 Por se tratar de processos judiciais da Vara da Infância e Juventude, de medidas protetivas a menores de 18 anos, correm em segredo de justiça, não havendo assim acesso a eles.

8 A mencionada sigla refere-se à Secretaria Nacional de Renda de Cidadania.

9 EWALD, François. *L'état providence*. Paris: Grasset, 1986. p. 451 e 583, apud MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaios de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88-89 e 91.

consumidores, e que a norma tem como função retificar as desigualdades existentes entre os indivíduos.

Nesse mesmo diapasão de ideias entre os Estados Liberal e Social, Charles-Albert Morand¹⁰ observa que para os mais carentes, o mais prejudicial é a retirada do próprio Estado que fornecia as prestações do que necessariamente as suas ações autoritárias e intervencionistas.

Os direitos sociais são marcados pela imprecisão, dependendo de outras normas para a sua concretização, e pela discricionariedade do Poder Executivo, que decide o momento de implantá-las, a duração e os meios necessários. Os direitos de segunda geração, apesar de sua fluidez, são instrumentos essenciais para a realização dos próprios direitos individuais, os de primeira geração.

A jurista francesa Laurence Gay¹¹ ensina que os direitos sociais “droits-créances”, apesar de serem fluidos, não se resumem somente a princípios, pois a própria Constituição enuncia riscos a cobrir. Ela afirma que os direitos sociais possuem um conteúdo mínimo, que abaixo desse patamar há violação a tais preceitos e que eles não se aplicam somente em casos extremos.

Ela lembra também que a alínea 11 do Preâmbulo da Constituição francesa de 1946 assegura a todos o direito de obter dos entes públicos meios apropriados de existência e que isso implica ao menos um serviço público de ajuda social de natureza constitucional.

A possibilidade de haver proteção insuficiente dos direitos sociais foi explicitada no voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento da mencionada Reclamação¹², acerca da insuficiência dos critérios do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/1993 (miserabilidade, renda per capita

10 MORAND, op. cit., p. 62.

11 GAY, Laurence. *Les “droits-créances” constitutionnels*. Bruxelles: Bruylant, 2007. p. 652-653 e 728-729.

12 Transcreve-se excerto do referido voto: “O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um *postulado de proteção* (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma *proibição de proteção insuficiente* (*Untermassverbot*).” (STF – Rcl n. 4.374/PE, Plenário, rel. min. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe, de 04/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 29 jul. 2015).

inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo) para definir os critérios do benefício de prestação continuada.

Maria Paula Dallari Bucci¹³ menciona que os direitos sociais são direitos-meio cuja função é assegurar ao indivíduo as condições para gozar os seus próprios direitos individuais e exemplifica com o acesso ao direito à educação, para que o indivíduo possa exercer plenamente o direito à livre manifestação do pensamento.

O Bolsa Família e o benefício de prestação continuada são programas assistenciais que visam a prestar recursos materiais para a concretização de existência digna àqueles que se encontram em situação de exclusão social, como meio de promover a igualdade material entre os diversos grupos heterogêneos da sociedade.

2 AS CONDICIONALIDADES COMO MEIO DE INSERÇÃO SOCIAL

As condicionalidades do Bolsa Família têm como objetivo dar efetivo acesso aos serviços públicos essenciais de saúde e educação e constituem mais direitos à prestação em face do Estado do que propriamente deveres a serem cumpridos pelos beneficiários.

A Portaria GM/MDS n. 251/2012¹⁴, em seu artigo 4º, estipula as sanções pelo descumprimento das condicionalidades, e o artigo 7º, por sua vez, descreve os efeitos gradativos das sanções, que devem ser aplicados

13 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

14 Devido à constante necessidade das normas jurídicas se adaptarem à realidade social, podem ser citadas as inúmeras portarias redefinindo as consequências do descumprimento das condicionalidades. A Portaria GM/MDS n. 321, de 29 de setembro de 2008, substituiu a Portaria GM/MDS n. 551/2005, de 09 de novembro de 2005. A Portaria atualmente em vigência é n.251, de 12 de dezembro de 2012, que em seu artigo 23 revogou a Portaria n. 321. Transcrevo os endereços eletrônicos das Portarias GM/MDS mencionadas neste artigo: PORTARIA GM/MDS N. 551/2005 – publicada no DOU DE 11/11/2005. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=117&data=11/11/2005>>. Acesso em: 04 dez. 2015.
PORTARIA GM/MDS N. 321/2008 – publicada no DOU de 30/09/2008. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=100&data=30/09/2008>>. Acesso em: 04 dez. 2015.
PORTARIA GM/MDS N.341/2008 – publicada no DOU de 08/10/2008 – disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=08/10/2008&jornal=1&pagina=53&totalArquivos=88>>. Acesso em: 04 dez. 2015.
PORTARIA GM/MDS N.251/2012 – publicada no DOU de 13/12/2012. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=224&data=13/12/2012>>. Acesso em: 04 dez 2015.

se decorridos menos de seis meses entre o descumprimento anterior e o posterior. As penalidades são: advertência no primeiro registro; bloqueio por um mês na segunda ocorrência; suspensão por dois meses, a partir do terceiro registro de descumprimento; e sucessivas suspensões, a partir de novos episódios.

O cancelamento ocorre somente se preenchidas as seguintes condições: a família estiver com o benefício suspenso; houver acompanhamento ativo registrado no Sistema de Condicionalidades e a nova falta ocorrer após 12 meses do descumprimento anterior.

A Portaria GM/MDS n. 251/2012 apresentou novo critério para o cancelamento do benefício, pois a Portaria n. 321/2008, em seu artigo 4º, inciso V, asseverava que o cancelamento ocorreria a partir do registro do quinto descumprimento, de modo automático, sem a previsão de acompanhamento psicossocial.

O necessário acompanhamento da família pelos técnicos do CRAS é requisito para o cancelamento do benefício previsto na atual Portaria. Demonstra-se assim o interesse do Poder Público em não aprofundar a situação de risco social em que se encontra a família, preferindo-se o cumprimento das condicionalidades à exclusão do sistema de proteção social.

A alteração dos critérios de aplicação das penalidades se mostrou adequada, pois a medida extrema de cancelamento do benefício deve ser acompanhada por assistentes sociais que, em contato com a família, podem suspender os efeitos gradativos das sanções, se verificarem existir justo motivo para o descumprimento.

Segundo informações obtidas da Coordenadoria de Gestão de Benefícios em São Paulo, a modalidade de descumprimento mais comum é a baixa frequência escolar. Assim, o justo motivo pode ser até o descumprimento da condicionalidade de educação, que deve ser analisada a cada caso, a exemplo do filho maior de 16 anos que trabalha e ajuda na renda familiar, e que fica impossibilitado de frequentar a escola, caso em que a família não pode ser penalizada com a cessação do benefício.

A deficiência física de locomoção do beneficiário¹⁵ é outro motivo que pode ocasionar o descumprimento da condicionalidade de educação, porém é

15 O artigo 3º da Lei n. 10.836/2004 impõe a frequência escolar de 85% aos menores de 16 anos e 75% para os filhos entre 16 e 17 anos. Trata-se de diferenciação legal necessária, pois os menores entre 16 e 17

classificada como justo motivo, segundo o órgão municipal. Há também casos em que o estabelecimento escolar (técnico, estadual ou privado) não atualiza os dados de frequência de seus alunos, gerando o bloqueio do benefício.

Não concordamos com a aplicação da penalidade, uma vez que a falta de informações sobre a frequência escolar é ocasionada pela omissão do estabelecimento de ensino, e não por culpa do beneficiário. O descumprimento de condicionalidades ocorre em maior número na área da educação do que na da saúde.

O artigo 5º da Portaria GM/MDS n. 251/2012 estipula que o acompanhamento por serviços socioassistenciais será priorizado para famílias com maior número de suspensões. Nesse mesmo sentido a Resolução CIT n. 7, de 10 de setembro de 2009, cujo artigo 20, parágrafo único, menciona que as famílias com suspensão do benefício por dois meses terão tal atendimento priorizado, com assistência individual, inclusive.

De fato, trata-se de famílias que tiveram os benefícios suspensos e que podem se encontrar em extrema vulnerabilidade. Em relação aos demais beneficiários que sofrerem punições mais brandas, ou seja, de advertência e bloqueio, o atendimento terá preferencialmente caráter coletivo, por meio de reuniões socioeducativas.

Todavia, o acompanhamento psicossocial individualizado deve ocorrer desde a primeira infração, evitando-se assim o subsequente bloqueio e a suspensão temporária do benefício para famílias que podem se encontrar em situação de grande vulnerabilidade, para as quais a mera retenção dos valores significaria prejuízo irreparável à sua subsistência.

Em observância à proteção das famílias com maior vulnerabilidade, o Município de São Paulo publicou o Decreto n. 53.029, de 16 de março de 2012, aplicável aos CRAS, que prevê o atendimento preventivo das famílias em situação de alta vulnerabilidade.

Tal preceito deve ter a seguinte interpretação: no território paulistano, todas as medidas restritivas de concessão do Bolsa Família devem ser necessariamente acompanhadas pelos serviços do CRAS, que verificarão se as famílias que descumprem as condicionalidades se encontram em risco social.

anos, se empregados, poderão ter maiores empecilhos para ir à escola, enquanto aos menores de 16 anos, deve-se privilegiar o acesso ao ensino fundamental.

O artigo 8º da Portaria GM/MDS n. 251/2012 ressalta que situações de força maior, caso fortuito, inexistência ou precariedade na prestação dos serviços de educação e saúde, ou outros motivos sociais, não são considerados para efeito de descumprimento das condicionalidades.

Há possibilidade de restrição à concessão do Bolsa-Família por irregularidades administrativas, como inexistência de saque do benefício, não atualização do cadastro, dados de frequência escolar desatualizados, casos que podem gerar bloqueio do recebimento. Cabe ao Município fiscalizar e sancionar essas irregularidades.

A União, por meio do Ministério do Desenvolvimento Social, é responsável pela aplicação das penas pelo não cumprimento das condicionalidades, sendo que a suspensão somente pode ser aplicada nessa hipótese. Se à União cabe aplicar a medida extrema da suspensão, os Municípios recebem e analisam os recursos administrativos e, em caso de deferimento, os agentes municipais podem desbloquear os valores atrasados e restabelecer o benefício.

As normas de não cumprimento da Assistência Social não possuem caráter necessariamente punitivo, embora a reprimenda seja aplicada subsidiariamente. Charles-Albert Morand¹⁶ ensina que o Estado incitador por meio das políticas públicas visa a atingir diversas finalidades de interesse geral, como a luta contra o desemprego e o analfabetismo, e que a negociação e a persuasão só são possíveis graças à sanção que se encontra por trás da ação pública.

Sobre as normas no direito social, François Ewald¹⁷ sublinha que:

O direito social não se obriga a sancionar rigorosamente aquilo que infringe as suas próprias leis. Por um lado, porque os seus enunciados não obedecem à partilha binária do permitido e do proibido; e em seguida porque ele se caracteriza por uma gestão flexível da coerção, a qual ele se adapta, por assim dizer, a quantidade dos fins perseguidos e as situações de sua aplicação.

O interesse geral é o cumprimento das condicionalidades da saúde e da educação como meios de interromper o ciclo de gerações futuras em extrema vulnerabilidade, pois de fato o interesse primário

16 MORAND, op. cit., p. 71 e 160.

17 EWALD, op. cit., p. 95.

nas condicionalidades é incitar o beneficiário a usufruir serviços básicos essenciais, ou seja, direcionar comportamentos à consecução de direitos sociais mínimos.

O interesse secundário da norma é a interrupção do benefício assistencial, seja por irregularidades administrativas ou descumprimento e, conseqüentemente, visando à boa gestão dos recursos públicos, evitando-se fraudes.

A execução das condicionalidades serve também de alerta ao próprio Poder Público em prestar serviços públicos mais eficientes nas áreas de saúde e de educação ou em serviços conexos, pois quantas crianças e adolescentes em zonas rurais mais distantes dos grandes centros urbanos deixam de ir às escolas ou aos hospitais pela ausência de ônibus escolares ou transporte público eficiente?

A Resolução CIT n. 7, de 10 de setembro de 2009, em seu artigo 11, parágrafo único, estipula que o Município, o Estado e a União em conjunto devem sanar as lacunas existentes na prestação do serviço público, quando o descumprimento das condicionalidades decorre de entraves ocasionados pela omissão pública de prestação adequada.

A complementariedade da renda do Bolsa Família supre necessidades imediatas de consumo e de alimentação do grupo familiar, que tem a discricionariedade dela dispor, e possui efeito imediato, emergencial. A sanção do direito social não tem como escopo imediato a repressão aos indivíduos que descumprirem lei, mas incitar comportamentos que beneficiem o indivíduo e a sociedade como um todo.

3 A PERSECUÇÃO DA IGUALDADE MATERIAL COMO OBJETIVO DO BOLSA FAMÍLIA

Nas políticas públicas, o Poder Executivo pode modificar as regras de identificação dos beneficiários, levando em consideração as transformações sociais. Os programas visam a assistir determinadas categorias de pessoas, elencadas com critérios objetivos, devendo o Poder Público pautar-se na impessoalidade, ao realizar o favorecimento de determinado grupo entre os existentes.

O Bolsa Família elencou como beneficiários dos programas famílias em condições de vulnerabilidade social e em extrema miserabilidade.

A ministra Cármen Lúcia¹⁸, no julgamento da Reclamação n. 3.805/SP, definiu juridicamente o conceito de extrema pobreza.

A ministra do STF valeu-se do pensamento da professora francesa Florence Tourette¹⁹, para quem o conceito jurídico de extrema pobreza é a marca de inferioridade em relação a um padrão considerado como normal e de dependência em relação a terceiros. Trata-se de um estado de exclusão que implica a assistência de terceiros para superá-la. A miserabilidade é sobretudo relacionada e embasada na humilhação e na privação.

O artigo 2º da Lei n. 10.836/2004 menciona os pobres e extremamente pobres como beneficiários; por sua vez, o artigo 16 do referido diploma legal atribui ao Poder Executivo o ajustamento, por meio de regulamentos, da renda familiar per capita para a identificação de famílias em extrema pobreza.

O artigo 7º da Portaria GM/MDS n. 341/2008, ao especificar os possíveis beneficiários, prioriza alguns grupos em situação de maior vulnerabilidade: quilombolas, indígenas e beneficiários de programas sociais em extinção.

O Bolsa Escola (Lei n. 10.219/2001) e o Bolsa Alimentação (MP n. 2.206-1/2001) são exemplos de programas que foram posteriormente extintos com a criação e implementação do Bolsa Família. O Bolsa Escola era vinculado a condicionantes da educação, enquanto o Bolsa Alimentação da área da saúde; o Bolsa Família englobou tanto os requisitos dos benefícios citados, como os seus beneficiários.

Os quilombolas e os indígenas foram mencionados na referida Portaria como categorias prioritárias devido às condições de extrema dificuldade econômica em que a maioria deles se encontra nos dias atuais. Eles habitam regiões de difícil acesso, com serviço público essencial inexistente ou precário, e distantes dos grandes centros urbanos.

A situação de extrema vulnerabilidade dos quilombolas também foi levada em conta na concessão da tarifa social de energia elétrica prevista

18 STF – Rcl n. 3.805/SP, Plenário, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/10/2006, DJ, de 18.10.2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779123/reclamacao-rcl-3805-sp-stf>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

19 A relatora ministra Carmen Lúcia mencionou a citação da jurista francesa em seu original em língua francesa, tendo sido realizada a tradução literal neste artigo. Cito o original: “*la marque d’une infériorité par rapport à un état considéré comme normal et d’une dépendance par rapport aux autres. Elle est un état d’exclusion qui implique l’aide d’autrui pour s’en sortir. Elle est surtout relative et faite d’humiliation et de privation.*” (TOURETTE, Florence. *Extrême pauvreté et droits de l’homme*. Paris: LGDJ, 2001. p. 4).

no parágrafo 4º do artigo 1º da Lei n. 12.212/2010. Cumprida a condição da renda familiar no Programa Luz para Todos, os referidos usuários têm direito à gratuidade ou a tarifa mais vantajosa em relação aos demais usuários da tarifa social.

No Bolsa Família, o legislador aplicou o critério de renda familiar e elencou algumas classes de indivíduos, sem exclusão da regra geral, mas que prevalecem no atendimento a pessoas que podem se encontrar em situação precária. Especificamente no Município de São Paulo, os catadores de material reciclável e a população de rua são considerados também categorias preferenciais de atendimento e cadastramento.²⁰

O Poder Público, dentre as inúmeras categorias da sociedade que se encontram em situação de precariedade, elencou algumas, não extrapolando o critério objetivo e não transformando o Bolsa Família em um programa eleitoreiro e clientelista, em proveito de determinado governante.

As políticas públicas têm caráter provisório, com o objetivo de atuar e transformar a realidade social, escolhendo determinados grupos de beneficiários e utilizando-se de critérios objetivos para a sua identificação. A execução do programa caracteriza-se pelo cadastramento dos interessados que preenchem os requisitos legais e sua ampliação a novos beneficiados ocorre segundo as possibilidades orçamentárias.

A igualdade formal entre os grupos deve ser restabelecida a partir do momento em que se atinge a igualdade material entre as categorias e, por consequência, a lei benéfica a determinado grupo deve ser extinta. O principal objetivo do Bolsa Família é a consecução da igualdade material na prestação dos serviços de saúde e de educação, como meios de erradicar a pobreza de modo sustentável e permanente.

O Programa Bolsa Família começou a ter vigência com a Medida Provisória n. 132, de 21 de outubro de 2003, que foi convertida na Lei n. 10.836,

20 No referido contato com o órgão municipal, foram apontadas algumas características e dificuldades específicas para o cumprimento das condicionalidades, segundo a categoria de indivíduos. Os quilombolas têm pouco representantes em São Paulo, enquanto que os indígenas, em algumas dessas comunidades, mudam constantemente de endereço, dificultando assim o acesso de seus filhos menores à escola. Em relação à população de rua, ela é muito heterogênea, pois é composta de indivíduos com distúrbios mentais, usuários frequentes de droga ou álcool, dentre outros. A complexidade dessa última categoria representa a maior barreira que os técnicos do CRAS enfrentam para cadastrá-los como beneficiários do Bolsa Família e orientá-los no cumprimento das condicionalidades.

de 9 de janeiro de 2004. O TCU publicou em 29 de setembro de 2004 acórdão²¹ em que atentava para o fato de que o Poder Público não havia ainda editado, até aquela data, ato normativo sobre o acompanhamento das condicionalidades do Bolsa Família, e que deveria implementá-lo imediatamente.

O monitoramento das condicionalidades ocorreu com a edição do Decreto n. 5.209/2004, de 17 de setembro de 2004, ou seja, alguns dias antes da publicação da orientação mencionada acima pelo TCU. Somente em 9 de novembro de 2005, a Portaria GM/MDS n. 551 estabeleceu os efeitos do descumprimento das condicionalidades.

Desde a instituição do Bolsa Família pela Medida Provisória n. 132, de 21 de outubro de 2003, até a edição da Portaria GM/MDS n. 551, de 9 de novembro de 2005, não houve aplicação das sanções pelo não cumprimento das condicionalidades, mas nem por isso os descumprimentos aumentaram, segundo dados do Relatório de Monitoramento do TCU²², publicado em junho de 2009. Tal fato deve ser entendido como conscientização da população sobre a essencialidade dos serviços de saúde e de educação.

O TCU, em auditoria operacional, no mencionado acórdão n. 1.496-36/04²³, recomendava várias medidas a serem tomadas pelo Poder Executivo na implantação e fiscalização das condicionalidades do Bolsa Família e uma delas era adotar o critério da carência nutricional para a concessão do Bolsa Família.

No posterior Relatório de Monitoramento de 2009, o TCU constatou, nos “itens 90 a 108”, que o critério nutricional não fora adotado, pois o Poder Público alegou a dificuldade em aplicá-lo a cada beneficiário. O Governo Federal também alegou a discricionariedade administrativa em determinar a categoria dos beneficiários a serem favorecidos.

Após a resposta do Poder Executivo, o TCU entendeu que após 10 anos do programa, a recomendação encontrava-se inviável, embora refutasse o entendimento do órgão executor de poder agir discricionariamente na

21 TCU- *Acórdão n. 1.496-36/04*. Plenário. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3435323837&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

22 TCU/Sepeg - Relatório de Monitoramento - Programa Bolsa Família - *TC nº 001.870/2009-7*. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/assistencia_social/relatorio%20do%20segundo%20%20monitoramento%20bolsa%20familia%20_0.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

23 TCU - *Acórdão n. 1.496/2004*, Plenário, op. cit.

escolha das categorias. Para o TCU, a previsão do princípio da eficiência pela EC n. 19/1998 e a própria Emenda Constitucional mitigaram o princípio da discricionariedade administrativa.

Discordamos da posição do Tribunal de Contas, pois cabe ao Poder Executivo definir e implementar as políticas públicas, escolhendo objetivamente as categorias de indivíduos, cabendo aos órgãos fiscalizadores reprimir os desvios de dinheiro público e recomendar boas práticas para gestão pública. Se não demonstrados favoritismos na definição dos critérios legais, malversações do dinheiro público, o Poder Executivo pode escolher os beneficiários e em que segmento da sociedade pretende agir.

No “item 92” do Relatório de Monitoramento de 2009, o Governo Federal informou ao TCU que outras categorias também solicitaram a entrada no programa: os desabrigados de enchentes, de secas e de calamidades públicas; os meninos emasculados; as vítimas de hanseníase; e os doentes crônicos. Segundo ainda o Poder Executivo, tais indivíduos poderiam ser atendidos preferencialmente em outros programas, pois a meta do Bolsa Família era o atendimento de grupos de famílias em situação de pobreza.

As referidas categorias de indivíduos podem usufruir do Bolsa Família se preenchidos os critérios de miserabilidade definidos no regulamento, mas não pelas suas condições específicas.

O Poder Público tem o livre arbítrio de escolher o grupo de indivíduos em que almeja atuar, mesmo que para isso não atenda especificamente às outras classes de pessoas que também se encontram em situação de dificuldade.

Os diversos programas de políticas públicas podem ter a mesma categoria de indivíduos, como os quilombolas, que podem usufruir tanto do Bolsa Família com o do programa Luz para Todos, mas nada impede que determinada política pública favoreça uma única categoria. As políticas públicas comunicam-se entre si, como o Pronatec, que visa a qualificar, oferecendo cursos técnicos profissionalizantes pelo “Sistema S”, sendo que muitos dos seus beneficiários também são do Bolsa Família.

Em relação à duração das políticas públicas, Maria Paula Dallari Bucci²⁴ afirma que a duração das políticas públicas não deve ser contada

24 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva 2013. p. 143-144.

necessariamente em dias ou semanas, mas na realização de certos acontecimentos: “Mas o tempo, nesse sentido (como, aliás, na vida) não significa o transcurso de dias ou semanas, mas as mudanças de estado associadas à ocorrência de determinados fatos.”

O preenchimento das condições de renda ou de subgrupos não é condição suficiente para ter direito adquirido ao Programa Bolsa Família, pois os interessados devem ser cadastrados no CadÚnico²⁵, segundo o princípio de autodeclaração dos dados, levando em consideração a renda dos últimos doze meses. O Ministério do Desenvolvimento Social, por sua vez, escolherá os novos beneficiários do programa segundo o número de pessoas a ser atingido em cada Município.

O patamar de beneficiários para cada Município é medida necessária para atender diferentes localidades, principalmente regiões rurais de difícil acesso, e impedir que o benefício assistencial seja utilizado para fins eleitoreiros, privilegiando somente localidades ou Estados cujos governantes sejam aliados do Governo Federal, em detrimento dos demais potenciais usuários.

A respeito da importância em se fixar um patamar para cada Município, Diogo Coutinho²⁶ ensina que:

No PBF há tetos municipais (quotas) que limitam a quantidade de beneficiários que cada cidade pode ter. A ideia de impor essas quotas está ligada à tentativa de evitar o risco de os Municípios cadastrarem pessoas que não deveriam (porque não precisam) receber o benefício. As cotas municipais são importantes porque elas impedem que prefeitos e outras autoridades públicas, por razões políticas, registrem pessoas indiscriminada ou fraudulentamente. Eles criaram, assim, incentivos para que tais autoridades registrassem somente os que necessitam do benefício.

O Bolsa Família não é um programa estável de usuários, pois há sempre novos beneficiários e a saída de outros que deixaram de preencher o requisito financeiro ou tiveram os seus benefícios cancelados.

25 Os inscritos no CadÚnico são heterogêneos, pois são indivíduos interessados em vários programas, como Bolsa-Família, isenção de taxas em concursos públicos, tarifa social de energia, “Minha Casa Minha Vida” etc.

26 COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUKEK, David M. (Orgs.). *Direito e desenvolvimento, um diálogo entre os Brics*. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 99-100.

Na medida que o Programa Bolsa Família avança, encontram-se dificuldades físicas para entrar em contato e cadastrar novos usuários. Os Municípios firmam contrato com a União para a concessão do benefício em seus territórios e a União, por sua vez, por meio do Ministério do Desenvolvimento Social, repassa dinheiro aos Municípios para a manutenção e melhorias no sistema, segundo critérios de desempenho de cada cidade, medidos pelo IGD-M.

Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento²⁷, em 2010 o Município de São Paulo era a cidade que apresentava maior número de famílias em situação de vulnerabilidade e que ainda não tinham sido cadastradas, em um total de 155.165.

Para chegar a esses novos usuários, além dos CRAS já existentes, utilizou-se o serviço móvel de atendimento²⁸, para ir ao encontro e cadastrar os munícipes em situação de grande vulnerabilidade, em bairros mais afastados da cidade de São Paulo.

Acerca da necessidade dos próprios interessados conhecerem o programa, Maria Paula Dallari Bucci comenta²⁹ que entre as questões estruturantes da ação governamental, estão em saber quem são os beneficiários, a escala, os seus custos, o tempo de desenvolvimento da ação governamental e se os beneficiários estão suficientemente informados de seus benefícios.

As penalidades aplicadas, a retenção de valores e a suspensão do benefício são discriminadas nos extratos bancários fornecidos pela Caixa Econômica Federal. Assim, além das cartas enviadas pelos órgãos públicos, as informações nos extratos bancários discriminam as penalidades e avisam o beneficiário sobre a necessidade de entrar em contato com o gestor municipal para recorrer da decisão e regularizar o benefício.

27 GARCIA, Roseli; PAULA, Rogéria de. *MDS destina R\$ 4 milhões para cadastramento da população pobre na cidade de São Paulo*. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2010/janeiro/copy_of_mds-destina-r-4-milhoes-para-cadastramento-da-populacao-pobre-na-cidade-de-sao-paulo>. Acesso em: 29 jul. 2015.

28 SÃO PAULO (Cidade). Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social. *Programa Bolsa Família*. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/gestao_de_beneficios/bolsa_familia/index.php?p=2007>. Acesso em: 29 jul. 2015.

29 BUCCI, op. cit., p. 134-135.

Trata-se de importante instrumento de publicidade aos beneficiários, dando-lhes ciência das sanções aplicadas pela Administração Pública, bem como das vias recursais para o exercício do contraditório e ampla defesa.

4 CONCLUSÃO

Decorridos mais de dez anos de execução do Programa Bolsa Família, a pobreza e a extrema pobreza diminuíram significativamente. Entre os anos de 2000 e 2010, a miserabilidade caiu em 40% na zona rural, segundo dados do IPEA.³⁰

O Bolsa Família caracteriza-se pelos seus fins imediatos de amenizar a situação de carência de renda do núcleo familiar e mediatos de inserção em uma vida digna, fornecendo aos beneficiários serviços públicos essenciais de saúde e de educação, com o objetivo de romper o ciclo de pobreza a gerações futuras.

Nesse sentido, a socióloga Amélia Cohn³¹ comenta que um dos objetivos do Bolsa Família é a transformação na realidade dos beneficiários “que de objetos do programa transformam-se em sujeitos que reivindicam os seus direitos”.

Dentre os indivíduos em pobreza absoluta e pobreza, o Poder Público elencou classes prioritárias para atendimento no Bolsa Família, respeitando-se o critério objetivo e priorizando grupos, e não determinados indivíduos. O ente público possui discricionariedade para elencá-los, pois a política pública tem como objetivo promover transformações sociais, promovendo a igualdade material entre setores específicos da sociedade.

Em relação às demandas judiciais, o Bolsa Família é bem menos requisitado do que o benefício de prestação continuada, circunstância que pode ser explicada pelos seguintes fatores: maior temporariedade de permanência dos beneficiários no segundo programa; normas em constante

30 JANUZZI, Paulo de Martino; PINTO, Alexandro Rodrigues. Bolsa Família e seus impactos nas condições de vida da população brasileira: uma síntese dos principais achados da pesquisa de avaliação de impacto do Bolsa Família. In: CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes (Orgs.). *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Cap. 10, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013. p. 181-182.

31 COHN, Amélia. Desafios de uma trajetória de êxito: dez anos do PBF. In: CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes (Orgs.). *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Cap. 28, Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013. p. 463.

alteração e infralegais para se adequar à realidade social no primeiro programa; e cadastro que não gera direito adquirido ao Bolsa Família.

O benefício de prestação continuada é marcado por critérios bem delineados em nível constitucional quanto ao valor do benefício, aos beneficiados e à renda a ser concedida, que é bem superior à do Bolsa Família.

As sanções do Bolsa Família têm como principal objetivo a incitação de condutas, “o resgate de indivíduos” que deixaram de cumprir as condicionalidades. O cancelamento do benefício pode aumentar a vulnerabilidade social da família que já se encontrava em dificuldades para cumprir as metas de saúde e de educação, e o desligamento do programa tende a aumentar significativamente o risco social.

A atual Portaria GM/MDS n. 251/2012 representou enorme avanço na proteção de famílias em vulnerabilidade social, ao determinar o seu acompanhamento por agentes do CRAS, antes de cancelar o benefício assistencial. Tal previsão não existia na legislação anterior, pois a simples reiteração contínua de descumprimento em um determinado espaço de tempo ocasionava inevitavelmente o cancelamento da percepção do Bolsa Família.

Segundo a atual Portaria, o acompanhamento individual por agentes especializados é priorizado para as famílias que tiveram o benefício suspenso, mas deveria ocorrer em todos os casos de descumprimento, pois desde a aplicação da advertência, o beneficiário pode já se encontrar em situação de risco social.

O Bolsa Família foi inovador ao transferir renda condicionada ao cumprimento de obrigações na saúde e na educação, em proveito do próprio indivíduo. O benefício visa em um primeiro momento a amenizar a extrema precariedade material e, em um segundo momento, a inseri-lo em uma vida digna de sujeito de direitos, tendo como meta a igualdade material a curto e a longo prazo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério Público Federal NAOP5. *Ata da Vigésima Sessão Ordinária de dezembro de 2014*. [...] 3 Procuradoria da República no Município de Pau dos Ferros-RN n. 1.28.300.000140/2014-71. Disponível em: <http://www.prr5.mpf.mp.br/NAOP5/Ata_so_20_2014-12-11.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 3.805/SP*, Plenário, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/10/2006, DJ, de 18.10.2006. Disponível em: <<http://>

stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779123/reclamacao-rcl-3805-sp-stf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. *Reclamação n. 4.374/PE*, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18/04/2013, DJe, de 04/09/2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. *Recurso Extraordinário com repercussão geral 631.240/MG*, Plenário, rel. min. Roberto Barroso, j. 03/09/2014, DJe, de 07/11/2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.496-36/04 – Plenário*. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3435323837&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog). *Relatório de Monitoramento - Programa Bolsa Família*. Processo n. 001.870/2009-7. Disponível em: <http://portal3.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/assistencia_social/relatorio%20do%20segundo%20%20monitoramento%20bolsa%20familia%20_0.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-48.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva 2013.

CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes (Orgs.). *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_bolsafamilia_10anos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

COHN, Amélia. Desafios de uma trajetória de êxito: dez anos do PBF. In: CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes (Orgs.). *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Brasília: Instituto de Pesquisa

Econômica Aplicada (IPEA), 2013. Cap. 28, p. 453-466. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_bolsafamilia_10anos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2015.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o Programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; TRUKEK, David M. (Orgs.). *Direito e desenvolvimento, um diálogo entre os Brics*. São Paulo, Saraiva, 2012. p. 73-122.

GARCIA, Roseli; PAULA, Rogéria de. *MDS destina R\$ 4 milhões para cadastramento da população pobre na cidade de São Paulo*. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/noticias/2010/janeiro/copy_of_mds-destina-r-4-milhoes-para-castramento-da-populacao-pobre-na-cidade-de-sao-paulo>. Acesso em: 29 jul. 2015.

GAY, Laurence. *Les "droits-créances" constitutionnels*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

JANUZZI, Paulo de Martino; PINTO, Alexandro Rodrigues. Bolsa Família e seus impactos nas condições de vida da população brasileira: uma síntese dos principais achados da pesquisa de avaliação de impacto do Bolsa Família. In: CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Côrtes (Orgs.). *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013. Cap. 10, p. 179-192. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_bolsafamilia_10anos.pdf> Acesso em: 29 jul. 2015.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ensaio de teoria do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: LGDJ, 1999.

SÃO PAULO (Cidade). Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social. *Programa Bolsa Família*. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/gestao_de_beneficios/bolsa_familia/index.php?p=2007>. Acesso em: 29 jul. 2015.

RECEBIDO EM: 16/10/2015

APROVADO EM: 14/12/2015

ELEMENTOS DE UMA CIÊNCIA APLICADA DO DIREITO PARA O *DESIGN* DAS INSTITUIÇÕES

*ELEMENTS OF APPLIED JURISPRUDENCE FOR
INSTITUTIONAL DESIGN*

Juliano Scherner Rossi

Procurador Federal

*Bacharel em Engenharia Mecânica (UFSC, 1997) e Direito (UFSC, 2003)
Especialista em Direito Público (UnB, 2010), Mestre em Direito (UFSC, 2013) e
discente do programa de Doutorado em Direito (UFSC, 2015)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ciência do direito como conhecimento tecnológico; 2 O *design* de instituições; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Este artigo explora alguns elementos de uma ciência aplicada do direito para o *design* de instituições. O objetivo não é apresentar resultados, mas buscar elementos para o desenvolvimento de modelos teóricos em direito. Os conceitos-chaves para uma possível teorização aqui são: a decidibilidade como objeto de uma ciência aplicada do direito, conforme estabelecido por Ferraz Jr.; legitimação, conceito desenvolvido a partir de uma teorização inicial de Weber; e o individualismo metodológico, pelo qual os comportamentos coletivos são compreendidos a partir da dinâmica de comportamentos individuais e da estrutura de incentivos dos agentes. O foco do estudo são as instituições, suas criações e mudanças, a partir de tipos ideais de legitimação: coercitivo, normativo e cultural-cognitivo. O ordenamento jurídico está relacionado mais proximamente ao primeiro, mas a interação é complexa. A abordagem é interdisciplinar e sistêmica. Como ferramenta de análise, a mudança institucional permite testar empiricamente os modelos de comportamento social, de modo que esses momentos são propícios ao desenvolvimento da pesquisa.

PALAVRAS CHAVE: *Design* de Instituições. Epistemologia Kurídica. Ciência Aplicada do Direito. Legitimidade. Institucionalismo.

ABSTRACT: This article explores some elements of applied jurisprudence for the institutional design. The goal is not to present results, but seek elements for the development of theoretical models in Law. The key concepts for a possible theorization here are: the decidability as the object of an applied jurisprudence, as established by Ferraz Jr.; legitimacy, as concept developed further from an initial theorization by Weber; and methodological individualism, whereby the collective behaviours are explained by the dynamics of individual behaviours and incentive structures. The study's focus is on institutions, their creations and changes from ideal three types of legitimacy: coercive, normative and cultural-cognitive. The legal system relates more closely to the first, but the interaction among the three types is complex. The approach is interdisciplinary and systemic. As an analytical tool, institutional change allows empirical test of models of social behaviour, so these moments are the key to the development of research.

KEYWORDS: Institutional Design. Legal Epistemology. Applied Jurisprudence. Legitimacy. Institutionalism.

INTRODUÇÃO

Tanto o positivismo quanto as principais alternativas, seja de Dworkin, de “direito como integridade”, seja de Alexy, de ponderação axiológica, continuam enfrentando o mesmo problema exposto por Hart¹ e por Kelsen², este no Cap. 8 da Teoria Pura do Direito: do controle racional das decisões judiciais e o flerte ocasional com o ativismo judiciário (e o déficit democrático que o acompanha). Essas explicações acabam se utilizando da mesma estratégia para lidar com a indeterminação, reivindicando que as áreas ambíguas da ordem jurídicas são pequenas. Esse o campo da aplicação, ao qual geralmente se voltam as atenções dos juristas.

Uma das grandes dificuldades da teoria constitucional é conciliação do Estado de Direito e da supremacia da Constituição com o fato de as normas não produzirem respostas para determinadas controvérsias concretas. As leis em geral, para serem legítimas, exigem, no mínimo, que elas tenham surgido de procedimentos ou se fundamentem em princípios que sejam amplamente, se não universalmente, reconhecidos como legítimos. Na prática, no entanto, é extremamente difícil estabelecer os procedimentos de legitimação dos princípios, pela complexidade e diversidade moral e social. Mesmo que haja acordo sobre os procedimentos e princípios fundamentais, como “cada cabeça, um voto” ou “tratar igualmente os iguais”, a complexidade do mundo e a diversidade moral tornam muitas vezes acordo sobre detalhes impossível. O problema poderia ser enunciado da seguinte forma: se a aplicação de uma regra exige deliberação sobre o seu significado, a regra não pode ser um guia para a ação na maneira que um compromisso com o Estado de Direito pareça exigir, pois se o conteúdo de um direito constitucional (ou de outro dispositivo constitucional) só pode ser determinada após uma extensa deliberação, a Constituição, por si, não garante direitos, no sentido de fornecer garantias fundamentais.

Este artigo também aborda a questão da indeterminação das regras, mas sob outro aspecto. Propõe-se aqui que, em vez de justificar decisões judiciais, a teoria projetasse instituições que viabilizem programas e políticas com reduzidos campos de indeterminação jurídica ou que possam resolvê-la de forma eficaz, em que a indeterminação é oportunidade para criar condições para deliberação local sobre o conteúdo das normas jurídicas. A abordagem adotada aqui é essencialmente tecnológica, de

1 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

2 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

engenharia jurídica, por assim dizer, pois é discutido o quanto de intencional há nas instituições para provocar mudanças sociais e o quanto de possibilidade de produzir a mudança pretendida. Para que isso ocorra, deve haver responsabilidade política dos atores e colaboração entre diversas esferas de governo. A proposta será feita a partir das abordagens institucionalistas, termo que abarca concepções econômicas e sociológicas, como as de North³ e Scott⁴.

Na primeira seção, será apresentado um modelo de ciência do direito compatível com a noção de ciência aplicada. Para isso, haverá especial apoio na epistemologia de Ferraz Jr.⁵ A segunda seção propõe uma explicação institucionalista da origem e mudança das instituições, a qual serviria de base para a estimativa de resultados do *design* de instituições. A abordagem utilizada é sistêmica. Ao final são apresentadas algumas possibilidades de pesquisa posterior. O objetivo aqui não é apresentar resultados, mas buscar elementos para o desenvolvimento de modelos teóricos em direito.

O termo *design* de instituições é aqui tido como tradução do termo em inglês *institutional design*. Foi preferido ele à sua tradução mais literal, *design* institucional, uma vez que este tem conotação própria em *design* gráfico, que trata da identidade visual de empresas ou outras instituições. Neste artigo, o *design* de instituições diz respeito ao conjunto de normas jurídicas formais que dispõem sobre a estrutura e funcionamento, entendidas em modo amplo, de instituições. Como instância formal, as normas são distintas das práticas institucionais.

1 A CIÊNCIA DO DIREITO COMO CONHECIMENTO TECNOLÓGICO

Conforme bem observado por Ferraz Jr.⁶, a decidibilidade é o problema central da ciência do direito, ainda que a decisão judicial não seja o único objeto da ciência jurídica. Essa é uma decorrência direta da

3 Cf. NORTH, Douglass. Institutions and economic growth: A historical introduction. *World Development*, v. 17, n. 9, p. 1319-1332, set. 1989. NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. NORTH, Douglass. *Economic performance through time*. 1993. Conferência do Prêmio Nobel, 9 dez. 1993, The Nobel Foundation. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em: 24 set. 2015.

4 Cf. SCOTT, William Richard. *Institutions and Organizations*. 2. ed. Thousand Oaks: Sage, 2001. SCOTT, William Richard; REUF, Martin; MENDEL, Peter J.; CARONNA, Carol. *Institutional Change and Health Care Organizations: From Professional Dominance to managed Care*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

5 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1997. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

6 *Ibidem*, 1994.

proposição de Kelsen de que o critério de verdade para a ciência jurídica não é um juízo de causalidade nos moldes das ciências naturais, mas um juízo de imputação: o direito positivo não é criação da decisão legislativa, mas da imputação da validade do direito a certas decisões legislativas judiciárias ou administrativas.⁷ Essa conclusão decorre da diferenciação que Kelsen faz entre norma, que tem a estrutura de um comando, e proposição jurídica, o juízo hipotético que enuncia ou traduz que, sob certas condições ou pressupostos fixados pelo ordenamento, devem intervir certas consequências previstas pelo próprio ordenamento. Em algum momento, o cientista ou o aplicador fará uma apreciação da realidade da norma, mas tão-somente para determinar se uma norma é, o que significa afirmar sua validade e vigência. Apenas nesse sentido é possível afirmar que há um direito positivo. Estabelecer o que seja direito não é um juízo de verdade, pois o estabelecimento, seja do horizonte de consequências da norma, seja de uma consequência particular, decorre de uma decisão, não da natureza. Isso implica afirmar que não é possível extrair de um enunciado normativo suas consequências. A linguagem, o contexto socioeconômico, a teoria do direito, os valores dominantes em uma sociedade ou quaisquer outros fatores causais podem prescrever soluções para a decisão, mas, mesmo que a solução ao final seja aquela prescrita, nunca haverá relação de causalidade. Por essa razão, os enunciados normativos não estão sujeitos à refutação, tais como enunciados científicos.

Ainda que seja possível pensar a ciência do direito de modo especulativo, ao envolver uma questão de decidibilidade, a ciência jurídica manifesta-se, segundo Ferraz Jr., como pensamento tecnológico.⁸ Essa afirmação torna-se mais evidente considerando a finalidade prática do direito como instrumento de ação sobre a sociedade. Na concepção de Luhmann, o direito é um sistema funcionalmente diferenciado da sociedade, cuja função é manter estáveis as expectativas, ainda que o resultado em um caso particular não se dê conforme esperado.⁹ O direito tem aqui caráter contingencial, em razão da seletividade dos resultados, seja no estabelecimento da norma, seja da solução do caso particular. Nesse sentido, há no direito função de estabilização da contingência.

A necessidade de solução de problemas práticos faz surgir, para Ferraz Jr., duas abordagens da ciência jurídica.¹⁰ Uma que se assemelha

7 KELSEN, 1998a, 1998b.

8 Ibid.

9 LUHMANN, op. cit., 1983.

10 Ibid.

à pesquisa científica como se está acostumado pensar que se desenvolva, com ampla liberdade de investigação, que chamou de zetética. Outra com a finalidade específica de possibilitar uma decisão e orientar a ação, que chamou de dogmática. Esta se caracteriza por uma discussão limitada ou truncada, em que o horizonte de soluções é propositalmente limitado, voltado, tomando emprestado a expressão de Luhmann, para a estabilização da contingência. A abordagem dogmática identifica-se como pensamento tecnológico em analogia às ciências aplicadas, que se utilizam de conceitos, teorias, esquemas tomados por verdadeiros, problematizando apenas a sua aplicação para solução de problemas práticos. No direito, a abordagem dogmática baseia-se em dois postulados: a inegabilidade dos pontos de partida¹¹ (ou proibição da negação) – a impossibilidade de negar os pontos de partida da série argumentativa – e a necessidade de decisão (ou proibição do *non liquet*).¹² Em um modelo positivista, as normas válidas seriam pontos de partida inegáveis. Ferraz Jr. ainda identifica três modelos de ciência dogmática do direito, tendo em conta a decidibilidade, que denominou teoria da norma (modelo analítico), teoria da interpretação (modelo hermenêutico) e teoria da decisão jurídica (modelo empírico).¹³

Uma proposta para o direito como ciência aplicada ao *design* de instituições transita entre questões zetéticas e dogmáticas; nestas, utiliza-se dos três modelos de ciência dogmática propostos por Ferraz Jr. A decidibilidade, como problema central da ciência jurídica, não se revela aqui com vista à aplicação no caso concreto, mas no estabelecimento de universos de solução possível, em que os âmbitos de incerteza sejam controlados, de modo a que possam ser suportados pelo sistema social e tornar decidíveis eventuais conflitos. É instrumento de política para, partindo das normas, prescrever condutas desejáveis e projetar instituições. Pode parecer evidente que qualquer norma jurídica seja capaz de fazer isso, mas há grande diferença entre o texto de uma lei proposto por um leigo e aquele proposto por um especialista. Espera-se deste que, conhecendo como as normas postas funcionam em uma sociedade, seja capaz de propor leis que concretizem o objetivo desejado com melhores resultados. Nesse sentido, faz-se necessária uma abordagem que dê conta da interação das normas com a sociedade em geral e com os destinatários mais específicos nos setores que serão regulados.

11 FERRAZ JR. (1994, p. 48) atribui a expressão inegabilidade dos pontos de partida a Luhmann.

12 FERRAZ JR., op. cit.

13 Ibid.

É interessante perceber que a pesquisa jurídica tem uma longa tradição de investigação sobre a interpretação ou a dogmática, pouco se dedicando ao estudo das instituições. Esse tema tem sido mais explorado na economia, na ciência política e na sociologia, mas parece que aquele se dedica ao estudo do direito como ciência aplicada não possa prescindir desse conhecimento na tarefa de *design* de instituições.

Em alguns aspectos, essa abordagem se emparelha com o que Melo propôs como política do direito,¹⁴ que começaria a partir de onde parou Kelsen quando demarcou a ciência do direito. Para Kelsen, a ciência do direito é eminentemente descritiva, posição criticada por insuficiente ao desconsiderar elementos de legitimação da ordem jurídica.¹⁵ A desvinculação da validade das normas dos valores supremos de uma sociedade, sejam os valores morais, o espírito do povo ou aqueles impostos pela razão (o que quer que signifiquem essas categorias), acaba por fundamentar o direito na força, pois há direito onde há Estado e este se caracteriza pela eficácia da ordem jurídica, na doutrina da norma fundamental. A Teoria Pura do Direito não o afirma, mas há nessa concepção algum tributo a Weber, pois a ideia de uma norma fundamental está ligada diretamente a uma concepção de estado como único produtor legítimo de normas. Essa formulação é compatível com o conceito de Weber de estado moderno: a comunidade humana que reivindica com sucesso o monopólio da violência física legítima em um território, uma associação compulsória que organiza a dominação.¹⁶

O que poderia se considerado uma constatação da teoria de Kelsen no mínimo incômoda, por outro lado, dá à ciência jurídica um estado de liberdade de investigação que não seria possível se fossem considerados como pressupostos de uma ordem jurídica a sua justiça, a conformação com o espírito do povo ou qualquer outra concepção. Como Melo bem observa, quando se diz que uma norma é válida, admite-se esta como existente e que a existência da norma precisa ser distinguida dos fatos pelos quais ela é reproduzida e ao cientista do direito não cabe estabelecer ou valorar normas jurídicas, mas descrevê-las e a sistematizar proposições que são enunciados sobre elas.¹⁷ Essa concepção preserva a descrição, campo da ciência do direito, da prescrição, campo da política do direito, segundo

14 MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 72-76, jan. 1993. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15901/14403>>. Acesso em: 20 set. 2015.

15 KELSEN, 1998a, 1998b.

16 WEBER, 1999, 2004, 2009.

17 Ibid.

concepção de Melo, pois “mesmo que um projeto de reconstrução axiológica venha a ser concretizado, esse objeto continuará sendo o de descrever as normas então reconstruídas”.¹⁸ A política do direito, expressão que em outras situações poderia se entendida como uma contradição em termos, caberia definir os horizontes de possibilidade de um direito melhor, a partir de uma abordagem prescritiva, baseada em pressupostos axiológicos e deontológicos. Essa concepção de ciência política do direito é próxima daquilo que Ferrajoli chama de ponto de vista externo, em que a crítica do sistema jurídico é feita a partir das práticas de cunho ético-político decorrentes da teoria ou de visões de mundo.¹⁹

A concepção de ciência do direito como ciência aplicada aqui guarda semelhança com a concepção de política do direito de Melo ao ser compreendida em seu aspecto pragmático, como ação empreendida com um fim. Para Melo, os elementos básicos de uma ação dotada de eficácia se configuram na existência de um agente (capaz de determinar-se), de meios hábeis (estratégias sob orientação normativa) e de um fim desejado (o desenho do devir ou da utopia).²⁰ Essa concepção pode ser compreendida no âmbito da racionalidade instrumental: “a faculdade de classificação, inferência e dedução, não importando qual o conteúdo específico dessas ações: ou seja, o funcionamento abstrato do mecanismo de pensamento”.²¹

A esse tipo de abordagem podem ser feitas, em boa medida, uma vez que não se baseia em pressupostos axiológicos ou deontológicos, as mesmas objeções feitas à Teoria Pura do Direito. Do mesmo modo, as objeções que o próprio Horkheimer fez a esse tipo de racionalidade, do obscurecimento da racionalidade cognitiva, dedicada ao compreender a relação entre meios e fins.²² A resposta a essas objeções pode ser feita de modo análogo à de Kelsen e Ferrajoli, de que a crítica é não menos importante, mas externa à demarcação proposta, tanto como o jusnaturalismo pode ser compreendido como referencial ético do juspositivismo. A crítica não surge da teoria, mas ela abre espaço, a partir de sua formulação, que o conteúdo ético das normas ou das instituições criadas seja passível de crítica. Nesse sentido, a concepção proposta aqui se distancia da política do direito de Melo, pois

18 WEBER, 1999, 2004, 2009. p. 73.

19 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

20 *Ibid.*, p. 74.

21 HORKHEIMER, M. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2002. p. 13.

22 *Ibid.*

a crítica deontológica dos fins, para o autor, é interna à própria concepção que propõe.

O enfoque dado por Melo à política do direito, por outro lado, é de cunho eminentemente jusfilosófico, abordagem bastante comum entre os juristas. A menção feita por ele à utopia é suficientemente ilustrativa. O *design* de instituições exige, por outro lado, uma abordagem diferente. A utopia, ainda que seja compartilhada por grande parte dos indivíduos, não parece ser suficiente para explicar o porquê da mudança nem o comportamento dos indivíduos em sociedade e, em razão disso, fundamentar uma ciência jurídica aplicada ao *design* de instituições. Por conta disso, é proposto um enfoque sociológico e econômico a partir da eficácia das normas.

2 O *DESIGN* DE INSTITUIÇÕES

O *design* de instituições exige uma abordagem interdisciplinar. Kelsen, mantendo-se coerente com sua proposta de pureza metodológica, não se interessou pelas motivações das pessoas ao conformar-se ou não às normas jurídicas, atribuindo aos sociólogos ou psicólogos essa investigação.²³ A ideia de justaposição de conhecimentos, que poderia surgir da proposição de Kelsen, não é suficiente, visto que a estimativa de comportamentos a partir de mudanças intencionais do quadro normativo, seja das leis, seja das normas internas das organizações, exige interação dos campos de conhecimento.

O foco desta pesquisa está em instituições e organizações. O fato de as organizações estarem profundamente enraizadas em ambientes sociais e políticos sugere que as práticas e estruturas organizacionais são muitas vezes reflexo ou respostas às regras, crenças e convenções incorporadas ao ambiente. A tese central de abordagens institucionalistas é que estruturas, programas e práticas em organizações alcançam legitimidade por meio da construção social da realidade.²⁴ Duas propostas metodológicas são apresentadas: a análise da mudança institucional, a partir da qual é possível testar empiricamente os modelos de comportamento social, e o individualismo metodológico, pelo qual os comportamentos coletivos são compreendidos a partir da dinâmica de comportamentos individuais e da estrutura de incentivos dos agentes. Os comportamentos individuais podem ser racionais ou comportamentais e prescindem de valores como justificação das condutas, ainda que essa possa influenciar a decisão. A tarefa analítica chave para

23 KELSEN, 1998a, 1998b.

24 WEBER, 2009.

a análise institucional é determinar quais fatores são importantes em determinados contextos e na medida em que os mecanismos trabalham para reforçar ou desestabilizar a ordem social dominante.

Conforme North, instituições são entendidas como regras formais e informais, mecanismos de sua aplicação e normas de comportamento que estruturam repetida interação humana, entre os indivíduos, dentro ou entre organizações, por meio de incentivos, desincentivos, constrangimentos e reforços.²⁵ Organizações, por sua vez, podem ser definidas como grupos de indivíduos unidos por um propósito comum para atingir certos objetivos.²⁶ Para ser eficaz, as regras devem incorporar características de execução para indicar como o cumprimento é acompanhado e como não-conformidade é prevenida ou reprimida. Regras têm por propósito obrigar ou incentivar indivíduos ou organizações a se comportarem de certa maneira.²⁷ Os incentivos e desincentivos decorrem das vantagens ou desvantagens que real ou potencialmente advém a indivíduos ou organizações por causa de uma regra.

As instituições e organizações estão intimamente relacionadas e, portanto, as organizações não funcionam fora de um contexto institucional. Esse inclui os órgãos políticos, regulatórios e administrativos, sociedade civil e organizações associativas e suas práticas organizacionais. Aqui, prática organizacional é entendida como a forma como as organizações cumprem – ou não – e fazem cumprir – ou não – as regras formais, fatores dependentes de sua capacidade organizacional. Em uma situação ideal, as organizações (i) cumprem, (ii) fazem cumprir as regras e (iii) tem as capacidades necessárias para fazê-lo. Na realidade, porém, a prática organizacional não é apenas influenciada pelas regras e os respectivos incentivos que eles criam, mas também pelos interesses específicos de organizações e indivíduos. Esses interesses são moldados por uma série de fatores, incluindo preferências, prevalecendo regras informais e culturais, bem como motivações de solidariedade e profissionalismo. Regras não contêm, portanto, incentivos ou restrições inerentes ou fixos. É o contexto organizacional, que em última análise, determina benefícios ou desvantagens reais ou potenciais, como percebidos por organizações e indivíduos. Segundo DiMaggio e Powell, análises de utilidade e de

25 NORTH, 1989, p. 1321.

26 Cf. NORTH, 1989, p. 1993.

27 OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James (eds.). *Rules, games, and common-pool resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

maximização de resultados são motivadores humanos e organizacionais dominantes para a prática organizacional e comportamento.²⁸ Com um bom conhecimento do contexto, o efeito desses incentivos pode ser antecipado.

Institucionalização é aqui definida em termos dos processos pelos quais padrões alcançam estabilidade normativa e cognitiva, incorporam-se à rotina e adquirem normalidade. Scott estruturou três categorias analíticas de uma ordem institucional: regulatória, normativa e cultural-cognitiva que atuam de forma complementar, mas formam tipos ideais de legitimação social.²⁹ Do ponto de vista regulatório das instituições, a mudança organizacional é fundamentalmente um produto das forças de mercado e elementos organizacionais reguladores, tais como políticas feitas valer por meios coercivos. Do normativo, a mudança é produto da obrigação social (moral), baseada primordialmente em estruturas informais, em vez de estruturas formais de coerção. Essa categoria enfatiza o ambiente imediato das organizações, em vez de as regras culturais mais gerais da sociedade. Aspectos cognitivos das organizações concentram-se em mudanças nas crenças conceituais, modelos mentais e interpretações de significados compartilhados. Essa perspectiva também salienta a internalização das mudanças pelos membros da organização a partir de valores culturalmente compatíveis.

O papel dos processos reguladores em um sentido mais explícito e formal dependerá da abordagem adotada. Uma abordagem econômica enfatiza processos regulatórios, nos quais sistemas de regras e mecanismos de sua aplicação são os principais motores da mudança institucional. Uma abordagem sociológica, com ênfase na normatividade, por outro lado, pode ver a mudança como um produto de obrigação social, em vez de mera conveniência. Estes sistemas normativos incluem valores relativos ao comportamento preferido e normas que especificam como as coisas devem ser feitas. Em essência, eles definem os meios legítimos para perseguir fins. Embora essas expectativas normativas possam impor restrições sobre o comportamento, eles também servem para capacitar e facilitar a mudança.

Cada uma dessas categorias (regulatória, normativa e cultural-cognitiva) enfatiza um aspecto da mudança: tem que, deve e quer mudar

28 DIMAGGIO, Paul; POWELL, Walter W. The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-60, abr. 1983.

29 SCOTT, op. cit.

(*have to, ought to, want to change*) e fornece uma base para a legitimidade – uma condição que reflete congruência com as regras ou leis, apoio normativo, ou alinhamento cultural.³⁰ O elemento regulador enfatiza a conformidade com os sistemas jurídicos como as bases da legitimidade. A obrigação jurídica é motor da mudança, com coerção material e temor atuando como fatores-chave que a perpetuam. Os membros da organização mudam porque eles têm que e não necessariamente porque querem (ainda que possa haver internalização posterior do elemento coercitivo nas ordens normativa e cultural-cognitiva). O elemento normativo salienta as bases morais para avaliar a legitimidade. Os membros da organização sentem que deveriam a partir de um senso de dever, mesmo se eles não se identifiquem com a justificativa para a mudança ou acreditem que ela terá êxito (ainda que possa haver internalização posterior do elemento normativo na ordem cultural-cognitiva). O elemento cognitivo enfatiza legitimidade cultural que vem da adoção de uma visão partilhada (e que, por tal razão, rejeita formas alternativas de atuação). Os membros optam por adotar e apoiar uma mudança porque acreditam nela pessoalmente, querendo apoiá-la mesmo que isso não seja aplicada por meio de uma política organizacional (aspectos regulatório e normativo).

No modelo proposto, em uma primeira leitura, a ordem jurídica atua no âmbito regulatório exogenamente, em um primeiro momento, ainda que a ordem jurídica possa ser internalizada posteriormente. Foi proposto, por outro lado, que a regulação age tanto como força endógena como exógena. Scott et al. verificaram que mudanças regulatórias federais nos EUA e a diferenciação de especialidades médicas tiveram o efeito não intencional de minar a soberania dos médicos, alterando o campo da medicina profundamente ao estabelecer uma relação fornecedor-consumidor de serviços de saúde.³¹ Edelman,³² Edelman et al.,³³ Dobbin e Sutton,³⁴ observaram que respostas organizacionais ao ordenamento jurídico foram variadas e complexas, bem como que os profissionais das organizações ajudaram a construir normas e criar os regulamentos que moldaram as boas

30 SCOTT, op. cit.

31 SCOTT et al., op. cit.

32 EDELMAN, Lauren B. Legal ambiguity and symbolic structures: Organizational mediation of civil rights. *American Journal of Sociology*, v. 95, p. 1401-1440, 1992.

33 EDELMAN, Lauren B; UGGEN, C.; ERLANGER, H. The endogeneity of legal regulation. *American Journal of Sociology*, v. 105, p. 406-454, 1999.

34 DOBBIN, Frank; SUTTON, John R. The strength of a weak state: The employment rights revolution and the rise of human resources management divisions. *American Journal of Sociology*, v. 104, p. 441-476, 1998.

prática na regulamentação dos direitos no local de trabalho. Influências internas e heterogeneidade de respostas indicam crescente atenção com o papel e o comportamento da agência, a capacidade de uma entidade agir em um determinado ambiente, na institucionalização. Indica igualmente que a institucionalização é um processo político e o sucesso do processo depende do poder relativo dos atores que se esforçam para dirigi-lo.³⁵

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *design* de instituições como objeto de pesquisa é pouco explorado na literatura brasileira de epistemologia jurídica. A ênfase na pesquisa aplicada em direito está normalmente sobre os aspectos da decisão judicial e da sua justificação. Aqui está, por exemplo, a teoria da norma jurídica ou da hermenêutica. A se inverter o enfoque, podem ser explorados não os horizontes daquela decisão judicial em particular, mas os horizontes das decisões possíveis (ou prováveis ou aceitáveis) e de suas implicações e consequências práticas e como isso interfere na forma como as pessoas planejam suas vidas. Levando essa ideia ao funcionamento das instituições, é possível encontrar fórmulas que permitam sua estrutura e funcionamento mais eficiente ou eficaz.

Isso não poderia ser feito sem uma abordagem interdisciplinar, pois não são apenas tomadas as normas em si ou em relação a outras normas, mas ao funcionamento de organizações humanas e como a ordem jurídica é capaz de interferir nelas. Nesse sentido, o *design* de instituições tem um aspecto empírico o qual o jurista deve estar preparado para enfrentar. Não basta apenas estruturar normas de organização que reduzam suficientemente os âmbitos de indeterminação e permitam a aplicação das normas, mas que também o façam estimulando a cooperação por meio de reforço dos mecanismos morais e culturais.

Como outra advertência, uma ciência jurídica como ciência aplicada ao *design* de instituições deve levar em consideração consequências involuntárias de certa normatização. Essas consequências não advêm apenas do modo em que a estrutura normativa é montada, mas igualmente de como a lei nova altera os esquemas de incentivos e desincentivos e como eles podem alterar comportamentos individuais e coletivos.

35 DIMAGGIO, Paul. Interest and agency in institutional theory. In: ZUCKER, Lyanne G. (ed.) *Institutional Patterns and Organizations: Culture and Environment*. Cambridge, MA: Ballinger, 1988. p. 3-21.

REFERÊNCIAS

DIMAGGIO, Paul. Interest and agency in institutional theory. In: ZUCKER, Lyanne G. (ed.) *Institutional Patterns and Organizations: Culture and Environment*. Cambridge, MA: Ballinger, 1988. p. 3-21.

DIMAGGIO, Paul; POWELL, Walter W. *The iron cage revisited: Institutional isomorphism and collective rationality in organizational fields*. *American Sociological Review*, v. 48, n. 2, p. 147-60, abr. 1983.

DOBBIN, Frank; SUTTON, John R. The strength of a weak state: The employment rights revolution and the rise of human resources management divisions. *American Journal of Sociology*, v. 104, p. 441-476, 1998.

EDELMAN, Lauren B. Legal ambiguity and symbolic structures: Organizational mediation of civil rights. *American Journal of Sociology*, v. 95, p. 1401-1440, 1992.

_____; UGGEN, C.; ERLANGER, H. The endogeneity of legal regulation. *American Journal of Sociology*, v. 105, p. 406-454, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HORKHEIMER, M. *Eclipse da razão*. São Paulo : Centauro, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Fundamentos da Política Jurídica. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 72-76, jan. 1993. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15901/14403>>. Acesso em: 20 set. 2015.

NORTH, Douglass. Institutions and economic growth: A historical introduction. *World Development*, v. 17, n. 9, p. 1319-1332, set. 1989.

_____. *Institutions, institutional change, and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. *Economic performance through time*. 1993. Conferência do Prêmio Nobel, 9 dez. 1993, The Nobel Foundation. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html>. Acesso em: 24 set. 2015.

OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James (eds.). *Rules, games, and common-pool resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994.

SCOTT, William Richard. *Institutions and Organizations*. 2. ed. Thousand Oaks : Sage, 2001.

_____; REUF, Martin; MENDEL, Peter J.; CARONNA, Carol. *Institutional Change and Health Care Organizations: From Professional Dominance to managed Care*. Chicago: University of Chicago Press, 2000.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 15 ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

_____. *Economia e sociedade*. 4 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. v. 1.

_____. *Economia e sociedade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. v. 2.



RECEBIDO EM: 30/09/2015
APROVADO EM: 18/11/2015

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA VIA DIFUSA COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

*THE DIFFUSE CONTROL OF CONVENTIONALITY AS A
MECHANISM TO OPTIMIZE AND ENFORCEMENT OF
HUMAN RIGHTS*

Leandro Caletti

*Assessor Jurídico da União, mestrando no Programa de Mestrado Acadêmico em
Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Área de concentração: direito, democracia
e sustentabilidade. Linha de pesquisa: fundamentos do direito e da democracia.*

Márcio Ricardo Staffen

*Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia (ITA). Doutor
e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)
Coordenador e Professor no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em
Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). Líder do Grupo de Pesquisa
Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (PPGD-IMED)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Universalização dos Direitos Humanos; 2 Porosidade do ordenamento interno brasileiro às normas de matriz internacional; 3 O controle difuso de convencionalidade como forma de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo que ora se apresenta tem por escopo examinar o controle difuso de convencionalidade da produção normativa interna enquanto mecanismo prático e contributivo para a otimização e a exigibilidade dos Direitos Humanos. De efeito, o cenário posterior à Segunda Guerra Mundial foi pródigo na instalação de uma nova realidade, representada pela asserção do tema “Direitos Humanos” na ordem das relações interestatais, acarretando, inclusive, a abertura do ordenamento jurídico interno brasileiro às normas de matriz internacional. Como consequência da porosidade desse entrelaçamento, surge o necessário juízo de compatibilidade vertical – na temática deste exame, difuso – entre leis domésticas e normas de tratados ratificados pela República brasileira, de modo a repelir a produção interna predatória de Direitos Humanos de matriz internacional (norma interna que é vigente, mas inválida), controle esse inúmeras vezes recomendado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e que já começa a ganhar corpo na jurisprudência interna.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade. Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Fontes do Direito.

ABSTRACT: the study presented here aims to examine the diffuse control of conventionality of the internal normative production as a practical and contributory mechanism to optimize and enforcement of human rights. With effect, the scene after the Second World War was prodigal in setting up a new reality, represented by the assertion of the subject “human rights” in the order of interstate relations, causing inclusive the opening of the Brazilian domestic laws to international matrix standards. As a result of the porosity of this entanglement, comes the necessary vertical compatibility judgment - the theme of this examination, diffuse - among national laws and treaty provisions ratified by the Brazilian Republic, in order to repel a predatory internal production of human rights of international matrix (internal rule that is effective, but not valid), this control repeatedly recommended by the Inter-American Court of Human Rights and that is beginning to take shape in domestic jurisprudence.

KEYWORDS: Conventionality Control. International Treaties. Human Rights. Inter-American Court of Human Rights. Sources of Law.

INTRODUÇÃO

Este ensaio tenciona qualificar o controle difuso de convencionalidade da produção normativa doméstica como mecanismo prático e contributivo para a otimização e a exigibilidade dos Direitos Humanos.

Para tanto, no primeiro capítulo, descortina-se a universalização dos Direitos Humanos a partir do surgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra, valendo-se, no intento, do marco teórico de Gregorio Peces-Barba Martínez e da série de novas fontes que se agregaram ao direito (*corpo juris* dos tratados internacionais, especialmente os de Direitos Humanos, jurisprudência internacional, direito supraconstitucional universal e a jurisprudência das cortes universais).

No segundo capítulo, examina-se a porosidade do ordenamento constitucional brasileiro às normas de matriz internacional que versam Direitos Humanos, notadamente tendo-se em mira os dispositivos constitucionais de abertura. Pretende-se demonstrar, aqui, a fertilidade do terreno para a admissão da eficácia de normas internacionais de Direitos Humanos nas relações jurídicas domésticas concretas, através do exame difuso de convencionalidade.

Por derradeiro, na terceira seção, esmiúça-se o controle difuso de convencionalidade, demarcando seu histórico de nascimento e aparição na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao final, apresenta-se o instituto como efetivo mecanismo de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos, ilustrando com casos práticos internos.

1 UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Embora o tempo imponha sua marcha, batendo, já, à porta da pós-modernidade, ainda se consome tempo e energia na discussão que perquire se os Direitos Humanos se constituem em direitos naturais e inatos, positivos, históricos ou, mesmo, derivados da moral.

Mesmo que, *a priori*, a historicidade dos Direitos Humanos pareça ser o caminho mais correto, posto não se trate de um direito posto, mas construído na rotina diária e quotidiana, a verdade é que os direitos preditos encerram, em seu âmago, uma pitada de cada atributo dos enumerados alhures.

De efeito, os Direitos Humanos enquanto posição de interesse legítimo internacional tiveram como embriões a redefinição de soberania estatal (mitigação) e a modificação de mentalidade acerca da titularidade desses direitos, alçando-se a pessoa a sujeito de direito internacional, mormente a partir do surgimento do constitucionalismo do segundo pós-guerra. Não sem razão, porquanto os sistemas legais anteriores se consubstanciaram em verdadeiros artifícios para a prática do genocídio, por exemplo.

Tem-se, nessa toada, a Convenção de Viena¹ como confirmatória do movimento iniciado décadas antes com a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal (sem esquecer os avanços da I Conferência², em Teerã, em 1968), de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos. A partir dela, a par de se erigirem os Estados como responsáveis internacionais pela garantia dos Direitos Humanos, ao efeito de que não se permitisse o tratamento desses direitos como assuntos internos, as pessoas, agora, surgiam como sujeitos de Direitos Humanos.

O modo de processamento dessa internacionalização e universalização exigiu, por óbvio, a necessidade de implementação, efetivação e garantia desses direitos, o que só se mostraria possível a partir de uma sistemática internacional de monitoramento e controle (*international accountability*), o que se perfectibilizou com a adoção de instrumentos de alcance global e regional, que constituem, respectivamente, os sistemas Global e Regional de proteção internacional dos Direitos Humanos.

Simultaneamente, à preocupação com o Estado ganhou espaço a atenção com o seu modelo constitucional. Ademais, toda reflexão sobre o Estado importa em análise da Constituição³ e, toda apreciação atenta da Constituição atinge a funcionalidade do Estado. Ocorre que os tempos presentes têm apresentado uma nova moldura ao Estado e à sua Constituição, sobre a qual sobre-existem determinadas estruturas, mas esquadrejadas sobre novos *standards*.

Desde já se pontua que, neste estudo, pela delimitação proposta, não se esmiuçarão as fases citadas (internacionalização e universalização dos Direitos Humanos), importando, isto, sim, uma análise crítica e atualizada.

1 Conferência Mundial Sobre os Direitos do Homem, Viena, 14-25 jun. 1993.

2 I Conferência Internacional de Direitos Humanos, Teerã, 22 abr.-13 maio 1968.

3 MATTEUCCI, Nicola. *Lo stato*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 2005.

Esse limite temático, entretantes, não pode furtar ao leitor o esclarecimento de Gregorio Peces-Barba Martínez⁴ acerca do ponto:

Desde el punto de vista de los tipos de reflexión que suscitan cada una, hay que precisar que la universalidad racional se plantea en la discusión sobre el fundamento y el concepto de derechos humanos, la histórica en lo que he llamado el proceso de generalización de los derechos y la espacial, en él de internacionalización. Las dos primeras son hoy más teóricas y doctrinales, aunque la generalización representó una importante lucha especialmente en el siglo XIX, y la tercera está hoy, además de en un plano teórico, en el núcleo de una lucha práctica por la extensión a todas las zonas del mundo de los derechos humanos, superando la idea de que se encuentran en el ámbito de la jurisdicción doméstica de los Estados y con el lento avance de normas a nivel regional (europeo o americano) o mundial (de Naciones Unidas).

Eduardo Bittar⁵, nessa linha argumentativa, discorre:

Sem maiores delongas, é com Foucault, a partir das reflexões de Marcio Alves da Fonseca, que se pode falar em quebra da universalidade da concepção de direitos humanos. A quebra da sua universalidade não importa em desprezo ou relativização desta categoria de direitos, mas em mudança de eixo na discussão dos problemas que os afetam, do plano da justificação metafísica para o plano da real efetividade na qual se assentam as práticas sociais afirmativas de direitos humanos.

Assiste razão, de fato, às novas posições que pretendem transpor estereótipos enraizados acerca dos Direitos Humanos, propugnando por leituras e interpretações que, não obstante não neguem importância às questões históricas e conceituais, deem mais atenção à problemática envolvendo a sua realização diária e quotidiana.

Ademais, o fenômeno da universalização de determinada categoria jurídica jamais foi sinônimo – muito menos na atualidade – de efetividade da mesma. O critério, pois, da universalidade serve muito mais à confiabilidade do que à concretização dos direitos, afeta essa última a ponderações de cunho programático.

4 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*. Madrid, n. 15-16, v. II, p. 613-633. p. 617, 1994.

5 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 290.

Assim, nos dizeres de Vladimir Safatle as relações entre Justiça e Direito se extinguem no seio de “Estados ilegais” que bloqueiam o acesso substancial dos indivíduos ao gozo efetivo das prerrogativas humanitárias e democráticas. Logo, não se pode perder de vista a advertência de Slavoj Zizek ao tratar do afastamento da ética política no mundo atual⁶.

Numa visão mais ampla, crítica e serena, o já citado Peces-Barba Martínez situa em três planos – imbricados na raiz – a questão da universalidade dos Direitos Humanos, a saber, lógico, temporal e espacial. No primeiro, se faz referência à titularidade, inerente a todos os seres humanos, dizendo, o segundo, com o caráter racional e abstrato à margem do tempo e válidos para qualquer momento histórico. O terceiro, por fim, pertine com a extensão da cultura dos Direitos Humanos a todas as sociedades políticas, sem exceção⁷.

Importa reconhecer que a maioria da doutrina, mormente a relativista cultural, para quem “o pluralismo cultural impede a formação de uma moral universal, tornando-se necessário que se respeite as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral”⁸, sempre se ateu ao primeiro plano elencado pelo precitado jurista espanhol (lógico).

Essa visão, todavia, é obliterada, posto que os critérios lógico e racional da universalização acabarão conduzindo os Direitos Humanos a uma limitação de ordem positivo-territorial, entendendo-se por um direito humano universal aquele exercido por qualquer pessoa, todavia, dentro da jurisdição territorial de um ordenamento nacional.

Gregorio Peces-Barba Martínez⁹ esclarece, no ponto, com a propriedade habitual:

Me parece que los objetivos que se pretenden, en la relación especialmente con la universalidad espacial se consiguen con este planteamiento de la universalidad de la moralidad básica que justifica los derechos humanos, y que permite mantener su permanencia, junto

6 SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e falência da crítica*. São Paulo: Boitempo, 2008.

7 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. *Tiempo de Paz*. Madrid, n. 52-53, 1999, p. 180-190. p. 181.

8 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 157.

9 PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999. p. 188.

con la historicidad y la variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamenten derechos, al hilo de un tiempo histórico. Lo universal es la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración “a priori”.

Com acerto, a sementeira do universalismo característico dos Direitos Humanos repousa nessa pretensão moral justificada que congrega realidade histórica e vida quotidiana, tudo culminando numa atualização constante de valores aptos a tornar possível uma vida social em consonância com a dignidade humana.

Todavía, praticar o universalismo dos Direitos Humanos na aplicação, em última análise, do direito internacional dos Direitos Humanos de forma generalizada a todos os Estados, tanto no sistema interno, como no internacional, ainda se constitui em aspirada utopia. Isso porque se parte da noção – parcial – de que os Direitos Humanos retratam unicamente um interrelacionamento entre Estados ou entre Estados e organizações internacionais.

Onde repousa, entretanto, o defeito dessa concepção? Reside em desconsiderar o humanismo ínsito ao ideal de Direitos Humanos, o qual, aliás, lhe serve de substrato. Um humanismo que parte dos ideais mais nobres de alteridade, caridade (não apenas a material), solidariedade e fraternidade, características essas que, metafisicamente, compõem a própria nascente dos Direitos Humanos¹⁰.

Nesse estado de coisas, ainda que de forma paulatina e demorada, o eixo de visão do direito pós-moderno, que engloba o universalismo predito, vai se modificando de um cenário lógico-formal para uma postura axiológica e compreensiva que acolhe os Direitos Humanos enquanto anteparo da própria manutenção da vida e da espécie humana. Vai se permitindo, assim, uma interação com novas fontes do direito, gestadas a partir das novas relações dos Direitos Humanos e internacional (direito global), até então inexploradas.

Hoje, o intérprete do direito, além das leis, códigos, Constituição, jurisprudência e doutrina internas, precisa se familiarizar com o *corpo juris* dos tratados internacionais, especialmente os de Direitos Humanos, com a jurisprudência internacional, com o direito supraconstitucional universal e com a jurisprudência das cortes universais.

10 Cf. LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo*. Tradução: João Gama. Lisboa: 70, 1982.

Chega-se, hodiernamente, inclusive, a se falar de organizações privadas regulando assuntos globais e de interesse direto e crucial dos Direitos Humanos, como observa Márcio Ricardo Staffen, de forma judiciosa:

Ademais, observa-se uma progressiva majoração de organizações privadas na tratativa de assuntos globais, com gerência regulamentadora e reguladora, nas mais diversas áreas de incidência e de competência material. São entes originariamente privados, sem vínculos governamentais, que se dedicam à proteção ambiental, ao controle da pesca, à fruição dos direitos sobre a água, à segurança alimentar, às finanças e ao comércio, à *internet*, aos fármacos, à tutela da propriedade intelectual, à proteção de refugiados, à certificação de insumos quanto à procedência, à preservação da concorrência, ao controle de armas e combate ao terrorismo, ao transporte aéreo e naval, aos serviços postais, às telecomunicações, à energia nuclear e seus resíduos, à instrução, à imigração, à saúde e ao esporte.¹¹

Contudo, tão significativa quanto o desvelar dessa nova estrutura de fontes do direito pós-moderno é a constatação no sentido de que há um entrelaçamento dialogante e interdependente entre elas, a permitir – no que toca diretamente com a temática deste estudo – uma porosidade do ordenamento jurídico interno brasileiro às normas de matriz internacional que protejam Direitos Humanos, inclusive com o afastamento das primeiras em detrimento das segundas, nas hipóteses de inconveniência, do que se passa a tratar.

2 POROSIDADE DO ORDENAMENTO INTERNO BRASILEIRO ÀS NORMAS DE MATRIZ INTERNACIONAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, abriu-se o ordenamento interno ao respeito aos Direitos Humanos, notadamente através da adoção, no inciso II do artigo 4º, do “princípio da prevalência dos direitos humanos” como objetivo da República. Esse dispositivo constitucional representou o ressurgimento do Brasil no cenário de direito internacional, do qual estivera ausente pelos vinte e um anos de período ditatorial de exceção.

11 STAFFEN, Márcio Ricardo. O direito na perspectiva global: quo vadis? In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro (Orgs.). *Direito, democracia e sustentabilidade*: anuário do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED Editora, 2014. p. 215-241. p. 228, grifo do autor.

A par de um norte louvável, tal norma se consubstanciou em verdadeira diretriz de atuação para o Estado brasileiro na ordem internacional, todavia, não apenas na participação elaborativa e deliberativa de normas convencionais protetivas dos Direitos Humanos (relações entre Estados), mas também – e principalmente – na sujeição de seus comportamentos ao regramento convencional a que se obrigou voluntariamente.

Em paralelo, mas com imbricação clara, erigiu o legislador constituinte a cláusula de abertura material do parágrafo 2º do artigo 5º, pela qual o catálogo de direitos fundamentais não se esgota no texto constitucional, sendo, ao revés, receptivo das normas de matriz internacional oriundas de tratados ratificados pela República brasileira.

Abriu-se, assim, o direito constitucional positivo brasileiro a uma fundamentalidade material assim retratada por Ingo Sarlet¹²:

Inspirada na IX Emenda da Constituição dos EUA e tendo, por sua vez, posteriormente influenciado outras ordens constitucionais (de modo especial a Constituição portuguesa de 1911 [art. 4º]), a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo.

De efeito, essa porosidade do ordenamento interno ao internacional traz consequências de duas ordens: uma, no âmbito da titularidade de novos direitos fundamentais (de índole material), e, outra, na compatibilidade da produção normativa doméstica com as normas de matriz internacional ratificadas.

No tocante à primeira, leciona Antonio Augusto Cançado Trindade¹³:

Com a interação entre o Direito Internacional e o Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. [...] No presente contexto, o Direito Internacional e o Direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 78-79.

13 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, p. 53, jul./dez. 1993.

Referentemente à segunda ordem de consequências, é preciso perquirir por como se fixou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tema da hierarquia das normas de matriz internacional ratificadas, depois de anos de discussões entre monismo e dualismo¹⁴.

No Pretório Excelso, desde o julgamento do recurso extraordinário n. 80.004, em 1977, vigorou o entendimento da paridade entre normas oriundas de tratados internacionais – de que natureza fossem – e a legislação ordinária. Eventual dissenso, nesse cenário, era resolvido pelos critérios ordinários de solução de antinomia de regras (cronológico, especialidade e hierárquico), em se tratando de incompatibilidade com a legislação ordinária, e a absoluta supremacia das normas constitucionais, nas hipóteses de confrontos com o texto constitucional.

A partir, todavia, do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, ocorrido em 3 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal uniformizou interpretação segundo a qual as normas de matriz internacional atinentes a Direitos Humanos gozam de supralegalidade em face da legislação ordinária nacional.

Malgrado se afigure indubitável o avanço obtido com o predito julgamento em termos de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos – nos parágrafos subsequentes se verá por que –, quedou-se perdida a oportunidade de atribuir nível materialmente constitucional às normas de Direitos Humanos oriundas de tratados internacionais (independentemente da aprovação qualificada do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição), o que advogo de longa data (todos os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor têm índole e nível de normas constitucionais, material ou formalmente, não importando *quorum* de aprovação do tratado – intelecção do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição). Era precisamente essa, aliás, a tese que restou vencida por cinco voto a quatro (dois ministros não participaram do julgamento), defendida pelo ministro Celso de Mello.

Seja como for, sublinha-se que a posição vencedora no julgamento – supralegalidade –, embora progressiva, acaba conduzindo a uma impropriedade de alta indagação. Ela faz nascer, no ordenamento, uma duplicidade de regimes jurídicos impertinente para o atual sistema de proteção dos Direitos Humanos, uma vez que erige categorias de tratados que têm o mesmo fundamento jurídico (conforme ingressados a partir dos

14 Cf. PIOVESAN, 2002. p. 75-98.

mecanismos do parágrafo 3º [nível constitucional] ou do parágrafo 2º [nível supralegal] do artigo 5º da Constituição Federal). E veja-se que esse fundamento jurídico (que também é ético, moral e humanitário) não lhes é dado por alguma instância interna (direito ou Poder), mas, sim, emana da própria ordem internacional de onde tais tratados provêm.

Efetivamente, ao produzir as “categorias” dos tratados de nível constitucional e supralegal, a tese da supralegalidade finda por nortear instrumentos iguais de maneira totalmente diferente. Mais: ao criar uma categoria supralegal de normas, por via oblíqua, relega essas normas a um plano de paralegalidade, dando a entender que os tratados de Direitos Humanos inseridos nessa condição encontram-se apartados do arcabouço jurídico aplicável.

Ainda assim, a partir da conclusão do julgamento do recurso extraordinário n. 466.343, se verifica uma nova divisão na pirâmide normativa clássica, localizada entre a base (legislação ordinária) e o topo (Constituição) e representada pelas normas oriundas de tratados internacionais inerentes a Direitos Humanos. Importa referir que, no tocante aos tratados de matéria ordinária ou comum, a supralegalidade emerge diretamente do artigo 27 da Convenção de Viena, internalizada através do Decreto n. 7.030/09¹⁵.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Valerio Mazzuoli¹⁶, a partir da adoção da tese da supralegalidade, já se pode afirmar que Estado brasileiro se qualifica como “um Estado de Direito onde tem relevância ímpar o Direito Internacional”. No ponto, parece-nos que a relevância destacada é dos Direitos Humanos, não do internacional, ainda mais se tendo em linha de consideração que os primeiros têm se mostrado de mais fácil aplicação do que os segundos. Aliás, parece ter sido exatamente essa a preocupação do constituinte reformador, ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º do texto constitucional.

Doravante, promulgou-se a Emenda à Constituição n. 45, que acresceu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual os tratados internacionais sobre Direitos Humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, têm equivalência com emendas constitucionais.

15 Artigo 27. *Direito Interno e Observância de Tratados*. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

16 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Themis*, Lisboa, n. 18, p. 5-31. p.15, 2010.

Outra vez, querela surgiu acerca da temática da recepção dos tratados anteriores, concomitantes e futuros à inserção constitucional¹⁷.

No que toca diretamente com o controle de convencionalidade, nos dizeres de Valerio Mazzuoli¹⁸,

[...] a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. E tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à normatividade interna, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Noutras palavras, os tratados de Direitos Humanos aprovados pelo *quorum* do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição¹⁹ se constituem em paradigmas, inclusive, para o controle jurisdicional concentrado de convencionalidade, visto que a apreciação pela via difusa já era permitida desde a promulgação do texto constitucional de 1988 e, mesmo, a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consolidada no julgamento do recurso extraordinário n. 466.343 (atribuição de supralegalidade às normas oriundas de tratados de Direitos Humanos em relação à legislação interna).

Releva assinalar, aqui, que o objeto do presente exame se circunscreve à forma difusa do controle predito, em cujo âmbito a jurisprudência nacional, ainda que esparsa e pontualmente, tem registrado alguma evolução.

17 Cf. CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição n. 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. *Revista da AGU*, n. 13, Brasília, p. 153-176, 2007.

18 MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 73.

19 Até o presente momento, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e aprovados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O controle de convencionalidade se constitui, portanto, em instrumento de anteparo e de concretude das normas de Direitos Humanos, desiderato esse cumprido, mormente, como escrito alhures, através do controle jurisdicional difuso, numa importante imbricação entre processo (procedimento) e Direitos Humanos.

3 O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE COMO FORMA DE OTIMIZAÇÃO E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

O controle de convencionalidade, que, com essa denominação, aparece pela primeira vez na jurisprudência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*²⁰, se constitui em ferramenta que permite aos Estados cumprir a obrigação de garantia dos Direitos Humanos no âmbito interno.

Isso se concretiza na verificação da conformidade da produção normativa e das práticas nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)²¹, com outros instrumentos convencionais internacionais e com a jurisprudência principalmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Essa obrigação emerge diretamente, portanto, do artigo 2^o²², combinado com o artigo 74.2 (depósito dos instrumentos de ratificação), ambos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Demais disso, o predito encargo sofre o reforço do já citado artigo 27 da Convenção de Viena, que preconiza a impossibilidade de determinado Estado se escudar em disposições do seu direito interno para afastar o cumprimento de obrigações convencionais internacionais.

Seja como for, o que interessa ao deslinde da questão atinente à otimização e à exigibilidade dos Direitos Humanos, é que tribunais e

20 Adota-se o ponto de partida do surgimento do instituto na Comissão Interamericana de Direitos Humanos devido ao reconhecimento, pelo Estado brasileiro, de sua jurisdição obrigatória. Acerca dos antecedentes históricos do instituto, consulte-se MAZZUOLI (2011. p. 81-82).

21 O Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), e, mediante o Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002, reconheceu, o Brasil, a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

22 Artigo 2. *Dever de adotar disposições de direito interno.* Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

juízes efetivamente realizem o cotejo de compatibilidade vertical do direito doméstico com o corpo de tratados que versem Direitos Humanos, seja pela via concentrada (Supremo Tribunal Federal e Tribunais de Justiça dos Estados), seja pela difusa (Poder Judiciário), no exercício da competência dos tratados, afastando a validade das normas internas incompatíveis.

Releva chamar a atenção, no ponto, para uma conclusão advinda com o controle de convencionalidade: a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais o atributo da validade no âmbito do ordenamento interno. Essa garantia só lhe é conferida depois do seu cotejo com o corpo de tratados ratificados pelo país (controle de convencionalidade e de suprallegalidade²³).

A negativa de vigência das normas de Direitos Humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle de convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos Direitos Humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Em reiteradas oportunidades, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recomendou que o Estado-parte em que verificada a incompatibilidade entre a norma de matriz internacional ratificada e a legislação interna realizasse o efetivo controle de convencionalidade²⁴.

Confira-se, no ponto, a título ilustrativo, o “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”²⁵, extraído do Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no qual restou consignado que, embora reconhecendo que os juízes e tribunais estão obrigados a aplicar as disposições do ordenamento interno, a partir da assinatura de um tratado internacional como a Convenção Americana, os órgãos jurisdicionais, aparato do Estado que são, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos da norma consensual não sejam atingidos predatoriamente pela legislação interna. Há, portanto, nítido mandamento para o exercício do controle de convencionalidade.²⁶

23 Cunhou-se a expressão “controle de suprallegalidade” para designar o juízo de compatibilidade das normas domésticas com o corpo de tratados que versa matéria comum ordinária, não atinente a direitos humanos.

24 O fundamento convencional da natureza obrigatória das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos repousa no artigo 68, parágrafo 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

25 Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

26 No mesmo sentido desse julgado, podem ser arroladas as seguintes decisões, constantes do mesmo Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: (1) Caso Trabajadores

Relativamente à República brasileira, colhe-se o seguinte julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, retratado por Flávia Piovesan²⁷:

Em 24 de novembro de 2010, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70. Realçou a corte que as disposições da lei de anistia de 1979 *são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana*, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos *são incompatíveis com o Direito Internacional* e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Respaludou a sua argumentação em vasta e sólida jurisprudência produzida por órgãos das Nações Unidas e do sistema interamericano, destacando também decisões judiciais emblemáticas *invalidando* leis de anistia na Argentina, no Chile, no Peru, no Uruguai e na Colômbia.

Antes de se prosseguir com o exame das medidas pontuais de controle difuso de convencionalidade que vêm emergindo pelos tribunais do país, se afigura pertinente uma pausa para lançar algumas linhas acerca do julgamento do “Caso Guerrilha do Araguaia”, acima citado, e a oportunidade que tivera, antes, o Supremo Tribunal Federal de controlar a convencionalidade. Malgrado, na espécie, se esteja a pisar no terreno do controle concentrado de convencionalidade, que não é objeto deste estudo, as considerações doravante articuladas contextualizam o cenário brasileiro do instituto, de inexorável olhar para a boa compreensão.

A sentença cujo excerto foi colacionado restou proferida, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010. Sucede que, em 29 de abril daquele ano, o Supremo Tribunal Federal julgara improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, que perseguia a declaração de não receptividade, pela Constituição Federal de 1988, do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 (Lei de Anistia).

Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006; e (2) Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

27 PIOVESAN, op. cit., p. 96, grifo nosso.

Equivale dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo ciente do julgamento de receptividade da Lei de Anistia pelo Pretório Excelso, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, acabou admoestando a Corte constitucional brasileira, ao condenar a República no caso submetido à jurisdição interamericana.

E isso não é sem razão, porquanto o julgamento do Supremo Tribunal Federal, excepcionada breve referência no voto do Ministro Celso de Mello, ignorou solenemente a jurisprudência maciça da Corte Interamericana de Direitos Humanos atinente à matéria (colacionada alhures). Mesmo os votos vencidos não contêm uma linha sequer dos julgados da Corte intercontinental.

O problema central dessa omissão, entretanto, em nosso sentir, não repousa no fato de a Corte suprema de um país que aceitou se submeter à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos desconsiderar os julgados dessa última; reside, isto, sim, em encaminhar o Estado brasileiro a um sancionamento por ilícito internacional, circunstância que se verificou meses depois. A par, é claro, de, enquanto instância máxima do Poder Judiciário nacional, desencorajar as instâncias inferiores à prática – salutar e otimizada de direitos – do controle de convencionalidade.

É exatamente por essa razão que se afirmou, linhas atrás, que desconsiderar a negativa de vigência das normas de Direitos Humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle de convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos Direitos Humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do cometimento de ilícitos internacionais.

Seja como for, esse precedente interamericano parece ter sido, internamente, a centelha de uma maior atenção, dos juízes e tribunais, para a necessidade de se controlar, além da constitucionalidade das normas internas, a sua compatibilidade vertical com os tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Atendendo, pois, a essa exigência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos – que, no defender deste estudo, otimiza e confere exigibilidade aos Direitos Humanos em casos processuais práticos –, a atividade pretoriana nacional tem se dedicado a controlar, na via

difusa, a convencionalidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil²⁸.

Em 17 de março de 2015, proferindo sentença nos Autos n. 0067370-64.2012.8.24.0023²⁹, o magistrado Alexandre Moraes da Rosa controlou a convencionalidade do artigo 331 do Código Penal em face da Declaração de Princípios Sobre a Liberdade de Expressão (inscrita no artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos), ponderando cumprir ao julgador afastar a aplicação de normas internas que se justaponham a tratados internacionais de Direitos Humanos, destacando, em especial, a Convenção Americana e a jurisprudência das instâncias judiciais internacionais de âmbito americano e global.

De efeito, no caso concreto colacionado, afastou-se a incidência do artigo 331 do Código Penal porque incompatível (norma existente, mas inválida) com a norma do artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Igual modo, em 17 de junho de 2015, o Tribunal Superior do Trabalho, no exame do recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292³⁰, controlou a convencionalidade do artigo 146 da Consolidação das Leis do Trabalho em face dos artigos 4º e 11 da Resolução n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, retratando com perfeição em que medida o instrumento examinado neste artigo pode contribuir para a otimização e a exigibilidade dos Direitos Humanos de matriz internacional.

Vale dizer, a norma internacional confere ao trabalhador nacional o benefício de concessão de férias proporcionais, mesmo na hipótese de demissão por justa causa, o que era vedado pela legislação interna, inclusive com a reafirmação através de verbete sumular do tribunal superior.

28 No Brasil, por ora, não logrou reverberar, em contraponto ao exercício do controle de convencionalidade, a teoria da "margen de apreciación", comumente defendida perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos. A pretexto, pois, de uma análise mais aprofundada acerca da fundamentação predita, recomenda-se a leitura de CONTRERAS, 2014, p. 235-274.

29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ação Penal n. 0067370-64.2012.8.24.0023, da Quarta Vara Criminal da Comarca de Florianópolis*. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réu: A. S. dos S. F. Florianópolis, 17 de março de 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

30 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292, da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho*. Recorrente: Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. Recorrida: Graciela Aguiar Chuma. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 17 de junho de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000804&digitoTst=12&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0292&submit=Consultar>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

Ora, se circunstâncias que tais, possibilitadas unicamente pelo controle difuso de convencionalidade, não se constituem em mecanismo de otimização e exigibilidade dos Direitos Humanos, nada se constitui, visto que incidente norma de matriz internacional diretamente no afastamento da validade de norma interna, no âmbito de relação processual de nítido caráter privado.

Prima facie, àqueles que torcem o nariz para a modificação que as fontes do direito têm passado, pode ressoar até metafísica a aspiração de que normas de Direitos Humanos de matriz internacional, convencionais e, não raro, até oriundas mesmo de instituições que não possuem caráter de direito público externo, tenham eficácia e sejam efetivas a ponto de suplantar norma doméstica positiva e tida por recepcionada pela Constituição vigente.

Todavia, na esteira da nova estruturação das fontes do direito – que não mais se estratificam na forma piramidal, assemelhando-se, agora, a uma infinita rede ou teia, com interligações e ramais –, o ordenamento interno, que, outrora, se mostrava sólido, passou a ostentar uma porosidade que dá azo à entrada e à efetividade das normas de estatura internacional.

E tanto é assim, que o próprio Poder Executivo já se lança a, em condutas proativas e administrativas, contr'olar previamente a convencionalidade. A Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, a título ilustrativo, editou, em 23 de abril de 2015, a Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015³¹, que orienta à sustentação da absolvição do agente nas hipóteses de incriminação pelo crime de desacato.

Por derradeiro, como, de forma insistente, tem exposto a Corte Interamericana de Direito Humanos, os tratados modernos sobre Direitos Humanos têm um caráter peculiar, cujos objeto e fim desaguam num ponto comum, a saber, a proteção dos direitos dos seres humanos, com independência da sua nacionalidade, tanto frente ao próprio Estado (consabidamente, o maior violador de Direitos Humanos), quanto aos restantes estados contratantes.

Significa compreender que não se está a tratar de tratados multilaterais tradicionais, concluídos em função de uma relação recíproca de troca de direitos, para o benefício mútuo dos estados contratantes; ao contrário, quando os Estados aprovam um tratado sobre Direitos Humanos, aceitam se submeter a um ordenamento *sui generis*, dentro do qual assumem

31 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH* n. 02/2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/desacato-nao-e-crime-recomendacao-da-defensoria-publica-do-es/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

diversas obrigações, não com os demais estados contratantes, mas, sim, com as pessoas internamente jurisdicionadas.

O controle difuso de convencionalidade, nessa medida – como também o seria o concentrado, se admitido, por via das ações constitucionais –, afora se consubstanciar em anteparo às normas de Direitos Humanos (de tratados ratificados pelo Brasil e em vigor), se constitui em verdadeiro instrumento de otimização e exigibilidade desses últimos.

Essa afirmação tem cabimento não apenas pela importância e pela pertinência teórica do exame de compatibilidade vertical da produção doméstica com o corpo de tratados, que desvela maturidade democrática institucional e credibilidade internacional, mas também e mormente por seu efeito prático e concreto na vida das pessoas.

Noutras palavras, trata-se mesmo de concretizar a Constituição, através de sua interpretação no caso concreto, na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico e na influência direta que esse bem e o que o rodeia tem na vida das pessoas envolvidas.

Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.³²

Significa consolidar, como lido, a ideia de uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, como propugnado por Peter Häberle, pela qual o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve ser alargado para abarcar não apenas as autoridades públicas e as partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, mas todos os cidadãos e grupos sociais que, de uma forma ou de outra, vivenciam a realidade constitucional num cenário multinível de proteção dos Direitos Humanos que se espalha sistema jurídico afora, inclusive com a circulação de modelos jurídicos no âmbito de um direito global, que, embora ainda não totalmente conhecido, entendido e explorado, se mostra um fato incontestável.

32 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 14-15.

Se, pois, a Constituição é um documento misterioso, como atesta John Paul Stevens, necessita-se abrir clareiras coerentes para sua interpretação e vivência.

Em complemento, faz-se necessário reconhecer a compulsoriedade de vivência humanista e constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais. Não se duvida que os Direitos Humanos, a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico³³, precisam ser incluídos nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Somente quando se está inserido neste processo vigora o interesse na defesa das suas determinações. Em síntese, os Direitos Humanos não podem estar divorciados das rotinas mais “simples” da vida social.

A concretização conjugada, assim, da Constituição e dos Direitos Humanos que a orientam e conformam (aberturas formal e material), numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundando na exigibilidade e na otimização de ambos. Satisfazem-se, assim, de forma prática, os de bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar e necessária entre direito, processo (enquanto procedimento) e realidade.

De igual sorte, conforme adverte Peter Häberle³⁴ do ponto de vista jurídico o povo (enquanto elemento humano do Estado) tem uma Constituição. Mas isto não pode ser exauriente. É necessário que se avance para sendas mais abertas e se reconheça que a humanidade é parte da Constituição, seguindo recomendação de Hermann Heller³⁵.

4 CONCLUSÃO

Quando se está a tratar de Direitos Humanos, se impõe reconhecer que os tratados multilaterais que os conduzem não são tradicionais, concluídos em função de uma relação recíproca de troca de direitos, para o benefício mútuo dos estados contratantes. De forma contrária, quando

33 Aqui, duas ressalvas são pertinentes. Primeiro, a transcendência da simplória e minimalista compreensão da lei como instrumento de coação. Segundo, a necessidade de se manter atento à produção legislativa infraconstitucional. O avanço de teorias constitucionais não pode significar um preterimento da legislação, sob pena de se viver em duas realidades paradoxais. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge: il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi, 2009; LEAL, PEREIRA Rosemiro. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010.

34 HÄBERLE, Peter. *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*. p. 33.

35 “No atual estágio da nossa evolução social é justamente a Teoria do Estado que há de responder à questão de como, dentro da realidade social, é oportuno que tenha praticamente sentido e seja, além disso, possível tornar a Constituição relativamente separada desta realidade social, objeto de um método dogmático especial”. HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. p. 307.

os Estados aprovam um tratado sobre Direitos Humanos, aceitam se submeter a um ordenamento *sui generis*, dentro do qual assumem diversas obrigações, não com os demais estados contratantes, mas, sim, com as pessoas internamente jurisdicionadas.

O controle difuso de convencionalidade, nessa medida, afora se consubstanciar em anteparo às normas de Direitos Humanos (de tratados ratificados pelo Brasil e em vigor), se constitui em verdadeiro instrumento de otimização e exigibilidade desses últimos, desvelando salutar maturidade democrática institucional e credibilidade internacional. Ademais, faz transparecer a perfeita concretização da Constituição, através de sua interpretação na lide posta, no bem da vida que é objeto daquela relação jurídica em específico.

Releva constatar, assim, o reconhecimento da compulsoriedade da vivência humanista e constitucional pelos indivíduos num todo e não simplesmente como roteiro de práticas estatais, porquanto os Direitos Humanos, a Constituição, assim como todo o ordenamento jurídico precisam ser incluídos nas práticas intersubjetivas dos indivíduos com espontaneidade. Aliás, somente quando se está inserido neste processo, vigora o interesse na defesa das suas determinações.

A concretização conjugada, assim, da Constituição e dos Direitos Humanos que a orientam e conformam (aberturas formal e material), numa imbricação necessária e sistemática por ela própria instituída, redundando na exigibilidade e na otimização de ambos. Satisfazem-se, assim, de forma prática, os de bens da vida das pessoas, numa aproximação salutar, afanosa e necessária entre direito, processo (enquanto procedimento) e realidade.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 16. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Decreto n. 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 15 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

BRASIL. Emenda à Constituição n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental* n. 153, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2644116>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 80.004*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque. Brasília, 1 de junho de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário n. 466.343*, do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ação Penal n. 0067370-64.2012.8.24.0023*, da Quarta Vara Criminal da Comarca de Florianópolis. Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Réu: A. S. dos S. F. Florianópolis, 17 de março de 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=0N000MCYC0000&processo.foro=23>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de revista n. TST-RR-804-12.2012.5.04.0292*, da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho. Recorrente: Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. Recorrida: Graciela Aguiar Chuma. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Brasília, 17 de junho de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000804&digitoTst=12&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0292&submit=Consultar>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

CALETTI, Leandro. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição n. 45/2004: notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. *Revista da AGU*, Brasília, n. 13, p. 153-176, 2007.

CONTRERAS, Pablo. Control de convencionalidade, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, Talca, n. 2, p. 235-274, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: control de convencionalidad*. n. 7. San José: CIDH, 2015. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/cuadernillos/7.%20Cuadernillo_control_convencionalidad.pdf> Acesso em: 20 abr. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Recomendação Conjunta Subdefensoria e CDH n. 02/2015*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-recomendacao-da-defensoria-publica-do-es/>>. Acesso em: 25 maio 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Características gerais do direito (especialmente do direito internacional) na pós-modernidade. *Revista Themis*, Lisboa, n. 18, p. 5-31, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e*

“procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

LEAL, PEREIRA Rosemiro. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Forum, 2010

LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito: diálogos com Philippe Nemo*. Tradução: João Gama. Lisboa: 70, 1982.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La universalidad de los derechos humanos. *Tiempo de Paz*. Madrid, n. 52-53, p. 180-190, 1999.

_____. La universalidad de los derechos humanos. *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, Madrid, n.15-16, v. II, p. 613-633, 1994.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STAFFEN, Márcio Ricardo. O direito na perspectiva global: *quo vadis?* In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salette Oro (Orgs.). *Direito, democracia e sustentabilidade*: anuário do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED, 2014. p. 215-241.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, v. 46, n. 182, jul./dez. 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Intorno alla legge: il diritto come dimensione del vivere comune*. Torino: Einaudi, 2009

RECEBIDO EM: 30/09/2015

APROVADO EM: 17/12/2015

REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE REPRESENTANTES E REPRESENTADOS

*POLITICAL REPRESENTATION: AN ANALYSIS OF THE
RELATIONSHIP BETWEEN REPRESENTATIVES AND
REPRESENTED*

Maércio Herculano Dias

Advogado

Faculdade de Estudos Administrativos - FEAD-MG

Milton Carlos Rocha Mattedi

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Advogado. Professor da Faculdade de Estudos Administrativos – FEAD MG

SUMÁRIO: Introdução; 1 O problema da representação; 2 O conceito de representação; 3 O mandato e representação: o problema da legitimidade democrática; 4 O mandato e a representação política; 4.1 O mandato livre: o triunfo do racionalismo iluminista; 4.2 O mandato imperativo: uma nova ascensão com vistas a legitimação democrática; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo da representação política faz-se salutar. Com o desenvolvimento dos Estados democráticos contemporâneos e do conceito de cidadão, especialmente como formador da soberania estatal, há uma onda questionadora sobre a representação. Historicamente, o tema concernente à vinculação da vontade entre representantes e representados suscitou profusos debates relativos à sua operacionalização e a legitimidade das ações políticas, influenciando diretamente no conceito moderno de democracia. Tais embates decorriam da indeterminação entre uma vinculação estrita entre a vontade de representantes e representados ou da liberdade de atuação do representante, sem qualquer vínculo ou responsabilização perante os seus representados durante o mandato, inclusive, em muitos casos, sem a possibilidade de ser destituído do poder. O debate foi retomado após um período de cunho fortemente liberal, em que prevaleceu uma ideia de um mandato livre. Renasce a discussão relativa a legitimidade da representação política e a necessidade de uma participação efetiva, e não apenas formal, do cidadão, sendo este considerado um sujeito político, um agente ativo no processo democrático. Revolve-se a matéria tocante ao mandato imperativo, buscando-se ao fim um caminho para uma maior legitimação das ações políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Representação Política. Legitimidade. Democracia Semidireta. Mandato Imperativo. Mandato Livre.

ABSTRACT: The study of political representation makes up healthy. With the development of contemporary democratic states and citizens of concept, especially as trainer of state sovereignty, there is a wave questioning about representation. Historically, the issue concerning the linking of will between representatives and represented elicited profuse discussions concerning its operations and the legitimacy of political action, directly influencing the modern concept of democracy. Such clashes stemmed from uncertainty strict link between the will of representatives and the represented or freedom of action of the representative without any bond or accountability to their constituents during the term, including, in many cases without the possibility of being stripped of power. Currently, the debate resumed and once again, after a strongly liberal slant period in which prevailed an idea of a free mandate. Reborn discussion concerning the legitimacy of political representation and the need for effective participation, not just formal, citizen, which is considered a political subject, an active agent in the democratic process. Revolve up the matter regarding the imperative mandate, is seeking to end a path to greater legitimacy of political action.

KEYWORDS: Political Representation. Legitimacy. Semi-direct Democracy. Imperative Mandate. Free Mandate.

INTRODUÇÃO

O problema delimitador do presente trabalho é relacionado à questão dos limites e vinculação da representação política. Buscar-se-á compreender como se dá o fenômeno da representação no cenário político, tendo em vista a dificuldade de se determinar os critérios de atuação dos agentes políticos, especialmente na função de representantes dos interesses dos seus eleitores ou do povo, de acordo com o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Especificamente no Brasil, deputados federais e senadores, buscam angariar votos em diversas localidades dos Estados-membros e perante diversos nichos de interesses. Todavia, uma vez eleitos, não há qualquer instrumento jurídico que os vincule a vontade daqueles que os elegeram.

Debater-se-á qual o conceito de representação e após sua definição, e ao final, buscar-se-á apontar a forma de representação política a ser aplicada de com vistas a atender os anseios do povo, o titular do poder.

A discussão perpassará pelo elo entre representação e mandato, especialmente no que tange a legitimidade democrática. E, por fim, será feita uma avaliação sobre as bases do mandato livre e do mandato vinculado, como forma de representação política.

1 O PROBLEMA DA REPRESENTAÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 dispõe em seu art. 1º, *caput* que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”¹.

Quando o Legislador Constituinte firmou tal posição, intentou em determinar o sistema de governo cujos seus cidadãos estariam sujeitos. A escolha pelo sistema democrático se comprova com o disposto no parágrafo único do mesmo artigo o qual dispõe que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”.

1 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

Em uma leitura superficial do dispositivo supracitado poder-se-ia concluir que os representantes do povo estão obrigados a atender, sem reservas, a vontade de seus representados. Afinal, se o poder advém do povo e este o exerce diretamente ou por meio de representantes, não se viabilizaria outro raciocínio, senão um estrito cumprimento da vontade dos representados pelos seus representantes. É da leitura deste parágrafo único que se tem a determinação da titularidade do povo do poder do Estado, pano de fundo de uma democracia ².

A palavra democracia tem origem na língua grega, especialmente nas palavras *demos* que significa povo e no sufixo *cracia*, derivado da palavra *kratos*, cujo significado é poder, autoridade. Na essência, quando se refere à democracia no sentido dado pelos gregos os interesses que se sobrelevam são os dos cidadãos e não propriamente os interesses da Cidade-Estado, tendo em vista que, eram os próprios cidadãos reunidos que debatiam o futuro da *pólis* e votavam por uma ação ou outra ³.

Embora desejável, a democracia direta demonstra-se demasiadamente dificultosa, tendo em vista fatores como o crescimento populacional, a pluralidade de interesses, em muitos casos, antagônicos, ou até mesmo a questão relativa ao espaço físico para a formação da assembleia dos cidadãos com vistas ao debate, no cenário político moderno. Por mais que modernamente existam instrumentos de participação popular ⁴ no Brasil e em diversos ordenamentos do mundo ocidental ⁵, a germinação da democracia representativa acabou por se principiar após a queda dos regimes absolutistas a partir das revoluções liberais ocorridas no século XVIII.

2 UCHOA, Marcelo Ribeiro. *Poder, direito e democracia: O papel dos direitos humanos na realização do bem comum*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5377>. Acesso em: 29 maio 2015.

3 Nesse sentido é a lição de AZAMBUJA, Darcy em *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Globo, p. 241, 1959.

4 Na Constituição Brasileira temos alguns instrumentos como os dispostos no art. 14, incisos I a III: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Outro instrumento de suma relevância é a Ação Civil Pública regulamentada pela Lei 7.347/85, porém esta última é via judiciária de impugnação.

5 Outro instrumento interessante é o trazido pela Constituição Portuguesa em seu art. 52, os direitos de Petição e de Ação Popular, o primeiro garante ao cidadão português o direito de apresentar representações, reclamações ou queixas para a defesa de direito próprio ou da Constituição, das leis ou de interesse geral. Já o direito de promoção da Ação Popular permite ao lesado requerer a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial de violações a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do meio ambiente e do patrimônio cultural, além de buscar assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autônomas e das autarquias locais.

Os cidadãos italianos também dispõem do direito de peticionar às Câmaras solicitando medidas legislativas ou para expor necessidades comuns, conforme dispõe o art. 50 da Carta Italiana de 1947.

Contudo, em que pese às democracias atuais permitirem a participação popular de maneira direta, sem distinção de sexo, raça, credo, patrimônio – embora tais diferenciações já tenham ocorrido, pois, no conceito clássico de democracia estabelecido por Aristóteles estavam inseridos tão somente os homens livres das cidades gregas excluindo-se, por exemplo, os escravos (em sua maioria estrangeiros e mulheres) ⁶-, tais instrumentos ainda são insuficientes para atender o clamor social ⁷. Como exemplo pode-se citar o Brasil, no qual os meios para o exercício direto do poder sofrem com a relegação ao desuso, pois, atualmente apenas quatro leis de iniciativa popular foram aprovadas e estão em vigor desde a Constituição de 1988 ⁸.

A democracia representativa sofre com a crônica questão do afastamento entre representantes e representados ⁹, do descolamento entre os interesses de quem vota e de quem é votado ¹⁰. Traz-se à guisa de exemplo uma recente pesquisa do instituto Datafolha publicado em matéria no Jornal Folha de São Paulo no que diz respeito a polêmica questão da redução da maioridade penal. Conforme os resultados apresentados 87% da população brasileira seria favorável à modificação da lei penal reduzindo de 18 anos para 16 anos o limite para a responsabilização por atos criminosos ¹¹, somente em julho de 2015 foi proposto o texto da PEC

6 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Globo, 1959. p. 240.

7 MATTEDI, Milton Carlos Rocha. *Soberania de quem? O papel do povo nas democracias contemporâneas*. Artigo no prelo, p. 6.

8 BELTRÃO, Tatiana; VIDIGAL, Fernanda. Constituição: apesar das dificuldades, projetos de iniciativa popular ganham fôlego. *Portal de Notícias do Senado Federal*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/constituicao-apesar-das-dificuldades-projetos-de-iniciativa-popular-ganham-folego>>. Acesso em: 05 maio 2015.

9 Nesse mesmo sentido é o entendimento de SOUSA, José Péricles de; BERNARDES, Marcele Berger. *Protestos no Brasil e no mundo: despensar e repensar epistemologias para cidadanias insurgentes*, na Sociedade Informacional. p. 17. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f13c5636de33b88>>. Acesso em: 31 maio 2015.

10 Ponto importante a ser observado quanto aos efeitos trazidos por uma relação laxa entre representantes e representados é aquele apontado pelo prof. Milton Mattedi em sua obra *Estado de Exceção e Pluralismo Político*, p. 61, onde ele anota que “a falsa noção de participação de todos os indivíduos na formação da vontade política nos Estados democráticos torna esse sistema extremamente frágil e manipulável por uma minoria de indivíduos. Essa minoria aproveita-se da abstenção política da maioria democrática dos cidadãos para criar situações de excepcionalidade, em que os padrões legais podem ser distorcidos na busca de uma supressão de um risco social”.

11 TUROLLO JR., Reynaldo. 87% querem redução da maioridade penal; número é o maior já registrado, *Folha de São Paulo*, Pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616762-87-querem-reducao-da-maioridade-penal-numero-e-o-maior-ja-registrado.shtml>> Acesso em: 31 maio 2015.

171/93¹², o qual propõe a redução da maioria penal apenas para os crimes hediondos, excluídos alguns delitos como o tráfico de drogas, a tortura, o terrorismo e o roubo circunstanciado, após intensos debates na Câmara dos Deputados. Ao tempo, o texto ainda depende da apreciação do Senado Federal.

Logo, resta patente o problema criado a partir da questão relativa às vontades dos representantes e dos representados. Não restam dúvidas de que tal distanciamento cria distorções, *déficits* democráticos, causando interferências inclusive no ponto concernente à legitimidade das ações políticas. Contudo, para que seja viável alguma solução deve restar claro qual a ideia, o conceito de representação.

2 O CONCEITO DE REPRESENTAÇÃO

A palavra representação é um termo plurissemântico. Uma das definições trazidas no dicionário técnico jurídico de Deocleciano Torrieri¹³ é que a representação seria uma “*delegação, exercício do poder legislativo decorrente de delegação popular, pelo voto direto*”. Ainda sim, esta definição estaria incompleta, pois, não responde como se dá a representação. Não se vislumbra aí a existência de algum vínculo legitimador entre representantes e seus representados.

Hanna Fenichel Pitkin¹⁴ faz uma análise do conceito de representação, realizando algumas incursões em momentos distintos da história política buscando pinçar os aspectos mais relevantes concernentes à representação política.

Inicialmente, esclarece que, embora desde os tempos da Grécia antiga já existissem diversas instituições e práticas as quais se amoldariam ao termo representação, a palavra detém origem latina. “*Repraesentare significa ‘tornar presente ou manifesto; ou apresentar novamente’. [...] Pode significar torná-los literalmente presentes, trazê-los à presença de alguém*”¹⁵.

12 BRASIL, Proposta de Emenda à Constituição nº 171 de 1993 (da Câmara dos Deputados). Altera a redação do artigo 228 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos). *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, Seção I, 27 de outubro de 1993, p. 23062 a 23065. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10>>. Acesso em: 18 nov. 2015.

13 DICIONÁRIO TÉCNICO JURÍDICO, Organização Deocleciano Torrieri Guimarães. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 517.

14 PITKIN, Hanna Fenichel. *Representação: palavras, instituições e ideias*. Tradução de Wagner Pralou Mancuso e Pablo Ortellado. São Paulo: Lua Nova, 2006.

15 *Ibidem*, p. 17.

Na idade média o termo representação é utilizado pela Igreja Católica, com uma conotação essencialmente religiosa. A ideia de representação se dava sob o seguinte ponto de vista: o Sumo Pontífice e seus Cardeais representavam a Cristo e seus apóstolos. A ideia já transcende ao ponto de o Papa e os líderes da Igreja serem “*vistos como a encarnação e a imagem de Cristo e dos apóstolos, e ocupam seus lugares por sucessão*”¹⁶.

Por outro lado, a ideia de representação, como se dá contemporaneamente, deita raízes sobre o parlamento inglês. Inicialmente, os cavaleiros e os burgueses começaram a se reunir com o fim de discutirem sobre assuntos do reino¹⁷, representando cada um sua comunidade, em especial, a cobrança de tributos¹⁸. Posteriormente passaram a ser usados como um canal da população para apresentarem suas queixas ao Rei. Esses temas já transcendiam a mera questão dos impostos. Hanna Pitkin aponta que os membros que “*iam ao Parlamento começaram a ser vistos como servidores ou agentes de suas comunidades. Eles eram pagos pelas comunidades e, quando retornavam, podiam ser solicitados a prestar contras do que haviam feito no Parlamento*”¹⁹.

Embora a função daqueles que iam ao Parlamento fosse a de falar em nome de um distrito em particular, os cavaleiros e burgueses que exerciam essa função ainda não eram chamados representantes, mas sim, de delegados ou procuradores²⁰. Porém, em determinado período a ideia de que os membros do Parlamento serviam, não somente ao distrito pelo qual foi eleito senão a toda a nação, passou a deter maior vigor, sendo tal diretriz escrita por Sir Edward Coke em 1809, assim expondo que “*embora [o membro do Parlamento] seja escolhido por um condado ou comunidade particular, quando ele é enviado ao Parlamento, e nele obtém assento, ele serve ao país como um todo, pois a finalidade de sua ida para lá é geral*”.²¹

De fato, conforme apontado por Sir Smith²² o Parlamento inglês a todos da Inglaterra representa, desde o Príncipe, ao menor dos cidadãos, visto que,

16 PITKIN, op. cit., p.18.

17 DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. atualizada, Saraiva, 1998. p. 83.

18 PITKIN, op. cit., p. 22.

19 Ibidem, p. 22.

20 Ibidem, p.23.

21 COKE, Sir Edward. *The Fourth Part of the institutes of the Lawes of England*. London: W. Clarke and Sons, 1809 [1644], citado por Hanna Pitkin, p. 24.

22 SMITH, Sir Thomas. *De Republica Anglorum*. Cambridge: Cambridge University Press, 1906. p. 41.

todos estão ali presentes, seja pessoalmente, por procuração ou por delegação e que o consentimento do Parlamento é o consentimento de todos.

Destarte, a ideia de uma desvinculação entre os interesses dos representantes e representados ganha fôlego, sendo repercutida por diversas vezes até se consolidar modernamente.

É importante salientar que uma das motivações do triunfo do mandato representativo está diretamente ligada “à adoção da doutrina da soberania nacional”²³. Essa doutrina detém por base a ideia que a Nação é uma espécie de depositária do poder soberano, noção de caráter eminentemente liberal, em contraposição ao posicionamento de Rousseau, onde a soberania pertenceria ao povo²⁴. Portanto, com a prevalência de um conceito de soberania pertencente à nação, natural se torna o descolamento entre as vontades individuais (dos cidadãos) e a vontade expressa na ação política (dos representantes).

Daí apresenta-se outro problema: qual a forma mais democrática de exercício do mandato? Ou como bem questiona Hécio Ribeiro²⁵ “como entender-se o sentido de mandato – livre ou imperativo – para melhor operacionalização do sistema?” Tais questionamentos ressaltam um problema que ainda mais profundo: qual o parâmetro que legitima as ações políticas em um mandato? E em última instância, a quem pertenceria a soberania?

3 O MANDATO E REPRESENTAÇÃO: O PROBLEMA DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A questão central concernente a forma representativa de democracia, indubitavelmente diz respeito à legitimidade das ações e escolhas políticas dos representantes. Antônio Carlos Wolkmer²⁶ delinea a ideia de legitimidade asseverando que ela se traduziria em compreensão material e ético-política, sendo que seu espaço de existência estaria entre as diversas crenças, convicções, e princípios valorativos. Ou seja, seu vigor não advém de regras ou preceitos jurídicos, mas sim da “vontade ideológica” dos componentes de uma sociedade.

23 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 259.

24 Ver em especial a lição apresentada por Paulo Bonavides, cap. 7.2: *A doutrina da Soberania Nacional*, ob. cit., p. 131.

25 RIBEIRO, Hécio. *A iniciativa popular como instrumento da democracia participativa*. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/helcioribeiro.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

26 WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 84.

Surge então o questionamento: o que torna uma ação política legítima? A resposta irá variar conforme o contexto político a que se quer saber. Quer se dizer que a forma de governo será fator determinante para se descobrir qual o elemento legitimador de uma ação política. Logo é preciso que se verifique se o governo é monárquico, além de avaliar suas subespécies ou republicano, avaliando também suas subdivisões.

A monarquia, governo de um só, apresenta algumas características, conforme Queiroz Lima²⁷ as quais auxiliam na indicação do fator legitimador, portanto, são características da monarquia: a) autoridade unipessoal; b) vitaliciedade; c) hereditariedade; d) ilimitabilidade do poder e indivisibilidade das supremas funções de mando; e) irresponsabilidade legal, inviolabilidade corporal e sua dignidade. Dentre todas, a última é a que demonstra com maior clareza que a legitimidade de uma ação política em uma monarquia: decorre da própria condição real²⁸. É necessário frisar que estas são características de uma monarquia absoluta, uma das espécies de monarquia. A segunda espécie a ser analisada é a monarquia limitada, a qual se subdivide em monarquia de estamentos, constitucional e parlamentar.

A primeira das subespécies de monarquia, a monarquia de estamentos se caracteriza pela descentralização das funções do monarca para membros da nobreza. A monarquia constitucional é aquela em que o monarca é o chefe do Poder Executivo, tão somente, existindo ainda os Poderes Legislativo e Judiciário, na forma da constituição do Estado. Já a monarquia parlamentar conforme Sahid Maluf²⁹ “*é aquela em que o Rei não exerce função de governo - o Rei reina, mas não governa*”. O governo é exercido de fato pelos ministros, os quais são responsáveis perante o Parlamento.

Por outro tempo tem-se o governo republicano, o qual, essencialmente é temporário e eletivo³⁰. Um governo republicano pode ser caracterizado como aristocrático ou democrático. Conforme Maluf³¹ a república aristocrática pode ser compreendida como um governo de uma determinada classe, a qual detém certos privilégios seja em função do nascimento ou em função de conquistas. Na essência do termo, seria o “governo dos melhores”.

27 LIMA, Queiroz, *apud* MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional*. p. 170/171.

28 MALUF, Sahid., *opus citatum*, p. 171, anota em relação a monarquia absoluta que todo poder encontra-se nas mãos do monarca, sendo que este cumula todas as funções do Estado: é legislador, é quem executa e o último aplicador da justiça, agindo a seu bel prazer não tendo a quem prestar contas, senão a Deus.

29 *Ibidem*, p. 172.

30 *Ibidem*, p. 172.

31 *Ibidem*, p. 172.

Uma república aristocrática pode ser, nos dizeres do autor ³² direta, quando a governança é exercida pelos membros da classe diretamente em assembleias ou indiretamente, sendo o governo exercido por delegados eleitos. Destarte, pode-se concluir que a legitimidade das ações dos governantes, quando a república aristocrática é direta, pela própria condição de membro pertencente à classe governante. Quando a república aristocrática é indireta, a legitimidade decorre da eleição dos delegados pelos detentores do poder.

Outra forma de governo é a república democrática, sendo aquela em que todo o poder emana do povo ³³. Tal forma subdivide-se em direta, indireta ou semidireta.

Na república democrática direta todos os cidadãos governam através de deliberações, *verbi gratia* as assembleias populares dos cidadãos gregos em Atenas ³⁴. Conforme José Afonso da Silva ³⁵ a democracia direta “é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica”. Logo, a legitimidade das ações políticas está determinada pela condição de cidadão, ou seja, a ação é legítima porque foi intentada por um cidadão. Detém assim, no âmbito democrático, o mais alto grau de legitimidade.

Já a república democrática indireta, também chamada representativa é aquela em que, nas palavras de Maluf, “o poder público se concentra nas mãos de magistrados eletivos, com investidura temporária e atribuições predeterminadas”³⁶. Logo, desde já se nota que a legitimidade das ações se concentra no caráter eletivo atribuído ao mandato. Ou seja, a ação política é legítima porque o agente político foi eleito democraticamente.

³² MALUF, op. cit., p. 173.

³³ Ibidem, p. 173.

³⁴ Quanto a este ponto não se pode deixar de ressaltar a desconstrução do “sonho perdido” realizada por Giovanni Sartori em sua obra *A Teoria da Democracia Revisitada*, vol. 2, Cap. 10. De fato, como bem observou Sartori a democracia direta era por demais turbulenta e contenciosa, aviso esse dado por Rousseau em sua obra, *Do Contrato Social*, p. 92, porém, como adverte o mesmo autor (p. 124) a soberania não pode ser representada ou alienada. Portanto, embora a democracia direta não se mostre como a mais pacata forma de governo, é a que de fato permite aos cidadãos serem efetivamente detentores do poder, lhes possibilita o exercício da governança. Daí, eventualmente, a melhor solução esteja em um governo composto, onde seja possível o acesso do cidadão ao poder, um governo onde o cidadão seja sujeito de direitos (de governar) e de deveres (ser governado).

³⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 136.

³⁶ MALUF, op. cit., p. 173.

Por fim, tem-se a república democrática semidireta. Nesta há uma junção entre os institutos da democracia direta com os da democracia representativa. Consiste esta, nos dizeres de Maluf³⁷, em uma forma de restrição ao poder dos representantes, delegando o direito de pronunciamento direto à assembleia geral dos cidadãos, quando aos assuntos de maior relevância.

Indubitavelmente, dentre as repúblicas representativas é a que apresenta uma maior aproximação com a democracia direta e detém, portanto, um elevado grau de legitimidade em relação a república democrática indireta. Aqui a ação política não é realizada por terceiros, mas o cidadão é concebido como o próprio agente político, cabendo a ele decidir sobre o futuro da nação. É a evidência da soberania do povo.

Ante o exposto cabe ainda indagar se os representantes seriam efetivamente mandatários dos eleitores, ou se lhes cabe decidir em acordo com a própria consciência sobre as questões do Estado. Seriam os representantes mandatários no poder?

4 O MANDATO E A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Em tese, mandato e representação política são iguais? É possível compreender que um representante político é um mandatário de seus eleitores, no sentido jurídico? Ou seria essa ideia de representação política apenas uma ficção de natureza ideológica utilizada como *termo de legitimação* dos agentes políticos, como por exemplo, o conceito de povo conforme trabalhado por Friedrich Müller?

Inicialmente, no período anterior à Constituição Francesa de 1791, o pensamento era de que os representantes políticos eram mandatários, e estariam, de fato, obrigados perante os seus eleitores a cumprirem todas as ordens emanadas. Era a adoção do pensamento de Rousseau³⁸. Porém, a referida Constituição em seu art. 7º, Título terceiro, Capítulo I, terceira

37 MALUF, op. cit., p. 174.

38 ROUSSEAU em sua obra *Do Contrato Social*, p. 124, defende veementemente a impossibilidade da representação da soberania nas seguintes palavras:

“A soberania não pode ser representada, pela mesma razão por que não pode ser alienada; ela consiste, essencialmente, na vontade geral, e a vontade não se representa; ela é a mesma ou é outra; não há meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, já que não passam de comissários; nada podem concluir definitivamente”.

Em crítica ao sistema parlamentarista (a forma com que é exercido) assevera que: “O povo inglês pensa ser livre; ele se engana muito, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que são eleitos, o povo torna-se escravo, não é nada”.

seção³⁹, vedou completamente a existência de uma vinculação de natureza jurídica entre o eleito e seu eleitorado, estabelecendo desta feita a ideia de um mandato livre. O destaque se dá na medida em que a liberdade em um mandato, de certa forma, demonstra-se como contraditória.

Tomando como base o conceito civilista⁴⁰ lecionado por Sílvio de Salvo Venosa⁴¹ temos que o mandato:

[...] contém a ideia principal de um sujeito confiar a outro a realização de um ato. A etimologia da palavra dá ideia do conteúdo no negócio: *mandare*, no sentido de mandar ou ordenar, ou *manum dare*, dar as mãos, como até hoje se sacramentam certos negócios e acordos sem cunho jurídico. O mandato confere um poder que se reveste de dever para o mandatário.

Todavia questiona-se: seria viável um conceito de representação política tendo como cerne um mandato “livre”? Imprescindível é o pensamento de J.W. Garner⁴² no que se refere à representação política:

[...] Um governo de funcionários, sejam legislativos, executivos ou judiciários, nomeados ou selecionados por outros processos, que não a eleição popular, ou então que, caso escolhidos por um eleitorado democraticamente constituído, não refletem, na verdade, a vontade da maioria dos eleitores, ou cuja responsabilidade para com os eleitores não pode ser imposta, não é verdadeiramente representativo.

Conforme a lição de Garner a essência de se representar alguém (nesse caso os eleitores) se dá na medida em que existe a possibilidade desses impingirem aos seus representantes suas escolhas, vontades, interesses e não apenas se submeterem aos atos governamentais sem deterem qualquer ferramenta eficaz para que prevaleça sua soberania.

39 *Los representantes nombrados en los departamentos no serán representantes de un departamento en particular, sino de la Nación entera, y no se les podrá dar ningún mandato.*

40 Vale conferir aqui o entendimento de Antônio Sampaio Dória, citado por Geraldo Ataliba (SAMPAIO DÓRIA, Antônio. *Direito Constitucional*. v. I. São Paulo: Max Limonad, 1962 *apud* ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3ª tiragem – atualizada por Rosolea Miranda Folgosi – São Paulo: Malheiros, 2004. p. 93). Conforme o autor, o mandato político guardava grandes similitudes, não somente quanto à nomenclatura, mas também quanto aos conceitos de mandato político e mandato civil. Observa que ao povo não é dado dirigir pessoalmente a coisa pública, não restando alternativa, senão delegar o poder a alguém que o exercerá em nome alheio, verdadeiramente, como um mandatário.

41 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 259.

42 GARNER, J.W. *Political Science and Government*. New York: American Book Company, 1928. p. 317 citado por KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. tradução Luís Carlos Borges 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 414.

Portanto, como observa Kelsen⁴³ nenhuma das democracias atuais, caso se se considerasse essa regra de Garner, seria efetivamente representativa, tendo em vista que, não há responsabilização jurídica dos representantes frente ao seu eleitorado. Assim, para que exista uma verdadeira democracia representativa não basta ao eleitor o poder de votar em alguém⁴⁴, mas também, é imprescindível o poder de exigir juridicamente que o seu representante cumpra sua vontade, nas palavras de Kelsen é “*necessário que o representante seja juridicamente obrigado a executar a vontade dos representados, e que o cumprimento dessa obrigação seja juridicamente garantido*”⁴⁵.

Esse dilema existente entre a vinculação dos representantes aos representados redundou na elaboração de duas teorias políticas que explicam a relação entre políticos e eleitores, a teoria do mandato livre e a teoria do mandato imperativo.

4.1 O mandato livre: o triunfo do racionalismo iluminista

A teoria do mandato livre detém como principal exponencial, à época parlamentar inglês, Edmund Burke, o qual, em seu célebre *Discurso aos eleitores de Bristol*⁴⁶ expôs seu entendimento sobre como deveria ser a relação entre representados e representantes.

Quanto à questão da soberania da vontade dos representados Burke⁴⁷ expõe que:

[...] deveria ser a felicidade e a glória de um representante viver na mais estreita união, na mais próxima correspondência e na menos

43 GARNER, op. cit., p. 414.

44 Essa ideia advém da célebre citação de ROUSSEAU, Jean Jacques., em *Do Contrato Social*, p. 124 quando versa sobre as eleições na Inglaterra: “*O povo inglês pensa ser livre; ele se engana muito, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que são eleitos, o povo torna-se escravo, não é nada*”.

45 KELSEN, op. cit., p. 414.

46 Esse discurso foi proferido por Burke quando de sua eleição para o Parlamento inglês no ano de 1774. Nele Burke expõe seu posicionamento em que concerne a relação entre eleitores e eleitos. Burke repudiava a ideia de um mandato *imperativo*, aquele no qual o representante apenas ouvia as instruções de seus eleitores locais e as levava a debate no Parlamento, agindo assim como uma espécie de porta-voz. Burke compreendia que os eleitores deveriam ser ouvidos, porém, não cegamente obedecidos, tendo em vista que o membro do Parlamento não representa um único distrito, mas sim toda a Nação Soberana.

47 BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. *Revista de sociologia e política*, v. 20, n° 44: 97-101 nov. 2012. p. 100. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v20n44/v20n44a08.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

reservada comunicação com seus representados [*constituents*]. Seus desejos deveriam ter grande peso para ele; suas opiniões, grande respeito; seus negócios, incansável atenção. É seu dever sacrificar seu repouso, seu *prazer*; *suas satisfações, em benefício deles* – e, acima de tudo, sempre, e em todos os casos, preferir os interesses deles aos seus próprios.

Embora Burke julgue de suma importância a vontade e os interesses dos representados, quanto a possibilidade de vinculação entre a vontade de eleitos e eleitores, já dissente, asseverando que ⁴⁸:

[...] sua opinião desviesada, seu julgamento maduro, sua consciência esclarecida, ele não deveria sacrificar por vocês, por qualquer homem, ou por qualquer conjunto de homens viventes. Esses atos que ele pratica não derivam do prazer de vocês – não, nem da lei ou da Constituição. Eles são uma confiança na Providência, por cujo abuso ele é profundamente responsável. Seu representante deve-lhes não somente sua diligência, mas seu julgamento; ele trai-vos, em vez de servi-los, caso ele sacrifique seu julgamento em favor da opinião de vocês.

Seu entendimento se pauta em alguns pressupostos apontados por Hanna Pitkin ⁴⁹ como a necessidade de que:

[...] os governantes devem ser virtuosos e sábios, independentemente da forma como são escolhidos. Mas a única forma confiável de produzir tal liderança, acredita Burke, é o complexo sistema tradicional de formação, educação e desenvolvimento de caráter que ele associa com uma ‘aristocracia natural.

A justificativa de Burke ⁵⁰ para tal entendimento é que o Parlamento não seria um centro de discussões de interesses contraditórios defendidos por agentes de cada um dos distritos, mas sim, uma reunião de defensores do interesse uno da nação, onde os interesses locais não deveriam nortear as decisões, em detrimento da vontade geral. Efetivamente, os membros do Parlamento são escolhidos pelos eleitores dos respectivos distritos, porém, uma vez escolhido, deixa de representar aquele distrito, ou seja,

48 BURKE, op. cit., p. 100.

49 PITKIN, op. cit., p. 31.

50 BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. *Revista de sociologia e política*, v. 20, n. 44: 97-101 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v20n44/v20n44a08.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

apenas a vontade daquele determinado distrito, para representar toda a nação e defender os interesses da totalidade.

Paulo Bonavides apresenta algumas características do mandato representativo⁵¹, quais sejam: a generalidade, a liberdade, a irrevogabilidade e a independência.

Quanto à generalidade é importante mencionar que cumpre ao representante buscar os interesses não de um determinado território, grupo, partido político ou eleitorado, mas sim de toda a nação, buscando assim tutelar os interesses de todos os grupos, mesmo que de maneira indireta. No tocante à liberdade do representante⁵², Bonavides⁵³ consigna que

[...] o representante exerce o mandato com inteira autonomia de vontade, não podendo ser coagido nem ficar sujeito a qualquer pressão externa, capaz de turvar a ação livre e desimpedida que lhe reconhecia como titular da vontade nacional soberana.

Já quanto a irrevogabilidade deve restar consignado que é faculdade do representante a ação desembaraçada, ainda que contrária a vontade dos seus eleitores, não detendo estes quaisquer instrumentos para a destituição do agente que o representa. É preciso registrar aqui que nas democracias semidiretas existem instrumentos como o *recall*, nos Estados Unidos e o *Abberufungsrecht* na Suíça⁵⁴.

51 BONAVIDES, op. cit., p. 260.

52 Faz mister apontar o anotado pelo barão de Montesquieu no tocante a defesa do mandato livre: "A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia. Não é necessário que os representantes, que receberam daqueles que os escolheram uma instrução geral, recebam outra particular sobre cada assunto, como se pratica nas dietas da Alemanha. É verdade que, desta maneira, a palavra dos deputados seria a melhor expressão da voz da nação; mas isto provocaria demoras infinitas, tornaria cada deputado o senhor de todos os outros, e nas ocasiões mais urgentes, toda a força da nação poderia ser retida por um capricho. [...] Havia um grande vício na maioria das antigas repúblicas: é que o povo tinha o direito de tomar decisões ativas, que demandavam alguma execução, coisa da qual ele é incapaz. Ele só deve participar do governo para escolher seus representantes, o que está bem a seu alcance. Pois, se há poucas pessoas que conhecem o grau preciso da capacidade dos homens, cada um é capaz, no entanto, de saber, em geral, se aquele que escolhe é mais esclarecido do que a maioria dos outros". (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Livro 11, capítulo VI, p. 171)

53 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 260.

54 *Ibidem*, p. 262.

Por fim a última característica citada por Bonavides ⁵⁵ é a independência, a qual deve ser compreendida como a desnecessidade de qualquer ratificação dos atos do representante pelos representados, criando-se destarte, uma presunção de congruência entre a ação do representante e a vontade do representado.

A crítica e o maior problema no que concerne ao mandato representativo são relativos, principalmente, ao afastamento entre a vontade dos representados e as ações dos representantes. As características do mandato livre induzem o representante a um patamar extremo, concedendo aquele que deveria salvaguardar interesses dos seus representados, poderes tais que não restariam ao representado força para fazer cumprir a sua vontade. De fato, a imprudência da teoria do mandato representativo está ligada a sua imprevisão de pressões externas como o poder econômico ou mesmo as pressões partidárias, ficando o representante político como um instrumento, uma *longa manus* de interesses estritamente privados de um grupo dominante ⁵⁶.

4.2 O mandato imperativo: uma nova ascensão com vistas a legitimação democrática

Em um sentido contrário, é o entendimento apresentado pela doutrina do mandato imperativo, a qual preconiza uma aproximação exponencialmente superior ao mandato livre, entre representantes e representados, adotando assim, um caráter de maior legitimidade do poder de ação do representante político. Cumpre a esse exercer seu mandato com uma estrita vinculação àqueles que lhe concederam o voto.

A teoria do mandato imperativo detém raízes antigas e mais evidentes na França, no século XVII. Ainda em 1614 nos Estados Gerais franceses, os representantes estavam obrigados a agir conforme a vontades de seus eleitores ⁵⁷.

Desta forma, pode-se afirmar que a teoria do mandato imperativo está umbilicalmente ligada ao conceito de mandato originário do Direito Civil.

⁵⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 262.

⁵⁶ Sobre a questão do esvaziamento do espaço público é imprescindível a lição de MATTEDI, Milton: "O âmbito de representação parlamentar, deslocando-se das necessidades da sociedade para a disputa de interesses individuais, exclui o povo do centro de decisões. Assim, a privatização do espaço público é evidente. O parlamento distorce o conceito de espaço público de discussões, passando a ser local de disputas de interesses privados das classes dominantes". (Obra supracitada, p.5).

⁵⁷ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. p. 258.

Portanto, conforme observa Sahid Maluf⁵⁸, o funcionamento do mandato imperativo se dava da seguinte maneira: o representante era eleito pela população votante, porém, submetido a determinadas condições, cumprindo a este proceder nas assembleias, em perfeita harmonia com as instruções repassadas por seus representados, sob risco de perda do mandato.

No mesmo sentido aponta Darcy Azambuja⁵⁹:

Quando, pois, o rei convocava os Estados Gerais, não vinham à assembleia medieval representantes do povo em geral, mas mandatários de cada burgo, cidade ou município, por estes pagos, e com as instruções escritas, os *cahiers*, que determinavam o modo como responderiam às perguntas e solicitações reais, aliás em pequeno número e previamente conhecidas, pois constavam da própria carta régia de convocação. Quando porventura, eram feitas novas solicitações ou apresentados novos assuntos aos representantes, estes transportavam-se às respectivas circunscrições para receber novas instruções dos seus eleitores ou mandantes.

Daí tem-se o mandato imperativo em sua essência, uma certa proximidade com o mandato do direito civil⁶⁰. A Teoria do mandato imperativo foi veementemente combatida por teóricos liberais como o Conde de Mirabeau⁶¹, e o Marquês de Condorcet⁶², os quais defendiam firmemente a absoluta independência do mandato. Tal entendimento se dava tendo em vista a pecha de que o mandato imperativo seria uma espécie de resquício do absolutismo adotado, como já descrito anteriormente, nos “*Estados Gerais*” franceses⁶³.

58 MALUF, op. cit., p. 219.

59 AZAMBUJA, op. cit., p. 258.

60 Observa PRÉLOT, Marcel., citado por Paulo Bonavides. *Ciência Política*, p. 264, que certas distinções entre o mandato civil e o mandato imperativo devem ser feitas: a primeira é que os contratantes são desconhecidos, tendo em vista o voto secreto. A segunda é imprecisão do objeto do mandato, visto que os programas políticos dificilmente seriam determinados e específicos como no mandato civil.

61 RIQUETI, Honoré Gabriel. Conde de Mirabeau, citado por Bonavides, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 261, assinala que “Se fôssemos vinculados por instruções, bastaria que deixássemos nossos cadernos sobre as mesas e volvéssemos às nossas casas”.

62 CARITAT, Marie Jean Antoine Nicolas de. Marquês de Condorcet, *ibidem*, p. 261, afirma que: “Mandatário do povo, farei o que cuidar mais consentâneo com seus interesses. Mandou-me ele expor minhas ideias, não as suas; a absoluta independência das minhas opiniões é o primeiro de meus deveres para com o povo”.

63 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 263.

Porém, notável é a mudança de rumos na história. O mandato imperativo volta à carga depois de tempos relegado ao esquecimento⁶⁴ político, reascendendo a questão relativa à necessária vinculação entre representantes e representados com vistas a maior legitimação das ações políticas. Como exemplo citado por Paulo Bonavides⁶⁵ tem-se o art. 4º da Constituição da antiga República da Tcheco-Eslováquia, o qual assim dispunha: “*O povo soberano exerce os poderes do Estado por meio de corpos de representantes, eleitos pelo povo, controlados pelo povo e responsáveis perante o povo*”.

Observa também Paulo Bonavides que há uma sedimentação nas chamadas democracias semidiretas do mandato imperativo, porque, fortes são as exigências morais e políticas sobre a vontade dos representantes, mas ainda sim e muito mais nos países onde existem instrumentos revocatórios como o *recall* ou o *Abberufungsrecht*, por razões de caráter jurídico, visto que, tais instrumentos (constitucionais) permitem aos eleitores a cassação do mandato mediante certas circunstâncias⁶⁶. Sobreleva-se aqui uma maior possibilidade de participação dos cidadãos nos rumos do Estado.

5 CONCLUSÃO

Embora a questão relativa a teoria da democracia demonstre-se distante de qualquer resultado definitivo, algumas conclusões se mostram viáveis: existe um problema que para alguns seria em tese irresolúvel concernente a vinculação entre representantes e representados⁶⁷, porém, posicionamo-nos no sentido da existência de uma possibilidade de reaproximação da vontade dos representados pelos representantes.

De fato, não obstante a representação política sempre cause necessariamente, até mesmo por sua natureza, como já visto, um intervalo entre as concepções de representantes e representados, tal intervalo pode ser reduzido, a ponto de trazer uma satisfação mesmo que mínima a vontade dos cidadãos. A criação de instrumentos de controle do mandato político (a exemplo do *Recall Act* ou o *Abberufungsrecht*) permite com que o cidadão possa controlar um governo que reputa ruim ou incoerente com suas concepções apresentadas durante a

64 BONAVIDES, op. cit., p. 263.

65 Ibidem, p. 263.

66 Ibidem, p. 264.

67 Nesse quanto ao problema do *déficit* de representatividade ver LAVALLE, Adrián Gurza. *et al.* *Democracia, pluralização da representação e sociedade civil*. São Paulo: Lua Nova, 2006. p. 62.

campanha eleitoral, sendo uma alternativa menos hostil, a outros meio de controle ⁶⁸.

Por fim, conquanto a soberania não possa ser representada, como também já restou consignado, tal assertiva não veda a possibilidade de que o representante possa buscar em conjunto com o corpo político formado pelos cidadãos, a satisfação da vontade geral. Conforme assinalado por Milton Mattedi ⁶⁹ a “*autêntica participação política do povo é essencial à democracia. A capacidade de propor, debater, avaliar e criticar dentro de um espaço público deve ser uma constante nos Estados democráticos*”.

Muito embora a democracia direta não se demonstre mais viável ⁷⁰, não se pode negar a necessidade de uma máxima proximidade entre os representantes e os representados com vistas a maior legitimidade das ações políticas. É preciso buscar a todo tempo o aperfeiçoamento da democracia, a qual não se mostra como um objeto concreto, mas sim, em uma leitura otimista da assertiva de Rousseau, de que a democracia não é um governo para os homens, mas sim para os deuses, como um ideal a ser incessantemente buscado, por representantes e representados.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. 3ª tiragem, atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1959.

BELTRÃO, Tatiana; VIDIGAL, Fernanda. Constituição: apesar das dificuldades, projetos de iniciativa popular ganham fôlego. *Portal de Notícias do Senado Federal*. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/25/constituicao-apesar-das-dificuldades-projetos-de-iniciativa-popular-ganham-folego>>. Acesso em: 05 maio 2015.

68 ÁVILA, Caio Márcio de Brito. *Recall – A revogação do Mandato Político pelos Eleitores: uma proposta para o sistema jurídico Brasileiro*. 2009. 152 f. Tese – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo: 2009. p. 90.

69 MATTEDI, Milton Carlos Rocha. *Soberania de quem? O papel do povo nas democracias contemporâneas*. – Artigo no prelo. p. 15.

70 Nesse sentido é o pensamento de BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 272.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BURKE, Edmund. Discurso aos eleitores de Bristol. *Revista de sociologia e política*, v. 20, n. 44: 97-101 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v20n44/v20n44a08.pdf>>. Acesso em: 20 abr 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

DALARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. atualizada São Paulo: Saraiva, 1998.

DICIONÁRIO TÉCNICO JURÍDICO. Organização Deocleciano Torrieri Guimarães. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

FRANÇA. *Constituição Francesa de 3 de setembro de 1791*. tradução para espanhol de Manuel A. Torremocha Jiménez. Disponível em: <<http://www.ieslasmusas.org/geohistoria/constitucionfrancesa1791.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

ITÁLIA. *Constituição da República Italiana de 1º de janeiro de 1948*. Disponível em: <http://www.governo.it/Governo/Costituzione/1_titulo4.html>. Acesso em: 02 abr. 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAVALLE, Adrián Gurza. *et al. Democracia, pluralização da representação e sociedade civil*. São Paulo: Lua Nova, 2006.

MALUF, Sahid. *Curso de Direito Constitucional – Parte Geral: Teoria Geral do Estado*. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1970.

MATTEDI, Milton Carlos Rocha. *Soberania de quem? O papel do povo nas democracias contemporâneas*. Artigo no prelo.

_____. *Estado de Exceção e Pluralismo Político*: Schmitt, Agambem e Arendt. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Barão de La Brède e de. *O Espírito das Leis*. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Representação: palavras, instituições e ideias*. Tradução de Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. São Paulo: Lua Nova, 2006.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 2 de abril de 1976*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>> Acesso em: 02 abr. 2015.

RIBEIRO, Hélcio. *A iniciativa popular como instrumento da democracia participativa*. Disponível em: <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/helcioribeiro.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social: princípios de direito político*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. revista da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada*. v. II. As questões clássicas. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, rev. téc. Régis de Castro Andrade. São Paulo: Ática, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012.

SMITH, Sir Thomas. *De Republica Anglorum*. Cambridge: Cambridge University Press, 1906. Disponível em: <<https://archive.org/stream/derepublicaanglo00smit#page/n5/mode/2up>>. Acesso em: 10 maio 2015.

SOUSA, José Pérciles de.; BERNARDES, Marciele Berger. *Protestos no Brasil e no mundo: despensar e repensar epistemologias para cidadanias*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f13c5636de33b88>>.

TUROLLO JR., Reynaldo. 87% querem redução da maioria penal; número é o maior já registrado, *Folha de São Paulo*, Pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/04/1616762-87-querem-reducao-da-maioridade-penal-numero-e-o-maior-ja-registrado.shtml>>. Acesso em: 31 maio 2015.

UCHOA, Marcelo Ribeiro. *Poder, direito e democracia: o papel dos direitos humanos na realização do bem comum*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5377>.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RECEBIDO EM: 28/08/2015

APROVADO EM: 23/12/2015

A EXPERIÊNCIA ITALIANA NO CONFISCO DE BENS DE INTEGRANTES DE GRUPOS MAFIOSOS

*THE ITALIAN EXPERIENCE IN THE CONFISCATION OF GOODS OF
MEMBERS OF MAFIA GROUPS*

Marcelo Lauande Bezerra

Procurador Federal. Responsável pelo Núcleo de Ações Prioritárias da Procuradoria Federal no Estado do Maranhão. Graduado pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA (2004). Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia - UNAMA (2008). Coautor do Livro "Temas Atuais da Jurisprudência: Lições do STF, STJ, TST e TSE" (2005).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve histórico sobre o combate à máfia na Itália no século XX; 2 A associação mafiosa e o confisco de bens de seus membros previsto na legislação italiana; 2.1 Confisco tradicional; 2.2 Medida de prevenção; 2.3 Outras hipóteses de confisco; 3 Agência Nacional para administração e destinação de bens sequestrados e confiscados da criminalidade organizada; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A Itália vivenciou nas décadas de 70, 80 e 90 uma intensa atuação da criminalidade organizada do tipo mafiosa. A partir de uma estrutura na qual seus membros possuíam funções bem definidas e de uma ideologia que encontrava espaço nos problemas sociais especialmente da região sul do país, os grupos mafiosos tentaram estabelecer um poder paralelo ao Estado. Tinham por objetivo o enriquecimento ilícito por meio de atividades criminosas e enfrentavam todos aqueles que lhes criavam obstáculos, incluindo as autoridades públicas, com ameaças violentas e assassinatos. Entretanto, com magistrados empenhados no combate à máfia, tendo destaque Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, o estado italiano foi aperfeiçoando métodos para desestabilizar a organização criminosa e prender seus integrantes. Dentre as principais medidas adotadas, encontra-se a confisco e administração de bens dos criminosos adquiridos de forma ilegal, sendo este o tema a ser abordado no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Itália. Máfia. Combate. Confisco. Bens.

ABSTRACT: The Italy experienced in the decades of 70, 80 and 90 an intense activity of organized crime of the mafia type. From a structure on which its members had well-defined functions and of an ideology that found space in social problems especially in the southern region of the country, the mafia groups attempted to establish a parallel power to the State. Aimed the illicit enrichment through criminal activity and faced all those they created obstacles, including public authorities, with violent threats and murders. However, with magistrates engaged in combating the mafia, having featured Giovanni Falcone and Paolo Borsellino, the Italian State was improving methods to destabilize criminal organization and arrest its members. Among the main measures adopted, is the seizure and the criminal assets acquired illegally, this being the theme to be addressed in this article.

KEYWORDS: Italy. Mafia. Combat. Confiscation. Goods.

INTRODUÇÃO

Na Itália, os grupos mafiosos exerceram atividades ilícitas durante anos, sem que o Estado fosse capaz de coibir a força dessa criminalidade.

Em um contexto de ineficiência estatal, aqueles que militavam contra a atuação da máfia sofreram as consequências da extrema violência praticada por essa organização criminosa, em retaliação.

Contudo, diante de um quadro em que, de forma crescente, os grupos mafiosos passaram a atacar a própria estrutura do Estado, inclusive por meio de assassinato de magistrados, restava claro que a sociedade italiana merecia uma resposta.

Assim, o Estado se reorganizou a partir de estratégias que objetivassem obstruir a atividade criminosa da organização mafiosa. A especialização da Justiça e a prisão de membros importantes para máfia são exemplos de medidas adotadas para o fim em comento.

Indo além, as autoridades italianas constataram que se fazia necessário limitar os recursos financeiros dos grupos mafiosos e passaram a privilegiar também procedimentos que resultassem em sequestro de bens dos integrantes da criminalidade organizada.

Essa última medida é o tema a ser abordado no presente artigo. Nele será demonstrado como o Estado italiano promove o confisco e a administração de bens de mafiosos obtidos ilícitamente.

Para tanto, inicialmente, um breve relato do histórico do combate à máfia se faz necessário, para que, em seguida, a abordagem central acerca do confisco de bens de membros de grupos mafiosos previsto na legislação italiana seja realizada.

Ao final, a administração dos bens apreendidos será o assunto explicitado, oportunidade em que será dado destaque à Agência Governamental italiana criada para esse objetivo.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE O COMBATE À MÁFIA NA ITÁLIA NO SÉCULO XX

Do ponto de vista histórico, o conceito de máfia encontra várias vertentes, como bem assinala Salvatore Lupo¹:

1 LUPO, Salvatore. *História da Máfia: das origens aos nossos dias*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2002. p. 21.

Esquematizando ao máximo linhas interpretativas que na realidade se apresentam freqüentemente ligadas entre si, podemos distinguir alguns filões fundamentais: a Máfia foi vista como espelho da sociedade tradicional, com atenção aos fatores políticos, econômicos ou - com maior freqüência - socioculturais; como empresa ou tipo de indústria criminosa; como organização secreta mais ou menos centralizada; como ordenamento jurídico paralelo ao do Estado, ou como anti-Estado.

Destarte, a definição de máfia envolve questões sociais, econômicas, políticas e culturais cuja análise mais aprofundada não compete ao presente estudo. Contudo, delimitando o objeto do artigo, entende-se como máfia uma organização estruturada voltada para o enriquecimento de seus membros, ou parte deles, a partir da realização de atividades ilícitas.

Na Itália do século passado marcada pela atuação dos grupos mafiosos, verificou-se que essas organizações criminosas apresentavam métodos de cooptação e de intimidação capazes de garantir o seu crescimento e a permissividade de suas práticas delituosas.

Acerca da arregimentação de novos membros, a máfia italiana se valia de um discurso pelo qual aquela organização se apresentava como a solução para os problemas sociais e econômicos vividos especialmente pela população do sul do país. Trata-se de um componente ideológico assim descrito por Salvatore Lupo²:

Portanto, é sobretudo a Máfia que descreve a si mesma como costume e comportamento, como expressão da sociedade tradicional. Todo mafioso eminente insiste em apresentar-se sob as vestes do mediador e pacificador e controvérsias, de tutor da virtude das meninas; pelo menos uma vez na sua carreira, ele ostenta uma ‘justiça’ rápida e exemplar contra ladrões violentas, estupradores, raptos de crianças. Estamos, por outro lado, diante de um grupo de poder, o qual exprime uma ideologia que pretende criar consenso externo e solidez interna: existe nela um certo autoconvencimento, muito de veicidade e mais ainda de propaganda destinada a chocar-se, na grande maioria dos casos, com a bastante diferente realidade dos fatos.

Por outro lado, a violência da máfia contra aqueles que prejudicavam seus “negócios” tornou-se a característica mais impressionante para a sociedade italiana. As ações dos criminosos eram revestidas de crueldade e

2 LUPU, op. cit., p. 27-28.

não respeitavam as autoridades públicas, na medida em que vários políticos, chefes de polícia e magistrados se tornaram seus alvos.

E foi justamente essa característica que causou uma indignação pública crescente, dando o impulso necessário para o Estado tentar dar um golpe sério nesse tipo de organização criminosa.

Assim, nos anos de 1980, magistrados, com absoluto destaque para Giovanni Falcone e Paolo Borsellino, idealizaram e efetivaram as principais medidas estratégicas para o combate ao crime organizado do tipo mafioso. Dentre elas, a criação do pool antimáfia, um grupo de investigação formado por magistrados que intimamente trabalharam juntos compartilhando informações sobre casos relacionados à máfia. O objetivo era difundir a responsabilidade e impedir que a atuação estatal fosse personificada em um único juiz.

O desempenho do judiciário começou a dar frutos com o denominado “Maxiprocesso”. Tratou-se de um julgamento criminal contra a máfia siciliana que teve lugar em Palermo (Sicília)³, iniciado em fevereiro de 1986 e que durou até dezembro de 1987. Foram indiciados 475 membros de grupos mafiosos por diversos crimes, com fundamento em testemunhos dados como prova pelos próprios chefes da máfia que se tornaram informantes⁴, em particular, Tommaso Buscetta⁵ e Salvatore Contorno. A maioria fora condenada e tais condenações se mantiveram vários anos mais tarde, em 1992, após a fase final da Apelação⁶.

Em 1991, nascia a *Procura Nazionale Antimafia* – Procuradoria Nacional Antimáfia, sendo também um órgão da magistratura, com funções de encaminhamento, estímulo e coordenação investigativa das sindicâncias nos delitos de máfia e de análise e elaboração de informações concernentes ao crime organizado⁷.

3 O julgamento foi realizado em um bunker-tribunal especialmente construído para essa finalidade dentro dos muros da prisão de Ucciardone.

4 São conhecidos como “pentiti” ou arrependidos os quais recebem algum tipo de benesse no cumprimento de suas penas, em virtude da colaboração com a justiça (delação).

5 Capturado no Brasil em 1982.

6 Além de seu resultado, o julgamento confirmou a existência do grupo mafioso Cosa Nostra, como uma organização criminal estruturada.

7 JANNONE, Ângelo. *Breves indicações sobre o procedimento penal italiano*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7774>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

Ainda na década de 90 do século XX, destaque também para a Operação Mãos Limpas que apurou os casos de corrupção no governo italiano, envolvendo a máfia, e resultou na prisão de políticos e industriais, bem como afetou a composição político partidária da República italiana.

Entretanto, a máfia siciliana não acatou a repressão estatal em silêncio, e ainda em 1992, arquitetou e concretizou o assassinato de Giovanni Falcone e Paolo Borsellino.

O primeiro foi morto em 23 de maio de 1992 por um comando militar mafioso dirigido por Giovanni Brusca, em cumprimento às ordens de Salvatore Riina (Totó Riina), o “capo dei capi” (chefe dos chefes) da Cosa Nostra, no chamado “massacre de Capaci”. Cargas de dinamite colocadas ao longo de um trecho de 120 (cento e vinte) metros da estrada que conduzia ao Aeroporto de Palermo, próxima à cidade de Capaci, por onde forçosamente teria que passar com seu automóvel blindado, foram acionadas por controle remoto, vindo a matar o Juiz Falcone, sua esposa Francesca Morvillo (também magistrada) e três agentes de sua escolta⁸.

Por sua vez, Paolo Borsellino foi assassinado em 19 de julho de 1992, também a mando de Salvatore Riina⁹, junto com seus cinco guarda costas, por um carro bomba carregado com 100 (cem) quilos de dinamite. O atentado ocorreu quando o magistrado ia visitar sua mãe, em Palermo.

A morte dos magistrados ocasionou extrema comoção nacional. Porém, esse contexto permitiu uma intensificação do combate à máfia a partir do legado deixado por Falcone e Borsellino. Assim, o estado italiano foi aprimorando suas normas antimáfia, disciplinando instrumentos voltados para o enfraquecimento das organizações criminosas, dentre elas o confisco de bens de seus membros.

2 A ASSOCIAÇÃO MAFIOSA E O CONFISCO DE BENS DE SEUS MEMBROS PREVISTO NA LEGISLAÇÃO ITALIANA

De início, considera-se associação do tipo mafioso, nos termos do artigo 416-bis do Código Penal Italiano, o grupo formado por três ou mais pessoas, com o objetivo de valer-se do poder de intimidação presente nesse vínculo associativo e da condição de sujeição imposta e de conspiração por meio silêncio, que dele deriva, para cometer ilícitos de natureza diversa.

8 ARGOLO, José Amaral. *Terrorismo e mídia*. Rio de Janeiro: E-papers, 2012. p. 83.

9 Salvatore Riina cumpre prisão perpétua pelos assassinatos de Falcone e Borsellino, entre outros crimes.

Já o confisco deve ser entendido como a retirada pelo Estado da totalidade - ou ao menos a maior parte útil - da propriedade, sem que exista qualquer contrapartida de origem financeira, como a indenização¹⁰.

A partir dessas definições, compreende-se que a ordem jurídica italiana apresenta uma farta legislação dando tratamento ao confisco, como método de sancionar os integrantes da organização criminosa do tipo mafioso. Tais normas disciplinam diversos aspectos referentes ao confisco de bens e sua administração, a partir dos quais é estabelecida a tipologia do instituto. É o que se exporá adiante.

2.1 Confisco Tradicional

O Confisco tradicional está previsto no artigo 240, do Código Penal, inserido no Livro I (dos crimes em geral), Título VIII, que versa sobre as medidas administrativas de segurança, Capítulo II, o qual trata das medidas de segurança patrimonial. Reza a norma que em caso de condenação, o juiz pode ordenar o confisco dos bens que serviram ou foram destinados para cometer o crime, e daqueles que são o produto ou lucro do delito¹¹.

Portanto, pelo mencionado dispositivo, concebe-se que o confisco tradicional permite a apreensão de bens que estão ligados por um nexo de causalidade com o crime, ou seja, quando constituem o resultado direto do delito objeto da persecução penal.

Ademais, a aplicação do artigo 240 não é absoluta, havendo ressalvas na própria norma quanto aos bens pertencentes daqueles que não se relacionam com a prática da ofensa¹².

10 DE CARVALHO JUNIOR, Guilherme. *Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 67.

11 "Art. 240. Confisca.

Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose, che ne sono il prodotto o il profitto.

E' sempre ordinata la confisca:

1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato;

1bis) dei beni e degli strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 617-bis, 617-ter, 617-quater, 617-quinquies, 617-sexies, 635-bis, 635-ter, 635-quater, 635-quinquies, 640-ter e 640-quinquies;

2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna".

12 "Le disposizioni della prima parte e dei numeri 1 e 1-bis del capoverso precedente non si applicano se la cosa o il bene o lo strumento informatico o telematico appartiene a persona estranea al reato. La disposizione del

2.2 Medida De Prevenção

Também conhecido como “confisco antimáfia”, a apreensão de bens como medida de prevenção é o instrumento idealizado e implementado pelo Estado italiano para o fim especial de combater o crime organizado.

Sua previsão inicial remonta a Lei nº 575, de 31 de maio de 1965, a qual dispunha acerca da organização criminosa do tipo mafiosa, inclusive no exterior. Tratou-se de uma inovação procedimental em relação às medidas de prevenção pessoal existentes desde 1956, por força da Lei 1.423, impostas aos criminosos, tais como a obrigação de residência, a vigilância especial da segurança pública e a obrigação de permanência.

A Lei nº 575/65 e suas posteriores alterações¹³ apresentou um importante conjunto de regras referente ao confisco preventivo de bens de mafiosos. Dentre elas, destacou-se o que dispunha o artigo 2º-ter ao permitir que o Tribunal ordenasse de ofício o confisco da propriedade de bens de uma pessoa contra a qual o processo era iniciado, quando o valor desses bens era desproporcional à renda declarada ou atividade econômica do indiciado, ou quando, com base em provas suficientes, havia razões para acreditar que eles eram o resultado de atividades ilegais ou foram empregadas nestas.

Ainda de acordo com o referido artigo, no caso de investigações complexas, a medida preventiva adotada (confisco) poderia ser prorrogada sucessivamente dentro de um ano, contado a partir da apreensão. Esse mesmo período poderia ser prorrogado por mais um ano, mediante decisão fundamentada pelo Tribunal.

Não poderia ser nomeado tutor dos bens apreendidos às pessoas contra quem a medida fora introduzida, nem o cônjuge, parentes, sogros, ou pessoas que coabitam com eles (artigo 2º-quarter). Por outro lado, a Lei previa a nomeação de um amministratore pelo Tribunal (artigo 2º-sexies), com a tarefa de assegurar a conservação, a guarda e a administração dos bens, inclusive, se possível, aumentando a rentabilidade dos ativos.

numero 1-bis del capoverso precedente si applica anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale.

La disposizione del n. 2 non si applica se la cosa appartiene a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

13 Em virtude da Lei nº 646/1982 (Lei Rongnoni – La Torre), do Decreto Lei nº 230/1989, da Lei nº 109/1996, do Decreto Lei nº 92/2008 (convertido com modificações na Lei nº 125/2008), da Lei 94/2009 e do Decreto-Lei nº 4/2010.

A medida de prevenção patrimonial poderia ser aplicada até no caso de falecimento do indiciado, hipótese em que o procedimento seguia em relação aos sucessores (artigo 6º-bis).

Outro aspecto importante da Lei era que confirmando-se o confisco a partir do resultado final do processo, os bens eram entregues definitivamente ao Estado (artigo 2º-nonies) que deveria reutilizá-los atendendo ao interesse social.

A Lei nº 575/65 foi revogada pelo Decreto Legislativo nº 159/2011, o qual instituiu o Código Antimáfia. Esta última norma é o resultado de toda experiência italiana no combate à máfia nas décadas precedentes, abrangendo inclusive princípios oriundos da jurisprudência.

Quanto à medida de prevenção patrimonial prevista no Código, sua instituição buscou impedir a prática de mais delitos por pessoas suspeitas de pertencer a uma associação criminosa, a partir de um enfraquecimento financeiro do grupo mafioso. Assim, sua aplicação independe de uma responsabilização penal prévia por um ou mais fatos específicos do crime¹⁴.

Ademais, no Código Antimáfia, o procedimento é denominado de sequestro e seus pressupostos previstos no artigo 20 se assemelham aos requisitos anteriormente previstos na Lei nº 575/65, notadamente a disponibilidade direta ou indireta do bem pelo indicado, além da presunção da proveniência ilícita do bem por causa de seu valor desproporcional à renda declarada ou atividade econômica exercida pelo indiciado, ou porque é o resultado da atividade ilegal ou nela reimpregada.

Igualmente à Lei nº 575/65, o Código também previu a nomeação do administrador de bens apreendidos (artigo 35), os quais deverão ser escolhidos dentre inscritos no cadastro nacional de administradores judiciais. Há também o prosseguimento do procedimento mesmo com o falecimento do indiciado (artigo 18).

Outrossim, pelo Código, permanece o princípio de que o bem apreendido deve ser administrado pelo Estado atendendo ao interesse público. Isso ocorre inclusive no caso de confisco de empresas, cuja gestão (artigo 41) deve privilegiar a atividade desenvolvida, desde que lícita, de forma a não prejudicar os respectivos empregados nem o retorno econômico que já vinha sendo absorvido pela coletividade.

¹⁴ BRIZZI, Ferdinando; PALAZZO, Paolo; PERDUCA, Alberto. *Le nuove misure di prevenzione personali e patrimoniale dopo Il codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011)*. Maggioli Editore, 2012. p. 7.

2.3 Outras Hipóteses De Confisco

Além do confisco tradicional e do confisco como medida de prevenção, a ordem jurídica italiana ainda prevê duas outras hipóteses de apreensão de bens pertencentes a membros de grupos mafiosos.

Há o confisco de valor equivalente, previsto nos artigos 322-ter, 640-quarter e 648-quarter, do Código Penal¹⁵. Por essa modalidade, quando não for materialmente possível confiscar o bem resultante do ilícito, será ordenado o confisco das somas de dinheiro, bens ou outros benefícios de que o infrator tem disponível, até mesmo através de intermediários, para um valor equivalente ao produto, preço ou proveito do delito.

Já pela confisca allargata ou confisco alargado (aumentado), estabelecido no artigo 12-sexies do Decreto Lei nº 306, de 8 de junho de 1992¹⁶, nos casos de condenação, o Estado apreende bens dos quais o infrator mafioso não pode justificar a origem, mas que, direta ou indiretamente (através de uma terceira pessoa ou entidade), possui a disponibilidade, em contraste com sua renda declarada ou sua própria atividade econômica.

Como já posicionou-se a jurisprudência italiana¹⁷, o confisco alargado é uma medida de segurança atípica com função dissuasiva em relação à prática delitiva. Apesar de análogo, esse confisco difere-se da medida de prevenção (sequestro) quanto à época de sua aplicação, pois aquele é cabível após a condenação enquanto neste a medida é utilizada no início do processo. Consequentemente, um instrumento não exclui o outro no decorrer do processo contra os integrantes da máfia (ou seja, os bens podem ser sequestrados e sucessivamente confiscados com a aplicação desses dois institutos).

3 AGÊNCIA NACIONAL PARA ADMINISTRAÇÃO E DESTINAÇÃO DE BENS SEQUESTRADOS E CONFISCADOS DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Por força do Decreto Lei nº 4, de 4 de fevereiro de 2010, convertido com modificações na Lei nº 50, de 31 de março do mesmo ano, foi instituída pelo Estado italiano a Agência Nacional para administração e destinação de bens sequestrados e confiscados da criminalidade

15 O Código Civil italiano também prevê o confisco de valor equivalente em seu artigo 2.641, a incidir nos delitos relativos às sociedades e consórcios.

16 Convertida com modificações na Lei nº 356, de 7 de agosto de 1992, trouxe urgentes modificações ao código de processo penal italiano e procedimentos contra a criminalidade mafiosa.

17 CASSAZIONE, Sez. Un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella.

organizada. Trata-se da ANBSC, sigla em italiano para Agenzia Nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla criminalità organizzata.

De acordo com o artigo 3º, da Lei nº 50/2010, compete à ANBSC em relação aos crimes de máfia:

- 1) A aquisição de dados relativos aos bens apreendidos e confiscados do crime organizado (no curso do processo penal e de prevenção) e de informações sobre o andamento dos processos de apreensão e confisco, além de verificar o estado das mercadorias no mesmo processo, avaliar a coerência do destino e utilização dos bens, programar a alocação e destinação dos bens confiscados e analisar os dados adquiridos, com a crítica em relação à fase de alocação e de destino dos bens;
- 2) Auxiliar as autoridades judiciárias na administração e custódia dos bens sequestrados durante o procedimento de prevenção;
- 3) Auxiliar as autoridades judiciárias na administração e custódia de bens apreendidos com o confisco alargado;
- 4) Administração e destinação de bens confiscados como resultado do procedimento de prevenção;
- 5) Administração e destinação de bens apreendidos no confisco alargado, como resultado do processo penal;
- 6) A adoção de iniciativas e medidas necessárias para a oportuna alocação e destinação dos bens confiscados, inclusive por meio da nomeação, se necessário, de comissários ad acta.

Como se vê, a ANBSC é um órgão estatal criado para auxiliar a atividade judiciária, gerindo os bens confiscados preventiva (sequestro) e definitivamente do crime organizado, bem como interpretando dados e informações extraídas dos processos judiciais cujos resultados são aplicados em sua atividade precípua.

Ademais, é oportuno explicitar que a ANBSC também administra as empresas que foram utilizadas como instrumento da máfia no cometimento de crimes, já que estas, conforme alinhavado anteriormente, podem ser objeto de sequestro ou confisco. Nesse caso, o administrador escolhido deve ser um especialista em gestão de negócios, e dentre suas

funções, está a apresentação ao Tribunal, no prazo de seis meses após a nomeação, de um relatório detalhado sobre a situação e consistência dos ativos corporativos apreendidos, bem como sobre o estado da atividade desenvolvida pela empresa.

Por sua vez, o Tribunal, ouvido o administrador e o Ministério Público, caso constate perspectivas concretas para a continuação da empresa, aprova o programa de administração por despacho fundamentado e dá orientações para a gestão da empresa.

Segundos dados fornecidos pela própria ANBSC, o Estado italiano até 13 de janeiro de 2013 já havia apreendido em definitivo 12.946 bens, dentre imóveis (11.238) e empresas (1.708). Deste quantitativo de bens, a grande maioria oriunda da região sul do país (10.384 ou 80,2%), onde a presença da atividade mafiosa é historicamente mais intensa. Os demais tinham localização dividida entre a região norte (1.764 – 13,7%) e central (798 ou 6,1%).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Itália do século passado presenciou a intensa atuação da criminalidade organizada do tipo mafiosa, a qual, além de apresentar um discurso persuasivo perante parte da comunidade, notadamente aquela localizada no sul do país, possuía ramificações no próprio Estado.

Daí decorreu que, perante um poderio econômico e político, uma eficiente arregimentação de membros e uma fragilidade das instituições governamentais para deter seus avanços, a máfia italiana encontrou um ambiente propício para desenvolver cada vez mais suas atividades ilícitas.

E para manter-se incólumes, adotaram a estratégia de impor o terror por meio da violência, incluindo o assassinato daqueles que se opunham às organizações criminosas, dentre os quais as autoridades públicas.

Mesmo em meio a essas condições desfavoráveis, com o passar dos anos, o Estado italiano conseguiu aos poucos coibir as práticas delituosas dos grupos mafiosos. Isso se deve inicialmente ao incessante trabalho de corajosos magistrados, como Giovanni Falcone e Paolo Borsellino. Em sequência, os próprios anseios da sociedade em se ver livres dessa mácula aceleraram essa intervenção do estatal.

Assim, medidas de combate à máfia foram idealizadas e implementadas, resultando na desarticulação de grupos mafiosos e na prisão de diversos de seus membros.

Conforme explicitado no decorrer do presente artigo, um dos instrumentos eleitos pelo Estado italiano para fragilizar as organizações criminosas foi e continua sendo a apreensão de seus bens, na medida em que ao mesmo tempo pune e enfraquece financeiramente o grupo mafioso.

Inserido nessa temática, deve ser destacada a hipótese de sequestro de bens como medida de prevenção, quando ainda não há condenação. Merece atenção também a realização de sequestro ou confisco de bens quando estes são incompatíveis com a renda ou trabalho realizado pelo indiciado ou condenado. Além disso, importante mencionar a criação de uma Agência Nacional voltada para a administração e destinação dos bens apreendidos.

Destarte, observa-se que o Estado italiano elegeu o combate à máfia como um dos pilares de sua atuação, especializando o Poder Judiciário, bem como outras instituições, para alcançar esse objetivo.

Essa é a reflexão que deve ser extraída da experiência italiana na luta contra as organizações criminosas, especialmente em relação à recuperação de ativos. Ainda mais, quando se fala em Brasil, país onde a corrupção (de raiz igualmente histórica¹⁸) propicia o desvio de recursos públicos originariamente destinados à melhoria da qualidade de vida da população, valores tais cuja recuperação ainda não apresenta os resultados ideais.

REFERÊNCIAS

ARGOLO, José Amaral. *Terrorismo e mídia*. Rio de Janeiro: E-papers, 2012.

BRIZZI, Ferdinando; PALAZZO, Paolo; PERDUCA, Alberto. *Le nuove misure di prevenzione personali e patrimoniale dopo Il codice antimafia (D.Lgs. n. 159/2011)*. Maggioli Editore, 2012.

18 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2014. p. 5.

DE CARVALHO JUNIOR, Guilherme. *Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

JANNONE, Ângelo. *Breves indicações sobre o procedimento penal italiano*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7774>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

LUPO, Salvatore. *História da Máfia: das origens aos nossos dias*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2014.

RECEBIDO EM: 12/09/2015

APROVADO EM: 12/11/2015

**INFLAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS E DESAFIOS DE SUA
CONCRETIZAÇÃO ATRAVÉS DAS LEIS E POLÍTICAS PÚBLICAS:
COMO A MULTIPLICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, NUMA
AMBIÊNCIA DE ESCASSEZ DE RECURSOS, REPRESENTA
UM VERDADEIRO OBSTÁCULO À RACIONALIDADE E
ECONOMICIDADE DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA¹**

***INFLATION OF SOCIAL RIGHTS AND THE ACHIEVEMENT OF
ITS CHALLENGES THROUGH LAW AND PUBLIC POLICY: AS THE
MULTIPLICATION OF SOCIAL RIGHTS IN A RESOURCE-SCARCITY AMBIENCE,
REPRESENTS A REAL OBSTACLE TO RATIONALITY AND ECONOMICITY OF
ADMINISTRATIVE ACTION***

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Doutorando em Direito Constitucional pela UFC. Doutorando em Direito Público pela UC. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN (2012). Especialista em Direito Público, com habilitação em Direito Administrativo, pela UnB (2010). Especialista em Docência do Ensino Superior pela UnP (2010). Graduado em Direito pela UFC (2003). Procurador Federal - AGU (2004). Procurador-chefe da Procuradoria Federal na UFERSA (PF/UFERSA). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo, Constitucional e Previdenciário. Associado do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública (IBAP)

¹ Agradeço ao Prof. Dr. Felipe Braga Albuquerque e ao Advogado Willione Pinheiro Alves pelas críticas/sugestões apresentadas ao texto original. As eventuais traduções apresentadas no texto, contanto que não seja identificada a autoria, são da exclusiva responsabilidade do autor.

“O resultado final da atividade política raramente corresponde à intenção original do agente. Cabe mesmo afirmar que muito raramente corresponde e que, frequentemente, a relação entre o resultado final e a intenção primeira é simplesmente paradoxal”².

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inflação dos direitos sociais; 1.1 Conflito normativo; 1.2 Isolamento normativo; 1.3 Ineficácia normativa; 2 Direitos sociais e governo paternalista; 3 Representatividade política *sem crise?*; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O artigo discute os efeitos da inflação dos direitos sociais após a Constituição Federal de 1988, destacando, como consequência, os dilemas relativos ao conflito normativo, ao isolamento normativo e à ineficácia normativa. Além disso, a atividade legislativa representa um sério risco de promover uma legislação meramente simbólica. O artigo discute, ainda, a relação entre os direitos sociais e um governo paternalista, pontuando os danos sociais de uma gestão pública paternalista e, principalmente, os custos e malefícios de uma política assistencialista como mecanismo de concretização dos direitos sociais. No Brasil, apesar dos avanços sociais, não é possível defender uma representatividade sem crise, porquanto a atividade política ainda não promoveu as reformas estruturais na sociedade, sobretudo, a política, tributária, trabalhista e previdenciária. Por fim, defende-se uma evolução dos direitos sociais no Brasil, apesar das críticas formuladas, porém, os limites sociais, econômicos e culturais da sociedade, numa perspectiva global, somente serão superados por meio de contínuos esforços intergeracionais.

PALAVRAS-CHAVE: Inflação Legislativa. Direitos Sociais. Conflitos Normativos. Políticas Públicas. Gestão Fiscal.

ABSTRACT: The article discusses the effects of inflation of social rights after the Federal Constitution of 1988, highlighting, as a consequence, the dilemmas concerning the normative conflict, the normative isolation and normative inefficiency. In addition, the legislative activity is a serious risk of promoting a merely symbolic

² WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Prefácio de Manoel T. Berlinck. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 136.

legislation. The article also addresses the relationship between social rights and a paternalistic government, punctuating the social harm of a paternalistic public administration, and especially the costs and harms of a welfare policy as social rights implementation mechanism. In Brazil, despite the social advances, you can not defend a representation without crisis, because political activity not yet promoted structural reforms in society, especially politics, tax, labor and social security. Finally, defends an evolution of social rights in Brazil, despite the criticism, however, limits the social, economic and cultural aspects of society, from a global perspective, will only be overcome through ongoing intergenerational efforts.

KEYWORDS: Legislative Inflation. Social Rights. Normative Conflicts. Public Policy. Fiscal Management.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a inflação dos direitos sociais é simplesmente intuitiva. Qualquer cidadão é capaz de arvorar uma demorada lista de direitos, mesmo os menos afeitos a qualquer grupo de reivindicação social. Não é mesmo para surpreender. Numa análise bem rudimentar de dados, observa-se que: da proclamação da República até o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88), portanto, um intervalo de quase um século, considerando-se apenas o plano da atuação legislativa federal³, havia 7.675 leis ordinárias⁴. Da Constituição de 1988 até agosto de 2015, ou seja, um pouco mais de duas décadas e meia, já foram publicadas 5.488 leis ordinárias e, claro, esse número não vai parar de crescer⁵. Não se questiona, aqui, os dados dos demais veículos normativos, mormente as Medidas Provisórias e os Decretos, que, certamente, engrossariam ainda mais os já espantosos números da atividade legislativa federal brasileira. A intensificação normativa, por meios de decretos e demais instrumentos normativos infralegais, torna praticamente impossível qualquer análise sistêmica dos direitos no Brasil, isto porque cada novo veículo normativo sempre apresenta uma nova nuance sobre os mesmos direitos e, quando não raro, chega até mesmo inovar indevidamente a ordem jurídica.

3 Evidentemente, trata-se de uma ligeira aproximação assentada na linear cronologia das leis em função das legislaturas federais. Não há, portanto, qualquer necessidade de precisão estatística para demonstrar a *pujante* atividade legislativa no Brasil.

4 Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>>. Acesso em: 12 set. 2015.

5 Evidentemente, boa parte dessas leis, direta ou indiretamente, toca na esfera de interesse dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Desse modo, a inflação dos direitos sociais é possível de ser instruída em números, porém isso não revela ou explica absolutamente nada sobre a efetivação deles, nem mesmo sobre os possíveis obstáculos relativos à concretização desses direitos e, claro, sobre os reais avanços da sociedade brasileira com a CF/88. Defende-se, a apesar de tudo, uma agenda positiva com a nova ordem constitucional, destacando que todo projeto constitucional é grandioso e, nessa qualidade, possui a larga pretensão de transformar uma dada realidade, porém o modo dessa transformação nem sempre alcança ou mesmo carece de uma extensíssima configuração normativa.

Nesse contexto, o artigo promoverá uma necessária discussão sobre a face oculta e nefasta da inflação dos direitos sociais: (a) conflito normativo; (b) isolamento normativo; e (c) ineficácia normativa. Além disso, será discutida a dinâmica do governo paternal e suas decorrências na concretização dos direitos sociais, inclusive na gestão fiscal do Estado. Além disso, num claro reconhecimento da ação política no Estado, destacam-se algumas conquistas na disciplina normativa dos direitos sociais, sobretudo nas políticas públicas, evidenciado, assim, um possível questionamento sobre uma *representatividade política sem crise*, tudo por conta dos inegáveis avanços sociais verificados, após a CF/88, no Brasil. Por fim, adota-se uma pesquisa científica qualitativa, sobretudo, por meio de revisão bibliográfica, mas, contudo, sem descuidar de eventuais dados e/ou estatística de instituições públicas e/ou privadas.

1 A INFLAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A consagração constitucional dos direitos sociais, sem sombra de dúvida, representa um grande apanágio do constitucionalismo moderno. Só que, no Brasil, é possível indagar: se a maioria constituinte era conservadora⁶, como ela pode ter ofertado tanto impulso às questões sociais na Constituição Federal de 1988? Essa é uma pergunta que, hoje, do ponto de vista prático, não denuncia maior importância, porquanto a teia regulamentadora dos direitos sociais tem sido extremamente progressista, bem mais do que se poderia imaginar, por certo, quando da promoção do próprio ideário constituinte⁷.

6 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989. p. 474.

7 Aliás, além do excesso de leis, o próprio fenômeno da constitucionalização do direito, mormente a sua desnecessária intensificação, revela duas inegáveis consequências negativas: (a) a primeira, a própria instabilidade da Constituição; a segunda, o recrudescimento das demandas no Poder Judiciário, com particular destaque ao Supremo Tribunal Federal, até mesmo em função do aumento das matérias constitucionais (HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A constitucionalização do direito no Brasil, o excesso de emendas e as suas consequências. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 151-162, p. 157), maio/jun. 2011.

Pois bem. A importância dos parâmetros legais é indiscutível no Estado Democrático de Direito. Não se trata, porém, de uma defesa cega da inarredável racionalidade abstrata de toda regulamentação legal. Ora, como ser acertadamente racional sobre questões que não pontuam com o código da racionalidade: os fenômenos sociais. A importância, contudo, decorre de duas imperiosas necessidades, quais sejam: (a) estabelecer parâmetros de decidibilidade antecipada sobre os direitos e, com isso, (b) afirmar claras posições políticas da sociedade sobre os direitos sociais⁸. Numa palavra: como admitir a aplicação dos direitos sociais sem o estabelecimento de premissas teórico-legislativas desses direitos, especialmente quando a dinâmica regulamentadora dos direitos sociais segue uma clara exigência constitucional, no qual corporifica o poder de conformação do legislador⁹.

Desse modo, a atividade legislativa encontra um verdadeiro oceano de possibilidades, a despeito das balizas constitucionais, devidamente espraiadas nos limites normativos consagrados e impostos pelos direitos fundamentais, fazendo com que a ciranda política seja tentada a permear caminhos com diversos segmentos sociais e, nesse propósito, promover a concessão de direito não necessariamente focada na regulamentação que melhor atenda aos preceitos constitucionais.

O primeiro grande risco de toda atividade legislativa é sempre vinculado a uma questão de escolhas sobre a maior ou menor amplitude dos programas econômicos, sociais, culturais *etc.*, daí que, no que concerne aos direitos sociais e/ou assistenciais, esse risco é particularmente potencializado em função do *apelo político* da matéria regulamentada, o que geralmente rende pomposos dividendos políticos do eleitorado. Soma-se, ainda, o fato de que regulamentações sobre direitos sociais exigem da atividade legislativa uma dinâmica

8 No que vai desaguar na já enfadonha questão, mas sempre recorrente na ciranda política, sobre a dificuldade da decisão judicial contramajoritária. Por todos, vide: BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch*. The Supreme Court at the Bar of Politics. Second Edition. New Haven: Yale University Press, 1986.

9 Tal linha compreensiva é, inclusive, admitida por Ronald Dworkin, a despeito de defender uma leitura moral sobre os direitos, porquanto acentua: “Cumprir, portanto, uma importante exigência de qualquer teoria política que conceda uma posição de destaque aos direitos: oferece uma teoria da obediência à lei sob condições de incerteza e controvérsia a propósito dos direitos que as pessoas de fato possuem” (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. xvii).

compreensiva da atividade financeira do Estado¹⁰⁻¹¹, destacando-se o dever de austeridade na gestão fiscal, o que é uma premissa geralmente incompatível com os homens que *vivem da política*¹², sempre mais afeitos aos prognósticos eleitorais do que aos cânones da gestão responsável do Estado. Aliás, isso não é um problema apenas brasileiro, mas, aqui, ele é sentido de forma cada vez mais intensa em matéria de direitos sociais.

Essa conjuntura decisivamente entregue às tentações eleitorais pode representar a chave de um dilema político vicioso na República brasileira: a discussão das leis não leva em conta o seu potencial efeito transformador no meio social, mas, sim, a sua capacidade de gerar dividendos políticos aos membros do Congresso Nacional. Lembrando-se, ainda, que “[a]s lutas partidárias não são [...] apenas lutas para consecução de metas objetivas, mas são, a par disso, e sobretudo, rivalidades para controlar a distribuição de empregos”¹³, no que segue a diretriz político-eleitoreira nas funções capitais da gestão do Estado. Essa permissividade acarreta uma impulsiva e destrutiva inversão na qualidade da gestão pública, acentuando as premissas eleitoreiras sobre a dinâmica da racionalidade das políticas públicas, fazendo exsurgir o desafeto entre duas correntes paralelas e contrapostas na condução do Estado, condensadas (a) na burocracia weberiana¹⁴ e (b) no proselitismo *partidocrata*. A tensão é até mesmo essencial, e isso não pode ser negado, porém, o que não se deve admitir é a inversão dos encargos funcionais, gerando, assim, discórdia e ineficiência administrativa, além do inevitável processo de captação pelo demérito funcional.

10 Nesse ponto, é importante destacar a existência da PEC nº 172/2012, já aprovada, em primeiro turno, na Câmara dos Deputados, na qual tem a pretensão de vedar a transferência de qualquer encargo financeiro, por lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em função da prestação de serviços públicos, quando inexistir previsão de fonte de custeio, isto é, sem disponibilidade orçamentária e/ou financeira. (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=544681>>. Acesso em: 08 set. 2015).

11 Seguindo o mesmo propósito, todavia, de forma mais minudente, além de incluir a União, tem-se a PEC 84/2015, já aprovada pelo Senado e encaminhada à Câmara Federal desde o dia 1º de setembro de 2015 (Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122031>>. Acesso em: 08 set. 2015). O que é passível de questionamentos nessas propostas, dentre outros pormenores, é a possibilidade delas fincarem, em função de uma pretendida austeridade fiscal, uma verdadeira anestesia do fluxo regulamentatório dos direitos sociais, fazendo com que a dinâmica dos custos cesse qualquer expansão dos direitos independentemente dos condicionantes políticos e econômicos da sociedade.

12 WEBER, op. cit., 2011, p. 78.

13 Ibidem, p. 82.

14 A superação desse modelo, corporificada na eficiência funcional, é, infelizmente, um valor ainda em construção na Administração Pública.

Assim, considerando-se essa ruidosa conjuntura, o problema surge quando a necessidade de firmar direitos tende a gerar uma verdadeira esclerose legislativo-institucional do Estado, acarretando, assim, fundadas incompreensões sobre os reais propósitos da política brasileira. A ciranda política não traduz soluções legais, mas, simplesmente, atende a uma pauta de reivindicações políticas alheias aos parâmetros da razão pública. É um dilema complexo. Não é possível explicá-lo, em toda a sua complexidade, neste artigo¹⁵. Todavia, é plenamente possível considerar os seus nefastos efeitos na senda regulamentadora do texto constitucional.

Disso tudo, tem-se que um dos mais claros efeitos é a ilógica consideração de que mais regulamentações acarretará maior gozo de direitos. É uma falácia e também uma vã esperança depositada na estrita normatividade. A densificação normativa é compreensiva numa perspectiva *verticalizadora*¹⁶, isto é, com lei, decretos, instruções normativas, portarias *etc.*, especialmente quando representar maior segurança e procedimentalidade na salvaguarda de direitos e, mesmo assim, quando não romper com a descendente harmonia das normas infralegais. Portanto, longe desse ideário, a regulamentação mais nega que concede direito. Por outro lado, numa perspectiva *horizontalizadora*, as regulamentações tende a expressar um desnecessário e complicado regime de concorrência normativa potencialmente conflitivo e, dessa forma, ocasionadora de maior insegurança jurídica. Então, toda regulamentação é uma intervenção transformadora num sistema pretensamente coeso; logo, não é justificável qualquer inflação legislativa, precisamente porque não apresenta novas luzes sobre os dilemas já existentes, ao contrário, tende a revelar mais sombras, ou melhor, tende a aumentá-las.

Outro ponto negativo da inflação dos direitos sociais, que se encontra diretamente relacionado com as considerações anteriores, é a falsa percepção da realidade normativa de um ente político. Explica-se: a dinâmica compreensiva da repartição de competências, mormente quando são concorrentes, decorre da necessidade de estabelecer uma atuação legislativa fundada em parâmetros claros do poder de inovar no ordenamento jurídico, porém a inflação dos direitos sociais acaba por imprimir um novo matiz sobre a questão, a saber, a imperiosa necessidade

15 Nem mesmo em publicações mais demoradas, porque é necessário entender o fenômeno e o motivo que leva à sua ocorrência e/ou permanência no meio social, sem falar, ainda, na discursiva questão da sua operacionalidade na ciranda política, portanto, possui um fundo teórico-empírico bem abrangente.

16 Todavia, isso não quer dizer, de forma alguma, que ela não acarrete conflito normativo, só não alcança a mesma capacidade conflitiva da perspectiva horizontalizadora. Trata-se, apenas, de uma velha e conhecida máxima: *dos males, sempre o menor*.

de legislar sobre direitos tende a romper com os limites das competências legislativas constitucionalmente estabelecidas. Nesse ponto, são até mesmo comuns conflitos de competência entre Estados membros e União sobre direitos do consumidor, educacional, urbanístico *etc.* Admite-se que a dinâmica verticalizadora dos direitos é mais sobre o mesmo, só que mais clareza e precisão na procedimentalidade destinada à prossecução dos direitos; por outro lado, a dinâmica horizontalizadora dos direitos também é mais sobre o mesmo, só que não aprofunda os procedimentos e ainda possui a desvantagem de potencializar os conflitos normativos. Numa palavra: a cadência dos direitos não se faz com mais direitos, mas com a consagração de procedimentos confiáveis de concretização dos direitos, afinal, é sempre preferível *certeza no direito a incerteza nos direitos*. O mais, aqui, não traduz segurança, efetividade, enfim, o gozo dos direitos sociais. Veja-se, portanto, uma clara nuance demagógica na inflação legislativa.

De todo modo, há várias outras questões por detrás dessa inflação legislativa. O direito público brasileiro possui uma sonoridade bem diversa da necessária eufonia dos regimes democráticos, porque não consegue compreender ou promover uma cadência de direitos que estabeleça uma *adequação valorativa*¹⁷ e, claro, uma *unidade interior da ordem jurídica*¹⁸. Isso fica bem claro nos programas sociais governamentais, gerando uma assincronia entre os direitos sociais e assistenciais. Por exemplo, quando se discute a necessidade de conceder um regime de renda mínima, inclusive consagrado até mesmo em países extremamente liberais, como é o caso dos Estados Unidos da América, não é observada nessa política uma relação direta com o direito social à educação, gerando, assim, uma dependência imobilizadora das camadas sociais mais pobres, o que é um fato inconcebível

17 Um ligeiro exemplo de ausência de adequação valorativa, aliás, bem atual e extremamente oneroso ao Erário, pode ser condensado graficamente, nestes termos: como admitir que o direito social à moradia fosse tão pomposamente concedido aos magistrados, aos membros do ministério público e, agora, também aos membros da defensoria pública federal, mas, contraditoriamente, a legislação não estabeleça uma política habitacional aos demais servidores públicos. O fato é que, em qualquer caso, a concessão de auxílio-moradia, sem parâmetro ou critério aceitável, não passa de um largo expediente de corrupção, inclusive com uma pretensa veste de legalidade. E o que se afigura verdadeiramente pior, porquanto resulta uma situação ainda mais insustentável, isto é, revela um caso extremo de desvalor na estrutura normativa brasileira, como conceber tal benesse justamente aos servidores que mais podem dispor de recursos para adquirir uma moradia digna e, paradoxalmente, *negar*, tendo em vistas as inexpressivas políticas públicas destinadas à habitação, tal direito aos milhões de brasileiros que comprometem metade da renda familiar com aluguel, e isso na feliz hipótese de ter como conseguir numerário para um aluguel. A concessão de auxílio-moradia a esses específicos servidores públicos, porque, de fato, devem servir à sociedade e não servir-se dela, é praticamente uma desonra pública, um verdadeiro achincalhe ao princípio da moralidade administrativa.

18 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 23.

numa pátria pretensamente educadora. As assincronias veem de longas datas e, infelizmente, elas parecem ganhar corpo a cada nova legislatura.

Partindo para outra ponta do processo político, a dos financiadores das campanhas políticas, a questão torna-se ainda mais odiosa, seja pela via inescrupulosa dos empréstimos promovidos nas agências oficiais de fomento da economia, seja pela concessão de informações privilegiadas da atuação governamental. Vive-se um período político brasileiro particularmente assombroso na condução das instituições públicas, cujos nichos operativos encontram-se especialmente comprometidos com uma intervenção política desastrosa¹⁹. Quem paga a conta disso tudo? Os contribuintes. Os eleitores votam; os contribuintes suportam. Estes, evidentemente, na lógica compreensiva dos deveres fundamentais como categoria constitucional própria²⁰ e, portanto, autônoma, no que se insere o dever de pagar tributo. Por isso, é fácil projetar uma dinâmica compreensiva diversa entre eles sobre o problema das escolhas políticas da gestão pública, porém, não é possível aceitar posições extremadas sobre essas realidades compreensivas, senão todos os esforços sociais serão em vão e, claro, maiores serão as dívidas públicas com o sacrifício do contribuinte brasileiro, que não tem partido, mas é *partido* em suas esperanças todos os anos em função da destemperança da gestão fiscal do Estado, que tende a exigir maior carga tributária dos contribuintes, no que bem evidencia, a partir da década de 90 do século passado, a política tributária da União, calcada, dentre outros expedientes declaradamente arrecadatários, na proeminente captação de recursos mediante contribuições sociais, porquanto não possui a necessidade de dividir o produto delas com os Estados membros e Municípios, bem como elas não costuma acarretar os problemas políticos observados na majoração dos impostos, isto é, há maior aceitação da sociedade, involuntária ou consciente, do tributo por conta das finalidades sociais, sem falar que castiga mais fortemente as empresas, repercutindo, evidentemente, no custo final dos bens e serviços²¹.

Todavia, a questão não se prende apenas à inflação dos direitos sociais, mas também à questão do processo inflacionário das competências

19 Por outro lado, com consideráveis conquistas no campo social, mas, infelizmente, elas poderão ser suprimidas rapidamente em função da má gestão econômica do Estado. Não há sustentabilidade política sem austeridade fiscal, muito menos mobilidade social sem planejamento das contas públicas. Nesse contexto, a inflação dos direitos representa um fabuloso ingrediente de ilusões legais.

20 NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Tributos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012. p. 36.

21 VIEIRA, Lucas Pacheco. Uma releitura das contribuições sócias à luz do federalismo fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 115, p. 91-113, p. 101, mar./abr. 2014.

administrativas relacionadas aos direitos sociais. É dizer, muitas frentes de atuação político-administrativa tornam-se um verdadeiro desperdício de recursos e de experiência no árduo processo de concretização dos direitos sociais, sem falar, ainda, na maior dificuldade de controle da execução orçamentária promovidas pelas instituições públicas. Portanto, a pulverização orçamentária em decorrência da inflação legislativa, além de não consagrar o gozo dos direitos, ainda possui o estrondoso incômodo de dificultar o controle da execução orçamentária e, com isso, resultar em maior margem para práticas corruptivas no seio da Administração Pública.

Portanto, mais direitos sociais não quer dizer mais gozo de direitos sociais²². A concretização dos direitos demanda demorado processo de decantação política e isso, como necessário expediente de análise, exige uma compreensão da absorção financeira dos custos dos direitos sociais; senão toda proposta legislativa tornar-se-ia um tiro de irresponsabilidade no vazio da consciência política de um povo. Curiosamente, quanto maior forem os desafios econômicos da concreção de um direito social, mais tentada é a atividade legislativa empreender uma solução estritamente normativista

²² Veja-se, apenas para exemplificar, o caso do saneamento básico, mesmo após a Lei nº 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais sobre a temática, tudo nos termos do artigo 21, inciso XX, da CF/88, observa-se que, a despeito de uma regular cadência normativa, isto é, das normas gerais da União até um sem número de leis municipais, a disciplina do interesse local, tal como estabelecem os artigos 30, incisos I, V e VIII, da CF/88, portanto, corporificada nas atividades executivas e operacionais relativas à prestação do serviço público de saneamento básico, é alvo, não raras vezes, dum insustentável questionamento por parte dos Estados membros em função do disposto no artigo 25, § 3º, da CF/88, justamente porque a dinâmica das competências administrativas comuns, tal como apregoa o artigo 23, inciso IX, da CF/88, cria uma ambiência de incertezas na conformação normativa dos direitos sociais, especialmente o direito ao saneamento básico, haja vista o seu enorme custo, pois, dentre outros motivos, observadas as diretrizes básicas emanadas pela União, os contornos político-administrativos, que vão da simples inércia a um pulsante endividamento público, tendem a espelhar o ocaso da perspectiva normativa corporificada nos quadrantes dos pavorosos condicionamentos políticos e econômicos dos municípios brasileiros, acarretando, assim, uma legislação de inconsequentes prognósticos sobre a efetivação do saneamento básico no Brasil, de maneira que a exigibilidade dos direitos em função da diversidade das fontes normativas, pelo menos nesse contexto, não passa de uma enorme falácia, isto é, a permissividade da atividade legislativa, prontamente entregue às particularidades do interesse local, ainda é capaz de gerar mais balbúrdia que solução na disciplina do direito ao saneamento básico. Todavia, uma ressalva é necessária, porquanto esclarece outros dilemas da questão: ainda que, no período de 1989 a 2008, tenha ocorrido um sensível crescimento no número de Municípios com serviço de abastecimento de água, alavancando de 95,9% em 1989 para 99,4% em 2008 (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/atlas_saneamento/default_zip.shtm>. Acesso em: 09 set. 2015), o fato é que, nesses 5.531 Municípios, que possuem serviço de abastecimento de água, a qualidade e a universidade na prestação do serviço de saneamento básico, até porque se encontram bem aquém das nações mais desenvolvidas, demandarão, além de mais recursos, maior racionalidade na disciplina normativa das concessões públicas e, sobretudo, nos investimentos dos entes políticos e, claro, na própria operacionalidade na prestação do serviço de saneamento básico, que, aliás, é bastante amplo, como bem prescreve o artigo 3º, inciso I, da Lei nº 11.445/2007.

para solucionar o problema. Aqui, há um misto de irresponsabilidade política com *ingenuidade*²³ dos segmentos sociais, porquanto o problema não é de ordem legal, nem mesmo tão somente política, mas é também econômica.

Não há Estado Social sem fluxo econômico, é uma tolice negar isso. O que se pode questionar é o modelo de economia de mercado empregado no país, mas, mesmo assim, não há como questionar a consagração dos direitos sociais a partir da perspectiva estritamente normativista. É um verdadeiro dislate defender o entendimento de que a lei, por si só, seja capaz de transformar uma realidade social, especialmente quando ela rende demorados esforços na preservação de suas estruturas, que, a despeito de serem arcaicas, ainda continuam em pé. Desse modo, precisa-se da política, porque ela é capaz de expressar os limites materiais da sociedade, por meio de uma discursiva teia de valores e interesses; por outro lado, é necessário empreender uma clara conformação legislativa das possibilidades socioeconômicas do Estado, pois, somente assim, é possível afirmar que a regulamentação dos direitos sociais não se revelou um verdadeiro simulacro de atuação legislativa, porquanto foi capaz de captar os ecos da sociedade e, a partir dele, corporificar as leis do Estado.

1.1 Conflito Normativo

Na ausência de espaço há sempre muito *espaço* para conflito. Portanto, uma excessiva atuação normativa gera espaço para conflito normativo. Trata-se de uma questão até mesmo intuitiva: se a dinâmica da atividade legislativa não comporta uma compreensão sistêmica do Direito, por certo, cada nova lei representa um microcosmo de possibilidades jurídicas, exurgindo uma verdadeira teia de potencialidades conflitivas em todas as áreas do Direito²⁴, acarretando, desnecessariamente, um

²³ Nem tanto, a lógica do *pão e circo*, hodiernamente, comporta muitas variáveis, de forma que a defesa de certas decisões políticas, pretensamente granjeadoras dos interesses dos menos privilegiados socialmente, apenas impõe uma dinâmica de valores aos segmentos sociais mais fracos ou parcamente organizados, que, longe de acenar-lhes com soluções jurídicas, basicamente incorporam um sistema de proteção dos interesses dos segmentos sociais mais fortes. O grande público sempre foi uma boa fonte de pretextos e subterfúgios na ciranda política. Quando se defende que o problema econômico é relevante, isso não quer dizer, nem de longe, que o dilema econômico seja determinante, e nem mesmo que sempre seja o mais importante, para concretização dos direitos sociais. A lógica segue outro rumo: a dinâmica da atividade política, como fator de regulação da atividade econômica, é que tem sido muito capenga no Brasil e isso tem gerado ainda mais disparidades sociais, estimulando, conseqüentemente, o bálsamo dos direitos sociais e mais direitos sociais, muito embora sem adentrar na raiz das soluções dos dilemas relacionados à mobilidade social: conhecimento, empregabilidade e segurança, esta na sua perspectiva econômica, jurídica e social.

²⁴ A despeito de toda a funcionalidade do diálogo das fontes legislativas.

fluxo decisório-judicial mais demorado em função dos largos engendros exigidos pelos métodos interpretativos, especialmente quando os conflitos normativos não são aparentes, lembrando-se que: “[o]s conflitos ‘em abstrato’ dependem [...] da estrutura conceitual da linguagem legislativa; os conflitos ‘em concreto’ dependem do que ocorre no mundo”²⁵. Além disso, a própria dinâmica da *filtragem constitucional*²⁶ faz imperar um demorado prognóstico de possibilidades entre as leis conflitantes e, em cada caso, estimula a *criação judicial dos direitos*²⁷, revelando-se, assim, outra face, não menos contestável, dos conflitos normativos. Veja-se o caso da legislação previdenciária brasileira, com seus inegáveis paradoxos, destacando-se, por ora, apenas o seguinte: de um lado, a tentativa de promover um sistema de previdência mais consentânea com as possibilidades financeiras dos cidadãos, inclusive com a redução do valor das contribuições (artigo 201, § 12, da CF/88, e Lei nº 12.470/2011); mas, por outro lado, consagra um desatado estímulo a não contributividade, permitindo, sem maiores critérios legais (artigos 38-A e 38-B da Lei nº 8.213/1991), a concessão de benefícios previdenciários aos segurados especiais, criando, dessa forma, substratos para fraudes previdenciárias. Defende-se a contributividade dos cidadãos reconhecidamente pobres, contudo, noutra lance, fomenta uma insustentável perpetuação numa posição jurídica, aliás, de absoluta tutela, no exercício da atividade rural. Lembrando-se que, em quaisquer dos casos

25 GUASTINI, Riccardo. Teoria e Ideologia da Interpretação Constitucional. Tradução de Henrique Moreira Leite. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 08, n. 40, p. 217-256, p. 247, nov./dez. 2006.

26 CHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 123.

27 A afirmação de que a criação judicial do direito é inevitável, dentre outras afirmações de igual teor, só pode ostentar algum sentido a partir da premissa de que o magistrado levará em consideração o texto legal para alcançar a norma do caso concreto. Caso contrário, a afirmativa não passa de um *perigoso arquétipo judicialeco*, na qual deixa subjacente a ideia de que há uma completa indeterminação das competências judiciais na ordem constitucional. Vale lembrar que no processo de resolução de conflitos normativos, não raras vezes, os juízes são tentados a criar um texto legal imaginário e, portanto, novo, a partir dos textos legais já existentes, só que se desprendendo totalmente das matrizes legais estabelecidas pelo legislador, promovendo uma verdadeira atividade legislativa no sentido preciso da palavra, isto é, inovando na ordem jurídica. Esse tipo de criação judicial, ainda que seja defendida por muitos autores, com o argumento da inevitabilidade para promover a prestação jurisdicional, não deve ser prestigiado, ao contrário, deve ser combatido, pois compreende o temor da gestão judicial da vida em sociedade e, assim, renuncia-se a autogovernança democrática do povo, conforme as regras do processo democrático. Tais regras não definem o melhor para a sociedade, mas possibilita a ética da responsabilidade pelas suas escolhas, conforme a tônica do experimentalismo social que parte de uma complexa e discursiva escolha do Parlamento e não de juízes não eleitos e politicamente irresponsáveis, já que eles são processualmente irresponsáveis, como cotejar na atuação judicial alguma responsabilidade política. De todo modo, essa é questão que extrapola os propósitos deste artigo.

declinados nesse exemplo, o benefício previdenciário terá o mesmo valor da renda mensal inicial, a saber, um salário-mínimo²⁸.

Então, uma máxima resulta de todo conflito normativo: maior margem de apreciação do julgador na definição do direito no caso concreto. Ora, a própria discussão sobre a prevalência de leis, numa perspectiva de conflitos entre elas, potencializa os processos interpretativos e, assim, possibilita maior disponibilidade normativo-axiológica dos julgadores em detrimento da pretendida atuação sistêmica dos direitos. Percebe-se que a inflação dos direitos sociais tende a acarretar os mais intensos problemas na própria configuração teórico-jurídica desses direitos nas contingencialidades do caso concreto, resultando, assim, compreensões supressivo-expansivas dos direitos sociais, a depender da matriz decisória encampada pelo julgador, possivelmente afetada pelas influências político-ideológicas do modelo de gestão pública e, claro, da própria sociedade civil pretensamente organizada, por meio dos seus diversos segmentos econômicos, profissionais *etc.*²⁹.

Portanto, é um problema que vai além da má técnica legislativa³⁰, porquanto ocasiona, de forma ainda mais intensa, o recrudescimento do difícil prognóstico sobre a indeterminação do direito e a ambiguidade de toda construção normativa³¹, findando na impraticabilidade dos julgados em função da diversidade de fontes decisórias, certamente intensificada pela razão prática, no que denuncia a impossibilidade de permear uma dinâmica decisória uniformizadora dos direitos.

Numa palavra: quanto mais leis, mais conflitos, mais problemas interpretativos, mais discricionariedade judicial, mais custos e,

28 Não é nem preciso dizer que a concessão de auxílio-moradia aos magistrados e membros do Ministério Público, com muito maior razão, merece toda a censura de qualquer pessoa minimamente séria sobre a conquista e justificação dos direitos na nossa ordem jurídica.

29 Como contraponto, são pertinentes as seguintes considerações: “Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto de uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também uma parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial” (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 31-32).

30 No que também compreende as contradições de técnica legislativa, aliás, bem comum na atividade legislativa brasileira, que “consistem, na verdade, numa falta de uniformidade da terminologia adotada pela lei” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 311).

31 GUASTINI, op. cit., 2006. p. 218-219.

consequentemente, menos racionalidade, menos adequação valorativa, menos unidade interna do Direito e, claro, menos direitos sociais concretizados.

1.2 Isolamento Normativo

A ideia de isolamento normativo por meio da inflação dos direitos sociais é, em tese, incompreensível. Ora, se há tantos direitos, e em áreas tão diferentes, como compreender a noção de isolamento em um universo tão *povoado*?³² Todavia, a incompreensão é apenas aparente e, para ser mais preciso, tal entendimento é de muito fácil compreensão. A tese pode ser condensada nestes termos: quanto maior for o número de leis sobre determinada área, *v.g.* direitos sociais, mais exigentes serão as demandas normativas de outras áreas para contemplar o vazio normativo entre elas. Se há uma clara regulamentação dos direitos sociais, então, muito embora ocorra, não há como admitir uma atuação claudicante ou omissiva sobre direitos econômicos, até mesmo para contemplar os aspectos sociais incidentes sobre a agenda econômica dos direitos.

Por isso que a inflação dos direitos sociais é mistificadora e, consequentemente, entregue a uma compreensão meramente simbólica dos veículos normativos³², porquanto cria, dentre outros aspectos político-ideológicos, uma lógica compreensiva do sistema jurídico a partir de uma concepção estritamente normativista e, mesmo assim, a regulamentação resulta capenga, pois se revela distante das demais áreas de interesse da sociedade, ocasionando um hipertrofia normativa dos direitos sociais em detrimento de outras áreas carentes de regulamentação, inclusive igualmente relevantes no desenvolvimento social do país, por exemplo, economia ou educação, fazendo com que inexista uma necessária comunicação entre as áreas regulamentadas, destacando uma relação de extremos, excesso de direitos sociais e déficit em outras áreas, o que evita ou dificulta uma unidade normativa no sistema jurídico, pontuando, assim, uma atividade legislativa nada cônica dos limites político-materiais da nação.

O isolamento normativo decorre precisamente do descompasso ou da hábil assimetria entre a previsão dos direitos sociais, praticamente como direitos símbolos, com a efetiva consagração dos direitos, no que exige um preciso tratamento orgânico-funcional, notadamente procedimental, na totalidade do sistema jurídico vigente. Quando há excessiva regulamentação

32 Aliás, “[...] pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 30).

dos direitos sociais e verdadeiros vazios normativos nas outras áreas, por consequência, o sistema normativo tende a revelar um ônus excessivo às áreas não regulamentadas, porquanto elas não alcançam as benesses da alteração normativa, mas, por outro lado, tem que suportar os custos do tratamento paterno-social dispensado às relações jurídicas pelo legislador; aliás, essa questão é especialmente observada nas relações laborais, nas quais toda pretensão de alteração normativa é tachada, sem estudos e/ou premissas teóricas consistentes, como um verdadeiro golpe contra os trabalhadores, no que revela a paradoxal *dinâmica* da imobilidade: *move-se* tudo, tudo mesmo, especialmente a alegórica defesa da revolução do operariado, para que tudo permaneça como se encontra, ou seja, parado, passado e perdido.

Nesse ponto, uma advertência é necessária: a defesa do poder aquisitivo dos trabalhadores e, consequentemente³³, da melhor qualidade de vida deles, deve ser acompanhada de uma necessária eficiência funcional dos obreiros, bem como da superação do atual modelo de vínculo de emprego, que simplesmente penaliza o empregador e o empregado. O primeiro, pelo custo excessivo da contratualidade; o segundo, pelo pouco benefício que essa contratualidade efetivamente acarreta. A transparência na legislação trabalhista, e mesmo nas relações laborais, constitui um desafio premente da sociedade brasileira, porém, nenhum mandatário considera isso relevante ou, mesmo que considere, não assume o ônus político de uma mudança cultural tão brusca quanto necessária.

Uma conta simplesmente não fecha: se a contratualidade não tem interessado aos empregadores, o mesmo se diga quanto aos empregados, então, qual a razão da insistente defesa das *superadas* regras da Consolidação das Leis Trabalhistas? A resposta demanda uma demorada reflexão, mas uma coisa é certa: enquanto a flexibilização das leis trabalhistas for tratada apenas como mecanismo de redução dos custos dos empregadores e com consequente redução das benesses dos empregados, por certo, nada de consistente pode exsurgir das reformas pontuais empreendidas pelo governo brasileiro. Toda reforma, digna desse nome, exige sacrifícios de todas as partes, mas, infelizmente, o que se observa é o seguinte: (a) o governo não abre mão da pomposa arrecadação; (b) o empregador não ventila qualquer possibilidade de custos que afetem a competitividade do empreendimento econômico; e (c) o empregado ainda se prende aos

33 Evidentemente, a qualidade de vida de um cidadão não é conquistada, tão-somente, com a posse de recursos, porém, não se pode negar o enorme impulso que ela proporciona para tal fim. Não é preciso adentrar na teoria das capacidades de Amartya Sen para consolidar o entendimento de que recursos, de fato, fazem uma diferença enorme para consolidação da cidadania dos trabalhadores.

penduricalhos remuneratórios que, por serem de difícil controle, muitas vezes, são simplesmente omitidos na contratualidade. Assim, numa dinâmica da atividade política, além da reforma trabalhista, é digna de preocupação, inclusive pela premente necessidade, a reforma política, tributária e, *mais uma vez*, a previdenciária.

Essas considerações permitem alcançar uma ligeira tese: a excessiva regulamentação normativa compromete a racionalidade da ordem jurídica, não apenas em função dos conflitos normativos, mas, também, por conta da inevitável assincronia normativa, gerando, assim, verdadeiros vácuos procedimentais entre áreas de capital importância socioeconômica que devem *caminhar* numa necessária relação de harmonia e complementariedade. Nesse sentido, é incompreensível o descompasso entre a excessiva regulamentação dos direitos sociais e a capenga regulamentação da atividade econômica.

1.3 Ineficácia Normativa

O clássico estudo das normas jurídicas compreende três critérios de valoração da norma, quais sejam, (a) da *justiça*, saber se uma norma é justa ou injusta; (b) da *validade*, se a norma é válida ou inválida; e, por último, (c) da *eficácia*, no que compreende a questão de saber se uma norma é eficaz ou ineficaz³⁴. Aqui, preocupa-se com o último critério de valoração³⁵. Sabe-se

34 BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 25.

35 Num vislumbre tipicamente constitucional sobre a eficácia normativo-social, seguem as seguintes palavras: “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relação da vida” (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 18). A última frase é poesia constitucional. A tese da Constituição como uma *ordem geral objetiva do complexo de relações da vida* é tão sustentável quanto à tese de um hipopótamo voador. Ora, se a crueza da realidade social revela a espantosa subjetividade dos direitos, mesmo quando há pretensão de eles serem expressa e plurisignificativamente identificados, como comportar uma eficácia da norma constitucional baseada numa ordem objetiva, isto é, como conceber a mítica capacidade de a Constituição corporificar uma ordem objetiva e, nesse sentido, tornar-se um verdadeiro *cimento* objetivizador do *complexo de relações da vida*. Contudo, mais adiante, o autor esclarece: “[...] a Constituição jurídica está condicionado pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade” (HESSE, op. cit., 1991. p. 24). Se a realidade histórica não é objetiva, e não apenas em função dos diversos fatores culturais dessa mesma realidade, mas, também, por conta da própria dinâmica constitutiva de uma realidade no tempo, por certo, a pretensão de eficácia da Constituição, partindo de uma dada e concreta realidade, em tese, também dependeria daquela consonância objetiva defendida pelo autor, isto é, a que se diz capaz de expressar uma *ordem geral objetiva do complexo de relações da vida*; todavia, isso não se afigura possível, porquanto a vinculação da Constituição com a realidade,

que a pesquisa sobre a eficácia ou ineficácia de uma norma é, sobretudo, uma pesquisa histórico-sociológica, na qual se descortina o estudo sobre o comportamento de membros de uma determinada comunidade política³⁶. Nesse ponto, a experiência legislativa brasileira denuncia uma constatação importante: *quanto maior o número de leis, maior a ineficácia delas*. De todo modo, isso não é propriamente um dado histórico-sociológico, mas, sobretudo, lógico: quanto mais leis, menos cumprimento das prescrições normativas e, por isso, maior será a ineficácia delas, até porque a edição de leis para solucionar problemas, como é caso da concreção dos direitos sociais, acaba por potencializar o surgimento de muitos outros problemas, pelo simples fato de aumentar o número de normas, haja vista o maior número de novos textos legais³⁷.

Aliás, pouco importa se se trata de eficácia autônoma (observância) ou heterônoma (imposição), o excesso de leis é sempre um obstáculo à eficácia normativa, porque os juízos analíticos sobre a realidade normativa serão inevitavelmente comprometidos em função da miríade legal potencialmente aplicável no caso concreto. Na dúvida, tem-se a inércia³⁸ e nela reina a ineficácia. Só que a questão não se resume a essa simples constatação. Não mesmo. A razão é saber o porquê de a inflação legislativa acarretar maior ineficácia normativa.

A compreensão de qualquer fenômeno jurídico demanda um processo de decodificação, nele é empregado um conjunto de técnicas jurídicas, mormente as de ordem interpretativa, resultando todo um aporte de considerações possíveis sobre uma dada realidade normativa, fazendo com que os juízos de comportamento traduzam uma compreensão aceitável e, portanto, não censurável na observância do direito.

longe da objetividade, torna-a ainda mais afeita aos jugos da subjetividade dos direitos, sem que isso, por si só, expresse uma rotunda adversidade quanto à eficácia do texto constitucional.

36 BOBBIO, op. cit., 2008. p. 27-28. Perceba-se que a terminologia adotada confunde-se com eficácia social e, nesse sentido, procura-se giziar que o excesso de leis não gera eficácia normativa. Aqui, portanto, não se prende aos dilemas internos do Direito, isto é, quando a norma expressamente estabelece um condicionante da eficácia de um direito, como, por exemplo, o que dispõe o art. 26 da Lei nº 8.666/1993.

37 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 65. Talvez por conta disso que: “Hoje em dia se coloca a questão de se não caberia pôr limites a esse processo, o qual se verifica tanto na ciência do Direito, de oferecer soluções criando outros problemas, demarcando setores em que a pesquisa científica e a regulamentação jurídica não deveriam avançar, evitando causa distúrbios em outros sistemas sociais” (GUERRA FILHO, op. cit., p. 65-66).

38 Não se trata de uma propriamente de *estática*, mas da *mobilidade imobilizante das construções normativas vazias de concreção* no plano fático.

Essa lógica, de fácil compreensão, não se aplica adequadamente aos direitos sociais, pela simples e elementar percepção de que tais direitos não dependem apenas de decodificação, como a exigida para um sinal de semáforo, até porque a decodificação jurídica jamais será tão objetiva quanto à identificação de sinais e seus respectivos operadores deônticos, aliás, tão simplórios. Portanto, vai tudo muito além da simples perspectiva de uma análise jurídica, por mais engenhosa que ela se afigure. O dilema dos direitos sociais, no que se insere a sua ineficácia jurídica, decorre, sobretudo, da incapacidade da ciranda jurídica prospectar uma legislação que seja capaz de absorver os limites político-materiais da sociedade, falta, portanto, diálogo intenso na arena pública sobre a conveniência ou não no estabelecimento de determinados procedimentos na árdua concretização de um direito social, bem como rediscutir determinados direitos, sem falar, ainda, a necessidade de suprimir privilégios odiosos na estrutura política brasileira. Aqui, é bom ter em conta que não se trata apenas do fenômeno da *procedimentalização do Direito*³⁹, mas, sobretudo, da necessária procedimentalidade nas vias administrativas, porquanto nelas é que realmente os direitos são efetivamente concretizados.

Nesse contexto, a política, *como a ciência dos meios*, tem muito a contribuir e, sobretudo, a distribuir, na composição de um sistema de direito normativo-axiologicamente aceitável, mas, também, operativo-procedimentalmente concretizável. Na inexistência de uma *política* na política legislativa, infelizmente, as regulamentações de direitos não passam de pretensões estritamente normativas, que demovem expectativas e/ou frustram possibilidades, mas que são capazes de atender às pautas político-ideológicas interessadas na manutenção de odiosos privilégios na estrutura político-social do Estado. Daí que a proliferação de leis, longe de uma dinâmica consagradora dos direitos, faz gerar uma *nebulosa normativa*, que pouco esclarece e menos, ainda, concretiza direitos sociais. A ineficácia normativa, nesses casos, é um claro prognóstico desejado pela atividade legislativa: uma resposta pronta e vazia para reclames justificáveis e concretos da sociedade. O direito sem política nega o próprio direito, porquanto, nessa hipótese, as normas jurídicas não são capazes de ganhar a necessária materialidade para concretizar as prescrições dos direitos.

Dito de outro modo: o direito sem política não passa de um direito decorrente da pura forma legislativa, portanto, um direito sem materialidade

39 GUERRA FILHO, op. cit., p. 78.

política, limitando-se à mera formalidade legislativa⁴⁰. Aqui, surge o dilema: “até que ponto a ação política se desenvolve por meio do direito, e até que ponto o direito delimita e disciplina a ação política”⁴¹. Se “a ordem jurídica é produto do poder político”⁴², então, o direito não nega a política, mas, sim, que a política, como expressão da formalidade legislativa, nega o direito, isto é, esvazia-o da perspectiva material da própria política e, nesse sentido, o direito encontra poucas possibilidades de efetivamente ter algum controle sobre a ação política.

Assim, na maioria das vezes, a ineficácia do direito é uma verdadeira *crônica de uma morte anunciada*, devidamente prospectada para servir de símbolo de uma atividade legislativa preocupada com os direitos, especialmente os fundamentais sociais, muito embora os verdadeiros propósitos sejam alheios à dinâmica da efetividade dos direitos, adentrando na ambiência político-ideológica, cuja fluidez dos fins, ainda que caprichosamente se ocupe, não é capaz de esconder o mítico propósito de descurar dos desígnios constitucionais. O que fazer? Esperar pela pretendida *expertise* judicial sobre os direitos? Melhor ser menos fantasioso. Todavia, num universo de tantas limitações políticas, é possível criar um novo modelo do *político*, o juiz, como que um forçoso *bezerro de ouro*⁴³, ou mais um grande pecado da política, para adoração do grande público, já tão descrente das leis e das instituições⁴⁴; afinal, se a justificabilidade

40 No que trai completamente a compreensão de que: “Uma norma jurídica é materialmente determinada. Por isso, como também em virtude dessa determinidade material, ela determina, por sua vez, as coisas, consegue responder a perguntas, ‘vige’ como um complexo *sui generis* de regulamentações, capaz de solucionar por via da concretização o caso e o conflito em questão. O mero ato de instituir não é suficiente; a vigência no sentido mencionado confere concreção, eficácia social ao fato de estar instituído” (MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 35).

41 BOBBIO, Norberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernández (Org.). *Norberto Bobbio: o filósofo da política*. Prefácio de Norberto Bobbio. Apresentação de José Fernández Santillán. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. p. 139-158. p. 153.

42 *Ibidem*, p. 153.

43 Bíblia Sagrada: Livro de Êxodo, Capítulo 32, versículos 1 a 8 (Êxodo 32:1-8).

44 A importância dos esforços institucionais encontra-se precisamente reproduzida nesta passagem: “Portanto, *os costumes dependem da qualidade das instituições*. E estas são postas pela lei. Dessa maneira, a relação lei-costume, costume-regime político, costume-mudança revela-se múltipla e polissêmica, pois o costume determina o que a lei não pode impor, enquanto a lei determina o que o costume deve fazer” (CHAUÍ, Marilena. O que é política. In: NOVAIS, Adauto (Org.). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007. p. 27-53. p. 48, itálico no original).

das decisões judiciais não ostentam um caráter definitivo, mas, sim, qualificativo⁴⁵, é possível cotejar um *deus* da supremacia do existencial.

O dilema da concretização dos direitos sociais parece exigir sempre um demorado capítulo sobre a atividade judicial, sua legitimação⁴⁶ e, claro, seus efeitos na ordem jurídica, tudo em função da consagração dos direitos sociais nos textos constitucionais⁴⁷. Aqui, pretende-se uma visão mais ligeira sobre essas questões, basicamente para acentuar três teses simples, mas geralmente não observadas, quais sejam: a primeira delas, *quanto maior a ingerência do Poder Judiciário na consolidação dos direitos sociais, menor a racionalidade das políticas públicas*. Tem-se, ainda, uma segunda tese, que expressa uma clara conexão com a primeira, *quanto maior o casuísmo sobre os direitos sociais, maior é o custo das políticas públicas*. Por fim, uma terceira tese: *quanto maior a autonomia política do Poder Judiciário, menor é a importância política do povo*. Em face dessas premissas, é importante destacar que o Poder Judiciário pode, sim, ser um fator de ineficácia, *tanto autônoma quanto heterônoma*, dos direitos sociais. Agora, cumpre promover os devidos desdobramentos das teses. Antes de tudo, é preciso destacar que as soluções, sempre imperfeitas, e muitas vezes

45 ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Traducción Rodolfo Vásquez. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 115-137. p. 131.

46 Evidentemente, a legitimação da atividade judicial vai implicar na releitura da própria legitimação do Direito, isto é, como admiti-lo em função dos inevitáveis prognósticos de incertezas do nosso tempo, afinal, “[a] legitimação do direito não pode ser mais medida com base no desempenho funcional de uma ordem preestabelecida e racional e deve depender de alguma outra coisa: admitindo-se que o direito possua uma legitimação, ela deve ser diferente da simples capacidade inercial do ‘sistema’” (PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 344). O que não se compreende é como um possível agigantamento da atividade judicial possa revelar alguma fonte segura de legitimação do Direito ou, em outros termos, como consentir com a lógica legitimadora de algo que sempre existiu, a saber, a dinâmica política da atividade judicial, pelo simples fato dela vir a tornar-se ainda mais intensa e, conseqüentemente, mais nebulosa e imprecisa em função da conflitiva contraposição de interesses no caso concreto, na qual a *fragmentariedade decisória*, numa perspectiva global, vai corporificar um verdadeiro mosaico de contradições na pretensão de revelar um direito justo e único para cada caso.

47 CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de Poderes Hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 247. Nesse ponto, cumpre destacar que a atuação judicial deveria limitar-se às necessárias intervenções para “eliminar as obstruções do processo democrático” (ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 156), todavia, a eventual dinâmica *corrosiva* das maiorias sobre os direitos das minorias faz ganhar espaço o entendimento de que: “Numa democracia complexa que respeite o pluralismo, deve haver não somente instituições representativas, donde se impõe a maioria, mas também instituições de controle” (SOLÍS, David Ordóñez. *Jueces, Derecho y Política*. Los poderes del juez en una sociedad democrática. Navarra: Aranzadi, 2004. p. 61). A questão, agora, é saber qual o limite desse controle, questão, aliás, que extrapola os estreitos limites deste artigo.

inexitosas, devem partir de compreensões sistêmicas sobre o universo da problemática apresentada e, nesse sentido, resta pouco compreensível que a solução dos problemas sociais, notadamente da eficácia dos direitos sociais, deva ser concebida a partir da atividade judicial, essa perspectiva mutilante de pensamento sobre a aplicação dos direitos, por certo, vai acarretar ações igualmente mutilantes no meio social⁴⁸ e, desse modo, incapazes de conceber a complexidade que encerra eventual prognóstico sobre uma sociedade complexa. Por isso, as teses a serem defendidas partem da compreensão de que o *problema* dos direitos é, sobretudo, decorrente de uma problemática complexa sobre uma realidade social igualmente complexa, não despontando, assim, a atividade judicial como o fim do curso dessas inquietações, mas, tão-somente, uma eventual passagem de uma longa e discursiva questão político-social.

Com relação à primeira tese, afirma-se que a racionalidade das políticas públicas requer a estabilidade das decisões políticas na alocação dos recursos públicos e, principalmente, a manutenção do planejamento administrativo relativo às decisões políticas do gestor, senão a supremacia do existencial pode corporificar um grande obstáculo na eficácia dos direitos sociais.

Aliás, isso é fácil de explicar: a defesa da ingerência judicial nos prognósticos da atuação administrativa, fundada na defesa dos direitos fundamentais, pretensamente universais, fará com que a dinâmica do planejamento administrativo sofra inevitáveis desvios, seja pela redução dos recursos na manutenção e/ou expansão na prestação dos serviços, seja pela redução da capacidade operacional da máquina administrativa, pois labor dispendido na prestação dos serviços públicos é vertido para o cumprimento de demandas específicas e extremamente onerosas, fazendo com que a supremacia do existencial sobreponha-se à execução orçamentária que garanta melhor nível de bem-estar social, numa perspectiva global, aos cidadãos de uma comunidade. Parece ser uma escolha simples e igualmente legítima: entre a casuística judicial e o planejamento administrativo. Só que, nem de longe, é uma escolha simples, em verdade, numa ambiência de escassez de recursos, não se revela aceitável que os prognósticos do gestor público sejam preteridos pela atividade judicial. E pretensa universalidade dos direitos sociais e a defesa deles? Ora, o planejamento administrativo destina-se a negar os direitos fundamentais? E os direitos fundamentais são, por acaso, pretensamente mais universais que o princípio democrático da gestão pública e da separação dos poderes? Portanto, quando se defende,

48 MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Introducción y traducción de Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1998. p. 34.

por um lado, que a ingerência judicial consagra a defesa de um direito fundamental; por outro lado, isso pode representar simplesmente a ineficácia de vários outros direitos fundamentais. Não é uma matemática, é uma questão de opção política, aliás, bem razoável e, nesse sentido, plenamente aceitável pelos membros da comunidade política. “O Direito pode ser o caminho para conjugar soluções moralmente justificadas e economicamente eficientes”⁴⁹, todavia, tal propósito não se revela fácil, porque “[n]ossa época não é pós-moderna nem moderna, mas *moralmente emotivista*, porque a modernidade terá assumido um longo processo de des-racionalização, que terá desembocado no emotivismo como teoria do uso – não do significado – da linguagem moral”⁵⁰, donde ressoa a conhecida tiraria dos valores, por meio do Direito, na alocação dos recursos públicos.

Por outro lado, nem mesmo a ausência de planejamento administrativo, por si só, consagraria a ingerência judicial, porquanto o planejamento não poderia ser levado a cabo pelo magistrado, pois, em última instância, ainda que os fins da ação política fossem normativamente estabelecidos pela via judicial, tem-se que a concretização deles ensejaria sempre um necessário recurso às vias administrativas. Portanto, a questão da concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário é um verdadeiro mito. A concretização dos direitos exige *o pôr a mão na massa* e isso, efetivamente, não é tarefa de nenhum magistrado.

No que se refere à segunda tese, a *esclerose institucional*⁵¹, decorrente ou intensificada pelo casuísmo das decisões judiciais, inevitavelmente vai acarretar maior custos das políticas públicas e não se trata de uma afirmação retórica, a despeito de ser até mesmo intuitiva, se o cronograma da atividade administrativa é afetado pela execução casuística dos direitos, potencializando-se os custos públicos da execução orçamentária, com

49 GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 346.

50 CORTINA, Adela. *Ética sin moral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 100.

51 Ela pode ser compreendida por diversos aspectos, dentre outros, os seguintes: (a) no campo da contratualidade administrativa, por meio da aquisição de bens ou contratação de serviços mais onerosos e não necessariamente demandados para projetos de longa execução orçamentária, sem falar, ainda, na ausência de contratação administrativa para demandas verdadeiramente existentes, ainda que menos onerosas; (b) no campo da gestão de pessoas, geralmente em função de demanda imediatas e descontinuadas na condução da atividade administrativa; e (c) no campo das metas estratégicas, infelizmente, com a pulverização da alocação dos recursos, fazendo com que resultem inexitosos vários projetos, seja pela concomitância dos esforços administrativos, seja pela escassez de recursos, tornando a execução administrativa descontinua e, desse modo, ineficiente em função da multiplicidade de demandas, que, sem uma atuação prioritária, rende-se ao desespero das ações públicas emergenciais ou contingenciais.

possível e, às vezes, inevitável sacrifício de medidas consideradas prioritárias pelo Poder Público. Por exemplo, se o saneamento básico é prioritário num dado contexto, não é possível considerar que a alocação de recursos seja destinada para construção de uma praça, por mais que uma praça tenha fundamental importância numa ambiência comunitária e no bem-estar geral de uma comunidade. Essa é uma questão que vai além de qualquer atuação judicial, é, sobretudo, uma opção política legítima do gestor público. Nesse contexto, uma intervenção judicial gera uma verdadeira balbúrdia na execução orçamentária, porquanto mutila a linha de atuação prioritária do gestor público⁵².

Agora, com relação à última tese, pode não parecer, mas é, sem dúvida, a mais preocupante, aliás, por diversas razões. Por que a tecnocracia judicial, por um lado, não preocupa a mente dos incautos defensores da justiça do caso concreto; por outro, por que a tecnocracia administrativa é sempre enxergada com redobrada desconfiança? Talvez porque já exista uma compreensão de que a tecnocracia administrativa nem sempre esteja a serviço do povo. Então, por que ainda persiste a ideologia de que a tecnocracia judicial sempre esteja a serviço do povo? Trata-se de uma imagem vendida nos livros e reproduzida nos discursos judiciais e, claro, parece convencer muita gente. Todavia, não é bem assim. Observa-se um inegável esforço de muitos magistrados em servir de instrumento para promoção de uma sociedade melhor, como que assumindo a posição de um *bandeirante* constitucional no vasto e inóspito terreno da inércia administrativa, todavia, o problema é a forma que anima esse propósito: alijando as *massas incultas* da autogovernança democrática⁵³. É possível também gizar que há magistrados que não tenham essa mesma preocupação, dentre outras hipóteses, quando os interesses lastreados na teoria dos direitos fundamentais colidem com a perspectiva corporativa de determinados grupos sociais e, claro, econômicos⁵⁴.

52 No largo exercício de uma função pública, é possível afirmar que exemplos dessa natureza, e os mais diversos matizes, são praticamente inumeráveis.

53 Nesse ponto, primorosa e inquietante é a colocação a seguir: "Se não há que se registrar na história do Poder Judiciário a radicalidade da vocação democrática, quais razões, que não de ordem ideológica, autorizam-se a crer que o conflito entre Judiciário versus Legislativo/Executivo pode ser construtor da renovação do pacto constituinte celebrado entre nós em 1988 e na direção de defesa do dirigismo de nossa Constituição" (LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Judiciário versus executivo/legislativo: dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia*. Pensar. Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006. p. 189-190), vê-se que a rediscussão do pacto constituinte, como medida subjacente aos extremos da ingerência judicial, passa longe das reflexões dos arautos da juristocracia brasileira.

54 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874/DF, sem sombra de dúvida, representa um bom exemplo disso, porquanto, por meio de decisão judicial, as poderosas empresas de tabaco impediram os pretendidos efeitos da Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 14, de 15 de março de 2012, que

Só que a questão vai muito além de meras intenções pessoais, muito mesmo. Não há como transformar o Poder Judiciário em um novo poder moderador, inclusive, com regular exercício em todas as instâncias políticas, como que assumindo as vestes régias de um superpoder na ordem constitucional. Precisa-se de um Poder Judiciário forte, porém é prescindível que ele se sobreponha aos demais Poderes. Quando a reserva política do Estado não estiver mais consagrada na dinâmica decisória dos representantes do povo, contanto que o povo assuma uma atitude emancipatória, portanto, não se revele mero ícone⁵⁵ na estrutura legitimante do poder político, tem-se a preocupante sensação de uma tutela judicial do Estado e não se tem notícia, na história mundial, de um país tenha superado os desafios socioeconômicos do seu povo a partir dos julgamentos dos seus tribunais.

No próximo tópico, a toada quimérica dos direitos sociais espalha-se na questão do governo paternalista, aliás, sempre bem-vindo numa democracia de poucas possibilidades políticas de transformação social. Afinal, quando tudo der errado, é exigido do Estado que também faça o seu (maior) erro. Será um governo paternalista o responsável pela inflação dos direitos sociais? Aliás, trata-se de uma das questões a serem delineadas no próximo tópico.

2 DIREITOS SOCIAIS E GOVERNO PATERNALISTA

Como seria um governo sem a pretensão de proteção dos direitos? Impensável, por certo. Afinal, um Estado que não protege os cidadãos é, sem sombra de dúvida, um não Estado. Conceber um Estado sem qualquer dinâmica protetiva é simplesmente defender o imponderável, mais que isso: é negar toda a historiografia sobre a existência e a razão de ser um Estado *soberano*.

Pois bem. E como conceber um Estado que protege excessivamente os cidadãos? Aqui, a questão ganha novos ares, a lógica que o Estado não

restringe o uso de aditivos em produtos derivados do tabaco comercializados no Brasil. Obviamente, não se trata de exemplo isolado, muitos outros podem ser citados, inclusive em causa própria, emanados do Poder Judiciário.

55 Com bem retrata essa passagem: "O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em 'desrealizar' [entrealisieren] a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – 'notre bon peuple'" (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Introdução de Ralph Christensen. Tradução de Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 55).

deve proteger é impraticável, o assombro é inevitavelmente revelado, agora, quando ele protege demais a sonoridade é outra, afinal, poucos não são os defensores de um Estado: *tutela da minha vida*. Nisso reside o risco de *infantilização* da população⁵⁶, considerar que as medidas estatais sejam sempre necessárias ou adequadas à boa qualidade de vida dos cidadãos. Cogitando-se, ainda, que essa forma de atuação estatal estimula uma *desejosa* irresponsabilidade dos cidadãos no meio social, uma vez que são pretensamente alijados da sua autonomia pessoal e, mais isso, da própria decisão sobre os seus fins numa ambiência comunitária.

Por outro lado, considerando os regulares serviços públicos ofertados pelo Estado brasileiro e, mesmo assim, com a parca compreensão popular sobre a essencialidade de tantos outros serviços, dificilmente poderia ser defendida a tese de que o governo brasileiro é paternalista, especialmente se o entendimento de um governo paternal lastreie-se na ideia de possíveis mimos públicos⁵⁷.

Porém, no caso brasileiro, a questão não pode ser vista deste modo. Explica-se: a dinâmica de um governo paternal não se vincula à linear compreensão de que ele promova largas benesses públicas, mas, sim, que não estimule o regular exercício das liberdades públicas, cambiando a lógica da autonomia pessoal por um inarredável direcionamento público sobre os desígnios dos membros da comunidade política. E o que se revela ainda pior: faz exsurgir uma ambiência pública de verdadeiro domínio

56 A ideia de infantilização não se prende necessariamente à noção de imbecilização dos cidadãos, a dinâmica é diversa: assenta-se na ideologia *meu Estado, minha vida*, criando, assim, uma desmedida influência do Estado nos rumos da sociedade, ferindo, ainda que sub-repticiamente, a autonomia pessoal dos cidadãos. Veja-se o inusitado caso da educação brasileira: criou-se o imaginário de que a exigência de um ensino superior supera todas as possíveis demandas no mercado e, claro, na busca pelo conhecimento (Lei nº 11.096/2005 – Prouni), inclusive com expressivo investimento estatal no setor privado; mas, por outro lado, a nação encontra-se carente dos profissionais técnicos, principalmente em áreas estruturais, para alavancar o desenvolvimento econômico do País, de maneira que apenas, recentemente, a expansão do ensino técnico ganhou maior relevo na sociedade brasileira (Lei nº 12.513/2011- Pronatec). O que mudou no mercado? Nada, pois o mercado sempre demandou profissionais técnicos. Teve-se, tão-somente, o reconhecimento estatal de que o ensino técnico é tão importante quanto o ensino superior. E, assim, a sociedade *vive* o remanso das decisões estatais sobre as questões que o mercado e a autonomia pessoal deveriam precipuamente decidir, conforme os desígnios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano (artigo 170, *caput*, da CF/88).

57 A compreensão sobre uma intervenção legítima do Estado, evidentemente, vai além da mera consagração de serviços públicos essenciais, porquanto eles são impositivos pela ordem constitucional vigente e, nessa qualidade, a visão paternalista, se empreendida, encontra amparo na legislação e, somente partir daí, é que é possível cogitar/refletir se uma lei excedeu ou não o necessário limite da salvaguarda da autonomia pessoal e da liberdade dos cidadãos.

sobre os projetos privados, inclusive por meio de ludibriantes concessões públicas, nos quais frustram expectativas legítimas da sociedade civil.

A tônica não é o que a sociedade civil carece, mas o que o governo paternal entende ser necessário à sociedade civil. Portanto, inexistente uma conjuntura de perspectivas rivais, isto é, como modelos paralelos e complementares de atuação na sociedade, assentada numa arena de possíveis projetos públicos e privados, mas, infelizmente, o predomínio das ideologias governamentais sobre a autonomia dos interesses legítimos dos membros da comunidade política. Daí que não é preciso muito esforço para perceber que a inflação de direitos sociais representa um ponto chave de um governo paternalista, a saber, o *paternalismo legal*, no qual pode comportar *benesses*, numa perspectiva geral e abstrata, inclusive incompatíveis com autonomia dos destinatários da lei, no que recai numa evidente pretensão de corrigir, de modo possivelmente intencional, falha de julgamento do indivíduo⁵⁸. Aqui, por certo, mora a difícil questão de saber até onde reina a teia paternalista e, claro, até onde configura uma simples, e nada rara, desproporção do parâmetro legal editado. Por isso, é preferível adotar a terminologia governo paternalista a paternalismo legal, porquanto afasta a compreensão do problema somente a partir da atividade legislativa do Estado⁵⁹, admitindo-se, portanto, outras formas de atuação governamental. Desse modo, a dinâmica do governo paternalista é sempre mistificadora da atuação legislativa do Estado⁶⁰.

Dessas considerações resulta o entendimento de que a definição de um governo paternalista compreende a identificação de três elementos, quais sejam: (a) a intervenção governamental empreende alguma forma de restrição da liberdade ou da autonomia individual; (b) esta restrição

58 LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government Paternalism*. Nanny State or Helpful Friend? Princeton: Princeton University Press, 2015. p. 26. Notadamente, a questão da intenção legislativa é sempre um campo cercado de enormes dificuldades e incertezas, fazendo com que eventuais projeções ou análises sejam, na maioria dos casos, sequer aproximados das reais intenções dos agentes políticos.

59 *Ibidem*, p. 26.

60 Nesse ponto, cumpre lembrar-se a Lei nº 12.990/2014 consagrou uma perspectiva paternalista, e também eleitoreira, ou se simplesmente consagrou uma desproporcional forma de ação afirmativa? De qualquer sorte, se paternalista ou desproporcional, o fato é que a lei não foi nada feliz. Em verdade, a situação mais se enquadra numa dinâmica eleitoreira que precisamente paternal. Contudo, a inegável dificuldade dos negros na estrutura social brasileira, por mais que deva ser reconhecida e combatida, não é fator justificador de um tratamento legal tão desarrazoado e que, infelizmente, apenas consagra um novo colorido à discriminação racial. O negro não precisa de benesses particulares, mas, sim, de garantias gerais de tratamento equânime por parte do Estado e da sociedade.

empenha-se na promoção de um bem do próprio indivíduo; e, obviamente, (c) inexistente consentimento individual desta intervenção⁶¹.

Aliás, esse último elemento é claramente despicando, pois a ideia de consentimento é, na hipótese, incompatível com a noção de restrição indevida do governo⁶². Portanto, a necessidade de tutela do cidadão, por acreditar na falha de julgamento sobre os seus bens ou interesses, é uma clara característica de um governo paternalista, o mesmo se diga quanto à crença de que o cidadão não teria o mesmo êxito sem a intervenção estatal⁶³.

Um exemplo claro de uma indevida intervenção paternalista do governo brasileiro, inclusive com graves consequências no meio escolar, é a questão da orientação sexual das crianças e dos adolescentes. Em verdade, não se trata de orientação ou opção sexual, mas, simplesmente, de uma questão de identidade e que, portanto, apenas demanda, conforme o curso do tempo, o regular exercício da autonomia pessoal. Não há espaço para o Estado nessa questão.

Em contraponto ao posicionamento, acima, não se pode negar que intervenções paternalistas também são defendidas, inclusive, algumas vezes, com o jugo da inevitabilidade, em função da nada extraordinária capacidade das pessoas errarem na defesa dos seus interesses e, claro, dos seus direitos⁶⁴. Isto é, geralmente o exercício da autonomia pessoal compreende erros imperdoáveis na dinâmica protetiva dos direitos dos cidadãos. A questão de fundo, contudo, é saber se o fato de as pessoas errarem justificaria uma intervenção de um governo paternalista.

Defende-se que não. Ora, se o cidadão não saberia qual a melhor decisão relativa aos seus interesses ou direitos, por que razão o governo saberia?⁶⁵ As projeções das escolhas baseadas na autonomia pessoal exige uma decisão num singular marco temporal e, com isso, a dinâmica dos acertos ou erros vai bem além daquilo que se possa prospectar no momento da decisão⁶⁶. Assim, é um equívoco sustentar uma intervenção paternalista

61 LE GRAND; NEW, op. cit., 2015, p. 22.

62 Ibidem, p. 23.

63 Ibidem, 2015, p. 22.

64 SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*. Washington, v. 93, n. 02, p. 175-179, May 2003. p. 177.

65 HILL, Claire A. Anti-Anti-Anti Paternalism. *New York University Journal of Law & Liberty*. New York, v. 02, n. 03, p. 444-454, 2007. p. 445.

66 Ibidem, p. 446.

do governo baseada na ideia de erro decorrente do exercício da autonomia pessoal, até porque nem mesmo o governo, baseado nas mesmas premissas temporais e conjunturais, costuma acertar sobre os melhores destinos da gestão pública.

Noutro giro, o que não se discute, pelo menos de forma ampla, é como um governo paternalista, de poucos recursos, numa sociedade declaradamente democrática, pode simplesmente limitar a autonomia dos cidadãos. Ora, governo sem recursos pode ser consequência de um fluxo econômico fraco ou inexpressivo, fazendo com que a atividade financeira do Estado esteja nas margens da desolação econômica; logo, é justamente nesse contexto, de prementes necessidades sociais, que o governo paternalista passa a exercer maior influência sobre a vida dos cidadãos.

Afinal, como interferir, exitosamente, sobre as escolhas particulares numa ambiência de forte autonomia econômica dos cidadãos? Numa palavra: os limites da socialidade encontram-se sempre mais claros num contexto de adversidade econômica. É nesse contexto que a mistificadora inflação dos direitos sociais demonstra sua força, isto é, sua capacidade de manipular os prognósticos legislativos e, desse modo, efetivamente criar símbolos da atividade legislativa sem comprometimento na efetivação dos direitos, muito embora capazes de induzir comportamentos sociais desejáveis a uma perspectiva paternalista de governo.

Por outro lado, vale destacar que o governo paternalista não é uma figura única e facilmente identificável no universo político, possuindo características bem particulares em função do lugar e, claro, de cada povo. Desse modo, não é possível conceber ou compreender o governo paternalista brasileiro a partir das mesmas vestes de eventual gestão pública paternalista nos Estados Unidos, onde reina uma fortíssima perspectiva liberal, ou nos países nórdicos. Os limites econômicos, sociais e políticos de uma sociedade, sem sombra de dúvida, sempre revelarão o colorido de uma gestão pública paternalista, até mesmo em função do avanço ou atraso das conquistas socioeconômicas de cada povo.

Um dos claros problemas do paternalismo estatal é a sua capacidade de direcionar indevidamente a atividade econômica, inclusive com sérias consequências no campo social. No Brasil, não raras vezes, um empreendedor *prospecta* a atuação da sua empresa em função da contratualidade estatal e não necessariamente em função das potencialidades econômicas do mercado, perdendo, assim, o verdadeiro foco de sua atuação e, claro, tornando-o refém de eventuais contingências políticas, aliás, sempre tão

entregues aos ruidosos processos de captação de recursos. Atualmente, várias empresas estão no limiar da falência em função dos expressivos cortes⁶⁷ nos investimentos estatais, em outros termos, por conta de atraso no pagamento das empresas contratadas, fato que não ocorreria se o foco da atuação econômica fosse efetivamente as opções de mercado, isto é, o fluxo de sua atividade econômica fosse predominantemente entregue ao *sistema produtivo* não estatal.

Por outro lado, o governo brasileiro persiste numa insustentável política assistencialista, certamente pelos pomposos dividendos políticos que ela proporciona, porém, possui o inconveniente de sobrecarregar o setor produtivo em duas frentes: (a) com a majoração tributária; e (b) com a deficiência de investimentos em infraestrutura. Essa política não se sustenta por longo período, pelas seguintes razões: (a) o controle da dívida pública demanda expressivos recursos e romper com os credores da dívida pública é simplesmente admitir um calote institucional do Estado, cujas consequências foram e ainda são visíveis na Argentina; (b) a estrutura administrativa, comumente chamada de máquina pública, demanda recursos, sem falar na insatisfação generalizada dos servidores públicos, fazendo com que eventuais greves gerem ainda mais custos ao Estado; (c) as pautas sociais, nos quais se incluem os orçamentos da seguridade social, demandam mais e mais recursos, pois, sem empregabilidade, a dependência do Estado torna-se ainda maior; (d) os investimentos são expressivamente reduzidos, inviabilizando, portanto, qualquer transformação estrutural da atividade econômica, logo a depressão econômica torna-se inevitável.

Portanto, o modelo assistencialista é um verdadeiro suicídio estatal, muito embora, inicialmente, seja capaz de galgar votos. Toda estrutura paternalista de Estado é uma forma imperiosa de estabelecer uma prisão da sociedade por meio da hipertrofia estatal e, claro, a possibilidade de enxergar nela a única via possível de salvação.

Nesse contexto, os direitos sociais são reduzidos efetivamente a uma pauta mínima: *não passar fome*. Todavia, isso verdadeiramente não garante mobilidade social, pelo contrário, aprisionam os hipossuficientes, tornando-os reféns de um processo político aprisionador da autonomia

67 A Administração Pública federal, dentre outros malabarismos orçamentários, passou a substituir a expressão *corte no orçamento* para *teto de pagamento*. Depois das famigeradas *pedaladas fiscais*, exsurge, aqui, um verdadeiro *elástico orçamentário*, porquanto o dinheiro até chega, mas *imediatamente* volta. Considerando a pujança de dribles do futebol brasileiro e a particular capacidade que o governo federal possui de reproduzi-los, sem sombra de dúvida, a Lei de Responsabilidade Fiscal não resistirá por muito tempo, o mesmo se diga quanto à Lei nº 4.320/1964.

pessoal, afinal, como exercê-la sem uma perspectiva concreta de romper os limites do conhecimento e da empregabilidade. Desemprego, inflação e recessão econômica não são ingredientes destinados à efetivação dos direitos sociais. Repita-se: sem fluxo econômico não há Estado Social, quicá Estado paternalista, mas jamais Estado Social. Desse modo, em país com enorme parcela da população declaradamente pobre, a assistencialidade é forma de atuação mais rasteira de um governo paternalista⁶⁸.

Então, qual o motivo de o governo paternalista ser tão tentador para governantes e governados? Ora, porque a *conta* é sempre do outro. Os governados, impulsionados pela inflação de direitos sociais, consideram as possibilidades normativas uma cogente imposição jurídica a ser cumprida pelo Estado. Os governantes, na dantesca compreensão da gestão fiscal do Estado, porque considera que a concessão de benesses normativas ou materiais sempre rende dividendos políticos, sem falar que o agigantamento do Estado é outra forma de fortalecimento político do partido gestor e seus aliados. Então, quem paga a conta? A sociedade, claro. Evidentemente, que os segmentos da sociedade entregue à formalidade e, portanto, inseridos no universo da reduzida ou inexpressiva erosão da base tributária, sofrem de forma mais efetiva os custos do governo paternalista.

Assim, os extremos, de um modo ou de outro, são os defensores do governo paternalista: os hipossuficientes, porque veem nele a salvaguarda mínima dos seus direitos; as elites político-econômicas, porque também são prestigiadas com benesses da atuação estatal, só que exponencialmente maiores que as concedidas aos hipossuficientes. Então, não é só uma questão de quem paga a conta, mas também de quem goza das prestações sociais. E, nesse quesito, os setores produtivos são imensamente prejudicados, pois, sem capacidade de investimento público e privado⁶⁹, como prospectar o impulso econômico na sociedade e, com isso, superar os obstáculos da concretização dos direitos sociais. Aqui, entra em cena uma discussão geralmente cercada de emotividade política, tratada no próximo tópico, a saber, que a atividade política brasileira não representa o seu povo e, nessa qualidade, não possui

68 Porquanto anestesia a estrutura social pela dependência econômica e sacrifica o setor produtivo. Uma falsa benesse, portanto.

69 A incapacidade de investimento, em verdade, expressa apenas o inevitável receio da proteção jurídica dos investimentos privados. Ora, numa ambiência de insegurança jurídica e claros cotejos de eventuais benesses políticas, todo empreendimento econômico comporta um risco invariavelmente maior, exceto para os empreendedores que se encontrem numa *questionável* zona de conforto, isto é, aqueles que, por servir de instrumento da política paternalista, gozam do melhor dos mundos: as benesses do Estado, também conhecida como proteção econômica do governo, e a segurança de fluxo econômico com contratos administrativos milionários ou financiamentos/empréstimos bilionários. Afinal, agradar os extremos é uma peça chave de todo governo paternalista.

o compromisso de criar mecanismos político-normativos capazes de fincar os fundamentos do desenvolvimento econômico e social da sociedade brasileira.

3 REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA SEM CRISE?

Não obstante as críticas ventiladas neste trabalho sobre a regulamentação dos direitos, sobretudo os sociais, que faz ruir a defesa de que atividade política brasileira seja digna de encômios, ao fim e ao cabo, fazendo-se uma retrospectiva dos últimos 27 anos, indaga-se: apesar de tudo, o Brasil é um país *melhor para todos* em matéria de direitos sociais? Dito de outro modo: é possível defender uma representatividade política sem crise no Brasil? Antes de responder a essa singela e inquietante pergunta, Paulo Bonavides açoitá-nos com esta passagem, possivelmente, atemporal:

Divide-se o Brasil, de último, entre pessimistas e otimistas. Acontece, porém, que o número de pessimistas, à beira do derrotismo ou da descrença total, cresce esmagadoramente, enquanto declina de maneira vertiginosa o número de otimistas, eliminados pela conjuntura da inflação ou pela evidência aterradora de certas estatísticas⁷⁰.

O autor, evidentemente, não retratou um dilema brasileiro deste século, o contexto era outro, período pré-constituente, mas a advertência é atualíssima. Não sem razão, pois, de fato, divide-se o País em dois *mundos*, aliás, com a incompreensível pretensão da incomunicabilidade⁷¹: o dos otimistas e o dos pessimistas. Porém, em quaisquer dos casos, isto é, na perspectiva otimista ou pessimista, considerando-se a pergunta acima, a resposta só pode ser positiva quanto aos elementares prognósticos de realizabilidade dos direitos sociais a partir da CF/88, isto é, os avanços sociais, por diversos fatores, são inegáveis, pois:

(a) a projeção dos direitos sociais para além da mera conquista político-ideológica, mas, sobretudo, normativo-material, é verificada em função dos avanços sociais em diversas áreas, tais como, educação⁷²,

70 BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 2. ed. Fortaleza: Edições Imprensa Oficial do Ceará – IOCE, 1987. p. 619.

71 A posição defendida por membro de um *mundo*, por qualquer razão, é sempre uma posição fadada ao descrédito, já que a *retaliação* é imediata porque qualquer membro do outro *mundo*.

72 No caso da Educação, basta mencionar que, ano 2000, 3,2% do PIB eram destinados à Educação Básica; mais recentemente, no ano de 2013, tal percentual saltou para 4,7% do PIB, no que demonstra um claro indicativo de evolução de investimentos na área, principalmente a partir do ano de 2005, todavia, o atual contexto de crise vai possivelmente frear essa desejosa evolução (Disponível em: <<http://>

saúde⁷³ *etc.*, porém, isso não quer dizer que esse avanço social seja extensível a toda a sociedade brasileira e nem mesmo que a prestação dos serviços públicos opere com igual qualidade em todo País, basta lembrar que, a depender do Estado-membro de nascimento, um nacional pode ter melhor ou pior educação básica, serviço de saúde *etc.*;

(b) a conquista dos direitos é sempre um horizonte *distante*, especialmente quando se parte de perspectivas sociais absolutamente deficitárias e lastreadas em estruturais sociais extremamente desiguais, até porque todo projeto constitucional assenta-se numa clara idealidade política, de forma que os avanços sociais, já devidamente incorporados na vivência social, ainda que considerados pela sociedade, não representam parâmetros para novas conquistas, pelo contrário, pode até mesmo ser visto como fator de estagnação social, porquanto o decurso do tempo deve sempre exigir e alcançar novos patamares de bem-estar social, por isso, o fato de a sociedade brasileira, legitimamente, reclamar dos serviços públicos, não quer dizer, nem de longe, que não ocorrera uma evolução neles, basta pensar no serviço de telefonia, aviação civil, transporte interurbano *etc.*;

(c) o avanço nos procedimentos legais⁷⁴ é notório, veja-se o caso do Sistema Único de Saúde (SUS)⁷⁵, só que as conquistas não são lineares, muito menos totais, numa dada realidade espaço-temporal, de maneira que as críticas ventiladas neste artigo não as negam, antes as consagram, porém, com a necessária exigência de que há uma larga distância entre os desígnios constitucionais e a realidade da sociedade brasileira, isto é, o *cidadão comum*⁷⁶ ainda padece de serviços básicos. Dito de outro modo, ainda

www.todospelaeducacao.org.br/indicadores-da-educacao/5-metas?task=indicador_educacao&id_indicador=144#filtros>. Acesso em: 05 jun. 2015).

73 Na Saúde um dado simples é capaz de denunciar um inegável avanço: em 1990, a mortalidade infantil alcançava 53,7 óbitos para cada mil bebês nascidos vivos; agora, no ano de 2010, portanto, vinte anos depois, esse percentual caiu para 18,6 óbitos, aliás, bem perto da meta da ONU, que é de 17,9 óbitos até este ano. (Disponível em: <<http://saudebusiness.com/noticias/ibge-veja-os-indicadores-da-saude-brasileira-em-2013/>>. Acesso em: 05 jun. 2015).

74 A consagração de quaisquer direitos requer procedimentos legais e administrativos, daí que apenas neles a lógica dos direitos resta possível, isto é, efetivamente passíveis de gozo. Além disso, “[o]s procedimentos geram não só conhecimentos permanentes, como também ilusões permanentes. A sua função não consiste em impedir desilusões, mas sim em trazer as desilusões inevitáveis para uma forma última de ressentimento particular difuso, que não pode converter-se em instituição” (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Revisão Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 95).

75 Devidamente disciplinado pela Lei nº 8.080/1990.

76 O cidadão comum da poética canção de Belchior, *Pequeno Perfil de um Cidadão Comum*: “Era feito aquela gente honesta, boa e comovida; Que caminha para a morte pensando em vencer na vida; Era feito aquela

que representatividade política possua seus dilemas, é possível conceber um *velho* Brasil e um *novo* Brasil, este, sem dúvida, após a CF/88, mais democrático e, sobretudo, mais transformador da realidade social, aliás, com grande impacto na pobreza, especialmente na pobreza extrema⁷⁷;

(d) toda conquista social expressa um providencial esforço de uma geração, na qual carrega os pressupostos necessários às conquistas da geração posterior, assim, a perspectiva dos esforços intergeracionais é que, de fato, faz com que as nações alcancem significativas evoluções no nível de bem-estar da sociedade, daí que a *proposta* constitucional exige uma compreensão de que a conquista dos direitos sociais demanda fundados e incessantes esforços intergeracionais, portanto, impossíveis de serem alcançados em pouco mais de duas décadas, menos, ainda, por parte de alguns intranquilos mandatos presidenciais; e

(e) independentemente das crises econômicas, uma vez que elas são cíclicas, mas não são iguais em extensão e profundidade, tem-se observado que a sociedade brasileira, numa perspectiva global, possui maior gozo de direitos sociais após a CF/88 ou, na pior hipótese, goza de maior estrutura orgânico-institucional para levar a cabo os seus reclames, denunciando uma nova ordem constitucional, na qual consagra efetivamente um Estado Social.

O fato é que, inobstante essas constatações, não há como admitir representatividade *sem crise*, mas, sim, representatividade com crise, mas também com avanços sociais, contudo, deve-se considerar que a *dinâmica da crise política* só pode ser compreendida a partir da ação política com as decisões tomadas e os resultados alcançados. De todo modo, excetuando-se as hipóteses de omissão legislativa⁷⁸, regulamentações relevantes foram editadas pela atividade política, pontuando, algumas vezes cedo, outras, mais tarde, o acerto ou a erronia do processo decisório político, contudo, a ideia de crise reside não necessariamente na ausência de regulamentação, mas na qualidade e/ou abrangência delas, isto é, na capacidade de promover os desígnios constitucionais, rompendo os modelos sociais de outra ordem constitucional por meio de reformas legislativas estruturais. “A crise da

gente honesta, boa e comovida; Que tem no fim da tarde a sensação; Da missão cumprida”.

77 DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta. A Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Dominelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015. p. 87.

78 Geralmente, são temáticas entregues a uma ampla conjuntura de fatores, para fins de regulamentação do texto constitucional, nem sempre reunidos numa geração, até porque a exigibilidade dos direitos sempre vai demandar esforços intergeracionais, sem falar, ainda, o alto custo político das decisões legislativas fundamentais, seja porque nem sempre são populares, seja por que altera a atual estrutura de poder na sociedade.

estatalidade social no Brasil não é a crise de uma Constituição, mas da Sociedade, do Estado e do Governo; em suma, das próprias instituições por todos os ângulos possíveis”⁷⁹. Não é, portanto, um problema jurídico, por isso, a solução não pode advir da mera intervenção dos mecanismos estritamente jurídicos, mas, sim, duma imperiosa atuação política, necessariamente renovada pelos impulsos dos avanços da socialidade no Brasil.

A ordem constitucional é um *projeto aberto*, aliás, sempre exigindo reflexão sobre os caminhos percorridos e, claro, os que serão trilhados, daí que a noção de crise política encontra-se justamente na incapacidade de a ação política (a) identificar o melhor caminho a seguir, e (b) pavimentar os rumos do desenvolvimento social e econômico. Por isso, revela-se tão importante a reforma tributária, como expressão de uma política tributária mais justa e racional; a reforma política, no que traria uma nova dinâmica ao processo político efetivamente democrático; a reforma trabalhista, desmistificando a falsa ideia de proteção do trabalhador por meio de relações jurídicas laborais mais seguras e menos onerosas ao sistema produtivo; e, mais uma vez, a forma previdenciária, assimilando os limites atuariais dos regimes previdenciários em função da expectativa de vida da população, da contributividade dos segurados e, claro, da solidariedade dos atores do sistema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as posições defendidas no texto e, sobretudo, as proposições levantadas, concluímos que:

(a) a inflação dos direitos sociais, principalmente numa perspectiva horizontalizadora, não contribui para a eficácia dos direitos, porquanto acarreta conflito normativo, isolamento normativo e ineficácia normativa, sem falar, ainda, na possibilidade de firmar uma odiosa perspectiva simbólica dos direitos sociais;

(b) o governo paternalista consagra uma condenável lógica de que a *concessão* de direitos sociais expressa, ou mesmo faz imperar, um regime de tutela estatal sobre a sociedade, limitando, assim, a autonomia dos

79 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 395. É bem verdade que o autor ventila uma tráfede de crises relacionadas à atividade político-constitucional, a saber, (a) crise constituinte [crise do (próprio) poder constituinte], (b) crise constitucional (crise da constituição), e (c) crise de inconstitucionalidade, “[t]oda vez que no ordenamento formalmente constitucional, ou que se pretende seja formalizado em bases constitucionais, se perde por inteiro o senso de proporção entre os fins programáticos, cujo exagero faz a sua concretização extremamente penosa, se não impossível, e os elementos de eficácia e juridicidade das regras constitucionais propriamente ditas. O desequilíbrio então promovido determina a inxequibilidade da Constituição” (BONAVIDES, op. cit., 2013. p. 402). Essa, certamente, é a compreensão que melhor se alinha à inegável inflação dos direitos sociais no Brasil.

cidadãos por meio de um regime assistencialista dos direitos. Assim, a intervenção estatal baseada na noção de erro de julgamento dos cidadãos sobre os seus bens e direitos, longe de uma medida protetiva de direitos, apenas confirma uma *curiosa* necessidade governamental de firmar o pleno domínio da sociedade e, com isso, negar a autonomia dos cidadãos;

(c) o projeto político estampado na Constituição Federal de 1988, inegavelmente grandioso, exige um longo curso de esforços intergeracionais, inclusive com a regular compreensão de que os avanços sociais demandam um contínuo fluxo econômico e, claro, uma regular consecução das políticas públicas numa ambiência de escassez de recursos;

(d) ainda que se questionem os prognósticos de realizabilidade dos direitos sociais da gestão pública brasileira, não há como negar, após a Constituição Federal de 1988, os avanços na prestação dos serviços públicos, muito embora os condicionantes sociais da implementação política ainda se afigurem patentes e, portanto, não podem ser negados pela gestão pública e, claro, ser reconhecidos pela própria sociedade; e

(e) não é possível cotejar uma representatividade sem crise, porém, e isso não se revela paradoxal, é imperioso destacar avanços sociais após a CF/88, pontuando-se, a partir da regulamentação dos direitos sociais, a exigibilidade das prestações sociais por meio de políticas públicas mais efetivas, tais como educação e saúde, todavia, e aqui se revela a razão das críticas à atuação política, o prognóstico constitucional da realizabilidade dos direitos, mesmo com os condicionantes econômicos e sociais, estaria menos distante se a atividade legislativa, longe da mera e inócua reprodução de textos legais, promovesse uma discussão mais abrangente sobre os permissivos normativos da realizabilidade dos direitos e, claro, encadeassem as reformas estruturais na sociedade brasileira, sobretudo, política, tributária, previdenciária e trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral.

In: VÁSQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Derecho y Moral: ensayos sobre un debate contemporáneo*. Traducción Rodolfo Vásquez. Barcelona: Gedisa, 1998.

BOBBIO, Norberto. A política. In: SANTILLÁN, José Fernández (Org.).

Norberto Bobbio: o filósofo da política. Prefácio de Norberto Bobbio.

Apresentação de José Fernández Santillán. Tradução de César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

- _____. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. 2. ed. Fortaleza: Imprensa Oficial do Ceará – IOCE, 1987.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: _____ (org). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CHAUÍ, Marilena. O que é política. In: NOVAIS, Adauto (Org). *O esquecimento da política*. Rio de Janeiro: Agir, 2007. p. 27-53.
- CHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CORNEJO, Valentin Thury. *Juez y División de Poderes Hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002.
- CORTINA, Adela. *Ética sin moral*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- DRÈZE, Jean; SEN, Amartya. *Glória incerta. A Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes e Laila Coutinho. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

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

GUASTINI, Riccardo. Teoria e Ideologia da Interpretação Constitucional. Tradução de Henrique Moreira Leite. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 08, nº 40, p. 217-256, nov./dez. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HILL, Claire A. Anti-Anti-Anti Paternalism. *New York University Journal of Law & Liberty*, New York, v. 02, nº 03, p. 444-454, 2007.

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. A constitucionalização do direito no Brasil, o excesso de emendas e as suas consequências. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 151-162, maio/jun. 2011.

LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government Paternalism*. Nanny State or Helpful Friend? Princeton: Princeton University Press, 2015.

LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. *Judiciário versus executivo/legislativo: dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia*. Pensar. Fortaleza, v. 11, p. 185-191, fev. 2006.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Revisão Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Introducción y traducción de Marcelo Pakman. Barcelona: Gedisa, 1998.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmentos (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Quem é o Povo?* A questão fundamental da democracia. Introdução de Ralph Christensen. Tradução de Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Tributos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 3. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOLÍS, David Ordóñez. *Jueces, Derecho y Política*. Los poderes del juez en una sociedad democrática. Navarra: Aranzadi, 2004.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Washington, v. 93, n. 02, p. 175-179, May 2003.

VIEIRA, Lucas Pacheco. Uma releitura das contribuições sócias à luz do federalismo fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 115, p. 91-113, mar./abr. 2014.

WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. Prefácio de Manoel T. Berlinck. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

RECEBIDO EM: 28/08/2015

APROVADO EM: 19/10/2015

**ENTRE O TRIBUNAL E O PARLAMENTO:
A ATUALIDADE DAS LIÇÕES DOS CASOS
DE VERTICALIZAÇÃO E FIDELIDADE
PARTIDÁRIAS NO CONTEXTO DO PAPEL
DAS INSTITUIÇÕES NA REFORMA POLÍTICA**

***BETWEEN THE COURT AND THE PARLIAMENT: THE RELEVANCE OF
THE LESSONS OF PARTY'S LOYALTY AND VERTICALIZATION IN THE
CONTEXT OF THE INSTITUTION'S ROLE IN THE POLITICAL REFORM***

Thiago Santos Aguiar de Pádua

*Doutorando e Mestre em Direito. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos
Constitucionais (CBEC). PPG/Direito (UniCEUB). Professor da Especialização em
Direito UniCEUB*

Fábio Luiz Bragança Ferreira¹

*Mestrando em Direito, PPG/Direito (UniCEUB). Especialista em Direito
Constitucional (IDP), Advogado*

¹ Este artigo deve muitas de suas premissas argumentativas e referências bibliográficas ao Professor Doutor Luis Carlos Martins Alves Jr., durante sua disciplina "Filosofia Política", no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília. No entanto, todas as eventuais incongruências e possíveis equívocos são devidos exclusivamente aos autores.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Supremo Tribunal Federal como reformador das regras da disputa política; 2 A atualidade das lições aprendidas: o discurso vencedor, liberdade, representação política e a disputa pela Guardiania da República; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: A partir da releitura dos casos de verticalização e fidelidade partidárias julgados pela Suprema Corte, este texto pretende extrair uma lição que se mostre atual e pertinente ao momento de instabilidade que vive a República. A ideia apresentada é a de que a atuação do Supremo Tribunal Federal, nitidamente permeada pelo discurso neoconstitucionalista, acaba por, inadvertidamente, invadir espaços de construção prioritariamente política do Direito. O Tribunal desconsidera, assim, a importância dos partidos políticos e a sua posição de protagonismo no nosso desenho constitucional como o principal canal de diálogo da sociedade civil com o seu governo. A lição que se aprende, notadamente em razão da EC 52/2006 como uma resposta firme do Parlamento ao Judiciário, é a de que as decisões do Supremo Tribunal Federal, conquanto nitidamente reformadoras das regras da disputa política, deverão manter-se apenas na medida em que aceitável da perspectiva majoritária do Parlamento.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Legislativo. Poder Judiciário. Neoconstitucionalismo. Verticalização Partidária. Fidelidade Partidária.

ABSTRACT: From the rereading of party's loyalty and verticalization Supreme Court cases, this text want to extract a lesson that shows itself current and relevant to the present times of instability that the Republic lives. The idea presented is that the role of the Supreme Court, clearly permeated by neoconstitutionalist speech, ends up inadvertently invading primarily political construction spaces of law. The Court disregards, thus, the importance of political parties and their leadership position in our constitutional design as the main dialogue channel between the civil society and their government. The lesson learned, particularly due to the Constitutional Amendment n. 52/2006 as a firm response from the Parliament to the judiciary, is that the decisions of the Supreme Court, although clearly reforming the rules of the political dispute, should remain only insofar acceptable where the majority view of Parliament.

KEYWORDS: Legislative Branch. Judicial Branch. Neoconstitutionalism. Party's Loyalty and Verticalization.

INTRODUÇÃO

Por fim, mais que uma promessa não cumprida, o ausente crescimento da educação para a cidadania, segundo a qual o cidadão investido do poder de eleger os próprios governantes acabaria por escolher os mais sábios, os mais honestos e os mais esclarecidos dentre os seus concidadãos, pode ser considerado como o efeito da ilusão derivada de uma concepção excessivamente benévola do homem como animal político: o homem persegue o próprio interesse tanto no mercado econômico como no político. Mas ninguém pensa hoje em confutar a democracia sustentando, como se vem fazendo há anos, que o voto é uma mercadoria que se cede ao melhor ofertante.²

As discussões acerca da (não) correção de determinadas decisões do Supremo Tribunal Federal já vêm de longa data e não nos parece que irão encontrar termo próximo. Ainda que as decisões objeto de análise tenham sido proferidas já há algum tempo³, o texto procura desvelar, com reflexões auxiliadas por doutrina crítica, um ensinamento extraído da leitura desses precedentes que demonstra notável atualidade tendo em conta a premência de reforma política do nosso sistema representativo. A sua importância e atualidade pode ser aferida não apenas em referência aos temas que se colocam sob a rubrica da reforma política, como o caso da ADI 4650 em que o Tribunal discute a compatibilidade constitucional do atual sistema de financiamento de campanhas eleitorais, mas, também, ao pleito do governo do Estado do Maranhão para a criação de tributos⁴, ou, igualmente, o pleito da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT para criminalização de condutas⁵. Seja a decisão acerca do financiamento

2 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 11.

3 Mandado de Segurança 26.603 (fidelidade partidária), decisão publicada no DJe 19/12/2008; e ADIs ns. 2626 e 2628 (verticalização partidária), decisão publicada no DJe 18/04/2002.

4 Nos referimos à Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 31/DF em que Flávio Dino, Governador do Maranhão, nos termos da inicial da Ação Direta, requer do STF: “a) reconhecer a omissão inconstitucional do Congresso Nacional em instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas, de que trata o art. 153, VII, da Constituição; b) fixar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias ao Congresso Nacional para encaminhar à sanção a(s) o(s) projeto(s) de lei(s) regulamentando e instituindo o Imposto sobre Grandes Fortunas de que trata o art. 153, VII, da Constituição; c) desde logo apontar quais regras vigerão já no presente exercício financeiro, a permitir a cobrança do tributo no próximo exercício financeiro, no caso do Congresso Nacional permanecer inerte e manter-se em estado de inconstitucionalidade por omissão.”

5 Nos referimos ao Mandado de Injunção n. 4733/DF, de autoria da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT e no qual se lê do Parecer do dia 25 de julho de 2014, da lavra do PGR Rodrigo Janot que “O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou,

de campanhas, a criação de tributos ou a criminalização de condutas por parte do Supremo Tribunal Federal, são todas atuações da jurisdição constitucional que impõem uma série de questionamentos e que, portanto, devem receber a atenção e análise crítica da comunidade jurídica.

A proposta do texto, portanto, é repristinar as lições extraídas do “diálogo” entre os Poderes da República por ocasião das decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2626 e 2628 (verticalização partidária) e nos Mandados de Segurança n^{os} 26.602, 26.603 e 26.604 (fidelidade partidária⁶) e, a partir delas, desenvolver algumas reflexões e questionamentos sobre a pertinência e legitimidade da atuação do Tribunal dentro de um regime que se pretende democrático. Após a introdução, no tópico de número um (I), faremos uma análise descritiva das decisões do Judiciário (STF e TSE) quanto à fidelidade partidária e, ato contínuo, sobre a verticalização das coligações eleitorais; no segundo tópico (II) procuramos refletir criticamente acerca das lições extraídas do diálogo entre os Poderes da República sob a perspectiva das críticas pensadas por autores como Cass Sunstein, Lenio Streck, Norberto Bobbio, Hans Kelsen e Robert Dahl no que diz respeito ao neoconstitucionalismo, liberdade e democracia; e, no último tópico (III) iremos apresentar algumas conclusões corolárias das descrições e reflexões desenvolvidas nos tópicos anteriores.

1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO REFORMADOR DAS REGRAS DA DISPUTA POLÍTICA

Inicialmente, quanto à questão da fidelidade partidária, é de se notar que o Mandado de Segurança n. 26.603⁷ foi interposto pelo PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira contra o ato do então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Federal Arlindo Chinaglia, que negou pleito administrativo interposto pelo impetrante com o objetivo de ver declarados vacantes os mandatos dos parlamentares que se desfiliaram dos seus quadros. Além de alguns parlamentares individualmente representados,

subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica.”

- 6 Ressalte-se que quando se rescreveu a primeira versão do presente artigo ainda não havia sido julgada a ADI 5081, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, e que realizou alteração de entendimento sobre a fidelidade partidária no tocante a diferenciação para cargos eleitos pelo sistema majoritário (chefes de executivo nos âmbitos federal, estadual e municipal, bem como senadores da república), tópico que será devidamente abordado na sequência em subitem específico, com críticas e reflexões que nos pareceram necessárias.
- 7 Para todas informações concernentes aos argumentos desenvolvidos pelas partes e em relação ao conteúdo dos votos no MS 26.603, v. o sítio do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

compunham o polo passivo do mandamus o PSB – Partido Socialista Brasileiro, o PTB – Partido Trabalhista Brasileiro e o Partido da República.

O impetrante (PSDB), em argumentos respaldados pela resposta do Tribunal Superior Eleitoral⁸ à Consulta n. 1398⁹, alegou, em síntese, que a impetração do mandado de segurança, na hipótese, não violaria a separação entre os Poderes da República; que os partidos políticos detém direito líquido e certo à manutenção das vagas obtidas pelos parlamentares filiados aos seus quadros; e que os partidos políticos, notadamente em razão do sistema representativo proporcional, têm direito às vagas obtidas como decorrência direta do quociente eleitoral.

O relator do MS 26.603/DF, min. Celso de Mello, após longa exaltação da importância dos partidos políticos nos sistemas democráticos representativos, destacando que a sua essencialidade “no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático”, afirma que o rompimento dos vínculos com o partido pelo parlamentar configura “infidelidade ao partido e infidelidade ao povo”, “frauda, de modo acintoso e reprovável, a vontade soberana dos cidadãos eleitores”, e gera, “como imediato efeito perverso, a deformação da ética de governo, com projeção vulneradora sobre a própria razão de ser e os fins visados pelo sistema eleitoral proporcional, tal como previsto e consagrado pela Constituição da República.”¹⁰ De modo a resumir a questão, pedimos licença para pinçar um trecho da ementa do MS 26.603/DF que, nos parece, sintetiza os fundamentos jurídicos utilizados pelo Tribunal para solver a querela proposta na ação mandamental, v.:

8 Sobre a questão, o relator do MS 26.603, min. Celso de Mello, asseverou que “a resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n.º 1.398/DF constitui, na presente ação mandamental, um valiosíssimo subsídio à tese sustentada pelo partido político ora impetrante.” v.: MS 26.603/DF, voto do relator ministro Celso de Mello.

9 Na ocasião, foi consultante o PFL – Partido da Frente Liberal e o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, respondeu à Consulta n. 1398/DF de forma positiva de modo a determinar que, nos termos do voto do relator ministro Cesar Asfor Rocha, “os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.” O resultado final da Consulta está disposto na Resolução n. 22.526/2007 do TSE. Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 04 abr. 2015. Posteriormente às decisões do STF no caso dos Mandados de Segurança nos 26.602, 26.603 e 26.604, a Corte Superior Eleitoral disciplinou a fidelidade partidária por meio da Resolução n. 22.610/2007 (inclusive citando as decisões do STF como fundamentos da Resolução do TSE, em demonstração de que as decisões do STF foram tidas como “fontes primárias do direito”). Disponível em: www.tse.jus.br. Acesso em: 23 jul. 2015.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

A repulsa jurisdicional à infidelidade partidária, além de prestigiar um valor eminentemente constitucional (CF, art. 17, § 1º, “in fine”), (a) preserva a legitimidade do processo eleitoral, (b) faz respeitar a vontade soberana do cidadão, (c) impede a deformação do modelo de representação popular, (d) assegura a finalidade do sistema eleitoral proporcional, (e) valoriza e fortalece as organizações partidárias e (f) confere primazia à fidelidade que o Deputado eleito deve observar em relação ao corpo eleitoral e ao próprio partido sob cuja legenda disputou as eleições.

Esse entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do MS 26.603, como bem lembra Luís Carlos Martins Alves Jr., “superou antiga jurisprudência da Corte que entendia que a infidelidade partidária não implicava a perda do mandato parlamentar, como ocorreu no julgamento do MS 20.927.”¹¹ O constitucionalista nos esclarece, nesse sentido, que o “entendimento anterior do Tribunal decorria da literalidade das hipóteses constitucionais de perda de mandato do parlamentar elencadas no art. 55, CF, e não consta a infidelidade partidária ou o abandono da legenda como hipótese de perda do mandato.”¹²

De fato, queremos crer que qualquer reflexão acerca da (in)fidelidade partidária deve necessariamente passar pelo art. 55 do texto constitucional¹³

11 ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro*. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

12 *Ibidem*.

13 Constituição da República de 1988, art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) § 3º - Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994).

que dispõe acerca das hipóteses em que o parlamentar está sujeito à perda do mandato eletivo e que não prevê, conforme mencionado acima, as hipóteses de infidelidade partidária ou de abandono de legenda como justificadoras da perda do mandato. Digno de nota é o fato, também mencionado por Martins Alves Jr.¹⁴, de que essa limitação constitucional ao exercício do mandato eletivo era expressamente prevista no texto da Constituição de 1967/69¹⁵. Ainda que tais circunstâncias não desabonem de per si a posição adotada pelo Tribunal no MS 26.603, é ao menos pertinente notar que a limitação ao exercício do mandato eletivo pelo parlamentar advinda da exigência de fidelidade ao Partido – acaso essa limitação exista de fato no nosso desenho constitucional – não tenha sido repetida pelo Constituinte de 1987/1988.

Essa circunstância foi, inclusive, pontuada pelo ministro do Tribunal Superior Eleitoral Marcelo Ribeiro em seu voto vencido por ocasião da Consulta n. 1.398/DF ao afirmar que: “Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição.”¹⁶ O voto do min. Marcelo Ribeiro, lastreado em grande medida no voto do min. Moreira Alves proferido por ocasião do MS 20.927¹⁷, desenvolve toda argumentação e apresenta a sua conclusão

14 ALVES JR., op. cit.

15 BRASIL. Constituição da República de 1967 – EC n. 1/1969, Art. 35. Perderá o mandato o deputado ou senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento fôr declarado incompatível com o decôro parlamentar ou atentatório das instituições vigentes; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa anual, à têrça parte das sessões ordinárias da Câmara a que pertencer, salvo doença comprovada, licença ou missão autorizada pela respectiva Casa; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; ou V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152.

16 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1398/DF – Resolução n. 22.526*, relator min. Cesar Asfor Rocha, voto vencido do min. Marcelo Ribeiro.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927/DF*, Relator ministro Moreira Alves. Por pertinente ao cerne da questão relativa à fidelidade partidária, segue trecho do voto do min. Moreira Alves sobre o ponto em comento, v.: “Pelo sistema de representação, proporcional, que é adotado para a eleição dos Deputados, ‘estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido’ (artigo 180 do Código Eleitoral), o que estabelece, sem dúvida alguma, uma estreita vinculação entre o Partido ou a Coligação e o candidato que concorreu às eleições por um ou por outra, certo como é – e a Constituição atual o declara no artigo 14, parágrafo 3º, V – que uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária. Em face da Emenda nº 1/69, que, e seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo por força da Emenda Constitucional nº 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa, e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137, IX; e 35, § 42). Com a Emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio da fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado

a partir da premissa de que “Não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. Isso, no final das contas, é o objeto da consulta.”¹⁸ Ainda, o ministro Eros Grau, em voto dissidente no MS 26.603, afirma expressamente que “a Constituição não contempla o cancelamento de filiação partidária e a troca de legenda como causa ou perda de renúncia ao mandato.”¹⁹

Não se pode deixar de observar que embora o ministro Moreira Alves tenha sido constitucionalmente coerente por ocasião de sua observação no julgamento acima mencionado, e até provavelmente por isso tenha sido citado pelo min. Marcelo Ribeiro, possivelmente tenha sido aquele eminente ministro um dos pioneiros a incentivar muitas interpretações que desbordam do matiz constitucional, e o quadro narrativo desta imagem encontra-se estampado como um dos pontos altos do livro de memórias do ministro Paulo Brossard, ao recordar uma disputa de ideias que tiveram por ocasião do MS 20.941²⁰, citado abaixo pela importância da refutação:

O SUPREMO NÃO ESTÁ ACIMA DOS DEMAIS. O eminente ministro Moreira Alves fez uma assertiva que me parece duvidosa. S. Exa. Diz que o Supremo está acima dos demais Poderes. Não está.

o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato. Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato. Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, ‘a’; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55.”

- 18 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398/DF – Resolução n. 22.526*, relator min. Cesar Asfor Rocha, voto vencido do min. Marcelo Ribeiro.
- 19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.603/DF*, relator ministro Celso de Mello, voto do min. Eros Grau.
- 20 O conteúdo do MS 20.941 versou sobre impetração de writ contra ato do presidente da Câmara dos Deputados, pelo inconformismo com a rejeição de denúncia por crime de responsabilidade oferecida por Senadores da República contra o então Presidente da República, diversos Ministros de Estado e o Consultor-Geral da República, respectivamente José Sarney, José Tavares, Maílson da Nóbrega, João Batista de Abreu, Antônio Magalhães e Saulo Ramos. Há uma das mais interessantes discussões jamais vistas no Supremo Tribunal Federal sobre a sua função e a suas potencialidades e influências, num instigante debate de ideias entre os ministros Moreira Alves e Paulo Brossard (especialmente a partir da p. 121 dos autos), em que mencionam autores como Albert Venn Dicey (“The Law of the Constitution”, 1885), Rui Barbosa (“Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo”; “Cartas da Inglaterra”, Anistia Inversa”, “Direito do Amazonas ao Acre Setentrional” e “Discurso de Posse no Instituto dos Advogados”), além de discutirem a evolução do sistema de Controle de Constitucionalidade Brasileiro, de 1891 e passando pelas configurações da Constituição de 1946, a Emenda Constitucional nº 16/1965 até os dias da Constituição de 1988. Voto no Mandado de Segurança 20.941, Tribunal Pleno, 09.02.1990.

Creio que cada um dos poderes, no tocante à sua competência privativa, é superior aos demais, exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes.²¹

Aliás, tão denso é o breve, porém profundo, debate entre os ministros Moreira Alves e Paulo Brossard sobre o poder e a função do STF que lhe transcrevemos abaixo, conquanto relativamente longo, para que retomemos o ponto na sequência acerca das “pretensões” da Corte nos dias que se seguiram, alguns anos mais tarde:

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: Senhor Presidente, tenho por princípio não externar minha divergência em relação a tudo o que aqui se diz. Tenho responsabilidade com o que está no meu voto. Mas, como o eminente ministro Moreira Alves faz duas ou três assertivas que terão consequências, vou pedir licença para manifestar senão a minha divergência pelo menos as minhas dúvidas. Não vou discutir o caráter criminal do impeachment, como assevera S. Ex^a. É o ponto de vista seu, e não é original. São conhecidas as opiniões nesse sentido. É velho e já foi exaustivamente refutado. Mas o eminente ministro Moreira Alves fez uma assertiva que me parece duvidosa. S. Ex^a diz que o Supremo Tribunal está acima dos demais Poderes. Não está. Creio que cada um dos Poderes, no tocante à sua competência primitiva, é superior aos demais, exatamente porque a competência é dele e não dos outros Poderes. Enquanto a frase ‘guarda da Constituição’, inserida no art. 102, acrescentou alguma coisa ao que sempre competiu ao Supremo desde 91?

A frase não é nova. Dicey, no seu livro clássico “Law of the Constitution”, que é do século passado, referindo-se à Corte Suprema dos Estados Unidos e à diferença entre a Constituição Americana, de Poderes limitados, e a Constituição Inglesa, de poderes ilimitados, diz exatamente isso: “esse corpo judiciário é não só guarda, mas ainda o árbitro da Constituição, - not only the guardian but (also) the master of the Constitution”. É uma frase que todos os autores repetem, tornou-se usual. [...] Pergunto-me: houve inovação ao dizer que o Supremo é o guarda da Constituição? Ou, ao contrário, apenas expressou um entendimento centenário a esse respeito?

Foi feita outra assertiva em relação à qual, queria manifestar minha respeitosa dúvida: tradicionalmente, no nosso Direito e no Direito em geral, aquele que admita o controle da constitucionalidade das leis, o Poder Judiciário conhecia caso a caso. Não se julgava a lei, deixava-se apenas

21 VALLS, Luiz. *BROSSARD - 80 Anos na História Política do Brasil*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004. p. 497.

de aplicá-la ao caso 'sub-judice'; deixava-se de aplicar a lei para aplicar a Constituição, superior a ela. Foi assim nos Estados Unidos e nos países que seguiram o modelo americano.

Dizia Rui Barbosa a esse propósito: 'certo que essas questões não se promovem diretamente como objeto imediato da ação dos tribunais. A Justiça não examina teses, a Justiça não sentencia teorias, a Justiça não vota princípios abstratos, a Justiça não revoga leis'.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: Rui Barbosa tem outra passagem que diz - infelizmente não tenho aqui anotado - que quando se examina ato 'in abstracto', isto é poder político e não poder jurisdicional.

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: 'Não revoga leis'. Ele diz isso nos 'Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo', 'Cartas da Inglaterra', 'Anistia Inversa', 'Direito do Amazonas ao Acre Setentrional' e 'Discurso de Posse no Instituto dos Advogados' e ao assumir a Presidência do Instituto dos Advogados. Desde o momento em que a Constituição atribuiu ao Supremo Tribunal Federal conhecer de leis em tese, essa competência, que era restrita às leis estaduais, por força da Constituição de 1946, e foi ampliada para o Direito Federal pela Emenda nº 16, o Direito Constitucional Brasileiro sofreu uma transformação extraordinária e fez com que ele, que até então tinha inspiração norte-americana, de certa forma também se ligasse ao século XX as Cortes Constitucionais. Não quero dizer que o Supremo seja igual às Cortes Constitucionais, que não é, mas, evidentemente a inspiração de julgar a lei em tese veio de lá.

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES: A emenda nº 16, de 1965, foi inspirada apenas numa coisa: a de diminuir o trabalho do Supremo. Isto está dito no relatório da Comissão que encaminhou a emenda.

O SENHOR MINISTRO PAULO BROSSARD: A emenda nº 16 se inspirou precipuamente nos resultados obtidos nas representações. Tenho dúvidas até hoje se a jurisprudência do Supremo Tribunal, em relação ao art. 8º, estava no pensamento do constituinte. O Professor Rui Cirne Lima tem um parecer, quanto ao primeiro caso surgido, dando uma solução inteiramente diferente. O fato é que se firmou uma jurisprudência e com resultados francamente positivos. A partir da Emenda 16, o legislador não apenas constitucionalizou aquela jurisprudência, como a ampliou, concedendo ao Supremo Tribunal Federal uma competência que não tinha e nunca tivera; nem ele, nem nenhuma das Cortes de inspiração norte-americana; creio que o Brasil constitui a esse respeito uma

singularidade. 'Data venia', é uma peculiaridade do Direito Brasileiro, e louvável singularidade. Sr. Presidente, se toda vez que divergirmos de um conceito que for emitido formos manifestar a nossa divergência, creio que não conseguiremos julgar coisa nenhuma. Mas este caso me pareceu de tanta importância que, quebrando a minha orientação, achei conveniente manifestá-la para poder sustentá-la mais adiante sem contradição.²²

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal não é uma Corte Constitucional, malgrado a observação de que exista referência de que esta estaria situada fora e acima da tradicional tripartição dos poderes²³, pois o tratamento dado ao Supremo Tribunal pelo constituinte de 1988 foi o de cúpula do poder judiciário, ao lado e no mesmo círculo da tradicional tripartição de poderes. Feita a observação, retomemos o ponto da fidelidade partidária hodierna, mas não sem antes observar o que havia dito sobre o tema, em 1989, pelo ministro Sepúlveda Pertence:

Senhor presidente, eu gostaria de poder acompanhar as conclusões desse raciocínio. Mas é fundamental fugir à tentação de inserir no direito positivo as nossas convicções sobre o que ele deveria ser. [...] A atual Constituição não cuida de nada parecido, limitando-se a dizer que os Estatutos partidários prescreverão normas de disciplina partidária. Mas, a meu ver, obviamente não poderão chegar a inserir uma hipótese nova de perda de mandato para os seus filiados.²⁴

Mas prossigamos com as reflexões sobre os casos posteriores. Contudo, sobre o ponto, o relator do MS 26.603 entendeu que "o fundamento real que justifica o reconhecimento de que o partido político tem direito

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 20.941/DF* relator ministro Aldir Passarinho.

23 A este propósito a referência que o jusfilósofo Inocêncio Mártires Coelho realiza a partir das observações de Mauro Cappelletti: "Registramos que, ao menos em relação aos tribunais constitucionais, esse juízo de reprovação do ativismo judicial, enquanto conduta que seria ofensiva ao dogma da separação de poderes, não é compartilhado por muitos juristas de expressão, como o italiano Mauro Cappelletti, por exemplo, para quem, pela singular posição institucional de que desfrutam - situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes - as cortes constitucionais não podem ser enquadradas nem entre os órgãos jurisdicionais, nem entre os legislativos, nem muito menos entre os órgãos executivos, porque a elas pertence de fato uma função autônoma de controle constitucional, que não se identifica com nenhuma das funções próprias de cada um dos Poderes tradicionais, antes se projeta de várias formas sobre todos eles, para reconduzi-los, quando necessário, à rigorosa obediência das normas constitucionais." Cfr. COELHO, I.M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Edição Especial (Ativismo Judicial), v. 5, n. 2, 2015, p. 8, nota de rodapé nº 22; e ainda, em texto anterior, do ano 2000: COELHO, I.M. Arbitragem, Mediação e Negociação: A Constitucionalidade da Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 219, p. 12, nota de rodapé nº 1, jan./mar. 2000,

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 20.916/DF* relator ministro Carlos Madeira, p. 374.

subjetivo às vagas conquistadas mediante incidência do quociente partidário deriva do mecanismo – consagrado no próprio texto da Constituição da República – que concerne à representação proporcional.”²⁵ Vale dizer, por ocasião do MS 26.603/DF o Supremo Tribunal Federal conformou (ou reformou) as regras do jogo político impondo aos Parlamentares uma limitação que, rigorosamente, não estava expressamente prevista na Constituição da República ou em outro normativo infraconstitucional, recorrendo, para tanto, ao reconhecimento de limitações implícitas e em argumentos que, em alguma medida, indicam uma empreitada moralizante do cenário político por parte do Tribunal.²⁶ Quanto à questão da fidelidade partidária, mencione-se ainda que de maneira breve os outros dois Mandados de Segurança n^{os} 26.602 e 26.604.

Aliás, pode-se mesmo dizer que no caso da fidelidade partidária o STF acabou exercendo típica e inconstitucional atividade legislativa a partir da crítica realizada pelo ministro Eros Grau em seu voto no MS 26.602:

Resulta bem nítido, aliás, o desígnio nutrido pelo impetrante, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal crie, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não prevista no texto constitucional. Pretende transformar este Tribunal em legislador trilhando a estreita via do mandado de segurança.

Igualmente digna de nota é a fina ironia do min. Marco Aurélio, ao ressaltar a presença do ministro aposentado do STF, e então advogado Paulo Brossard, a proferir sustentação oral da tribuna:

Presidente, é a primeira vez que proferirei voto fundamentado sobre a matéria. Não posso deixar de consignar que, afastada a sustentação feita da tribuna pelo Doutor Paulo Brossard, cheguei mesmo a imaginar que traidores e pecadores seriam aqueles que permaneceram nos partidos impetrantes.

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

26 No que diz respeito ao exercício de uma “jurisdição moralizante” do cenário político por parte da cúpula do nosso Judiciário, veja o que diz Marchetti e Cortez: “Contrariamente ao esperado pela literatura (SADEK, 1995, p. 63), mostramos que o processo de intervenção do TSE na regulação da competição política não se deve necessariamente à instabilidade da composição da corte, tampouco da legislação eleitoral. Na verdade, mostramos que há uma visão normativa por parte do órgão acerca do suposto ‘bom’ funcionamento do sistema político brasileiro.” cf. MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública: Campinas*, v. 15, n. 2, p. 425. nov. de 2009.

Uma crítica precisa ser feita ao modelo de o STF apresentar seus múltiplos votos (seriatim decisions)²⁷, que aglutinados, buscam a ingloria pretensão de sentido unitário. O que dizer da soma (ou subtração, ou multiplicação, ou divisão) dos votos do min. Joaquim Barbosa²⁸, que faz candente crítica aos partidos políticos, chegando a sugerir que eles seriam mesmo desnecessários, com o voto do min. Carlos Ayres Britto²⁹, que utiliza interessante metáfora de que o sistema constitucional não pode ser uma fortaleza de paredes indestrutíveis e portas de papelão, e do ministro Gilmar Mendes³⁰ que fala em direitos fundamentais dos partidos políticos, com o voto do ministro Ricardo Lewandowski que, observando que pode ocorrer situação na qual tanto candidato, quanto partido, podem trair ou desertar ideologicamente³¹, com o voto do ministro Menezes Direito postulando uma “leitura moral da Constituição” a partir de Dworkin,

27 Confira-se, entre outros, a diferenciação entre “senriatim decisions” e “per curiam decisions”, respectivamente em: MOOREHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay: Concurring and Dissenting Opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, p. 821, 1952; STEWART, David O. A Chorus of Voices. *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, 1991; HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: interpretation in historical perspective. *Journal of Law & Policy*, vol. 4, 2000; PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triangulo da Violência Argumentativa: Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais: Decisão Monitorada em uma Democracia Monitorada. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, p. 91-112, may-aug, 2014.

28 “Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América há cerca de sete ou oito anos o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de impeachment de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de impeachment. O nome da organização era ‘Move on’. Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária. (...) Não vejo como admitir, no Brasil, a existência dessa ‘PARTIDOCRACIA’ a que fez alusão o ministro Cezar Asfor Rocha em seu voto no TSE. A propósito, indago: qual seria o modelo dessa PARTIDOCRACIA de que tanto fala o TSE? O modelo soviético, que viveu na Europa Central e do Leste? O modelo cubano? Ou o longevíssimo modelo mexicano do PRI? Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-se irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos.” Confira-se, a propósito, fls. 285 dos autos, no voto do min. Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

29 Confira-se, a propósito, fls. 295 dos autos, no voto do min. Ayres Britto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

30 Confira-se, a propósito, fls. 376 dos autos, no voto do min. Gilmar Mendes. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

31 Disse: “Em certas ocorrências, pode não ser o caso de deserção ou traição ideológica. A migração se dá, pelo contrário, por um imperativo de resistência ideológica de membro do partido, ou seja, o candidato não desertou dos seus ideais, quem desertou foi o partido”. Confira-se, a propósito, fls. 274 dos autos, no voto do min. Ricardo Lewandowski. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

com uma pitadinha de Henry Campbell Black para que se busque “a consequência efetiva da intenção do povo”?³²

Some-se ainda a observação do ministro Celso de Melo no MS 26.603, usando a tecnologia constitucional de Francisco Campos, para dizer que há ali um poder constituinte em permanente funcionamento, mencionando que o STF possui o “monopólio da última palavra em temas de exegese” constitucional, fazendo com que Oscar Vilhena Vieira enxergue ali um sintoma de que o Supremo exerceria um “poder moderador”, muito embora sobre esse específico caso mencione que “este certamente é um passo muito grande, no sentido de conferir poderes legislativos, eventualmente de reforma constitucional, ao Tribunal”.³³ Não se pode concordar com a tese em razão do exposto desenho Constitucional dos artigos 2º, e 60, § 4º, mas torna a soma dos argumentos interessante, e nos faz perguntar pelo resultado.

É difícil dizer. De todo modo, estabeleceu-se a fidelidade partidária como causa de manutenção de mandato, e a infidelidade como sua perda, malgrado não esteja presente essa hipótese no art. 55 da Constituição, embasando o art. 1º da Resolução nº 22.610 do TSE, que estipula que o Partido Político pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.³⁴

No entanto, em 2013 o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5081³⁵, que foi definitivamente julgada em 2015. Questionou-se na petição inicial os “dizeres do art. 10 e do art. 13 da Resolução 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral”³⁶, mencionando-se que eles estariam em “conflito com o sistema eleitoral, bem como com o estatuto constitucional dos congressistas, especialmente no que ao caput

³² Confira-se, a propósito, fls. 238 dos autos, no voto do min. Menezes Direito. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 26.602/DF, relator ministro Eros Grau.

³³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. Em: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1930-dias atuais)*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 527.

³⁴ Não custa recordar que pela Resolução n. 22.610 do TSE, considerou-se como justa causa para desfiliação partidária quatro motivos relevantes: I) incorporação ou fusão do partido; II) criação de novo partido; III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário, e, IV) grave discriminação pessoal.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso.

³⁶ Eis os teores dos artigos 10 e 13 da Resolução n. 22.610 do TSE: “Art. 10. Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que emposses, conforme o caso, o suplente ou vice, no prazo de 10 (dez) dias.”; “Art. 13. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.”

do art. 14, e ao caput do art. 46, e ao art. 55, e aos parágrafos do art. 77 da Constituição”.

Observe-se o disfarce da referida ADI 5081, que se (re) volta contra a “Resolução do TSE”, acima mencionada, mas na verdade se parece muito mais com Embargos de Declaração “Póstumo-Extemporâneo” com efeitos infringentes, e, em algum sentido, com uma ADI contra as próprias decisões do Supremo, se tivermos em mente que a Resolução do TSE está baseada, toda ela, nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 – inclusive citados no preâmbulo da referida resolução.

Mais ainda se observarmos que a mesmíssima Resolução 22.610, do Tribunal Superior Eleitoral, já havia sido questionada em 2008 pelo Procurador Geral da República perante o STF, através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 3999/DF³⁷ e 4086/DF³⁸, e mesmo o Supremo possuindo a autoatribuída possibilidade de julgar com a causa de pedir aberta e não se limitando ao pedido feito na inicial, vale dizer, o próprio Supremo chancelou a dita e citada resolução do TSE, do qual se destacam, a nosso ver, a observação vencedora contida na frase do min. Celso de Mello³⁹, no sentido esposado de que a “prática da infidelidade partidária, ao propiciar ilegítima alteração do resultado das urnas fora do processo eleitoral, provoca, com tal consequência, gravíssima lesão ao princípio democrático”, mas também na observação do voto vencido do min. Eros Grau:

Para mim essa resolução é multiplamente inconstitucional: o art. 1^o afronta os artigos 22, I e XLVIII, da Constituição; o artigo 2^o dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3^o ao 9^o e 11 inovam em Direito Processual e o § 2^o do artigo 1^o inova atribuições do Ministério Público. De modo que me perdoem, mas acho que isso é um abuso de inconstitucionalidade.⁴⁰

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal aceita julgar a ADI n. 5081⁴¹, e a partir do voto do ministro relator, Luís Roberto Barroso, realiza diferenciação entre sistemas eleitorais proporcional e majoritário, observando que o sistema proporcional no Brasil seria “uma usina de

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4086/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso.

problemas”, e ao falar sobre as disfunções do sistema, menciona, sumariando seus pontos de vista:

Em suma: o sistema é caríssimo, o eleitor não sabe quem elegeu e o debate público não é programático, mas personalizado. Sem surpresa, os eleitores, poucas semanas depois da eleição, já não têm qualquer lembrança dos candidatos em quem votaram nas eleições proporcionais. Como consequência, os eleitos acabam não devendo contas a ninguém.⁴²

Observamos muitos problemas com essas alegações do voto condutor. Não há empirismo algum para falar que os eleitores não se recordam em quem votaram, e sobre essa questão com uma suposta ausência de prestação de contas dos eleitos. Mais do que isso, é uma louvável opinião política que melhor se enquadraria alguns metros adiante, numa das outras pontas da praça dos três poderes, vale dizer, no Congresso Nacional.

Mas a parte central do julgamento da ADI 5081 encontra-se na diferenciação entre a aplicação do conceito de fidelidade partidária aos modelos proporcional e majoritário, e a utilização da palavra “lógica” por parte do senhor ministro relator, quando menciona que a fidelidade partidária não se aplica ao sistema majoritário, pois “além de incompatível com a sua lógica, acaba por violar a soberania popular, pedra de toque da democracia”.⁴³

Ou seja, como se pode observar, estamos diante de uma “lógica” que vai se alterando com o passar dos casos julgados, e se transformando ao sabor dos novos ministros. Na realidade, não é possível realizar a sindicabilidade adequada, se de lógica se trata, pois, o acórdão não menciona a qual espécie de corrente filosófica vincula-se a sua derivação aplicativa, e a palavra lógica bem poderia ser substituída pela palavra “ideologia”. Percebe-se que as ideias estão fora do lugar.⁴⁴

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso, p. 13 do voto do min. Relator.

43 Não menciona entre as várias tipologias da lógica qual seria a sua afiliação: lógica formal, lógica dedutiva, lógica silogística, lógica proposicional, lógica predicada, lógica modal, lógica matemática, lógica filosófica, etc.

44 Como observado em difundido texto de Roberto Schwarz, aqui totalmente aplicáveis, “Em matéria de racionalidade, os papéis se embaralhavam e trocavam normalmente: a ciência era fantasia e moral, o obscurantismo era realismo e responsabilidade”. SCHWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar*. Em: Schwarz, Roberto. *Ao Vencedor as batatas*: forma literária e processo social nos incios do romance brasileiro. 6. ed. São Paulo: 34, 2012. p. 15.

No item n. 32 do voto condutor, afirma-se que não há previsão constitucional da regra da fidelidade partidária, e que é possível a construção jurisprudencial para sua criação para o sistema proporcional, mas não para o sistema majoritário. E ainda, ressalta-se (item 36) que a questão da transferência de votos que faz que candidatos bem votados “arrastem” outros menos votados, aliada a questão das coligações partidárias impediria o cumprimento da função precípua do sistema proporcional, que no dizer do relator seria: “dar às diferentes ideologias representação parlamentar proporcional à sua acolhida no tecido social, tornando o Parlamento um espelho da sociedade”, e conclui:

Havendo volumosa transferência de votos, e notadamente entre candidatos que se situam em pontos tão distintos do espectro político, o sistema entra em curto-circuito e se distancia do princípio da proporcionalidade da representação da Câmara dos Deputados (art. 45, caput, da CF/88) e da soberania popular (art. 1, § único, da CF/88).⁴⁵

Vale dizer, observa ainda o ministro relator ser “absolutamente incoerente que determinado parlamentar seja eleito em razão dos votos dados à legenda ou a um correligionário com votação extraordinária” e posteriormente, durante seu mandato, migre para um outro partido que em nada colaborou para a sua eleição. Justifica assim a “necessidade” de que haja a fidelidade partidária no modelo brasileiro de eleição proporcional.

No entanto, ao abordar o sistema majoritário diz que não se aplica a mesma “lógica”, com a seguinte fundamentação:

O mesmo não ocorre no sistema majoritário. Neste, como a fórmula eleitoral é a regra da maioria e não a do quociente eleitoral, o candidato eleito será o mais bem votado. Como serão desconsiderados os votos dados aos candidatos derrotados, não se coloca o fenômeno da transferência de votos. Assim, no sistema majoritário a “regra da fidelidade partidária” não consiste em medida necessária à preservação da vontade do eleitor, como ocorre no sistema proporcional, e, portanto, não se trata de corolário natural do princípio da soberania popular (arts. 1º, parágrafo único e 14, caput, da Constituição).

Muito pelo contrário. No sistema majoritário atualmente aplicado no Brasil, a imposição de perda do mandato por infidelidade partidária se antagoniza como a soberania popular, que, como se sabe, integra o

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso, p. 22 do voto do min. Relator.

núcleo essencial do princípio democrático. Um simples exemplo ajuda a esclarecer a afirmação. Imagine-se que um candidato eleito para cargo de Senador, por qualquer motivo, troque de partido durante o mandato. Ao se aplicar a Resolução nº 22.610/2007, nos termos atualmente dispostos, a consequência da migração seria a perda do mandato. Em consequência, o suplente assumiria o cargo eletivo, conforme determina a redação atual do art. 10, da Resolução. Ocorre que o suplente, muitas vezes, sequer é conhecido do eleitor e não recebeu qualquer voto na eleição. A vontade política expressa no momento da eleição acaba por ser claramente violada, agravando-se o problema da débil legitimidade democrática dos suplentes de Senador no Brasil.

Desconsidera inúmeros fatores, potencialmente nefastos e destrutivos do sistema democrático. Primeiro, o candidato a senador (e.g), auxilia indiretamente na transferência de votos, se o eleitor votar na legenda para os demais cargos apenas pela empatia que nutre por determinado candidato que dispute a eleição pelo sistema majoritário.

Segundo, tece a “estranha lógica” de que aquele candidato bem votado que “arrasta” outros candidatos no sistema proporcional, mesmo não dependendo do partido para ser eleito, assim como um senador (pela “lógica do voto” do relator), deve se manter fiel ao partido que não o elegeu, sob pena de perda do mandato.

Terceiro, torna o Senado uma casa de potenciais “zumbis”, no dizer do ministro Carlos Ayres Britto ao votar no caso da fidelidade partidária, justificando-a. E isto porque permite que depois de eleitos, os senadores massivamente se desfiliam dos partidos pelos quais concorreram, e seja cada qual um partido de um homem só, na propositalmente exagerada hipótese de que os 81 senadores venham a se desfiliar do partido e permanecer no Senado.

Dilacera com isso, potencialmente, o sistema partidário, e com isso o regime democrático. Chama a atenção especialmente dois fatos que se repetiram no percurso do Tribunal sobre a “fidelidade partidária”. Já que um dos votos mencionou a metáfora de uma “candidatura zumbi”, podemos mesmo utilizar uma outra metáfora, qual seja, a de que ao tocar as mãos nas normas constitucionais da democracia, o Tribunal, com raras exceções, pode ser comparado a “Edward Mãos de Tesoura” (Scissorhands), icônico personagem da filmografia americana, incompreendido porque fere a quem gosta e causador de confusão porque incompreendido e incompreensível em suas ações.

Não é difícil imaginar que com o sopro de tais ventos, a partir da tese fixada no voto do ministro relator⁴⁶, o próximo passo seja a “permissão judicial” para que os candidatos a cargos cuja eleição ocorra através do sistema majoritário não precisem previamente estar filiados a partidos políticos.

E ainda, o mais incrível, como pretensão de tribunal que reflete sobre casos passados e suas projeções pro futuro, não houve qualquer dos juízes a mencionar a relação entre pertencimento do mandato e a relação partido-eleito-eleitor no caso famoso e emblemático da extinção do Partido Comunista e o destino dado aos parlamentares eleitos por aquele partido, provando que as decisões do Supremo neste caso são, e tem sido ad hoc, precipitadas, imediatistas e inconsequentes.

Numa breve observação, com o fim do Estado Novo de Vargas, e o retorno da democracia, o Partido Comunista brasileiro retornou à cena política em 1945, com o deferimento do registro, tendo obtido 10% dos votos nas eleições presidenciais, e na eleição Constituinte obteve quase o mesmo resultado, tendo conseguido eleger 14 Deputados e 1 Senador. Houve pedido de cancelamento do registro do partido, e posteriormente haveria um problema a ser resolvido: o que fazer com os parlamentares eleitos pelo partido cuja inscrição fora cancelada? Conforme narrativa constante do site do TSE:

Em março de 1946, o Deputado Barreto Pinto, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), encaminha denúncia ao Tribunal Superior Eleitoral contra o PCB, alegando o caráter ditatorial e internacionalista da agremiação e pedindo a cassação de seu registro. Além disso, acusava-se a agremiação política de estar a serviço da União Soviética e que, em caso de guerra, seus militantes lutariam contra o Brasil. O parecer do procurador geral foi pelo arquivamento do processo, mas o Tribunal optou por não aceitá-lo e deu prosseguimento à apuração. Isso não arrefeceu os ânimos da oposição, bem articulada politicamente e contando com a simpatia de importantes setores do próprio Estado Novo. Outra denúncia apontava ações do Partido Comunista Brasileiro na promoção de greves e da luta de classes, vinculação com o comunismo soviético e violação dos princípios democráticos e direitos fundamentais do homem. Isso contrariava o estabelecido pelos Decretos-Leis nºs

46 A tese conclusiva do voto foi assim descrita: “A tese que embasa o meu voto é a seguinte: “A perda do mandato em razão de mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor”. É como voto”. Cfr. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso, p. 26 do voto do min. Relator.

7.586/45 e 9.258/46 e pela Resolução nº 830, de 25 de junho de 1946, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral.⁴⁷

Por 3 votos contra 2 no TSE, cancelou-se o registro do Partido Comunista, dando-se origem à Resolução nº 1.841, de 7.5.1947, em Brasília⁴⁸, tendo posteriormente o Partido Comunista recorrido ao Supremo Tribunal Federal através do RE nº 12.369/DF⁴⁹, que não conheceu do recurso em razão da autonomia da justiça eleitoral, conforme expresso no texto da Constituição de 1946. Sobreveio a discussão sobre os mandatos, conforme narrativa do site do TSE:

Em janeiro de 1948, todos os parlamentares eleitos pelo PCB perderam seus mandatos, porquanto o partido não existia mais. Diante da hipótese de perda de mandato eletivo não expressamente prevista na Constituição Federal, editou-se a Lei nº 648, de 10 de março de 1949, que estabeleceu em seu artigo 1º: 'Os lugares tornados vagos nos corpos legislativos, em consequência do cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil, pela Resolução nº 1.841, de 7 de maio de 1947, do Tribunal Superior Eleitoral, caberão a candidatos de outro ou de outros partidos, votados na eleição de que se tenham originado os mandatos'.

A lei dispunha que o Tribunal Superior Eleitoral deveria considerar nulos os votos da legenda extinta, contudo ela teve sua aplicação negada pelo Tribunal, através da Resolução nº 3.222, de 20.5.1949, por inconstitucionalidade. O recurso extraordinário encaminhado ao Supremo Tribunal Federal não foi acolhido, por entender-se que houve violação ao art. 52, parágrafo único, da Carta Magna, que previa a convocação de suplente ou, na ausência deste, a realização de nova eleição.

Ou seja, desde então, a partir deste célebre caso da década de 1940, há essa observação de que os mandatos pertencem aos partidos, e que se os partidos forem extintos, os parlamentares por eles eleitos perderiam o mandato. O que o STF fez recentemente no itinerário da fidelidade parlamentar foi em parte chancelar aquele entendimento, embora sem enfrenta-lo como parecia ser o caso, e mais do que isso,

47 Confira-se o sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral, para acesso inclusive ao inteiro teor de todas as peças processuais. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/cancelamento-de-registro-do-partido-comunista-brasileiro>>. Acesso em 24 jul. 2015.

48 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 1.841, de 7.5.1947*. Relator ministro Professor Sá Filho.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Eleitoral 12.369/DF*, relator ministro Laudo de Camargo.

disse que determinados tipos de parlamentares podem ser infieis e que outros necessariamente precisam sê-lo, com uma argumentação confusa e francamente antidemocrática.

Reconhecendo-se a distinção entre os sistemas do civil law e do common law, que oporia países tão diferentes quanto Brasil⁵⁰ e Estados Unidos, mas nem tanto, como observa Jerome Frank⁵¹, e tendo ainda a observação de Hermes Zaneti Jr.⁵² de que houve no Brasil uma recepção tardia e mitigada do common law, podemos refletir que o excessivo voluntarismo das decisões do Supremo Tribunal Federal no caso da (in) fidelidade partidária, sucessivamente acrescentando pontos, vírgulas e “aspas”, vão torcendo, retorcendo e contorcendo o texto Constitucional, bem como os próprios precedentes do Tribunal, semelhante ao que se chama “Narrowing Precedent”, ou como também é conhecido: “a 5ª Técnica do Precedente” nos Estados Unidos.⁵³

E isto porque ao se deparar com um caso que comportaria um precedente “desconfortável” ou “indesejável”, ao invés de aplicar o precedente existente, ou realizar o distinguishing, ou overruling, a Suprema Corte aplica a técnica do “Narrowing Precedent”, que poderíamos aqui traduzir por “Estreitamento do Precedente”, vale dizer, a Corte declina de aplicar uma resolução anteriormente existente, numa “discrecionabilidade do overruling” (Stealth Overruling).⁵⁴

Assim, realiza-se um “Estreitamento da Constituição”, se refletirmos no seguinte sentido: se há uma norma constitucional que é “driblada”, para ficarmos com a ideia metafórica do momento (pedaladas normativas),

50 Com relação ao Brasil, inescapável o link com sua colonização portuguesa, e não se pode esquecer, como anotado por Martin Page, que “os romanos detêm uma presença bastante significativa na ascendência do povo português”, acentuando-se a densidade da relação, e que “o direito português fundamenta-se no direito romano, por razões bem diferentes das de outros países europeus, que passaram a assumir o modelo romano através da adoção do Código Napoleônico, no início do século XIX”, vale dizer: “ao longo de 2000 anos, os portugueses têm mostrado uma preferência consistente pelo sistema jurídico romano. A tentativa dos visigodos, da Germânia, de imporem o sistema jurídico teutónico, em troca da sua adesão ao catolicismo, provocou uma rebelião que abriu caminho à entrada dos mouros e à sua tomada do poder”, e na sua expulsão os portugueses voltaram ao sistema jurídico romano, remontando ao período em que a região se chamava Lusitânia, cuja capital era a Mérida. Cfr. PAGE, Martin. *A primeira Aldeia Global: como Portugal mudou o mundo*. 13. ed. Tradução de Gustavo Palma. Alfragide: Casa das Letras, 2014. p. 46-47.

51 FRANK, Jerome. *Civil Law Influences on the Common Law: Some Reflections on 'Comparative' and 'Contrastive' Law*. Univ. of Penn. L. Rev., v. 104, n. 7, 1956.

52 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 233-241; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 29-71.

53 RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, v. 114, 2014.

54 Ibidem.

assim como há um “precedente ignorado”. Podemos falar aqui então de “Estreitamento da Constituição”, perfeitamente identificável com a “emenda constitucional informal” que cria hipótese de perda do mandato não prevista na Constituição, e sua posterior “Retificação” para que a norma não prevista se aplique apenas à certos casos e não a outros. Algo visceralmente inconstitucional.

Já quanto à questão da verticalização partidária, houve, como cediço, um desfecho diverso. O Supremo Tribunal Federal acabou por não conhecer das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2.626/DF e 2.628/DF, ambas de relatoria do min. Sydney Sanches julgadas em conjunto pelo Pleno do Tribunal na sessão do dia 18 de abril de 2002. O não conhecimento das ações diretas, impedindo o acesso do STF ao mérito da questão, acabou por manter em seus próprios termos a Instrução n. 55, aprovada pela Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2626/DF proposta pelo PC do B - Partido Comunista do Brasil, pelo PL - Partido Liberal, pelo PR - Partido dos Trabalhadores, pelo PSB - Partido Socialista Brasileiro, e pelo PPS - Partido Popular Socialista, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2628/DF proposta pelo PFL - Partido da Frente Liberal, ambas com o idêntico objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 4º, § 1º, da Instrução n. 55 da Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral. O dispositivo combatido pelos citados Partidos tem a seguinte redação, v.:

CAPÍTULO II - DOS PARTIDOS POLÍTICOS E DAS COLIGAÇÕES.

Art. 4º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, para proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional entre os partidos políticos que integram a coligação para o pleito majoritário (Lei nº 9.504/97, art. 6º, caput).

§ 1º Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.2002).⁵⁵

⁵⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.993 - Instrução n. 55*, Classe 12ª. Relator ministro Fernando Neves. Brasília, 2002.

À revelia de qualquer dispositivo do texto constitucional a tratar do tema – circunstância reconhecida já na ementa das ações diretas⁵⁶ –, o Tribunal Superior Eleitoral, respondendo à Consulta n. 715 e no uso da sua prerrogativa regulamentadora de caráter infralegal, em leitura do art. 6º da Lei 9504/97⁵⁷, editou a referida Resolução a partir da qual entendeu que deveriam os partidos guardar perfeita simetria entre seus arranjos políticos em nível regional e em nível nacional.

As limitações que a Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral impôs à livre atuação dos partidos políticos é autoevidente. Imposição de limites que, frise-se, decorre, conforme enxergamos, duma interpretação esforçada⁵⁸ da legislação eleitoral e que, conforme afirmam Marchetti e Cortez, “mudou o padrão da competição eleitoral do Brasil no que diz respeito à dimensão das coligações eleitorais.”⁵⁹ Vale dizer, o Tribunal Superior Eleitoral, por meio de Resolução, inovou, reformando o cenário político nacional.⁶⁰

A questão da (i)legitimidade de o Judiciário para participar ativamente na Reforma Política não passou despercebida no julgamento das Ações

56 Trecho da ementa da ADI 2626/DF: “Por outro lado, nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias ou estabelece o âmbito das circunscrições em que se disputam os pleitos eleitorais, exatamente, os dois pontos que levaram à interpretação pelo TSE. Sendo assim, não há como vislumbrar, ofensa direta a qualquer dos dispositivos constitucionais invocados”.

57 Lei n. 9504/1997, art. 6º. É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

58 Quanto à “interpretação esforçada”, veja-se trecho do voto vencido do min. Sepúlveda Pertence por ocasião da Consulta n. 715, v.: “Com todas as vênias, constitui um resíduo autoritário frontalmente incompatível com a clara opção constitucional pela autonomia dos partidos –, tentar impor – por lei ou pela interpretação voluntarista dela – um grau preordenado de maior ou menor centralização política a todos eles, às agremiações de quadro ou de massa, às formadas em torno de um líder nacional carismático como às constituídas pela “Federação” de lideranças regionais.” Cf. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF* – Relator ministro Garcia Vieira, voto vencido ministro Sepúlveda Pertence.

59 MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*: Campinas, v. 15, n. 2, p. 425, nov. de 2009.

60 Ainda que em termos de ‘verticalização partidária’ a pretendida reforma política do TSE se nos afigure como autoevidente, parece pertinente transcrever trecho do voto do ministro Ilmar Galvão em que essa questão específica é tratada; v.: “Se o Poder Legislativo não pode mudar a lei um ano antes da eleição, muito menos o Poder Judiciário poderá baixar normas, inovando, dentro do período de um ano. Não pode. Veja, V.Exa., estou raciocinando em termos de que houve inovação. Em havendo, não podia, por causa do princípio da legalidade e, também, da anualidade, pois a Constituição, nesse caso, teria submetido o Poder Judiciário ao princípio da anualidade a fim de não surpreender.” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF, relator min. Sydney Sanches, trecho do voto do min. Ilmar Galvão.

Diretas ns. 2.626 e 2.628. Pedimos licença para transcrever, por pertinente ao objeto do presente texto, breve trecho do voto do relator ministro Sydney Sanches em que externa sua preocupação com relação ao ponto:

Aliás, o Exmo. Sr. Presidente da República, a mais alta autoridade da Nação, quando tomou conhecimento da norma em questão, chegou a dizer, no exterior, segundo a Imprensa: “*começou a reforma política no Brasil*”. Reforma, que, tão esperada e desejada, deveria, obviamente, ter tido curso no Congresso Nacional - e não no Tribunal Superior Eleitoral -, por mais respeitável e respeitada que seja aquela Corte, que todos os Juízes desta Casa integraram ou integram, oito dos quais seus ex-Presidentes. E que, portanto, por ela nutrem maior consideração.”

[...]

Por todas essas razões, não conheço da A.D.I. nº 2.626, enquanto proposta pelo PPS, conheço das ações propostas pelos demais Partidos (nºs 2.626 e 2.628), e as julgo procedentes, declarando com eficácia “ex tunc”, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 4º da Instrução nº 55 do T.S.E., aprovada pela Resolução nº 20.993/2002. 31.

Deixo de acolher a solução alternativa proposta no parecer da P.G.R., pois entendo que a norma em questão somente pode ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Congresso Nacional e com observância do art. 16 da Constituição Federal.⁶¹

Antes mesmo da análise das ações diretas, já no TSE, por ocasião da Consulta n. 715/DF, o resedinho das regras do jogo político pelo Judiciário causou certo desconforto, notadamente no ministro Sepúlveda Pertence que, defendendo o entendimento de que a limitação imposta pelo art. 6º da Lei n. 9504/1997 incide exclusivamente “em cada uma das três esferas da Federação em que se hajam de realizar simultaneamente um ou mais pleitos majoritários e uma ou mais eleições pelo sistema proporcional”⁶², afirma que “A essa opção legislativa - que entendo derivar do princípio da autonomia partidária da Constituição - não ousou substituir minha visão de como se deveriam organizar e funcionar os partidos.”⁶³ É com essas

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF*, voto do relator ministro Sydney Sanches.

62 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF* - Relator ministro Garcia Vieira., voto vencido ministro Sepúlveda Pertence.

63 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF* - Relator ministro Garcia Vieira., voto vencido ministro Sepúlveda Pertence.

premissas que o ministro Pertence ficou vencido na resposta do colegiado à Consulta n. 715/DF.

Em síntese, portanto, a situação pertinente ao cenário do Poder Judiciário referente às coligações partidárias foi essa: não conhecimento das ADIs ns. 2626/DF e 2628/DF no Supremo Tribunal Federal, com a conseqüente manutenção da Resolução n. 20.993 do Tribunal Superior Eleitoral em seus próprios termos determinando a simetria das coligações partidárias nos termos do parágrafo primeiro, artigo 4º da resolução. Contudo, conforme já afirmamos, na hipótese o desfecho foi diferente.

A essa alteração das “regras do jogo” pelo Judiciário, a comunidade política que dá vida ao Congresso Nacional respondeu com a Emenda Constitucional n. 52/2006 que, alterando o parágrafo primeiro do art. 17 da Constituição da República, sepultou a querela jurisdicional, desobrigando os partidos políticos de seguirem a chamada verticalização das coligações partidárias.⁶⁴

É possível observar, portanto, uma espécie de, se assim podemos dizer, “diálogo” entre os Poderes da República. De todo modo, seja no caso da determinação de fidelidade partidária, quanto no caso da verticalização da fidelidade partidária, o Parlamento optou por responder apenas nesse último caso e o fez com insofismável sucesso.

2 A ATUALIDADE DAS LIÇÕES APRENDIDAS: O DISCURSO VENCEDOR, LIBERDADE, REPRESENTAÇÃO POLÍTICA E A DISPUTA PELA GUARDIANIA DA REPÚBLICA

É possível afirmar que a atuação do Supremo Tribunal Federal encontra respaldo no discurso que é, hoje, o discurso vencedor. É indiscutível que as atuais decisões da Corte, nomeadamente aquelas aqui citadas, trazem em si alguns traços usualmente associados à teorização neoconstitucionalista. É inegável a ampla recepção, na nossa comunidade jurídica – seja na academia, seja nos tribunais –, do neoconstitucionalismo que, segundo nos diz Humberto Ávila, se caracteriza, dentre outras, pelas

64 BRASIL. *Constituição da República de 1988, art. 17*. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: [...] § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006).

ideias (ideais) de “mais princípios, menos regras”, “mais ponderação, menos subsunção”, “mais Judiciário, menos Legislativo e Executivo”.⁶⁵

A par dessas matizes do pensamento neoconstitucional, deve-se observar que existem, dentre outros, três traços distintivos do movimento neoconstitucionalista⁶⁶ facilmente observáveis nas decisões citadas nesse texto, são eles: o “princípioalismo”, o “judicialismo ético-jurídico” e o “interpretativismo moral-constitucional”⁶⁷. No caso do MS 26.603, a própria ideia de “infidelidade” e o reconhecimento de um direito subjetivo dos partidos à manutenção das vagas decorrentes do sistema proporcional baseado em argumentos de que essa circunstância evitaria⁶⁸ a “deformação

65 O texto de Humberto Ávila é obrigatório para uma leitura crítica do movimento neoconstitucionalista, tendo, já, tornado-se um clássico sobre o tema. Cf. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 25 jul. 2014.

66 Para uma análise densa acerca dos traços distintivos do movimento neoconstitucionalista, com a qual concordamos integralmente, v. STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. in: *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, dez. 2013. p. 185-208.

67 Essas construções linguísticas têm como fonte o texto de STRECK acerca da leitura hermenêutica do referido “fenômeno”. Inclusive, as expressões “princípioalismo”, “judicialismo ético-jurídico” e “interpretativismo moral-constitucional” constam expressamente no texto e dali foram aqui adotadas. O autor, fazendo a ressalva de que não existe consenso satisfatório acerca dos conteúdos presentes na teoria neoconstitucional, aponta, contudo, as características que lhe parecem presentes de forma homogênea no discurso neoconstitucional: (a) pragmatismo; (b) sincretismo metodológico; (c) princípioalismo; (d) Judicialismo ético-jurídico; (e) interpretativismo moral-constitucional; (f) o juízo de ponderação; (g) especificidade interpretativa. cf. STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, p. 192-205, dez. 2013.

68 Utilizamos a conjugação no futuro do pretérito para explicitar nosso imaginário sobre os reais efeitos, notadamente (mas não exclusivamente) na hipótese de exigência de simetria (verticalização) nas coligações partidárias, qual seja: a clandestinidade das coligações. Algo que poderíamos chamar metaforicamente de “subir no palanque ‘pelos fundos’”. Essa circunstância também chamou atenção de Marchetti e Cortez, para quem: “Isso não significa que esses partidos se ausentaram da campanha presidencial, mas, como mostrou Carvalho (2006), significa que a regra judicial jogou as alianças para a informalidade, fazendo com que, em cada estado, os candidatos à presidência continuassem a subir em palanques de partidos nacionalmente adversários.” Cf. MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 444, nov. 2009. Com preocupação similar, porém com olhos na ADI 4650, Luís Carlos Martins Alves Jr. assevera que: “No tocante a essas ‘novas’ propostas de modificações normativas, em nossa avaliação, não enxergamos ilicitudes ou inconstitucionalidades nelas. Mas vislumbramos algumas inconveniências. Com efeito, a proibição de doações privadas às campanhas eleitorais ou aos partidos políticos conduzirá, forçosamente, a uma situação de clandestinidade e a um aumento exagerado das despesas públicas com os partidos políticos e campanhas eleitorais.” Cf. ALVES Jr., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro*. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

ética do governo⁶⁹, e que a troca de partidos por parlamentares após o pleito eleitoral “frauda, de modo acintoso e reprovável”⁷⁰ a vontade dos eleitores, parece demonstrar um exercício da jurisdição com matizes ético-jurídicas e moral-constitucional. Julgamentos como este encontram respaldo discursivo ou teórico no postulado neoconstitucional que acredita “ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo”⁷¹ e acaba depositando suas esperanças no protagonismo judicial.⁷²

Ainda sobre o neoconstitucionalismo, não bastando a severa crítica de Streck a demonstrar que esse discurso se mostra apto a ultrapassar apenas aquilo que, em diálogo com L. Ferrajoli, chama de “paleojuspositivismo”⁷³, não possuindo estofa teórico para ir além, Cass Sunstein ainda aponta que a busca, por parte da jurisdição, pelos “valores” sob a lei e a Constituição de modo a corrigir axiologicamente (moralmente) o direito não é algo tão novo. Com efeito, diz Sunstein, os juízes alemães atuantes no período pré-Segunda Grande Guerra e alinhados ao Nacional Socialismo entendiam de modo geral que as Cortes apenas poderiam atingir seus fins se não estivessem “coladas” (glued) ao texto legal. Deveriam, isso sim, buscar o núcleo interno (inner core) contido na letra da lei. Tratava-se, portanto, de uma busca jurisdicional pelo metafísico: valores, axiologismos – busca essa que, conforme as exigências do caso, prescinde de previsão normativa

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, voto do relator ministro Celso de Mello.

71 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. revista, modificada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

72 *Ibidem*, p. 53.

73 Sobre essa questão: “Destarte, passadas duas décadas da Constituição de 1988, e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defendem-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo neo em diversas ocasiões, como: neoprocessualismo, e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o direito justo (vide, nesse sentido, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Desse modo, fica claro que o neoconstitucionalismo representa, apenas, a superação – no plano teórico-interpretativo – do paleojuspositivismo (Ferrajoli) na medida em que nada mais faz do que afirmar as críticas antiformalistas deduzidas pelos partidários da Escola do Direito Livre, da Jurisprudência dos Interesses e daquilo que é a versão mais contemporânea desta última, ou seja, da Jurisprudência dos Valores.” Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed. revista, modificada. e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

expressa. Sunstein cita casos de recrudescimento do Tribunal Constitucional alemão em relação às proibições de relações físicas entre alemães e judeus, ocasiões em que o Tribunal ampliou o alcance das proibições, a despeito da falta de previsão normativa, por entender que aquele era o espírito da época (the spirit of the age).⁷⁴ Um caso clássico de protagonismo judicial.

Que fique devidamente esclarecido que não estamos a fazer qualquer comparação entre diferentes Tribunais de diferentes contextos espaço-temporais. Uma comparação desse jaez seria assaz indevida.⁷⁵ O argumento se propõe a demonstrar que a jurisdição (neoconstitucionalista) – a exemplo, conforme os entendemos, dos precedentes sobre verticalização e fidelidade partidárias, e outros citados no texto – que corrige moralmente o direito é, e deve ser, criticada sob as mais diversas perspectivas, e por juristas que se encontram em paradigmas filosóficos completamente distintos, como é o caso de Streck e Sunstein.

74 No original: “In the Nazi period, German judges rejected formalism. They did not rely on the ordinary or original meaning of legal texts. On the contrary, they thought that statutes should be construed in accordance with the spirit of the age, defined by reference to the Nazi regime. They thought that courts could carry out their task “only if they do not remain glued to the letter of the law, but rather penetrate its inner core in their interpretations and do their part to see that the aims of the lawmaker are realized.” Thus, for example, the German Supreme Court concluded that a law forbidding “sexual intercourse” between Germans and Jews “is not limited to coition. . . . A broad interpretation is . . . appropriate in view of the fact that the provisions of the law are meant to protect not only German blood but also German honor. This requires that in addition to coition, all such sexual manipulations—whether actively performed or passively tolerated—that have as their aim the satisfaction of one partner’s sex drive in a manner other than the completion of coition, must cease between Jews and citizens of German or related kinds of blood.” A lower court went so far as to conclude that kissing could take “the place of normal sexual intercourse” and therefore violate the statute, in such a way as to justify a two-year jail sentence. After the war, the Allied forces faced a range of choices about how to reform the German legal system. One of their first steps was to insist on a formalistic, “plain meaning” approach to law. “[S]uch laws enacted in the Hitler period as had not been voided were to be interpreted in accordance with ‘the plain meaning of the text and without regard to objectives or meanings ascribed in preambles or other pronouncements.’” Cf. SUNSTEIN, Cass R. Must formalism be defended empirically?, 1999, The University of Chicago – The law school. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/publications>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

75 A propósito, não se pretende cair aqui no chamado “reductio ad Hitlerum”, embora essa seja uma estratégia argumentativa usada por aqueles que combatem um regime calcado na lei, tornando pejorativa alguma coisa ao dizer que ela foi utilizada pelo regime de Hitler. Neste sentido, observe-se que falácia por falácia, havia adeptos da lei e adeptos de “superação” da lei. As duas observações, de pretensão pejoativa, acabam por se anular reciprocamente. A propósito, sobre a “reductio ad Hitlerum”, Confira-se, a este propósito: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999. p. 225; DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 257-264; COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. *Positivismo Jurídico e autoritarismo político: a falácia da reductio ad Hitlerum*. Em: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2006. p. 103-128.

As críticas acima indicadas são pautadas no contexto da interpretação do direito, do acontecer do fenômeno jurídico. Do exercício propriamente dito da jurisdição constitucional. Evoluindo no raciocínio, a crítica também pode ser desenvolvida a partir de uma perspectiva estritamente democrática; é dizer, uma crítica que concerne às conformações (ou deformações) do desenho institucional da República; ainda mais especificamente quanto à representação política. Sob essa perspectiva, Hans Kelsen e Robert Dahl são fontes incontornáveis, concorde-se ou não com elas.

Kelsen nos diz que a característica basilar da democracia é a síntese entre igualdade e liberdade.⁷⁶ Liberdade pelo impulso inato da natureza humana. “É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade.”⁷⁷ O postulado da igualdade como corolário da experiência histórica a nos ensinar que “se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade.”⁷⁸

Como se vê, a ideia central contida já no primeiro capítulo da obra *A democracia* reside na tentativa de sintetizar os dois princípios cuja interdependência é precisamente a principal característica da democracia: igualdade e liberdade. O que se procura demonstrar é a evolução do que chamou de liberdade da anarquia (liberdade natural do homem primitivo) até a liberdade da democracia. Na sua defesa da democracia e da liberdade possível Kelsen argumenta que, se de fato deve haver uma sociedade-Estado, então deve necessariamente haver um poder que regule essa organização social. E, nesse cenário, “se devemos ser comandados, queremos sê-lo por nós mesmos.”⁷⁹ E é dentro dessa circunstância que reside o conflito insolúvel e inevitável entre a liberdade individual e a ordem social – questão central a partir da qual são elaboradas todas as premissas e conclusões desse primeiro capítulo da obra do Mestre de Viena.

O homem é livre apenas dentro dos laços que o une à coletividade. Ou seja, a liberdade coletiva (ordem social) tem precedência, devendo valer objetivamente e independentemente da vontade singular dos indivíduos que se submetem à essa sociedade-Estado. Essa é a conclusão que se chega em razão da premissa kelseniana de que a democracia opera de acordo

76 KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 27.

77 *Ibidem*, p. 27.

78 *Ibidem*, p. 27.

79 *Ibidem*, p. 27.

com o princípio majoritário que, a despeito de estar sujeito a eventuais aperfeiçoamentos, é um princípio primeiro, fundamento da própria ideia de regime democrático.

É determinante para o raciocínio que aqui se quer construir, lembrar que Kelsen fundamenta o princípio majoritário não na ideia de que a maioria é mais forte e, portanto, tem mais poder. Essa ideia mecanicista é afastada pelo Mestre como um argumento defeituoso que fragiliza a democracia por fundamentar o raciocínio dos seus detratores. O fundamento do princípio majoritário que, esse sim, deve valer, é o de que, “se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles.”⁸⁰ O fundamento, portanto, é o do máximo grau de liberdade.

A liberdade é, de fato, um elemento central dos regimes democráticos. Bobbio, demonstrando a correção dessa afirmativa, nos ensina que a democracia moderna apenas vingou aonde os direitos de liberdade foram assegurados constitucionalmente.⁸¹ O usufruto desses direitos de liberdade ocorre, de forma basilar, pelo exercício da cidadania através do sufrágio. A despeito da existência de inúmeros outros instrumentos de atuação da sociedade civil na influência dos rumos políticos da República, o voto é o mais básico e mais importante deles. A existência de eleições livres segue sendo, como já vaticinava Bobbio na década de 80, a exclusiva forma de real atuação democrática.⁸²

Dentro desse raciocínio, e tratando-se a nossa de uma democracia prioritariamente indireta, os partidos políticos se apresentam como “únicos sujeitos autorizados a funcionar como elos de ligação entre os indivíduos e o governo.”⁸³ Ainda que não sejam os únicos canais de reverberação da sociedade civil, os partidos políticos ocupam posição de protagonismo na nossa democracia. Detêm, assim, uma legitimidade democrática ontológica, inata, inerente à sua própria existência e natureza. Dessa forma, as incursões

80 KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

81 Nesse sentido: “Jamais será suficientemente advertido, contra toda tentação organicista recorrente (não estranha ao pensamento político de esquerda), que a doutrina democrática repousa sobre uma concepção individualista de sociedade. No que não difere do Liberalismo, de resto (ver capítulo ‘Liberalismo velho e novo’). Isto explica porque a democracia moderna se desenvolveu e hoje exista apenas onde os direitos de liberdade foram constitucionalmente reconhecidos.” Cf. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 13.

82 *Ibidem*, p. 11.

83 *Ibidem*, p. 12.

do Poder Judiciário na esfera de funcionamento dos partidos políticos, notadamente em temas afeitos à aguardada reforma política, deveriam ser sobremaneira cautelosos.

A sua interferência nesse nicho de funcionamento estritamente político deveria sempre ter o respaldo de uma determinação expressa de lei ou do texto constitucional. Diferentemente do que se observou por ocasião dos casos de fidelidade (MS. 26.602, 26.603, 26.604, e, ADI's 3999, 4086 e 5081) e verticalização (ADI's 2626 e 2628; TSE, Resolução n. 20.993) partidárias, ocasiões em que o Judiciário atuou de modo não a superar flagrante inconstitucionalidade, mas a corrigir, conforme vemos, meras imperfeições ou inconveniências do nosso sistema representativo.

Como se viu também, a própria concepção da função Constitucional do Supremo Tribunal Federal está equivocada. Percebeu-se isso nos debates ocorridos já poucos dias depois da promulgação da Constituição, em 1990 entre os ministros Moreira Alves e Paulo Brossard, bem como nas observações equivocadas de que o STF seria uma renovada espécie de Poder Moderador, ou de Poder Constituinte Reformador, nas reflexões de Oscar Vilhena Vieira sobre o voto do ministro Celso de Melo, além das argumentações do ministro Roberto Barroso na ADI 5081.

Quando atua nesse sentido, o Judiciário se arroga da tutela do cenário político, como um agente de political improvement que, tutelando os partidos políticos, tutela o próprio cidadão numa desconsideração do espaço de construção política do Direito, de disputa legítima de interesses inerente aos regimes democráticos. Vale dizer, o Poder Judiciário (STF e TSE) atuou como se absurdo fosse “imaginar que se possa confiar que as pessoas comuns entendam e defendam seus próprios interesses, quanto mais os da sociedade em geral.”⁸⁴ É essa a ideia primeira de Guardiania, segundo desenvolvida por Robert Dahl, como a maior ameaça aos regimes democráticos. É um regime que contesta o pressuposto mais elementar da democracia: o fato de que as pessoas são competentes para governar a si próprias.⁸⁵

Desse modo, a partir desse referencial teórico é que nos parece possível afirmar que o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, vem se arrogando da qualidade de Guardiã da República, não apenas, mas também nos temas concernentes à reforma política. É pertinente lembrar,

84 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 77.

85 *Ibidem*, p. 82.

contudo, que, conforme vemos, a Emenda Constitucional n. 52/2006 foi uma resposta do Parlamento à ingerência do Tribunal nos espaços que deveriam ser de conformação prioritariamente política.⁸⁶ E aí se encontra a atualidade das lições extraídas dos casos analisados de verticalização e fidelidade partidárias.

Parece haver, nesse sentido, uma patente incompreensão do significado da expressão “guardião” prevista no art. 102 da Constituição. Ela significa apenas e tão somente que o Supremo Tribunal irá velar (assim como vaticinando por Rui Barbosa, que desenhou o Tribunal como uma sentinela⁸⁷) pela guarda do texto, tal e qual construído pelo Constituinte originário, ou modificado pelo derivado, mas em nenhuma hipótese significa o tipo de guardiania da qual nos fala Robert Dahl⁸⁸, um tipo completamente diferente da guardiania de que discutiam Hans Kelsen⁸⁹ e Carl Schmitt⁹⁰ sobre quem deveria ser “o guardião da Constituição”, o Führer ou o Tribunal Constitucional.

86 Para evidenciar que a EC 52/2006, que na Câmara dos Deputados tramitou como PEC 548/2002, foi uma resposta clara do Parlamento ao Judiciário, basta a leitura dos Pareceres dos Deputados José Ivo Sartori, em que afirma que “o escopo da proposta é reafirmar a autonomia dos partidos políticos para se coligarem e afastar qualquer interpretação que induza a verticalização compulsória de coligações, como ocorreu quando da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta nº 715-DF, cujo conteúdo indicava que a verticalização seria obrigatória nas eleições de 2002, subordinando as alianças de partidos realizadas nas circunscrições de âmbito estadual ou distrital àquelas estabelecidas na eleição presidencial.”; ou, ainda, do Deputado Inaldo Leitão em que afirma que: “A proposta sob comento revela o propósito de fixar a melhor inteligência ao § 1º do Art. 17 da Constituição Federal, espandendo qualquer dúvida quanto ao alcance da norma e restabelecendo a liberdade e autonomia dos partidos políticos em face da discutível decisão do Tribunal Superior Eleitoral que, através de resolução, impôs a verticalização nas coligações partidárias nas eleições de 2002.” Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: 25 abr. 2015.

87 Cala forte, ou deveria calar forte, a retumbante frase de Rui: “Como todas estas calamidades se reduzem à inobservância da lei, e têm na inobservância da lei a sua causa imediata, não estranhareis que para elas vos chame a atenção numa solenidade como esta. Bem fora estou de vos querer arrastar ao campo onde se embatem os partidos, e debatem as suas pretensões. Ao poder não aspirais, e o melhor de vossa condição está em nada terdes com o poder. Mas tudo tendes com a lei. Da lei depende essencialmente o vosso existir. Vosso papel está em serdes um dos guardas professos da lei, guarda espontâneo, independente e desinteressado, mas essencial, permanente e irredutível. Fora da lei, nossa Ordem não pode existir senão embrionariamente como um começo de reivindicação da legalidade perdida”. Cf. BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. Trabalhos Jurídicos. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. p. 223-258.

88 DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 78.

89 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? Em: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

90 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

O indispensável apego à legalidade, à força da lei, é a lógica pela qual no sistema brasileiro se atribui ao Supremo aquele a quem deve estar incumbida a prolação da última palavra em termos de proteção do sistema Constitucional, nas palavras de 1914 proferidas por Rui Barbosa. A referida lógica é de “proteção” da legalidade Constitucional.

Assim, na realidade a última palavra acaba sendo a primeira palavra, aquela que é externado pelo povo, diretamente ou através de seus representantes eleitos, e só essa interpretação, deitada por Rui Barbosa⁹¹, possui de fato apego a historicidade do desenvolvimento da Suprema Corte, e se coaduna com o regime democrático, pois de outra maneira teremos franqueadas e disponíveis as ensanchas para conselhos de sábios, de salvação pública, salvadores da pátria autoatribuídos, mas jamais um sistema que se pretenda democrático.

Até porque tal noção de “última palavra” não é uma guerra de todos contra todos. Tendo como premissa a preservação da legalidade constitucional, como forma de não se desmoralizar e transformar o judiciário em um brinquedo, é que se estabelece a questão de uma última palavra nesses exatos termos: preservação da Constituição, e não a sua desfiguração elementar.⁹²

91 A conjugação da legalidade (nota 89, supra), com a seguinte passagem sequencial do mesmo Rui Barbosa: “Mas a política destes últimos tempos, como quem sente dia-a-dia abrir-se-lhe a vontade no lauto banquete dos abusos, não se detém com embaraços, quando o estômago lhe afeta um bocado régio; e bem pouco é para as goelas do seu arbítrio uma instituição constitucional, quando se pode sorver e sumir de um trago no bucho pantagruélico de uma situação useira e vezeira em devorar leis, tesouros e constituições. Tanto vai dos homens que fundaram este regímen aos que o estão gargantuando, tanto da democracia jurídica, em que, há vinte e cinco anos encarávamos o nosso ideal, à demagogia anárquica, misto de cesarismo e indisciplina, pretorianismo e jacobinismo, em que os ideais de hoje supuraram o seu vírus. Aqueles faziam da justiça a roda-mestra do regímen, a grande alavanca da sua defesa, o fiel da balança constitucional. Estes, se lograssem o que intentam, reduziriam o Supremo Tribunal a uma colônia do Senado. Em vez de ser o Supremo Tribunal Federal, qual a nossa Constituição o declarou, o derradeiro árbitro da constitucionalidade dos atos do Congresso, uma das Câmaras do Congresso passaria a ser a instância de correição para as sentenças do Supremo Tribunal Federal”. Cfr. BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. Trabalhos Jurídicos. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. p. 231.

92 Veja-se, a partir das premissas anteriores (notas 89 e 93, Supra), a observação sobre a última palavra atribuída ao Supremo: “Pois, se da política é que nos queremos precaver, buscando a justiça, como é que à política deixaríamos a última palavra contra a justiça? Pois, se nos tribunais é que andamos à cata de guarida para os nossos direitos, contra os ataques sucessivos do Parlamento ou do Executivo, como é que volveríamos a fazer de um destes dois poderes a palmatória dos tribunais?”. Cfr. BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. Trabalhos Jurídicos. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. p. 231.

A noção de última palavra (“last word”, “final say”) está presente desde o caso *Marbury v. Madison*⁹³, de 1803, que fica claro o sentido expresso de que se trata de preservação da “legalidade Constitucional”, e não criação política judiciária “invencionista”, considerando-se ainda dois fatores: as tradições distintas entre a Suprema Corte americana (common law) e o Supremo Tribunal Federal, que no projeto que saiu literalmente da mão de Rui Barbosa, e estava influenciado pela noção de legalidade constitucional (cumprir e fazer cumprir).⁹⁴

Se a manifestação do Parlamento é contada em votos, a resposta oferecida ao Poder Judiciário por ocasião da EC 52/2006 foi clara: a votação da Proposta de Emenda Constitucional teve, no Senado Federal, um escore de 60 aprovações, 4 reprovações e apenas 2 abstenções no primeiro turno, e de 57 aprovações, 5 reprovações e 1 abstenção em segundo turno.⁹⁵ Na Câmara dos Deputados a votação seguiu toada um pouco mais amena, mas ainda assim contundente: em primeiro turno 343 aprovações, 143 reprovações e 1 abstenção e, em segundo turno, 329 aprovações, 142 reprovações e 0 abstenções.⁹⁶ Desse modo, a bem sucedida empreitada de alterar a interpretação judicial pela via política, “demonstrava claramente a resistência em aceitar a decisão de outro poder e iniciava uma espécie de queda de braço pela legitimidade de regulador da competição político partidária.”⁹⁷

Há que se concordar com Luís Carlos Martins Alves Jr. quando afirma que, se por um lado na hipótese da “verticalização partidária” o Parlamento anulou uma decisão judicial com uma manifestação política, já quando da decisão pelo STF do caso da “fidelidade partidária”, “o Congresso nada fez, porquanto a decisão judicial atendia aos interesses dos maiores partidos com representação nas Casas legislativas.”⁹⁸ Esse

93 Veja-se, a propósito, a famosa frase do caso *Marbury v. Madison*: “It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret the rule. If two laws conflict with each other, the Court must decide on the operation of each. If courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply”.

94 NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 17, n. 67, jul./set. 1980.

95 BRASIL. *Senado Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

96 BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

97 MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, p. 438. nov. 2009.

98 ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro*. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

raciocínio nos leva a concluir que as decisões do Supremo Tribunal Federal, conquanto nitidamente reformadoras das regras da disputa política, devem manter-se apenas na medida em que aceitável da perspectiva majoritária do Parlamento. Essa parece ser uma lição bastante atual em vista da turbulência política pela qual passa a República. Atento à virulenta disputa que desde o início do ano de 2015 envolve o Poder Executivo e o Poder Legislativo, talvez fosse aconselhável ao Poder Judiciário manter-se seguro ao abrigo de uma atuação contida, pois deferente aos outros Poderes, e legítima, pois deferente ao texto da Constituição da República, respeitando-lhe a alteridade, conforme determina o seu art. 102; deixando neoconstitucionalismos, assim, para ideário acadêmico.

3 CONCLUSÕES

Já há algum tempo, o então recém empossado ministro Barroso deu entrevista à Folha de São Paulo em que, tratando do tema reforma política, afirmou: “não está funcionando, nós temos que empurrar a história. Está emperrado, nós temos que empurrar.”⁹⁹ O entendimento externado por Barroso nessa entrevista ficou conhecido como “o Judiciário como o motor da história.” Metáfora semelhante encontramos em texto de Borges de Oliveira em que defende o papel dos Tribunais constitucionais na “correção de rota da crise da democracia representativa.”¹⁰⁰ Vale dizer, acaso vitoriosos os dois entendimentos, teríamos o Judiciário não apenas como a própria força motriz da evolução histórico-política da nossa comunidade, mas, também, detentor do leme direcionador dos rumos da República com autoridade para recolocar-nos na rota que os 11 (onze) ministros entendam como a mais adequada.

É evidente o reconhecimento que aqui se faz do importantíssimo papel que o Judiciário, no geral, e que Supremo Tribunal Federal, no particular, desempenham na nossa democracia. Contudo, por todos os argumentos que foram apresentados neste texto, o entendimento de “motor” e “leme” da nação parece ser, sem ingressar no mérito da “boa-intenção” dos seus idealizadores, um entendimento antidemocrático e com franco talento para o autoritarismo.

99 BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

100 OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Ativismo judicial e o papel das Cortes constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. *Direito Público*, v. 01, n. 40, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

Nessas disputas por espaço e poder político, notadamente nessa verdadeira disputa de “Titãs”, cremos que as apostas mais seguras serão aquelas que levem em consideração a explicitação do texto constitucional acerca de qual o locus do verdadeiro Poder, e por meio de quem ele é exercido (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República).

REFERÊNCIAS

ALVES Jr., Luís Carlos Martins. *O sistema partidário e a reforma política: uma breve análise acerca da estrutura normativa e da dinâmica constitucional dos partidos políticos e do regime representativo brasileiro*. Texto apresentado por ocasião de palestra proferida na Segunda Reunião de Membros do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, realizada em 23.4.2015, dentro do ciclo de palestras sobre “Reforma Política, Corrupção e Financiamento de Campanha”. Brasília: UniCEUB, 2015.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica do Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 25 jul 2014.

BARBOSA, Rui. O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira. *Trabalhos Jurídicos. Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLI, tomo IV, Original de 1914. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. Inércia do Congresso traz riscos para a democracia. *Folha de São Paulo*, Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/12/1388727-entrevista-com-luis-roberto-barroso.shtml>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

BRASIL. Procuradoria Geral da República. *Parecer n. 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR*, de 25 de julho de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5081/DF*, relator ministro Roberto Barroso.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4086/DF*, relator ministro Joaquim Barbosa.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.626/DF*, relator min. Sydney Sanches.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.628/DF*, relator min. Sydney Sanches.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.927/DF*, Relator ministro Moreira Alves.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 31/DF*, relator min. Teori Zavascki.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 4.733/DF*, relator min. Ricardo Lewandowski.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.916/DF*, relator ministro Carlos Madeira.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 20.941/DF*, relator ministro Aldir Passarinho.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.602/DF*, relator ministro Eros Grau.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.603/DF*, relator ministro Celso de Mello.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 26.604/DF*, relator ministra Cármen Lúcia.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário Eleitoral 12.369/DF*, relator ministro Laudo de Camargo.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 1.398/DF – Resolução n. 22.526*, relator min. Cesar Asfor Rocha.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.993 - Instrução n. 55, Classe 12ª*. Relator ministro Fernando Neves.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta n. 715/DF*, Relator ministro Garcia Vieira.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 1.841, de 7.5.1947*. Relator ministro Professor Sá Filho.

CÔELHO, I.M. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Edição Especial (Ativismo Judicial), v. 5, n. 2, 2015.

_____. Arbitragem, Mediação e Negociação: A Constitucionalidade da Lei de Arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 219, jan./mar. 2000.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. Positivismo Jurídico e autoritarismo político: a falácia da *reductio ad Hitlerum*. Em: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico?* São Paulo: Método, 2006.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro, São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

FRANK, Jerome. *Civil Law Influences on the Common Law: Some Reflections on "Comparative" and "Contrastive" Law*. Univ. of Penn. L. Rev, v. 104, n. 7, 1956.

HOCHSCHILD, Adam S. The Modern Problem of Supreme Court Plurality Decision: interpretation in historical perspective. *Journal of Law & Policy*, v. 4, 2000.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Quem deve ser o guardião da Constituição? Em: KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 2, nov. 2009.

MOOREHEAD, R. Dean. The 1952 Ross Prize Essay - Concurring and Dissenting Opinions. *American Bar Association Journal*, v. 38, n. 10, 1952.

NOGUEIRA, Rubem. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. *Revista de Informação Legislativa*, ano 17, n. 67, jul./set. 1980.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. Ativismo judicial e o papel das Cortes constitucionais nas correções de rota da crise da democracia representativa. *Direito Público*, v. 01, n. 40, 2011. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

PÁDUA, Thiago Aguiar de. Triângulo da Violência Argumentativa - Cortes Superiores, Supremas e Constitucionais: Decisão Monitorada em uma Democracia Monitória. *Civil Procedure Review*, v. 5, n. 2, may-aug, 2014.

PAGE, Martin. *A primeira Aldeia Global: como Portugal mudou o mundo*. 13. ed. Tradução de Gustavo Palma. Alfragide: Casa das Letras, 2014.

RE, Richard M. Narrowing Precedent in the Supreme Court. *Columbia Law Review*, v. 114, 2014.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARZ, Roberto. As ideias fora do lugar. Em: Schwarz, Roberto. *Ao Vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*, 6. ed. São Paulo: 34, 2012.

STEWART, David O. A Chorus of Voices. *American Bar Association Journal*, v. 77, n. 50, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. Uma leitura hermenêutica das características do neoconstitucionalismo. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, dez. 2013.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. revista, modificada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *Must formalism be defended empirically?* 1999, The University of Chicago – The law school. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/publications>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

VALLS, Luiz. *BROSSARD - 80 Anos na História Política do Brasil*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal: o novo poder moderador. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha S. C. *Os Juristas na formação do Estado-Nação brasileiro (1930-dias atuais)*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RECEBIDO EM: 27/08/2015
APROVADO EM: 26/11/2015

A CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA PENAL

THE CONSTITUCIONALITY OF THE INSTITUTE OF RECIDIVISM

Wolney Cunha Soares Júnior
Procurador Federal
Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição Legal e Efeitos Jurídicos da Reincidência; 2 Reincidência e Garantismo Penal; A) Funções da Pena; B) Princípio do ne bis in idem; C) Princípio da secularização; D) Princípio da culpabilidade; E) Princípio da igualdade; F) Princípio da individualização da pena e princípio da proporcionalidade; 3 Reincidência e Direito Penal do Inimigo; 4 Do Julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 453.000/Rs acerca da Reincidência Penal; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O questionamento acerca da legitimidade e constitucionalidade do instituto da reincidência (cujos diversos efeitos penais direcionam-se sempre para uma maior reprimenda do condenado) tem sido uma constante na dogmática penal, tanto aqui, no Brasil, como no exterior. As críticas feitas ao instituto da reincidência são diversas e partem da análise da função ressocializadora da pena, do princípio do *ne bis in idem*, do princípio da secularização, do princípio da culpabilidade, do princípio da igualdade, do princípio da lesividade, do princípio da intervenção mínima, do princípio da individualização da pena e do princípio da proporcionalidade. Todas essas críticas apresentam, em comum, sempre o enfoque no garantismo penal, entendido este como único modelo de Direito Penal congruente com um Estado Democrático de Direito e em que são resguardados direitos e garantias individuais limitadoras do poder punitivo (*jus puniendi*), evitando-se, assim, o arbítrio judicial e o autoritarismo dentro de um sistema penal que já é reconhecido, infelizmente, há tempos, como seletivo. Contudo, a maior censura de culpabilidade, a limitação temporal da condenação anterior para efeitos de reincidência e o fato de nem todos os crimes gerarem reincidência legitimariam a aplicação da reincidência.

PALAVRAS-CHAVE: Reincidência. Garantismo Penal. Constitucionalidade.

ABSTRACT: The question about the legitimacy and constitutionality of the institute of recidivism (whose various criminal direct effects always imply a greater reprimand of the offender) has been a constant in dogmatic law, both here in Brazil and abroad. The criticism of the institute of recidivism is based mainly on the analysis of the true function of penal sanctions, the principle of *ne bis in idem*, the principle of secularism, the principle of culpability, the principle of equality, the principle of minimum intervention, the principle of individualization of punishment and the principle of proportionality. All these aspects have in common the prevalence of the individual rights and guarantees in criminal law, which is allegedly the only model of criminal law congruent with a democratic State, for it limits the punitive power (*jus puniendi*), avoiding arbitrary judicial decisions and authoritarianism by the criminal courts within a penal system that is already recognized, unfortunately, as selective and discriminatory against minorities. However, the greater culpability of the recidivist, the limitation on time of the penal effects of recidivism and, finally, according to the Brazilian legal system, the fact that not all crimes generate recidivism legitimate the existence of the institute itself.

KEYWORDS: Recidivism. Individual Guarantees and Rights in Criminal Law. Constitutionality.

INTRODUÇÃO

Um instituto bastante polêmico e muito questionado quanto à sua constitucionalidade é a reincidência penal. Apesar disso, o agravamento da pena em razão do réu ser reincidente é aplicado pacificamente pelos juízes e Tribunais de todo o país.

O Código Penal brasileiro (CPB) adotou, em seu art. 68, *caput*, um critério trifásico de aplicação da pena (chamado também de critério Nelson Hungria, devido ao seu renomado defensor):

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

Do dispositivo legal acima transcrito, depreende-se, portanto, conforme leciona Rogério Greco¹, que, “*primeiramente, deverá o julgador encontrar a chamada pena-base, sobre a qual incidirão os demais cálculos*” (utilizando-se do art. 59 do CPB, que dispõe sobre as circunstâncias judiciais); “*em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes previstas na parte geral do Código Penal (arts. 61 e 65)*” e, finalmente, o terceiro momento de aplicação da pena, que “*diz respeito às causas de diminuição e de aumento*”.

De acordo com o art. 61, I, do CPB, a reincidência penal encontrar-se-ia, então, na segunda fase da dosimetria da pena, sendo uma circunstância agravante:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

I - a reincidência; (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

II - ter o agente cometido o crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

a) por motivo fútil ou torpe;

1 - GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 597-601.

- b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006)
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, velho, enfermo ou mulher grávida. (Redação dada pela Lei nº 9.318, de 1996)
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada. (grifo nosso)

Não obstante a supradita previsão legal, o agravamento da pena em razão da reincidência (que produz, ainda, outros efeitos penais negativos para o condenado, previstos tanto na parte especial do CPB quanto na legislação extravagante, os quais serão oportunamente abordados) é bastante criticado, sob diversos enfoques, que podem ser aglutinados dentro do chamado garantismo penal, tais como a função ressocializadora da pena, o princípio do *ne bis in idem*, o princípio da secularização, o princípio da culpabilidade, o princípio da igualdade, o princípio da lesividade, o

princípio da intervenção mínima, o princípio da individualização da pena e o princípio da proporcionalidade.

Disso resulta a indagação acerca da constitucionalidade do instituto da reincidência penal, que, para alguns doutrinadores, deveria ser abolido do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto outros entendem, inclusive, que o reincidente deveria, na verdade, receber um tratamento mais brando (vale dizer, uma pena menos severa).

O presente trabalho visa analisar o instituto da reincidência à luz do garantismo penal, buscando, também, dar a ele uma dimensão que possa justificar a sua permanência no direito pátrio e, ainda, uma maior reprimenda ao réu. Para tanto, em um primeiro momento, serão abordados o conceito da reincidência e os seus principais efeitos (previstos na legislação penal), e, posteriormente, o garantismo penal e o direito penal do inimigo.

1 DEFINIÇÃO LEGAL E EFEITOS JURÍDICOS DA REINCIDÊNCIA

O conceito legal de reincidência, os seus requisitos e pressupostos, variam de acordo com a legislação penal de cada país (inclusive ao longo do tempo, se analisada, por exemplo, a evolução da legislação penal brasileira), o que impossibilita, portanto, um conceito único e universal aplicável sempre, para qualquer época e qualquer lugar².

O vigente Código Penal brasileiro (CP), nos arts. 63 e 64, dispõe que:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 64 - Para efeito de reincidência: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

2 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 26-27.

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Vê-se que o nosso Código Penal adotou o sistema da temporariedade, também chamada, por parte da doutrina, de prescrição da reincidência.

Anteriormente, o legislador penal havia adotado o sistema da perpetuidade, segundo o qual “*uma vez reincidente o réu carregará consigo eternamente as conseqüências e efeitos da reincidência, eis que não há limitador temporal para tanto*”³. Todavia, com reforma de 1984, o antigo sistema foi preterido, prevalecendo, assim, a temporariedade, cessando-se os efeitos da reincidência após o prazo de 5 (cinco) anos da data de cumprimento ou extinção da pena.

Poder-se-ia dizer que a limitação temporal da condenação anterior para efeitos de reincidência legitimaria, inclusive, o agravamento da pena por esta circunstância.

Afinal, desarrazoado seria a pessoa carregar consigo permanentemente uma eventual condenação penal, de modo que, vindo a cometer uma contravenção décadas depois, seria reincidente. A contrario sensu, possuindo a reincidência um efeito temporário de agravar a pena (vale dizer, após 5 anos do cumprimento ou extinção da pena, se a pessoa cometer novo delito, não será reincidente), não haveria problema algum em se punir mais severamente aquele que, após ter a sua pena extinta, em curto espaço de tempo, comete novo crime.

A reincidência pode ser classificada em real (o réu comete novo crime após ter cumprido, no todo ou em parte, pena por crime anterior) ou ficta (basta o réu cometer novo crime depois de sentença transitada em julgado); em genérica (não exige que os delitos sejam da mesma natureza), específica (exige-se que os delitos sejam da mesma natureza) ou especialíssima (exige-se que seja violado o mesmo artigo de lei penal)⁴.

Ao reincidente aplicam-se os mais diversos e negativos efeitos jurídicos, previstos tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial do

3 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 80, out. 2006.

4 *Ibidem*, p. 81.

Código Penal, bem como no Código de Processo Penal (CPP) e em legislação especial⁵.

Entre os efeitos previstos *na Parte Geral do Código Penal*, tem-se que a reincidência: a) agrava a pena privativa de liberdade em quantidade indeterminada dentro dos limites da cominação pertinente (art. 61, I, do CP); b) prepondera no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (art. 67 do CP); c) impede a concessão da suspensão condicional da execução da pena (*sursis*) na hipótese de reincidência em crime doloso (art. 71, I, do CP); d) impede a substituição da pena privativa de liberdade (PPL) por restritiva de direitos (PRD's) na hipótese de reincidência em crime doloso (art. 44, II, do CP), a não ser que a reincidência seja genérica e a substituição socialmente recomendável, sendo, como se verá em breve, uma relativização da reincidência penal (art. 44, § 3º, do CP); e) impede a substituição da PPL por multa (arts. 60 § 2º, e 44, § 2º, do CP); f) provoca a conversão da pena substitutiva em pena privativa de liberdade (art. 45, I, do CP, atual § 5º, do art. 44); g) aumenta de um terço à metade o prazo de efetiva privação da liberdade para obtenção do livramento condicional, se se tratar de crime doloso (art. 83, II); h) aumenta para dois terços o prazo de efetivo cumprimento da PPL para obtenção do livramento condicional, se se tratar de crime hediondo ou equiparado (art. 83, V, primeira parte, do CP); i) impede a concessão do livramento condicional quando se trata de reincidência específica em crimes hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo e tortura (art. 83, V, parte final, a contrário senso, do CP); j) impõe ao agente o regime semi-aberto para início de cumprimento de pena de detenção (art. 32, § 2º, b e c, do CP); k) impõe ao agente o regime semi-aberto para início de cumprimento de pena de detenção (art. 33, § 2º, c, do CP); l) produz a revogação obrigatória do *sursis* em condenação por crime doloso (art. 81, I, do CP); m) produz a revogação facultativa do *sursis*, na hipótese de condenação por crime culposo ou contravenção penal (art. 81, § 1º, do CP); n) acarreta a revogação obrigatória do livramento condicional, sobrevivendo condenação a PPL por crime cometido anteriormente à vigência do benefício (art. 86, II, do CP); o) acarreta a revogação facultativa do livramento condicional, sobrevivendo condenação por crime ou contravenção, se imposta PPL (art. 87 do CP); p) revoga a habilitação, quando sobrevier condenação a pena que não seja de multa (art. 95); q) aumenta de um terço o prazo prescricional da

5 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 81-85, out. 2006; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 62; SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 2, n.4, p. 48-49, 1998; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 167-168.

pretensão executória e, de acordo com o que vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), também o da prescrição da pretensão punitiva (art. 110, *caput*, do CP) e, ainda, r) interrompe a prescrição da pretensão punitiva (art. 117, VI, do CP).

Quanto aos efeitos previstos para a reincidência *na Parte Especial do Código Penal*, destacam-se: a) impedimento de perdão judicial no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 3º, do CP); b) impedimento de pena de multa no crime de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 3º, do CP); c) impedimento de perdão judicial no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, do CP); d) impedimento de pena de multa no crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 2º, do CP); e) impedimento do reconhecimento de causas de diminuição de pena nos crimes de furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP), de estelionato privilegiado (art. 171, § 1º, do CP), de fraude no comércio privilegiada (art. 175, § 2º, do CP), de receptação culposa privilegiada (art. 180, §§ 3º e 5º, do CP), de receptação dolosa privilegiada (art. 180, *caput* e § 5º, do CP), de apropriação indébita privilegiada (art. 168 c.c. art. 170 do CP), de apropriação indébita previdenciária privilegiada (art. 168-A c.c. art. 170 do CP), de apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza, privilegiadas (art. 169, *caput*, c.c. art. 170 do CP), de apropriação de tesouro privilegiada (art. 169, parágrafo único, I, c.c. art. 170 do CP) e de apropriação de coisa achada privilegiada (art. 169, parágrafo único, II, c.c. art. 170 do CP).

Entre os efeitos da reincidência previstos *no Código de Processo Penal*, tem-se o impedimento da concessão de fiança, em caso de condenação por delito doloso (art. 323, III, do CPP), e, ainda, a possibilidade de decretação de prisão preventiva (art. 313, III, do CPP);

Por fim, quanto aos efeitos previstos *na legislação especial*, salienta-se que a reincidência penal: a) impossibilita a transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo (art. 76, § 2º, I, da Lei 9.099/95); b) impede a suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95); c) aumenta de um terço até metade a pena de quem já foi condenado por violência contra a pessoa no caso de porte ilegal de arma que não seja de fogo (art. 19, § 1º, LCP); d) é qualificadora do crime de porte de arma de fogo, prevista no § 3º, IV, do art. 10 da Lei 9.437/97); e) integra o tipo da contravenção penal de ter consigo material utilizado para furto, por quem já foi condenado por furto ou roubo; f) permite a aplicação, de forma cumulada, da penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor com outra de natureza diversa, em se tratando de

reincidência em crimes de trânsito, previstos na Lei 9.503/97 (art. 296); g) agrava a pena, quando não constituem ou qualificam os crimes de natureza ambiental (art. 15 da Lei 9.605/98); h) dobra as penas pecuniárias previstas na lei que estabelece normas para as eleições (art. 90 da Lei 9.504/97); i) aumenta, pela metade, a pena no crime de emprego, desenvolvimento, fabricação, comercialização, importação, exportação, aquisição, estocagem, retenção ou transferência, direta ou indireta, de minas terrestres antipessoal no território nacional (art. 2º, § 2º, da Lei 10.300/01) e, também, j) pode triplicar o valor da multa no caso dos crimes contra o mercado de capitais, artigos acrescidos à Lei 6.385/76 pela Lei 10.303/01).

2 REINCIDÊNCIA E GARANTISMO PENAL

Diante de todos esses efeitos aplicáveis ao reincidente, sempre a prejudicá-lo, o questionamento acerca da legitimidade e constitucionalidade do referido instituto penal tem sido uma constante na dogmática penal, tanto aqui, no Brasil, como no exterior.

As críticas feitas ao instituto da reincidência são diversas e partem da análise da função ressocializadora da pena, do princípio do *ne bis in idem*, do princípio da secularização, do princípio da culpabilidade, do princípio da igualdade, do princípio da lesividade, do princípio da intervenção mínima, do princípio da individualização da pena e do princípio da proporcionalidade, que serão analisados adiante.

Todas essas críticas apresentam, em comum, sempre o enfoque no garantismo penal, entendido este como único modelo de Direito Penal congruente com um Estado Democrático de Direito e em que são resguardados direitos e garantias individuais limitadoras do poder punitivo (*jus puniendi*), evitando-se, assim, o arbítrio judicial e o autoritarismo dentro de um sistema penal que já é reconhecido, infelizmente, há tempos, como seletivo⁶.

A) FUNÇÕES DA PENA

A fim de melhor compreender e debater o tema, mostra-se importante, de início e brevemente, analisar as diferentes teorias sobre as funções da pena⁷.

6 TORELLY, Elisa et al. Cor, escolaridade e prisão: um estudo sociojurídico do fenômeno da reincidência criminal. *Revista de estudos criminais*, [S.L.], v.8, n. 28, p. 137-148, jan./mar. 2008.

7 ASSIS, Rafael Damaceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, p. 73-80, jan./mar. 2008; MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade*

Em apertada síntese, pode-se falar em três principais teorias, quais sejam, a absoluta (retributiva), a relativa (finalista ou utilitária) e a mista.

Na teoria absoluta, abstrai-se a pena de todos os fins sociais, o direito penal e a pena são um fim em si mesmo. Vale dizer, aquele que comete um crime deve ser castigado na mesma proporção. A pena seria um mal necessário aplicado, em igual intensidade, a um delinquente que pratica um mal (crime), daí a idéia de retribuição e, também, de proporcionalidade na limitação da pena (lei de talião). O fundamento filosófico para tanto é encontrado, por exemplo, em Kant e Hegel. Enquanto para aquele a pena seria um imperativo categórico (ao mal do crime, deve-se aplicar o mal da pena, imperando entre eles a igualdade), para este a pena representaria uma reafirmação do direito frente ao crime (que seria a negação do mesmo)⁸.

Já a teoria relativa atribui à pena uma concepção de meio, e não de fim, considerando-a um instrumento de prevenção.

Dessa forma, a prevenção classificaria-se em especial, visando o próprio agente do fato (condenado), e em geral, sob a ótica da comunidade como um todo. Nesse contexto, o afastamento (privação da liberdade) do criminoso seria a prevenção especial negativa, impedindo que o mesmo voltasse a cometer crimes, ainda que temporariamente (durante o cumprimento da pena), sendo a prevenção especial positiva a correção e a ressocialização desse criminoso (leia-se, após o término de sua pena, ele não mais reincidiria).

Lado outro, a prevenção geral negativa seria a dissuasão de todos os cidadãos de praticarem crimes, servindo o condenado como exemplo da eficiência do poder punitivo estatal (certeza na captura e punição daquele que cometer crimes), enquanto a prevenção geral positiva seria a transmissão à coletividade da idéia de reafirmação do ordenamento jurídico e, portanto, de segurança e da ordem restabelecida.

Destaca-se que a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio é a mista⁹, que compreende o duplo aspecto da punição (retribuição do delito já

do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 139-171; QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 173-189.

8 MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 142-143.

9 ASSIS, Rafael Damaceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, p. 77, jan./mar. 2008; ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista*

consumado e prevenção do cometimento de delitos no futuro, inclusive com a adequada ressocialização do condenado), conforme se verifica do art. 59, *caput*, do CP e do art. 1º da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal – LEP):

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja *necessário* e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (*Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984*)

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e *proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*. (grifo nosso)

Disso se tem a primeira crítica ao instituto da reincidência penal, que, nas palavras de Maria Lúcia Karam¹⁰:

Se, com o cumprimento de uma pena anterior, se reforçou a motivação contrária à norma, o que se demonstra é tão-somente que aquela pena foi contraproducente e criminalizante, o que torna um paradoxo a insistência nesta reação punitiva.

Considerando as funções da pena em nosso ordenamento jurídico, a crítica que se faz à reincidência enquanto agravante obrigatória da pena pode ser resumida da seguinte forma: sabendo-se dos efeitos deletérios produzidos pela pena de prisão sobre o indivíduo, vale dizer, a ação criminógena do cárcere sobre o condenado, o qual, após o cumprimento da referida pena, longe de encontrar-se socializado para viver novamente em comunidade, incorporou uma cultura paralela, valores (padrões) da prisão diante da necessidade de sobreviver naquele lugar, tem-se que, devido ao Estado falhar em fazer cumprir a função da pena de reeducação e reinserção do indivíduo à sociedade (função esta que havia legitimado, inclusive, o exercício do *jus puniendi*), a tendência é que ex-condenado (recém liberto) reincida, razão pela qual a reincidência não pode ser, posteriormente, utilizada para agravar a pena do novo delito cometido.

Jurídica, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 104, out. 2006.

10 KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.126-127, abr./jun. 1994.

Oportuno transcrever pensamento de Rafael Damaceno de Assis¹¹, que descreve bem esse fenômeno de *prisionização* (assimilação de valores da prisão, inexistindo, de fato, ressocialização):

O bom comportamento demonstrado pelo detento na prisão torna-o apenas adepto dos valores nela existentes, não significando que está apto a retornar à sociedade por ter sido ressocializado. Dessa forma, ao voltar à liberdade, por haver-se adequadamente àquela ordem imposta no cárcere, não consegue adaptar-se de forma satisfatória às situações-problemas, o que, de acordo com a teoria adaptativa já exposta, tende a motivar a prática de novos delitos.

Diante do exposto acima, alguns doutrinadores entendem, inclusive, que a reincidência deveria não apenas deixar de ser uma agravante, mas, poderia, perfeitamente, ser uma atenuante:

A presumida maior probabilidade de um novo delito ou a pretensa maior perversão da personalidade do autor reincidente, na realidade, poderiam ser atribuídos ao próprio Estado, enquanto efeitos da intervenção punitiva anterior, de forma que o que poderia sim haver na reincidência seria, em geral, uma menor culpabilidade, em função da redução do âmbito de autodeterminação gerado pela prévia intervenção punitiva, estigmatizante e redutora do espaço social do apenado¹².

Não obstante o exposto acima, deve-se atentar para a complexidade e diversidade inerente ao ser humano, existindo, por que não, aqueles detentos que seriam irrecuperáveis¹³, nos dizeres de Sacha Calmon, em razão de sua estrutura psicológica, sem que se falasse, contudo, em inimputável, o que demandaria uma abordagem interdisciplinar do tema, com profissionais da área (psicólogo e psiquiatra) para que se pudesse, então, concluir, realmente, por uma falta do Estado em não fazer cumprir a função ressocializadora da pena. Sacha indica que “*um senso psicanalítico iria demonstrar, quem sabe, que a população carcerária, por metade, se não mais, é formada por indivíduos perversos, incapazes de amar, cruéis, destituídos de culpa e, portanto, irrecuperáveis*”. Assim, não se poderia afirmar, em todo e qualquer caso de reincidência criminal, que houve falha do Estado e, com isso, pretender responsabilizá-lo

11 ASSIS, Rafael Damaceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, p. 78, jan./mar. 2008.

12 KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.127, abr./jun. 1994.

13 CALMON, Sacha. Perversidade e o direito. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 25 de outubro de 2009, opinião. p. 11.

pela prática reiterada de delitos por determinado ex-detento, devendo-se analisar melhor a variedade e a complexidade da estrutura humana para se concluir quais são, no caso concreto, as causas que ensejaram a prática delituosa e, mais especificamente, a reincidência.

B) PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*

A reincidência penal constituiria, ainda, um *bis in idem*, vedado em nosso ordenamento pela Convenção Interamericana de Direito Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), bem como em decorrência da CRFB/88, que consagra a intangibilidade da coisa julgada e o princípio da legalidade¹⁴.

O agravamento da pena pela reincidência significaria, nada mais, que aumentar a pena por um fato anteriormente cometido e já apenado, constituindo dupla punição por um mesmo fato.

Ademais, quando o juiz, em razão da reincidência, agrava a pena na sentença posterior, ocorreria, na verdade, um aumento do *quantum* da pena do delito anterior, e não um aumento da pena do segundo delito, violando, assim, a coisa julgada.

C) PRINCÍPIO DA SECULARIZAÇÃO

Outrossim, a pena agravada em razão da reincidência significaria que o agente é punido mais severamente pelo que ele é, e não pelo fato concreto em julgamento.

Tal situação representaria um retrocesso em relação ao princípio da secularização, que se relaciona à distinção entre o direito e a moral, que é uma das principais características do regime republicano e pressuposto de toda teoria garantista, de um direito penal mínimo, sendo que “*o direito penal não tem a missão de impor ou reforçar a (ou determinada) moral, mas apenas de impedir condutas danosas para terceiros*”¹⁵. Cabe transcrever conceituação dada por Ana Cristina Borba Alves:

14 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 97, out. 2006; CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 66; YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 126-132; KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.127, abr./jun. 1994.

15 CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5-18.

Utiliza-se o termo “secularização” para indicar as transformações pelas quais passou a sociedade, a partir do Século XV, no que tange à separação que se operou entre a religião e a filosofia, em especial a moral do clero e o modo de produção laica das ciências¹⁶.

Ora, de tudo o que foi dito, resulta que a pessoa não pode ser julgada pelo que é, mas, sim e tão-somente, pelo que fez. Contudo, o agravamento da pena em razão da reincidência parece ir em sentido contrário, fazendo-se um juízo de maior periculosidade do agente, analisando-se o seu modo de vida, o que, de maneira alguma, tornaria o fato *in concreto* mais grave a justificar a aplicação de uma pena mais severa.

De fato, o furto praticado por um reincidente não se distingue, em gravidade, de um furto praticado por um agente tido como primário. Assim, a justificativa para a pena mais alta aplicada ao reincidente se daria, única e exclusivamente, em virtude de suas condições pessoais, somente por ser reincidente.

D) PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

O direito penal moderno se baseia na responsabilidade subjetiva. Fala-se em culpabilidade pelo fato, e, portanto, em direito penal do fato, em contraposição à culpabilidade do agente, da qual resulta o chamado direito penal do autor. Assim, a punição se dá em decorrência de uma ação concreta, conforme dito no tópico anterior, e não pelo modo de vida do agente. Em outras palavras, o objeto da punição é o fato-do-agente e não o agente-do-fato.

Destarte, o agravamento da pena pela reincidência só poderia ser explicado partindo-se de uma concepção da culpabilidade pela condução de vida, o que é incompatível com o princípio da culpabilidade pelo fato e, em última análise, com o Estado Democrático de Direito¹⁷.

Merece destaque, ainda, o fato de o Código Penal brasileiro ter adotado a reincidência ficta (ou imprópria), que, conforme exposto alhures, não exige que o agente tenha cumprido, no todo ou em parte, pena por crime anterior para que seja tido como reincidente e, com isso, tenha a sua pena agravada, bastando, para tanto, o simples trânsito em julgado de

16 ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, p. 89.

17 YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 119.

sentença condenatória, o que violaria, então, com mais razão, o princípio da culpabilidade. Com efeito, considerando que o fundamento para o agravamento da pena em razão da reincidência seria o fato de o condenado praticar crime após a sanção anteriormente aplicada ter se mostrado insuficiente, pressupõe-se que ele (condenado) cumpriu ao menos parte dessa sanção, do contrário, sequer poderia se falar que a sanção anterior foi insuficiente. Contudo, isso não ocorre na reincidência ficta, que se apresenta, portanto, ainda mais frágil do que as outras espécies de reincidência.

Não obstante as críticas acima à reincidência penal, deve-se atentar para as diferentes funções que a culpabilidade assume no Direito Penal. Assim, tomando-se a culpabilidade como um juízo de valor (de reprovação), considerando a potencial consciência da ilicitude; a possibilidade de se exigir, nas circunstâncias, comportamento em conformidade com o direito e a imputabilidade penal, poder-se-ia legitimar, também à luz da culpabilidade, o agravamento da pena do reincidente em razão de o mesmo agir com intensa consciência da ilicitude durante a recaída delituosa¹⁸.

Dessa forma, tem-se que, curiosamente, um maior rigor na aplicação da pena em razão da reincidência criminal pode ser tanto criticada quanto justificada pela culpabilidade.

E) PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Uma possível justificativa para reincidência como agravante da pena, seria a maior periculosidade do agente, entendendo-se, como tal, a probabilidade de a pessoa vir a cometer novos delitos no futuro. Ademais, a reincidência revelaria que a pena anteriormente aplicada ao agente foi insuficiente para se alcançar a prevenção especial, devendo-se, então, agravar a pena do segundo delito a fim de se corrigir a deficiência da primeira.

Contudo, nos dizeres de Maria Lúcia Karam¹⁹, essa situação violaria o princípio da igualdade:

A afirmação de periculosidade, além de, em última análise, não passar de uma ficção, implica numa classificação das pessoas, em que se distinguem entre “perigosos” e “não perigosos”, uns superiores e outros

18 SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 2, n.4, p. 42, 1998.

19 KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, p.126, abr./jun. 1994.

inferiores, a receber distintos tratamentos. E o princípio da igualdade impede tal distinção, igualmente impedindo regras discriminatórias.

A dignidade é um valor concreto atribuído a todo ser humano, estendendo-se a qualquer pessoa, independentemente de seu *status* jurídico (não-delinquente ou delinquente, reincidente ou primário). Não pode, assim, no momento da aplicação da pena, o autor de um determinado fato ser visto de forma desigual ao autor de fato análogo, impondo-se a ele a posição de inferior, porque supostamente “perigoso”, ou dando-lhe um tratamento distinto, porque apresentaria um traço diferente em sua personalidade.

Pelo princípio da lesividade (ou ofensividade), a conduta interna não exteriorizada não pode ser punida, limitando-se o *jus puniendi* a comportamentos que ofendam bens jurídicos alheios. Por ofensa, deve-se entender a lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico.

E não é qualquer bem jurídico que merece a tutela penal. O princípio da intervenção penal mínima indica que o Direito Penal deve tutelar os bens jurídicos mais relevantes. Ademais, essa tutela penal tampouco pode ser exacerbada, devendo, pelo contrário, limitar-se ao necessário para que se protejam, adequadamente, esses bens.

Assim, novamente, tem-se que não se poderia punir mais severamente o agente de um fato criminoso simplesmente em razão de seu estado de reincidente. Aliás, conforme exposto anteriormente, o fato isolado de o agente ser ou não reincidente não torna, por si só, a lesão ao bem jurídico maior ou menor, mais grave ou menos grave.

Por conseguinte, a reincidência penal implicaria uma violação não só ao princípio da lesividade, como também ao princípio da intervenção mínima, configurando uma medida de tutela penal desnecessária e mesmo excessiva, além de arbitrária, por se tratar de um tipo legal de autor (simplesmente se escolheu o reincidente, dentre os demais agentes, para se punir mais severamente).

F) PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Código Penal brasileiro comina, abstratamente, penas para cada tipo penal, com um mínimo e um máximo. Assim, o princípio da individualização da pena indica que o juiz, ao aplicar a pena, deve considerar

o fato e o indivíduo concretamente, as suas particularidades. Pelo princípio da proporcionalidade, por sua vez, tem-se, ainda, que deve haver não só uma proporcionalidade entre a pena abstratamente cominada e o crime tipificado, como também entre a pena aplicada em concreto e a gravidade do fato praticado pelo autor.

Em suma, tanto o princípio da individualização da pena quanto o princípio da proporcionalidade devem nortear o juiz quando da prolação da sentença.

Contudo, sendo a reincidência uma agravante de caráter obrigatório, parece que os supraditos princípios, em determinadas situações, deixariam de ser atendidos.

Além de a reincidência não apresentar, por si só, elo com o fato *sub judice*, tratando-se de uma condição pessoal do agente, tampouco faz, isoladamente, com que o crime se torne mais grave.

As motivações e causas determinantes de cada um dos crimes praticados pelo agente podem, perfeitamente, ser de diversas ordens, sem se relacionarem entre si. Assim, da reincidência não resulta, necessariamente, uma maior periculosidade do agente, entendida esta como uma probabilidade de este cometer novos crimes no futuro.

Constata-se, então, que a obrigatoriedade da incidência da reincidência impossibilitaria, na prática, uma individualização da pena, além de tornar a pena desproporcional ao segundo crime.

3 REINCIDÊNCIA E DIREITO PENAL DO INIMIGO

A sociedade moderna, pós-industrial, globalizada, caracteriza-se pela sua complexidade e contingência, cheia de riscos, com demandas diversas e cada vez mais crescentes, dificultando a tomada de decisões, sendo as possibilidades inúmeras, o que aumenta a incerteza e o grau de insegurança. *“A complexidade determina a existência de mais possibilidades do que o seu potencial de realização. Já a contingência é o perigo de desapontamento e necessidade de assumir riscos”*²⁰.

20 MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 98.

Diante desse cenário, em um mundo, a princípio, incontrolável, deve-se repensar o direito, não lhe atribuindo aquilo que não se insere dentro de suas funções, sob pena de se frustrarem as expectativas e aumentar-se a insegurança.

Partindo-se das premissas acima, a Teoria dos Sistemas de Luhmann busca uma diferenciação funcional. Vale dizer, é preciso entender o que cabe ao direito e o que está fora dele. Existem demandas que o direito não consegue processar, devendo ser solucionadas em outros sistemas. A função do sistema do direito seria reduzir a complexidade através da generalização congruente de expectativas normativas, oferecendo respostas claras e justificadas, visando, assim, a estabilidade (segurança), que é tão almejada dentro dessa sociedade de riscos. Deve-se indagar, por exemplo, se a ressocialização de um reincidente deve, de fato, ser entendida como uma das funções da pena, ou, se, na verdade, ela seria melhor trabalhada dentro de outros ramos do conhecimento humano. Tal situação repercutiria, por sua vez, nos efeitos que a reincidência penal pode ou não apresentar (se a reprimenda ao reincidente pode ou não ser mais severa).

Günther Jakobs idealizou, então, um funcionalismo sistêmico pautado na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, sendo o direito um sistema autopoietico²¹.

Mostra-se oportuno esclarecer que não se pretende, aqui, justificar o direito penal do inimigo, mas tão-somente delimitá-lo, permitindo, assim, uma melhor compreensão da reincidência, objeto do presente trabalho.

O direito Penal protegeria a vigência das normas. Esta seria a função da pena, reafirmar a vigência da norma em favor da estabilização do sistema social. Em outras palavras, a pena teria uma função preventiva geral positiva (ou integradora).

Critica-se bastante Jakobs pela ausência de axiologia, possibilitando a justificação, com essas idéias, de ordenamentos jurídicos tanto de regimes democráticos quanto de regimes autoritários. Mas a sua teoria facilitaria, ao menos, a percepção do quanto se alçam demandas ao Direito Penal e

21 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

que não podem ser resolvidas por ele, devendo ser processadas em outros sistemas²².

De qualquer forma, a teoria de Jakobs permitiria, ainda, justificar a reincidência como circunstância agravante, mesmo se constatando que não se alcança a prevenção especial através da pena de prisão. Afinal, a pena serve para confirmar a confiança na vigência das normas, tendo como destinatários todos os membros da sociedade, enquanto potenciais vítimas.

Conforme dito em tópico anterior, existem aqueles que não apenas criticam a reincidência penal como circunstância agravante, mas defendem que ela (reincidência) deveria ser uma atenuante. Contudo, aplicar a reincidência como atenuante afrontaria a idéia de que pena serve para confirmar a confiança da sociedade na vigência das normas. Afinal, aquele que pratica reiteradamente condutas contrárias ao direito não apenas deixaria de ser penalizado mais severamente, mas passaria também a receber um tratamento mais brando. Nesse caso o direito estaria trabalhando contra si próprio, em um processo autofágico (de autodestruição), e, certamente, tal situação transmitiria uma idéia negativa para as demais pessoas, de insegurança e, por que não dizer, de fomento ao crime.

Contudo, a teoria da prevenção geral positiva também merece críticas por gerar um maior simbolismo do direito penal, além de negar o fim da pena de ressocializar do condenado.

Cabe salientar que, embora Jakobs defenda, atualmente, a existência de um direito penal do inimigo, inicialmente ele havia utilizado este termo apenas para alertar sobre a flexibilização de direitos e garantias fundamentais²³.

Nesse sentido, Cornelius Prittwitz:

Partindo de sua descrição crítica do estado de coisas, Jakobs tinha desenvolvido um modelo de direito penal parcial. Uma grande parte do direito penal alemão é, na opinião dele, direito penal do inimigo, coisa que Jakobs já tinha analisado em 1985. Porém, em 1999, ele diz: ela deve realmente ser direito penal do inimigo.

²² MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 172.

²³ *Ibidem.*, p. 181.

Para justificar esta guinada de 180 graus, Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (e Jakobs realmente emprega, mal se pode crer, a expressão “não pessoa”) também merece ser tratado como inimigo – portanto não pessoa. O grande número de inimigos de dentro e fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo.

É preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito parcial “do cidadão” e um “direito parcial do inimigo”²⁴.

Independentemente de Jakobs defender, atualmente, a existência de um direito penal do inimigo, a constatação de que, na prática, existam institutos desse direito penal do inimigo mesmo em ordenamentos que, em tese, buscam ser garantistas, parece ser uma realidade. Isso acontece no Brasil, que não é exceção nesse cenário, o que se justifica, inclusive, pela hipertrofia legislativa que se encontra em nosso país, existindo políticas criminais contraditórias, de maior repressão penal (que resultou, por exemplo, na lei de crimes hediondos) e de abrandamento (que resultou, por sua vez, na criação de infrações de menor potencial ofensivo e na possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade - PPL por penas restritivas de direitos - PRD's), o que se explicaria, também, pelo movimento cíclico presente no direito penal, cuja evolução histórica mostra uma alternância de modelos mais garantistas com modelos mais autoritários.

Tem-se, então, e cada vez mais, a existência real de uma legislação concebida para combater determinados grupos de indivíduos, uma criminalidade diferente da que existia no modelo clássico, como a intervenção nas telecomunicações, as investigações secretas e a intervenção de agentes infiltrados.

Poder-se-ia citar, ainda, a título de exemplo, os seguintes tipos penais, mecanismos e parâmetros penais e processuais penais mais próximos de um direito penal do inimigo, de um direito penal do autor, do que do modelo liberal-clássico²⁵: vadiagem (art. 59 do Decreto-Lei 3.688/41 - LCP);

24 PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, p. 42-43, mar./abr. 2004.

25 MOREIRA, Reinaldo Daniel. Influxos da concepção de direito penal de autor na ordem jurídica brasileira. *Boletim Ibccrim*, [S.L.], v. 12, n. 142, p. 18-19, set. 2004; MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito*

mendicância (art. 60 da LCP – Decreto-Lei 3.688/41); embriaguez (art. 62 da LCP – Decreto-Lei 3.688/41); rufianismo (art. 230 do CP); antecipação da tutela penal com a punição de atos preparatórios; tipos de mera conduta e de perigo abstrato; lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90); lei 9.099/95, que a pretexto de afastar a incidência da pena de prisão para infrações de menor potencial ofensivo, flexibilizou a garantia do devido processo penal, permitindo a imposição de penas pecuniárias ou restritivas de direito sem a produção da necessária prova e o exercício de ampla defesa; lei 9.034/95 (dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas); lei 9.296/96 (interceptações telefônicas); lei 10.217/01 (infiltração de agentes policiais, para o fim de se obter prova em investigação criminal); lei 10.792/03 (regime disciplinar diferenciado); lei 10.826/03 (estatuto do desarmamento) e, ainda, a lei 7.565/86 (Lei do abate).

Nesse contexto, em determinadas situações, a circunstância agravante da reincidência poderia, também, ser tida como um instituto do direito penal do inimigo. Seria no caso do indivíduo que, por princípio ou de maneira permanente, comporta-se de modo desviado frente à ordem jurídica sem oferecer garantia de conduzir-se como “pessoa” (expressão utilizada por Jakobs).

Todavia, corre-se o risco de se voltar com antigas figuras que, por bem, foram extirpadas, há algum tempo, do ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, os criminosos habituais, por tendência e profissionais, que recebiam tratamento penal diferenciado²⁶, e que remontam, mais uma vez, a um direito penal do autor. “O criminoso habitual era *“quem, em período não superior a cinco anos, comete sucessivamente quatro ou mais crimes da mesma natureza e demonstra, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para o crime”*²⁷; *“entre os criminosos habituais incluem-se os profissionais que ao costume unem o fim de lucro, fazendo das práticas delituosas modo de vida ou ofício”*²⁸ e o criminoso por tendência era *“quem, pela periculosidade, motivos determinantes e meios e modos de execução do crime, revela extraordinária torpeza, perversão ou malvadez”*²⁹.

penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 239-241.

26 NETO, Alcides Munhoz. Criminosos habituais e por tendência. *Revista de direito penal*, [S. L.], n. 15/16, p. 18-33, jul./dez. 1974.

27 *Ibidem* p. 25.

28 *Ibidem* p. 26.

29 *Ibidem* p. 26.

Dessa forma, como bem ponderou Alexandre Rocha Almeida de Moraes³⁰, surge a seguinte indagação: seria possível, no estágio atual e diante do cenário descrito neste capítulo, inclusive com novas formas de criminalidade a serem enfrentadas (cite-se a onda de ataques em São Paulo promovidos pelo Primeiro Comando da Capital), retomar um direito penal absolutamente garantista, sem esses elementos típicos de um direito penal de autor (direito penal do inimigo)? Para o objetivo do presente trabalho, significa perguntar, seria possível, prudente e recomendável mudar o tratamento (de agravante) dado à reincidência penal?

Cabe transcrever entrevista concedida por “Marcola”, tido como chefe do PCC (Primeiro Comando da Capital), publicada no Jornal “O Globo”³¹, que retrata justamente esta nova situação de criminalidade organizada a ser enfrentada pelo Estado brasileiro, e que, ao menos em um primeiro momento, indica não ser oportuno dotar a reincidência de um efeito de abrandamento de pena:

JG – Você é do PCC?

Mais do que isso, eu sou um sinal de novos tempos. Eu era pobre e invisível... Vocês nunca me olharam durante décadas... E antigamente era mole resolver o problema da miséria... O diagnóstico era óbvio: migração rural, desnível de renda, poucas favelas, ralas periferias... A solução é que nunca vinha... Que fizeram? Nada. O governo federal alguma vez alocou uma verba para nós? Nós só aparecíamos nos desabamentos no morro ou nas músicas românticas sobre a “beleza dos morros ao amanhecer”, essas coisas... Agora, estamos ricos com a multinacional do pó. E vocês estão morrendo de medo... Nós somos o início tardio de vossa consciência social... Viu? Sou culto... Leio Dante na prisão...

JG – Mas... a solução seria...

Solução? Não há mais solução, cara... A própria idéia de “solução” já é um erro. Já olhou o tamanho das 560 favelas do Rio? Já andou de helicóptero por cima da periferia de São Paulo? Solução como? Só viriam com muitos bilhões de dólares gastos organizadamente, com um governante de alto nível, uma imensa vontade política, crescimento econômico, revolução na educação, urbanização geral; e tudo teria de ser

30 MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 326.

31 JABOR, Arnoldo. *Pornopolítica: paixões e taras na vida brasileira*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006. p.43-47 *apud* PINTO, Soraya Moradillo. *Infiltração Policial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 29-33

sob a batuta quase de uma “tirania esclarecida”, que pulasse por cima da paralisia burocrática secular, que passasse por cima do Legislativo cúmplice (Ou você acga que os 287 sanguessugas vão agir? Se bobear, vão roubar até o PCC) e do Judiciário, que impede punições. Teria de haver uma reforma radical do processo penal do País, teria de haver comunicação e inteligência entre as policias municipais, estaduais e federais (nós fazemos até *conference calls* entre presídios...) E tudo isso custaria bilhões de dólares e implicaria numa mudança psicossocial na estrutura política do país. Ou seja: é impossível. Não há solução.

JG – Você não tem medo de morrer?

Vocês é que tem medo de morrer, eu não. Aliás, aqui na cadeia vocês não podem entrar e me matar... mas eu posso mandar matar vocês lá fora... Nós somos homens-bomba. Na favela tem cem mil homens-bomba. Estamos no centro do Insolúvel, mesmo... Vocês no bem e eu no mal e, no meio, a fronteira da morte, a única fronteira. Já somos uma outra espécie, já somos outros bichos, diferentes de vocês. A morte para vocês é um drama cristão numa cama, no ataque do coração... A morte para nós é o presunto diário, desovado numa vala... Vocês intelectuais não falavam em luta de classes, em “seja marginal, seja herói”? Pois é: chegamos, somos nós! Há Há... Vocês nunca esperavam esses guerreiros do pó, né?

Eu sou inteligente. Eu leio, li 3.000 livros e leio Dante... mas meus soldados todos são estranhas anomalias do desenvolvimento torto desse país. Não há mais proletários, ou infelizes ou explorados. Há uma terceira coisa crescendo aí fora, cultivado na lama, se educando no absoluto analfabetismo, se diplomando nas cadeias, como um monstro Alien escondido nas brechas da cidade. Já surgiu uma nova linguagem. Vocês não ouvem as gravações feitas com “autorização da Justiça”? Pois é. É outra língua. Estamos diante de uma espécie de pós-miséria. Isso. A pós-miséria gera uma nova cultura assassina, ajudada pela tecnologia, satélites, celulares, internet, armas modernas . É a merda com chips, com megabytes. Meu comandados são uma mutação da espécie social, são fungos de um grande erro sujo.

JG – O que mudou nas periferias?

Grana. A gente hoje tem. Você acha que quem tem US\$ 40 milhões de dólares como o Beira-Mar não manda? Com 40 milhões a prisão é um hotel, um escritório... Qual a polícia que vai queimar essa mina de ouro, tá ligado?

Nós somos uma empresa moderna, rica. Se funcionário vacila , é despedido e jogado no “microondas”... há, há... Vocês são o Estado

quebrado, dominado por incompetentes. Nós temos métodos ágeis de gestão. Vocês são lentos e burocráticos. Nós lutamos em terreno próprio. Vocês, em terra estranha. Nós não tememos a morte. Vocês morrem de medo.

Nós somos bem armados. Vocês vão de três-óitão. Nós estamos no ataque. Vocês, na defesa. Vocês tem mania de humanismo. Nós somos cruéis, sem piedade.

Vocês nos transformam em superstars do crime. Nós fazemos vocês de palhaço. Nós somos ajudados pela população das favelas, por medo ou por amor. Vocês são odiados.

Vocês são regionais, provincianos. Nossas armas e produto vem de fora, somos globais. Nós não nos esquecemos de vocês, são nossos clientes. Vocês nos esquecem assim que passa o surto de violência.

JG – Mas o que devemos fazer?

Vou dar um toque, mesmo contra mim. Peguem os barões do pó! Tem deputado, senador, tem generais, tem até ex-presidentes do Paraguai nas paradas de cocaína e armas. Mas quem vai fazer isso? O exército? Com que grana? Não tem dinheiro nem para o rancho dos recrutas... O país está quebrado, sustentando um Estado morto a juros de 20% ao ano, e o Lula ainda aumenta o gasto público, empregando 40 mil picaretas. O exército vai lutar contra o PCC e o CV? Estou lendo o Clausewitz, “Sobre a guerra”. Não há perspectiva de êxito. Nós somos formigas devoradoras, escondidas nas brechas... A gente já tem até foguetes antitanque... Se bobear vão rolar uns “Stingers” aí... Pra acabar com a gente, só jogando bomba atômica nas favelas... Aliás, a gente acaba arranjando também “umazinha”, daquelas bombas sujas mesmo. Já pensou? Ipanema radioativa?

JG – Mas... Não haveria solução?

Vocês só podem chegar a algum sucesso se desistirem de defender a “normalidade”. Não há mais normalidade alguma.

Vocês precisam fazer uma autocrítica da própria incompetência.

Mas eu vou ser franco... na boa...na moral...Estamos todos no centro do Insolúvel. Só que nós vivemos deles e vocês... não tem saída. Só a merda. E nós já trabalhamos dentro dela.

Olha aqui, mano, não há solução. Sabem por que? Porque vocês não entendem nem a extensão do problema.

Como escreveu o divino Dante: “Lasciate ogra speranza voi che entrate”- Percam todas as esperanças. Estamos todos no inferno.

4 DO JULGAMENTO PELO STF DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 453.000/RS ACERCA DA REINCIDÊNCIA PENAL

Ao julgar o RE nº 453.000/RS na sistemática dos recursos representativos de controvérsia prevista no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em 04/04/2013, pela constitucionalidade da reincidência penal. Os excertos a seguir do voto do Ministro relator Marco Aurélio dão a dimensão do julgado:

Está-se diante de fator de discriminação que se mostra razoável, seguindo a ordem natural das coisas. Repito que se leva em conta o perfil do réu, percebendo-se a necessidade de maior apenação, considerada a pena mínima e a máxima do tipo, porque voltou a delinquir apesar da condenação havida, no que esta deveria ser tomada como um alerta, uma advertência maior quanto à necessidade de adoção de postura própria ao homem médio, ao cidadão integrado à vida gregária e solidário aos semelhantes.

[...]

Saliento, então, a inviabilidade de dar-se o mesmo peso, em termos de gravame de ato de constrição a alcançar a liberdade de ir e vir, presentes os interesses da sociedade, a caso concreto em que envolvido réu primário e a outro em que o Estado se defronta com quem fora condenado antes e voltou a trilhar o caminho glosado penalmente deixando de abraçar a almejada correção de rumos, de alcançar a ressocialização.

O tema ainda suscita amplo debate doutrinário, no qual a questão mostra-se polarizada entre a corrente que sustenta a inconstitucionalidade do agravamento da pena pela reincidência, frente ao modelo estatal garantista, representada por Alberto Silva Franco, Eugenio Raul Zaffaroni, José Henrique Pierangeli, René Ariel Dotti, Cirino dos Santos, e aquela que afirma a adequação do instituto à Constituição Federal, porquanto atende ao princípio da individualização da pena, defendida por Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci, Ivanir Nogueir Itajiba e Celso Delmanto. Embora reconheça a importância acadêmica da discussão, é certo que a jurisprudência do Supremo te revela óptica semelhante à segunda...

[...]

Por tudo, surge constitucional o instituto – existente deste a época do Império – da reincidência, não se podendo, a partir de exacerbação do chamado garantismo penal, olvidar o sistema, dismantelando-o no ponto consagrador da cabível distinção, tratando-se desiguais de forma igual. A regência da matéria, harmônica com a Constituição Federal, circunscreve-se oportuna, sadia, razoável e proporcional política normativa criminal e envolve, em rápida contagem, mais de vinte institutos penais, conforme referido.

5 CONCLUSÃO

O instituto da reincidência penal tem sofrido inúmeras críticas à luz do garantismo penal, tendo-se questionado bastante a sua legitimidade e constitucionalidade em razão da violação dos princípios do *ne bis in idem*, do princípio da secularização, do princípio da culpabilidade, do princípio da igualdade, do princípio da lesividade, do princípio da intervenção mínima, do princípio da individualização da pena e do princípio da proporcionalidade, bem como da falta do Estado em fazer cumprir, efetivamente, a função ressocializadora da pena.

Com esses fundamentos, muitos defendem o fim da reincidência como circunstância agravante. Alguns chegam a defender, inclusive, a sua aplicação como atenuante, solução esta que nos parece por demais simplista, não sendo, com a devida vênia, a melhor, transmitindo, inclusive, uma idéia equivocada de estímulo à criminalidade, ao menos se for realmente considerada como atenuante antes de se buscar a adequação dos estabelecimentos prisionais e da execução da pena para que a correção, ressocialização e reinserção do apenado ocorra.

Corroborando o exposto acima, contra a aplicação da reincidência como circunstância atenuante, tem-se que não se poderia afirmar, em todo e qualquer caso de reincidência criminal, que houve falha do Estado e, com isso, pretender responsabilizá-lo pela prática reiterada de delitos por determinado ex-detento, devendo-se analisar melhor a variedade e a complexidade da estrutura humana para se concluir quais são, no caso concreto, as causas que ensejaram a prática delituosa e, mais especificamente, a reincidência.

Ademais, no cenário atual descrito no presente trabalho, de uma sociedade caracterizada pela complexidade e contingência, cheia

de riscos, com demandas diversas, cada vez mais crescentes e difíceis, a serem enfrentadas pelo direito, inclusive com novas formas de criminalidade, mais organizadas e perigosas, cabe indagar se seria possível, prudente e oportuno mudar o tratamento (de agravante) dado à reincidência penal.

Assim, parece-nos que o mais adequado seria revisar o instituto da reincidência penal, sem, contudo, extirpá-lo do ordenamento jurídico brasileiro, de maneira a manter uma maior reprimenda ao reincidente (ao invés de torná-lo simplesmente uma circunstância atenuante), mas adaptando-o para que tenha uma maior legitimidade, evitando-se, assim, eventual discussão acerca de sua constitucionalidade.

Dessa forma, quanto ao caráter obrigatório da reincidência como circunstância agravante, parece-nos, realmente, indevida.

Os motivos e causas que ensejaram a prática de novo crime não se equivalem, necessariamente, àqueles que originaram o crime anterior. Vale dizer, o fato do agente ter reincidido não significa que ele irá, novamente, praticar crimes no futuro, podendo ter desaparecido as circunstâncias, elementos, que o fizeram cometer os delitos, razão pela qual deveria o juiz, na fixação da pena, valorar a reincidência para, então, decidir pelo agravamento ou não da pena.

Diante do exposto acima, facultando a aplicação da reincidência penal como agravante, poder-se-ia indagar se, dessa forma, não seria ela legítima e constitucional, encontrando fundamento na intensa consciência da ilicitude durante a recaída delituosa. Vale dizer, a agravação da pena em decorrência da reincidência se daria pela maior censura de culpabilidade, afinal o reincidente age com consciência intensa da ilicitude. Repita-se, porém, que o agravamento da pena pela reincidência decorreria da análise do caso concreto pelo juiz, e não obrigatoriamente.

A limitação temporal da condenação anterior para efeitos de reincidência e o fato de nem todos os crimes gerarem reincidência (art. 64, II, do CP) legitimariam, por sua vez, a aplicação da reincidência, indicando que a solução passaria, justamente, por uma relativização do instituto, como ocorreu, por exemplo, com a Lei. 9.714/98, que alterou os arts. 44 e seguintes do CP e flexibilizou a aplicação do supradito instituto, não tornando obrigatória a sua incidência quando da análise da substituição de PPL por PRD's.

Apesar das ponderações acima, a reincidência ficta não poderia ser, em princípio, admitida. Afinal, se uma das razões para o agravamento da pena pela reincidência é o fato de o condenado ser apenado com mais rigor por praticar crime após a sanção anteriormente aplicada ter se mostrado insuficiente, pressupõe-se que ele (condenado) cumpriu ao menos parte dessa sanção, do contrário, sequer poderia se falar que a sanção anterior foi insuficiente. Uma situação que mereceria maior aprofundamento seria o condenado fugir, visando eximir-se da pena, sem que tivesse cumprido qualquer parte dela (pena), vindo a cometer, logo em seguida, mais crimes.

Por fim, destaca-se recente julgamento pelo STF do RE nº 453.000/RS na sistemática dos recursos representativos de controvérsia prevista no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC), oportunidade em que se declarou a constitucionalidade da reincidência penal.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Ana Cristina Borba. A reincidência no sistema penal brasileiro. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 54, n. 348, out. 2006.
- ASSIS, Rafael Damaceno. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. *Revista CEJ*, Brasília, n. 40, jan./mar. 2008
- CALMON, Sacha. Perversidade e o direito. *Estado de Minas*, Belo Horizonte, 25 de outubro de 2009, opinião, p. 11.
- CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 597-601.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- KARAM, Maria Lucia. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, n. 6, abr./jun. 1994.
- MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Influxos da concepção de direito penal de autor na ordem jurídica brasileira. *Boletim Ibccrim*, [S.L.], v. 12, n. 142, set. 2004.

NETO, Alcides Munhoz. Criminosos habituais e por tendência. *Revista de direito penal*, [S. L.], n. 15/16, p. 18-33, jul./dez. 1974.

PINTO, Soraya Moradillo. *Infiltração Policial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 47, mar./abr. 2004.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. Fundamentos técnico-jurídicos da reincidência no moderno direito penal. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 2, n.4, 1998.

TORELLY, Elisa et al. Cor, escolaridade e prisão: um estudo sociojurídico do fenômeno da reincidência criminal. *Revista de estudos criminais*, [S.L.], v.8, n. 28, jan./mar. 2008.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

