

Publicações da Escola da AGU

---

# Pós-Graduação em Direito Público - UnB

---

n. 10 maio/junho 2011 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

PÓS-UnB	Brasília	n. 10	p. 1-278	maio/jun. 2011
---------	----------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -  
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968  
e-mail: [escoladaagu@agu.gov.br](mailto:escoladaagu@agu.gov.br)

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

## DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Junior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

## DIRETOR DA ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes

## CORDENADORA-GERAL DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

## EDITOR RESPONSÁVEL

Jefferson Carús Guedes

## COORDENADORES DAS PUBLICAÇÕES DA ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes  
Juliana Sahione Mayrink Neiva

**Secretaria Editorial:** Antonio Barbosa da Silva/Niuza. de Lima

**Diagramação/Capa:** Niuza Gomes Barbosa de Lima

**Apoio Institucional:** Escola da AGU

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

Publicações da Escola da AGU: Pós-Graduação em Direito Público UnB - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano III, n. 10, (maio/jun. 2011).  
Brasília: EAGU, 2011. Bimestral.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5

CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Reflexões sobre a Tensão entre Saúde e Patentes no Direito Brasileiro: desafios e perspectivas <i>Adriana Roberta Nascimento Cruz</i> .....	7
A Aplicação da Prescrição Direta Diferida no Processo Administrativo Disciplinar e outros aspectos relevantes da Prescrição Administrativa <i>Aluizo Silva de Lucena</i> .....	33
O Entendimento Sobre Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio e o Sistema de Retaliação Cruzada em Propriedade Intelectual <i>Ana Paula Soares Jucá da Silveira e Silva</i> .....	59
Quem Tem Medo de ADC? <i>Carolina Sausmikát Bruno de Vasconcelos</i> .....	85
A Interpretação do Supremo Tribunal Federal do Princípio Administrativo da Eficiência – A interpretação constitucional como garantia de coerência e significado <i>Cinara Ribeiro Silva Kichel</i> .....	115
Aplicabilidade e Limites do Direito à não Auto-Incriminação no Processo Administrativo Fiscal. <i>Clara da Mota Santos</i> .....	141
Políticas de Ação Afirmativa para Quilombolas: a inclusão das cotas específicas <i>Geisa Cadilhe de Oliveira</i> .....	171
A Aplicação do Princípio da Boa-Fé Objetiva no Direito Público: possibilidades e obstáculos <i>Maíra Souza Gomes</i> .....	189
Entre a Eficiência e a Legitimidade: A Teoria dos Motivos Determinantes é compatível com uma concepção democrática de Direito? <i>Patricia Cristina Lessa Franco</i> .....	219

O Princípio da Igualdade, a Proteção da Saúde Pública e a Restrição à Doação de Sangue por Homens que Fazem Sexo com Outros Homens: legitimidade da atividade regulatória ou discriminação?

*Soraya Marciano Silva de Carvalho*.....249

## EDITORIAL

Resultado da parceria da Escola da AGU com a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, este segundo volume da “Série Publicações da Escola da AGU” traz alguns dos trabalhos realizados no Curso de Pós-graduação em Direito Público.

A publicação mantém a qualidade e o brilhantismo do primeiro volume, abordando temas de grande relevo para o debate jurídico e social do Brasil, de maneira democrática e consistente.

Entre os artigos, reflexões diversas como a questão do sistema de patentes de medicamentos, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no direito público, a interpretação do Supremo Tribunal Federal do Princípio Administrativo da eficiência e a inclusão das cotas específicas como políticas de ação afirmativa para quilombolas, fazem desta edição um rico material com o que há de mais atual para profissionais do Direito.

A todos, uma boa leitura!

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes  
Diretor da Escola da AGU



---

# REFLEXÕES SOBRE A TENSÃO ENTRE SAÚDE E PATENTES NO DIREITO BRASILEIRO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

---

*Adriana Roberta Nascimento Cruz*  
*Pós-graduada em Direito Empresarial pela PUC/MG*  
*Pós-graduada em Direito Público da UnB*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 As patentes e a indústria farmacêutica; 2.1 Conceito e características das patentes; 2.2 Aspectos Gerais do tema: saúde e patente; 2.2.1 Do CUP ao TRIPs; 2.2.2 O setor farmacêutico; 2.2.3 O TRIPs em face da saúde pública: a tensão entre monopólio e saúde, a Declaração de Doha e as doenças negligenciadas; 3 Saúde como direito fundamental; 3.1 Direito à saúde na ordem internacional e na Constituição Federal Brasileira de 1988; 3.2 Direito de Propriedade: as patentes; 3.3 Colisão de Direitos Fundamentais: caminhos possíveis – Fundamentabilidade do Direito à saúde; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo demonstrar como o sistema patentário, no que tange aos medicamentos, vem restringindo a proteção à saúde em favor da indústria farmacêutica transnacional. Demonstra-se que essa indústria direciona suas pesquisas para doenças relacionadas com determinado grupo (populações dos países desenvolvidos), negligenciando, muitas vezes, as doenças ditas tropicais que afligem as populações menos favorecidas (de países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento). Demonstra-se, ainda, que os preços elevados praticados por essa indústria funcionam como barreira para o acesso a medicamentos essenciais. Esses fatos revelam que há uma tensão estabelecida entre o direito patentário e o direito à saúde. A partir da constatação de colisão entre direitos fundamentais e, partindo do exame do arcabouço jurídico relativo a ambos os direitos analisados, aponta-se o princípio da proporcionalidade, em sua vertente do princípio da proibição da proteção insuficiente como um possível método de solução jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Patentes de Medicamentos. Indústria Farmacêutica. Direito Patentário. Direito à Saúde. Colisão. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Proibição da Proteção insuficiente.

**ABSTRACT:** This article aims to demonstrate how the patent system, when it comes to drugs, has been restricting the protection of health in favor of the transnational pharmaceutical industry. It is shown that the industry focuses its research on diseases related group (populations of developed countries), neglecting often spoken tropical diseases that afflict disadvantaged populations (less developed countries or developing countries). It is shown also that the high prices charged by the industry serve as a barrier to access to essential medicines. These facts show that there is a tension between the patent law and the right to health. From the observation of a collision between fundamental rights and, from an examination of the legal framework of both the rights analyzed, it points to the principle of proportionality “in its prohibition on the principle of insufficient protection as a possible means of legal remedy.

**KEYWORDS:** Drug Patents. Pharmaceutical Industry. Patent Law. Right to Health Collision. Principle of Proportionality. Principle of Prohibition of insufficient protection.

## INTRODUÇÃO

A epidemia da AIDS colocou em destaque o fato de que milhões de pessoas nos países em desenvolvimento não têm acesso a medicamentos para tratar de doenças ou simplesmente aliviar o sofrimento humano.

Essa constatação, a partir da resposta brasileira para o controle da epidemia, estabeleceu uma forte conexão entre o acesso a medicamentos e a efetivação dos direitos humanos, perpassando pela necessidade de reflexão sobre o sistema patentário vigente<sup>1</sup>.

Este artigo, portanto, tem como objetivo apresentar e examinar o sistema de patentes farmacêuticas em face do direito à saúde. A primeira parte do trabalho objetiva apresentar o conceito de patentes, a caracterização do mercado de produtos farmacêuticos e demonstrar a tensão estabelecida entre o direito patentário e o direito à saúde. Na segunda parte, propõe-se análise do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção insuficiente, como método possível de solução da tensão estabelecida entre esses direitos fundamentais.

## 1 AS PATENTES E A INDÚSTRIA FÁRMACÊUTICA

### 1.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DAS PATENTES

A Constituição Federal dispõe no art. 5º, inciso XXIX, que a lei assegurará aos autores de inventos industriais o privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País.

A Lei Brasileira sobre patentes (nº 9.279/96), por seu turno, define patente como a proteção que se confere ao titular de uma invenção, que tenha novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.<sup>2</sup>

1 O Brasil tem enfrentado as pressões da indústria farmacêutica multinacional que, amparada na legislação internacional sobre patentes, pratica preços abusivos para as novas drogas. Na Rodada de negociações de 2001, na OMC, o Brasil defendeu a proposta vitoriosa de que as necessidades emergenciais de uma população se sobreponham aos direitos de patentes, fato que deu respaldo político e legal no país em suas negociações, levando a significativas reduções de preços de medicamentos. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/data/pages:htm>>. Acesso em: 18.ago. 2009 .

2 A invenção, para ser protegida, deve, nas palavras de Lucas R. Furtado: “a) ser inovadora, isto é, não deve estar compreendida no estado da técnica quando do depósito do pedido, ou seja, não pode ter se tornado acessível ao público antes da data do depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou por qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior; b) resultar de atividade inventiva, de forma que a criação não seja uma decorrência óbvia do estado da técnica para um especialista no assunto e c) ter aplicação industrial, ou seja, a invenção e o modelo de utilidade devem ser suscetíveis de utilização ou reprodução em qualquer tipo de indústria, até mesmo agrícola, extrativa ou de produtos manufaturados.”

Segundo Lucas Rocha Furtado, a patente pode ser entendida como um privilégio temporário concedido pelo Estado a certa pessoa física ou jurídica em virtude da criação de algo novo, que tenha aplicação industrial e seja suscetível de beneficiar a sociedade. Assim, para aquele que detém a patente (o privilégio) trata-se de um direito exclusivo de exploração durante certo período de tempo, para propiciar o ressarcimento de seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento e dos custos de aplicação industrial da sua inovação.<sup>3</sup>

Já nas palavras de Isabel Vaz, a patente é um documento estabelecido pela Administração Federal<sup>4</sup>, comportando uma descrição da invenção e criando uma situação legal, segundo a qual a invenção patenteada não pode usualmente ser explorada (fabricação, utilização, venda ou exportação), a não ser mediante autorização do titular da patente. Esta proteção tem duração limitada no tempo, variando de 15 a 20 anos.<sup>5</sup>

A concessão do direito de patentes, por sua vez, exige contrapartidas. Dentre elas, destaca-se a revelação ao público do objeto da patente. A descrição do invento ou da criação de maneira completa possibilita o acompanhamento da evolução tecnológica e o alcance de forma rápida do conhecimento já obtido e, via de consequência, o atingimento do mercado com produtos similares, o que se traduz em benefício para a sociedade.<sup>6</sup>

Em linhas gerais, pode-se dizer que a concessão de uma patente assegura ao seu titular uma série de direitos, mas exige-se, na maioria dos países, como contrapartida, a exploração da patente de forma a atender as necessidades de demanda do mercado interno.

Assim, percebe-se que a lógica do sistema de patentes pode ser entendida como um fator de incentivo à pesquisa, com vistas a assegurar o pleno desenvolvimento tecnológico do País, em conformidade com as diretrizes constitucionais.

---

Confira-se FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Brasília Jurídica, 1999, p. 44.

3 Ibidem, p. 41.

4 No Brasil, o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI é a autarquia federal – integrante da Administração Federal Indireta – competente para análise e concessão das Patentes.

5 VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 429 *apud* SICHEL, Débora Laes. *Direito Patentário no Brasil. Do Estado Nacional para o Mundo Globalizado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 74.

6 FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p. 42.

Entretanto, no que tange às patentes de medicamentos para os países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos<sup>7</sup>, essa lógica apresenta-se, muitas vezes, inversa, seja pela dificuldade de acesso a medicamentos essenciais, devido aos elevados preços praticados pelo mercado farmacêutico, seja pela falta de pesquisa direcionada a determinadas doenças (as chamadas doenças negligenciadas).

## 1.2 ASPECTOS GERAIS DO TEMA: SAÚDE E PATENTE

### 1.2.1 DA CUP AO TRIPS

No âmbito internacional, pode-se dizer que o primeiro documento de proteção às invenções foi a Convenção da União de Paris - CUP<sup>8</sup>, destinado a facilitar que os nacionais de um país obtivessem proteção em outros países para suas criações intelectuais mediante direitos de propriedade industrial. A convenção não tenta uniformizar leis nacionais, nem condiciona o tratamento nacional à reciprocidade, mas prevê ampla liberdade legislativa para cada país, exigindo-se apenas paridade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.<sup>9</sup> Ademais, não há qualquer disposição em seu texto sobre a obrigatoriedade de proteção de determinada área de conhecimento.<sup>10</sup> Entretanto, a CUP se viu superada, após quase dois séculos regulando as relações entre os países no campo da propriedade industrial, tendo em vista as disposições negociadas pela grande maioria dos países no acordo que deu origem à criação da Organização Mundial do Comércio - OMC, em 1994.<sup>11</sup>

De fato, há tempos os Estados Unidos da América – EUA demonstravam insatisfação com a CUP, pois consideravam insuficiente a proteção por ela albergada para a propriedade industrial. Assim,

7 No Acordo TRIPS é utilizada a terminologia “países de menor desenvolvimento”. Opta-se neste artigo pela denominação “países desenvolvidos, em desenvolvimento e países menos desenvolvidos”.

8 No texto, será utilizada a sigla CUP para referir-se à Convenção da União de Paris. A CUP originou-se de um anteprojeto, redigido em uma Conferência realizada em Paris no ano de 1880, e sua aprovação definitiva ocorreu em 6 de março de 1883, entrando em vigor em 7 de julho de 1883. O Brasil foi um dos signatários do acordo. A propósito, conferir SICHEL, Débora. Op.cit., p. 16.

9 “A Convenção de Paris pode creditar sua longevidade e vigor a uma receita simples: possui regras básicas para o cumprimento dos princípios do Tratamento Nacional e de Prioridade. Fora daí, deixa-se aos países-membros uma grande liberdade para legislar, adequando os conceitos de propriedade industrial aos interesses nacionais, ampliando-os e restringindo-os segundo seus objetivos. Com isso, torna-se possível usar a propriedade industrial como política econômica e tecnológicas, com vistas ao desenvolvimento do país e ao bem estar da população.” Idem.

10 GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá, 2008, p.27.

11 GONTIJO, Cícero Ivan Ferreira. *Propriedade Industrial do Século XXI. Direitos Desiguais. Principais aspectos da Propriedade Industrial em negociação nos vários foros internacionais. Comentários e Sugestões*. Brasília: Oxfan, 2003, p. 13.

houve intensa manifestação daquele país para transferir para o âmbito do GATT (Acordo Final sobre Tarifas e Comércio) as discussões no sentido de reforçar os mecanismos de proteção aos direitos dos titulares das patentes. A escolha desse foro como mais conveniente aos países desenvolvidos explica-se pelo fato de que os conhecimentos tecnológicos adquiriram, desde a década de 70, um papel fundamental na economia, gerando um movimento de internacionalização do comércio sem precedentes e uma maior conscientização de que muitas tecnologias poderiam ser facilmente copiadas ou falsificadas.

Em função desse cenário internacional, as empresas dos setores atingidos (localizadas especificamente nos EUA e na Europa) pressionaram para exigir maior proteção do direito de propriedade intelectual, para proteger seu acesso ao mercado internacional e para impedir a imitação e falsificação de seus produtos. Somado a este motivo, vários outros explicam a pressão para mudança de foro: (a) o procedimento de solução de controvérsias no âmbito de um acordo multilateral de comércio tornaria as disposições relativas à proteção da propriedade intelectual muito mais coercitivas; (b) a possibilidade de inserir o assunto da propriedade intelectual em um pacote global de negociações tornaria mais fácil a negociação desses direitos e, por fim, (c) no contexto do comércio internacional e do livre-comércio, os países em desenvolvimento exerceriam muito menos poder.<sup>12</sup>

Diante dessa manobra, vários países manifestaram sua discordância, principalmente o Brasil e a Índia, tendo em vista que a proposta apresentada pelos EUA traria grandes transformações às leis vigentes, protegendo muito mais as patentes e não levando em conta a situação de cada país, principalmente daqueles menos desenvolvidos.<sup>13</sup> Entretanto, diante da enorme pressão de determinados setores empresariais sobre os países industrializados, como por exemplo, do setor de semicondutores, de circuitos integrados e, principalmente do setor químico-farmacêutico, representado pela indústria farmacêutica transnacional, houve a aprovação do TRIPS (Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) em 1994.<sup>14</sup> Com o acordo, houve a vinculação da propriedade intelectual

12 GUISE, Mônica Sfeffen. Op. cit., p. 29-30.

13 Brasil e Índia defendiam que a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) era o foro adequado para a discussão da propriedade industrial, por ser a administradora da Convenção de Paris.

14 A rodada do Uruguai foi a mais longa e complexa rodada de negociação no âmbito do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Dessa rodada culminou-se na assinatura do Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionadas ao Comércio - TRIPS - e na criação da Organização Mundial do Comércio - OMC. Cf. BERMUDEZ, Jorge; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; CHAVES, Gabriela Chaves. *O Acordo TRIPS da OMC e os desafios para a Saúde Pública*, p. 70. In: BERMUDEZ, Jorge A.Z;

ao comércio internacional, estabelecendo-se um novo tratamento da matéria.

O TRIPS, portanto, trata-se de um acordo que estabelece os padrões mínimos de proteção da propriedade intelectual, em que os países Membros da OMC devem incorporar em suas legislações nacionais<sup>15</sup>. Uma das principais alterações introduzidas pelo Acordo TRIPS é a concessão da proteção da propriedade intelectual em todos os campos tecnológicos, inclusive no que concerne aos medicamentos.

No Brasil, as novas regras da propriedade industrial – Lei nº 9.279/96 – foram elaboradas em conformidade com o TRIPS, especificamente no tocante à definição das áreas sujeitas à patenteabilidade.

Anteriormente à edição da Lei de Propriedade Industrial, não havia reconhecimento de concessão de patentes para produtos farmacêuticos. A decisão de deixar de reconhecer patentes de produtos químico-farmacêuticos data de 1945, no final do Governo Vargas. Em 1969, no Governo Costa e Silva, igualmente não se reconheciam patentes com relação a processos<sup>16</sup> nesse setor. Igualmente, essas exclusões foram confirmadas no Governo Médici, em 1971. Assim, como forma de proteção ao direito à saúde, optava-se pelo não patenteamento dos medicamentos, em face da necessidade pública de garantia desses produtos essenciais. Mas, a partir de 1996, os medicamentos passaram

---

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; ESHER, Ângela (Orgs.). *Acesso a Medicamentos. Derecho Fundamental. Papel Del Estado*. Rio de Janeiro: ENSP, 2004, p. 69-79. Anote-se que até a assinatura do Acordo TRIPS, o Brasil foi sobretaxado em diversos produtos pelo governo norte-americano – aço, calçados, suco de laranja, têxteis, entre outros, em clara manobra de pressão. Cf. LIMA, Marcos Costa. *Patentes, Bem Público e Justiça Global. Desenvolvimento Desigual na América Latina e Mercosul: Oportunidades em Ciência e Tecnologia*, p. 263. In: ARNOUD, André-Jean (Org). *Globalização e Direito I. Impactos nacionais, regionais e transnacionais*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 253-302.

- 15 O TRIPS definiu as seguintes regras-padrão mínimas, a serem aceitas por todos os países: a) prazo mínimo de vinte anos para proteção de patentes e de dez para marcas, em todos os setores; b) listagem exclusiva dos titulares, com menção expressa dos direitos em relação a terceiros; c) obrigação de as licenças compulsórias serem não-exclusivas; d) transferência do ônus da prova para o acusado nas ações por contrafação referentes a patentes de processo; obrigação rígida de serem patenteadas todas as invenções, de produtos ou processo, em todos os setores; f) definição da extensão dos direitos das patentes de produto e de processo, ampliando a proteção do processo até o produto a que ele dá origem; g) ainda que permita restrições ao patenteamento de seres vivos, obriga ao de microorganismos, com possíveis reflexos no futuro da agricultura, pecuária e saúde. Cf. e de processo, ampliando a pretrodutof) definiçõr de semicondutores, de circuitos integrados e, principalmnetmpliando-os e res GONTIJO, Cícero. Op. cit., p. 14 e 25.
- 16 A Concessão de patentes pode ocorrer sobre o produto ou sobre o processo. Consoante noticia Marcos Costa Lima, o Brasil não reconhecia patentes sobre produtos e, posteriormente, estendeu o não reconhecimento igualmente para os processos. Decisões semelhantes à brasileira ocorreram no Japão, na Itália, na Suíça, no Canadá, o que não implicava em ferir o protocolo da CUP. Cf. LIMA, Marcos Costa. Op. cit., p. 261.

a ser patenteados no Brasil, em cumprimento ao disposto no Acordo TRIPS.

Medicamento é um produto que possibilita o alívio de dores, o salvamento de vidas e integra a implementação de políticas públicas para alcançar adequados níveis de saúde da sociedade. Portanto, eles constituem elemento importante de política sanitária do Estado. Ieda Tatiana Cury afirma serem os medicamentos produtos de primeira necessidade, pois transcendem os direitos civis para alcançar o patamar de coisa pública.<sup>17</sup>

O Estado brasileiro tem passado dificuldades para cumprir o programa de fornecimento de medicamentos às camadas populares, bem como para propiciar a toda a população medicamentos a preços mais acessíveis. Essa questão está intrinsecamente ligada ao setor farmacêutico.

### 1.2.2 O SETOR FARMACÊUTICO

O mercado farmacêutico se caracteriza pela existência de dois tipos de indústria: o primeiro, composto por um pequeno número de empresas de grande porte, transnacionais, as quais dominam quase todo o mercado e promovem grandes investimentos de alto risco e de vultosos lucros<sup>18</sup>. O segundo tipo é composto por empresas locais ou nacionais pequenas, com pequeno investimento em tecnologia.

As indústrias farmacêuticas de grande porte têm como países de origem os EUA, o Japão e a Suíça, por exemplo. Esses países defendem com rigor o sistema patentário, pois lhes interessam defender suas indústrias e os mercados já conquistados. Os lucros vultosos obtidos por essas indústrias se explicam pela capacidade de produção de novos medicamentos e no investimento em propaganda desses produtos. Segundo o médico Jorge Bermudez, o setor farmacêutico apresenta-se no mercado sob a forma de oligopólio, que se expressa através da segmentação do mercado por classes terapêuticas. A principal estratégia de competição do setor se dá via diferenciação de produtos. As empresas investem em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), visando gerar inovações que promovam diferenciação de seus produtos. Essa atuação possibilita manter a liderança de mercado, funcionando assim as patentes como garantia do retorno financeiro, retorno este que é propiciado pela inibição da entrada de novos concorrentes e pela

---

17 CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.113.

18 Idem.

possibilidade de praticar preços elevados. Na visão do especialista, os preços praticados pela indústria farmacêutica podem representar, por sua vez, uma importante barreira de acesso a medicamentos, principalmente nos países de média e baixa renda.<sup>19</sup>

Já as indústrias farmacêuticas de pequeno e médio porte produzem os medicamentos genéricos e os licenciados. A concorrência ocorre da mesma maneira que em qualquer outro setor da economia. Essas indústrias se localizam nos ditos países periféricos (menos desenvolvidos e em desenvolvimento), inclusive no Brasil.<sup>20</sup>

Buscando minimizar os efeitos do Acordo TRIPS e possibilitar um maior acesso aos medicamentos, o Brasil implementou uma determinada política, da qual se destacam três elementos: o Programa de Medicamentos Genéricos (PMG), o registro e acompanhamento de preços e o acesso gratuito e universal a medicamentos pelos portadores do vírus HIV.<sup>21</sup>

Importa aqui destacar que os medicamentos genéricos, por serem insuscetíveis de registro de patente, permitem a prática de preços, em média, 42% menores que os patenteados.<sup>22</sup> Há os que afirmam que a implantação e o desenvolvimento dos genéricos ocorreu em face da proteção das patentes de medicamentos, adotada em 1996.<sup>23</sup> Com efeito, os genéricos constituem-se em produtos substitutos, cuja introdução no mercado amplia a possibilidade de escolha dos consumidores e a competição.

Assim, entende-se, de forma geral, que os países tecnologicamente desenvolvidos defendem um rígido sistema patentário, com o fito de beneficiar suas indústrias. Já os menos desenvolvidos defendem um sistema flexibilizado, a fim de atender os interesses nacionais.<sup>24</sup> Essa consideração, por conseguinte, permite visualizar um primeiro ponto de tensão entre patentes e saúde.

---

19 BERMUDEZ, Jorge; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; CHAVES, Gabriela Chaves. Op. cit., p. 70.

20 CURY, Ieda Tatiana. Op. cit., p. 114.

21 Idem.

22 Sobre as vantagens dos genéricos ver CURY, Ieda Tatiana. *A Patente e os Direitos Humanos*, p. 109. In: *Estudos de Direitos Humanos. Ensaios Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 101-114.

23 Ibidem, p. 116.

24 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política de Patentes e o Direito de Concorrência*, p. 159. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Política de Patentes em Saúde Humana*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 154-191.

### 1.2.3 O TRIPS EM FACE DA SAÚDE PÚBLICA: A TENSÃO ENTRE MONOPÓLIO E SAÚDE, A DECLARAÇÃO DE DOHA E AS DOENÇAS NEGLIGENCIADAS

Já, em 1995, começaram os questionamentos relativos ao possível impacto negativo que o Acordo TRIPS poderia ter nas políticas de acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. É fato que o acordo TRIPS foi construído sobre base essencialmente econômica, estando a saúde fora da lógica que o fundamentou.

Nesse contexto, o que se verificou, com o passar dos anos, é que após o estabelecimento do acordo TRIPS houve uma maior concentração do conhecimento e da tecnologia nas grandes corporações, elevação dos preços dos produtos patenteados e, em contrapartida, um menor avanço científico e tecnológico nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, impactando de forma negativa a proteção à saúde.

A questão do acesso a medicamentos só entrou na agenda internacional quando, em 2001, a IV Conferência Ministerial da OMC, em Doha (Catar), discutiu temas relacionados à promoção do desenvolvimento dos países mais pobres. No que se refere à saúde pública, foi aprovada a Declaração Ministerial sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública – conhecida como Declaração de Doha -, que representou uma mudança de paradigma nas relações comerciais internacionais *ao reconhecer que os direitos de propriedade industrial não são absolutos, nem superiores aos outros direitos fundamentais*. Essa declaração reafirmou o direito aos países Membros de interpretar, incorporar e utilizar as flexibilidades e salvaguardas previstas no TRIPS de forma a ampliar as possibilidades de acesso de suas populações aos medicamentos.

No Brasil, a possibilidade da emissão de uma licença compulsória foi inicialmente utilizada como instrumento de pressão no processo de negociação de preços de medicamentos anti-retrovirais (ARVs). Entretanto, somente em maio de 2007, foi utilizada no país a licença compulsória ou como é conhecida vulgarmente “quebra de patentes” para o principal medicamento anti-retroviral utilizado no combate ao vírus da AIDS: o EFAVIRENZ.

Um segundo ponto a evidenciar a tensão estabelecida entre saúde e patentes diz respeito às doenças ditas negligenciadas. As doenças negligenciadas são, em sua maioria, doenças tropicais que afetam milhares de pessoas no mundo. Em geral, as populações

atingidas por essas doenças são pobres. Alguns exemplos são: a leishmaniose, a doença do sono, a malária, a doença de chagas, a dengue, entre outras.<sup>25</sup>

No que se refere a essas doenças, existe um grande volume de trabalhos científicos que tratam da biologia, da imunologia e da genética dos parasitas causadores de doenças. Entretanto, todo esse conhecimento não se reverte em ferramentas terapêuticas para as pessoas afetadas. Ao contrário, o que se constata é que essas doenças têm sido progressivamente marginalizadas, pelo fato de que, por não oferecerem um retorno lucrativo para a indústria farmacêutica, não se realizam investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos.<sup>26</sup>

A Organização Humanitária Médicos Sem Fronteiras – MSF produziu o documento intitulado “Desequilíbrio Fatal – A crise de Pesquisa e Desenvolvimento de Drogas para Doenças Negligenciadas”<sup>27</sup> abordando, de forma contundente, a falta de pesquisa para essas doenças e, via de consequência, o impacto dessa omissão na saúde das populações mais pobres do mundo.

Na Declaração de Doha há, igualmente, explícito reconhecimento da gravidade dos problemas de saúde pública que afligem muitos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, especificamente no tocante aos problemas resultantes de HIV/AIDS, da tuberculose, malária e outras epidemias.

Interessante constatar que, ao menos no contexto brasileiro, tanto a prática de preços elevados a funcionar como barreira ao acesso a medicamentos essenciais, quanto a falta de investimentos em medicamentos para as doenças negligenciadas, estão a evidenciar a tensão entre dois direitos constitucionalmente protegidos – saúde e propriedade. Cabe, portanto, indagar como sopesar estes direitos nos casos concretos. Diante dessa indagação, investiga-se a seguir a tensão entre os direitos aqui analisados.

---

25 MSF e FIOCRUZ. Disponível em: <[http://www.dndi.org.br/português/doenças\\_negligenciadas.aspx](http://www.dndi.org.br/português/doenças_negligenciadas.aspx)>. Acesso em: 12.set.2008.

26 Idem.

27 MSF, FIOCRUZ e OUTROS. Desequilíbrio Fatal – A crise de Pesquisa e Desenvolvimento de Drogas para Doenças Negligenciadas. Disponível em: <[http://www.dndi.org.br/Português/publicações\\_dndi.aspx](http://www.dndi.org.br/Português/publicações_dndi.aspx)>. Acesso em 12.set.2008

## 2 SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

### 2.1 DIREITO À SAÚDE NA ORDEM INTERNACIONAL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A questão da saúde foi percebida de diferentes formas ao longo da Modernidade.<sup>28</sup> Inicialmente pensava-se na saúde do ponto de vista da ausência de doenças. Essa visão foi gradativamente substituída pelo entendimento de que saúde consiste também no direito de acesso à cura. Esse viés preventivo surgiu a partir do *Welfare State*.<sup>29</sup>

De fato, na trajetória histórica dos direitos fundamentais na Modernidade, pode-se divisar duas grandes fases, que correspondem, respectivamente, ao Estado Liberal e ao Estado Social, cada modelo com suas características específicas. Atualmente, fala-se no esgotamento do Estado Social e na emergência de novo paradigma, denominado Estado pós-social<sup>30</sup>, em que o Estado Democrático de Direito aparece como superação real do Estado social de Direito, o que será abordado mais adiante.<sup>31</sup>

No tocante ao direito à saúde, foi, sobretudo, a partir do séc. XIX e com o surgimento da Revolução Industrial na Europa (especificamente na Inglaterra) que se passou a considerar a saúde pública numa acepção moderna. Antes do séc. XIX, havia, em geral, apenas um senso de

---

28 Nesse artigo, o período da Modernidade pode ser entendido da forma como define Cristiano Paixão, ou seja, um novo paradigma surgido, sobretudo, a partir dos últimos anos dos Oitocentos, com a fixação de duas premissas fundamentais: a diferenciação funcional e as constituições escritas. Nele se pode conceber uma subdivisão de paradigmas: o do Estado Liberal, o do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, destaca o autor: “Nos últimos anos dos Oitocentos, a sociedade ocidental havia passado por uma série de transformações tão significativa que a explicação da vigência do direito com fundamento na teoria do jusnaturalismo racional começava a perder a sua capacidade de esclarecimento e persuasão. O aumento do grau de complexidade das relações sociais, a aceleração do devir histórico (a chamada “Era das Revoluções”) e a modificação da semântica do tempo (Modernidade, conceito reflexivo, volta-se para um futuro em aberto, impulsionado pela dinâmica do progresso) ensejaram uma substancial alteração na vigência do direito, com a introdução de um movimento inteiramente novo em termos históricos – o constitucionalismo.” PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*. p.32. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org). *O novo direito administrativo brasileiro. O Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: Fórum 2003. p. 19-50.

29 HERINGER, Astrid. *Patentes e Medicamentos: Aspectos Jurídicos e Sociais*, p.325. In: ANNONI, Danielle (Org). *Direitos Humanos & Poder Econômico. Conflitos e Alianças*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 307-332.

30 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.5.

31 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.48.

responsabilidade comunitário em relação à saúde pública, senso este que remonta às antigas civilizações.<sup>32</sup>

Observou-se que nas primeiras décadas do capitalismo industrial um grande número de pessoas era submetido a péssimas condições de trabalho, o que veio a gerar sérios problemas de saúde, inclusive doenças epidêmicas como a cólera. A partir daí, constatou-se a necessidade de intervenção estatal para assegurar condições mínimas de sobrevivência digna do homem, reconhecendo-se assim direitos sociais. Dentre eles, destaca-se o direito à saúde, que passou gradativamente a ser entendido como de natureza pública subjetiva, exigível do Estado.<sup>33</sup>

Na ordem internacional, vários documentos tratam desse direito social como um direito humano. Na Organização Mundial da Saúde – OMS<sup>34</sup>, a saúde foi conceituada como um estado de completo bem estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade. O preâmbulo da Constituição da OMS explicita que *gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, religião, de credo político, de condição econômica ou social*. No preâmbulo, é salientado ainda que os Governos são responsáveis pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Outro documento importante é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que estabelece um padrão de vida, com vistas a assegurar saúde e bem-estar aos indivíduos.<sup>35</sup> Essa declaração, contudo, carrega mais uma carga simbólica no tocante à saúde<sup>36</sup>. Já o Pacto

32 CURY, Ieda Tatiana, 2005, Op. cit., p. 35-36.

33 Ibidem, p. 36-38.

34 Criada em 1948, a OMS trata-se de uma agência especializada da ONU para a saúde e conta com 192 membros, dentre eles o Brasil. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.who.org>. (Consultado em 18.08.08)

35 A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 225.

36 Fábio Konder Comparato comenta que “tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembléia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nessas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Foi por essa razão, aliás, que a Comissão de Direitos Humanos concebeu-a, originalmente, como etapa preliminar à adoção ulterior de um pacto ou tratado internacional sobre o assunto, como lembrado acima. Esse entendimento, porém, peca por excesso de formalismo. Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.” Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Op.cit., p. 226- 227.

Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>37</sup> reconhece a saúde como um direito e o estabelecimento de que os Estados deverão adotar medidas para efetivá-lo, sob pena de gerar algum tipo de sanção internacional para aqueles signatários que infringjam as suas disposições. Dessa forma, a idéia-força assentada no Pacto de Direitos Humanos para os direitos econômicos, sociais e culturais é de albergar obrigação de natureza prestacional (dever de proteção do Estado).<sup>38</sup>

Na América, temos também um documento relevante: a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica<sup>39</sup>.

Todos esses documentos internacionais evidenciam valores tipicamente desejáveis de um modelo de Estado Social que reconhece o direito à saúde como direito social. Mas afigura-se insuficiente o reconhecimento do direito em si, diante da necessidade de efetivá-lo de forma consistente em cada Estado Nacional.<sup>40</sup>

Vários países adotaram em suas constituições o direito à saúde como um direito fundamental. Por exemplo, destacam-se: Argentina, Paraguai, Uruguai, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Grécia e França.

37 O Pacto foi adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16.12.1966 e foi ratificado pelo Brasil em 12.12.91. *Ibidem*, pág.279.

38 Pode-se dizer que o direito à saúde tem duas dimensões: a negativa, que significa basicamente que, a saúde, como bem jurídico fundamental, encontra-se protegida contra qualquer agressão de terceiros; e a positiva, que se refere ao aspecto prestacional do direito à saúde. Cf. SARLET, Ingo Sarlet. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.direitodoestado.com.br/redal.asp>. (Consultado em 14.08.08)

39 A Conferência de São José da Costa Rica foi aprovada em 22 de novembro de 1969, reproduzindo a maior parte das declarações constantes do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966. Posteriormente, a fim de obter a adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica decidiu deixar para um Protocolo à parte a declaração de direitos econômicos, sociais e culturais. Tal Protocolo foi aprovado na Conferência Interamericana de São Salvador, em 17 de novembro de 1988. Cf. COMPARATO, Fábio Konder, op. cit. p. 367.

40 Para Richard B. Bilder, o movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção de promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, em âmbito mundial BILDER, Richard B. *An overview of international human rights law*. 2ª. Ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992, p. 3-5 *apud* PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. Disponível na Internet via WWW.URL: [HTTP://www.defensoria.sp.gov.br/Repositório/31/Documentos/Artigos/00000034-00\\_FlaviaPiovesan.pdf](HTTP://www.defensoria.sp.gov.br/Repositório/31/Documentos/Artigos/00000034-00_FlaviaPiovesan.pdf). (consultado em 23.08.09).  
ESSE ENDERECO NÃO ESTÁ ENTRANDO: CERTIFICAR

No Brasil, o direito à saúde e seu caráter de direito fundamental e social pode ser extraído da Constituição de 1988. No seu art. 1º, inciso III, a Constituição Federal dispõe que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O art. 3º especifica quais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles a promoção do bem de todos e a criação de sociedade justa e solidária. O art. 6º prevê direito à saúde como direito social. De forma mais específica, o direito à saúde é tratado no título VIII - Da Ordem Social -, onde são arroladas as diretrizes, normas e políticas essenciais à área da saúde. No art. 196<sup>41</sup>, estipula-se a saúde como *um direito de todos e dever do Estado*, devendo ser garantida mediante políticas sociais e econômicas. Assim, a saúde além de ser um direito fundamental é também um dever, porque há obrigação precípua do poder público para efetivá-lo, mediante políticas públicas.

A Constituição brasileira de 1988 consagra os princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços de saúde e busca assegurar a cura e a prevenção de doenças por meio de medidas que assegurem a integridade física e mental do ser humano, em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Denota-se, pois, da própria normatização constitucional do direito à saúde a sua dimensão de um direito fundamental e de direito humano<sup>42</sup>, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é conceito constitucional que fundamenta o direito à saúde, enquanto núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>43</sup>

41 Constituição Federal: "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação".

42 Na acepção lata, não há diferenças substanciais entre as expressões "direitos do homem", "direitos humanos" e "direitos fundamentais". Entretanto, no sentido estrito, essas expressões são empregadas de forma distinta, sendo direitos humanos um termo internacionalista dos direitos fundamentais, ou seja, direitos e liberdades previstos em tratados internacionais. Os direitos fundamentais tratam dos direitos e liberdades garantidos institucionalmente pelo direito positivo do Estado. Cf. CURY, Ieda Tatiana, 2005, Op. cit., p.1.

43 Para Flávia Piovesan "o valor da dignidade humana – imediatamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III – impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF*. [on line] Disponível na

Isto quer dizer que o princípio da dignidade humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais, apresentando-se como limite, tanto no sentido de que os Poderes Públicos devem abster-se de atentar contra ele, quanto como um norte para a conduta estatal, na medida em que impõe às autoridades públicas o dever de ação, para a garantia das condições de vida com dignidade<sup>44</sup>.

Por fim, merece ser ressaltado que, a partir de 1988, o Brasil adotou a concepção do Estado Democrático de Direito, exigindo do cidadão intérprete a análise do direito à saúde sob o prisma da justiça social, da garantia da qualidade de vida e da efetiva participação cidadã na implementação das políticas públicas.

## 2.2 DIREITO À PROPRIEDADE: AS PATENTES

Na Constituição Federal de 1988 existem vários dispositivos que tratam do direito de propriedade. Por exemplo, o art. 5º, incisos XXII e XXXI, CF/88, em que ele é considerado de forma mais ampla<sup>45</sup>, ao contemplar direitos de propriedade, de sucessão, de direito autoral, de direito de propriedade imaterial.

Contudo, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXIII, determina que o direito à propriedade será garantido desde que ele atenda a sua função social. Esse dispositivo enfatiza que toda forma de propriedade deve ser condicionada a esse valor constitucional de função social, inclusive quanto ao direito de propriedade imaterial (invenções, desenhos e marcas de indústria e comércio, nome comercial, indicações geográficas, segredos de fábrica e repressão à concorrência desleal).<sup>46</sup>

O chamado direito de propriedade de inventos, patentes e marcas, por sua vez, encontra-se consagrado no art. 5º, inciso XXIX, da Constituição que estabelece que a lei assegurará aos autores de

---

Internet via WWW.URL: [HTTP://WWW.defensoria.sp.gov.br/31/Documentos/Artigos/00000034-001\\_FlaviaPiovesan.pdf](http://WWW.defensoria.sp.gov.br/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPiovesan.pdf). (consultado em 23.08.09)

44 Cf. SARMENTO, Daniel. Op., cit., p.89.

45 “O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.” BASTO, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: 1989, v. 2, p. 118-119 apud MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 426.

46 Constituição Federal: “Art. 5º [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.”

inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade de marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, *tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País*.

Aprende-se que os direitos do inventor são tidos como direitos de propriedade, erigidos ao patamar de direitos fundamentais. Sofrem, contudo, as limitações decorrentes do princípio da função social, consoante consagrado no art. 5º, inciso XXXIII, pois esse dispositivo afastou uma concepção puramente individualista de toda e qualquer forma de propriedade privada, para limitar o seu exercício ao atendimento da função social. Na ordem constitucional, portanto, a propriedade privada vincula-se a sua função social, não sendo garantida de forma absoluta.

Inferese, ainda, do exposto no inciso XXIX do art. 5º, CF/88, que a existência da propriedade ainda está condicionada ao atendimento dos requisitos de “interesse social e desenvolvimento tecnológico do País”.

Dessa forma, seja na função social da propriedade (acepção genérica), seja no condicionamento constitucional do privilégio patentário ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico do País (acepção específica), encontram-se para o legislador duas considerações. Por um lado, os limites dos direitos que poderão ser assegurados ao inventor. Por outro lado, os parâmetros de interpretação jurídica na condução das políticas públicas. Nesse contexto, os direitos do inventor não poderão jamais se sobrepor indiscriminadamente aos interesses sociais, que caracterizam, nesse debate, a necessidade de formulação de políticas públicas e a efetivação de ações concretas que propiciem o desenvolvimento tecnológico e econômico.

A própria lei de patentes brasileira, dentro da diretriz traçada constitucionalmente, destaca, em seu artigo 2º, que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial deve efetivar-se na medida do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país.<sup>47</sup> Observe-se, mais uma vez, que apesar da polissemia das expressões “interesse social e desenvolvimento tecnológico e econômico do país”<sup>48</sup>, cumpre não só ao legislador, mas também ao intérprete, aliar tais conceitos ao interesse público. Como se vê, a legislação nacional oferece igualmente abertura para interpretações que possibilitem a efetivação do direito à saúde, a partir do cumprimento da cláusula “interesse social”.

47 Lei nº 9.279/96: “Art. 2º. A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerando o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: I – a concessão de patentes e de modelo de utilidade; [...]”

48 FURTADO, Lucas Rocha. Op. cit., p.22.

Destaque-se que a legislação patentária brasileira deve adequar-se aos padrões internacionais, a fim de não alijar o Brasil do contexto da economia globalizada. Isto, no entanto, não pode significar o afastamento das diretrizes constitucionais.

O sistema patentário, portanto, não pode privilegiar uma concepção puramente individualista, só merecendo proteção legal e seu efetivo exercício na medida exata de sua função social.

O Acordo TRIPS, no seu artigo 7º, ao traçar seus objetivos, dispõe que a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual *devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem estar social e econômico* e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.<sup>49</sup>

Já o artigo 8º prevê, como princípio, que os membros do Acordo, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, *podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas* para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto no Acordo TRIPS.<sup>50</sup>

Em que pese a complexidade do acordo, há igualmente abertura em seu texto, permitindo leituras que conduzam ao entendimento da primazia do interesse social sobre o individual, em especial quando se cuidar de proteger o direito à saúde das populações dos países menos desenvolvidos ou em desenvolvimento.

Com efeito, essa abertura já possibilitou, inclusive, a conquista de um importante instrumento político, conhecido como a Declaração de Doha, documento que reafirma o direito dos países Membros da OMC de interpretar, incorporar e utilizar as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS. Em suma, a declaração permite que os países tomem medidas para a proteção da saúde pública, ao reconhecê-la, numa dada situação, como valor de maior peso que os interesses comerciais e as patentes.<sup>51</sup> O interesse público, portanto, é igualmente colocado em evidência nesse documento.

49 Ver Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994 que promulgou a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada do Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. In: SILVEIRA, Newton. *A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais*. São Paulo: Saraiva, 1998.

50 Idem.

51 Grupo de Incentivo à vida (GIV) Grupo pela Vida-SP e Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP). *O que é e como surgiu a Declaração de Doha?* Disponível em: <<http://www.deolhonaspatentes.org.br>>. Acesso em 16.set.2008.

Da análise deste arcabouço jurídico aqui apresentado, conclui-se que a propriedade privada – no caso em tela, a patente, só poderá existir se atender a sua função social e desde que considerados o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico.

### 3.3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: CAMINHOS POSSÍVEIS E FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE.

Nas situações apresentadas ao longo deste artigo, percebe-se claramente a possibilidade de surgimento de tensões estabelecidas entre os direitos constitucionalmente protegidos, a saber – o direito à saúde e o direito à propriedade. Do ponto de vista jurídico, pode ocorrer aqui, portanto, o que se denominou colisão de direitos fundamentais.

Para o Professor José Carlos Vieira de Andrade, haverá colisão de direitos sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois princípios, valores ou bens em contradição concreta, ou seja, sempre que a esfera de proteção de um determinado direito for constitucionalmente protegida de modo a intersectar a esfera de outro direito protegido e igualmente fundamental e constitucional.<sup>52</sup>

Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade é tido como possível método de solução jurídica, quando houver colisão entre princípios fundamentais.

O princípio da proporcionalidade compõe-se não só pela vertente de uma proibição de excesso, que se revela mediante a contrariedade, incongruência, falta de razoabilidade ou inadequação entre os meios e os fins (*Übermassverbot*),<sup>53</sup> mas também na vertente de uma proibição de proteção insuficiente ou deficiente (*Untermassverbot*). Nesse sentido, quando o Estado se omite em concretizar um ato ou política pública para o qual teria o dever de agir ou quando sua atuação revela-se insuficiente para efetivar adequadamente determinado direito ou dever, ocorrerá lesão ao princípio da proibição da proteção insuficiente.<sup>54</sup>

Em recente decisão proferida na Suspensão de Liminar nº 235-0/TO (DJ 4.8.2008) pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da

52 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 220 *apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica De Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.111.

53 Pode-se aqui citar exemplos específicos compreendidos na área penal e no exercício de poder de polícia da Administração.

54 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 333.

proibição da proteção insuficiente foi utilizado como método de solução para a colisão entre o princípio da separação dos Poderes, concretizado pelo direito do Estado de Tocantins de definir discricionariamente a formulação de políticas públicas voltadas a adolescentes infratores e a proteção constitucional dos direitos dos adolescentes infratores a uma política básica de seu atendimento.

Em uma visão inovadora, ponderou-se que a determinação constitucional de absoluta prioridade na concretização do previsto no art. 227 da Constituição Federal, em razão da alta significação de proteção aos direitos da criança e do adolescente, impõe ao Poder Estatal providências concretas para a efetivação do direito ali albergado, sob pena de possibilitar ao Estado ampla discricionariedade na escolha de suas condutas, impedindo assim a efetivação do direito constitucionalmente protegido.

Nesse mesmo sentido, também pode ser pensado o direito à saúde em face ao direito patentário. Na medida em que o direito à saúde é previsto constitucionalmente como direito de todos *e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas* (art. 196), *no qual as ações e os serviços por ele prestados são considerados de relevância pública* (art. 197). Reside aí a idéia de saúde como política prioritária.

Com efeito, subsume-se dos dispositivos constitucionais apontados a relevância da atuação Estatal na área da saúde, o que impõe ao Poder Estatal o dever de não se eximir da garantia desse direito.

Observe-se, ainda, que o direito à saúde é hoje reconhecido tanto pela doutrina, quanto pelo Poder Judiciário, como um direito humano fundamental, cujas normas constitucionais a ele relativas são de aplicabilidade imediata<sup>55</sup> e de eficácia plena (art. 5º, §1º, da CF).

Ao comentar o princípio da máxima eficácia, Ingo Sarlet comenta que a norma contida no art. 5º, parágrafo primeiro, da Constituição Federal, apresenta caráter de norma-princípio, *de tal sorte que se constitui em uma espécie de mandado de otimização*, impondo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem e imprimirem às normas de direitos e garantias fundamentais a maior eficácia e efetividade possível.<sup>56</sup>

55 PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*, p. 253. In: *Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller*. Florianópolis: Conselho Editorial, 2006, p. 251-264.

56 SARLET, Ingo Sarlet. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet via WWW. URL: <http://www.direitodoestado.com.br/redal.asp>. (Consultado em 14.08.08)

Com efeito, o direito à saúde, enquanto direito fundamental, não pode mais ser considerado mero enunciado sem qualquer força normativa, não pode ficar ao alvedrio da vontade estatal, mas deve ser efetivamente concretizado.

Portanto, a atuação estatal que proteja o direito à saúde de forma deficiente ou insuficiente, na análise concreta de cada situação, poderá vir a configurar-se lesiva ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Nessa linha de idéias, o Estado não está somente obrigado a agir, a implementar políticas públicas que efetivem o direito à saúde, mas terá que fazê-lo eficientemente.

Anote-se que a observância ao princípio da proibição da proteção insuficiente deve e pode ser exigida por todos os possíveis intérpretes das normas constitucionais.<sup>57</sup>

Observe-se, ainda, que o conceito de relevância pública do direito à saúde, destacado no art. 197 da Constituição Federal e colocado como dever-poder do Estado de proporcioná-los adequadamente, suficientemente à população brasileira, merece ser relacionado ao conceito de interesse público, estabelecido na Lei de Propriedade Industrial, de maneira geral, e especificamente no que se refere às licenças compulsórias.<sup>58</sup>

Celso Campilongo nos assevera que o interesse público ocorrerá nos casos relacionados à saúde pública, à nutrição, à defesa do meio ambiente, bem como naqueles de primordial importância para o desenvolvimento tecnológico ou socioeconômico do país, ou seja, são de interesse público todos os assuntos que, de alguma forma, relacionam-se com a preservação da dignidade humana.<sup>59</sup>

---

57 Destaque-se que o princípio da proporcionalidade é viável como parâmetro de controle dos atos estatais. Inclusive há referências explícitas da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio (Lei n.º 9.784/99). Cf. MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Limites e possibilidades da técnica de ponderação de bens a partir da teoria jusfundamental*. (Curso de especialização SUI JURIS, pós-graduação *lato sensu* em direito, estado e constituição). União Educacional Do Planalto Central – UNIPLAC. Brasília-DF, 2006, p. 61-87.

58 Licença compulsória constitui-se em um importante mecanismo de que o Estado Brasileiro dispõe para fazer com que a propriedade cumpra sua função social. A lei de propriedade industrial define que, em determinados casos, o Poder Público pode, compulsoriamente, licenciar o objeto da patente, retirando do titular o direito conferido e transferindo, dessa forma, o direito de fabricação de determinado produto para outra empresa ou para um laboratório oficial. Os casos de licença compulsória estão previstos no art. 68 e seguintes da Lei n.º 9.279/96. Dá-se quando: a) o titular do direito patentário exercer, de forma abusiva, os direitos decorrentes da patente; 2) a patente for meio para prática de abuso econômico; 3) não houver exploração do objeto da patente, por falta de fabricação ou fabricação incompleta, ou ainda falta de uso integral do processo; a comercialização não satisfizer às necessidades de mercado; nos casos de emergência nacional e interesse público. Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Op.cit.*, p.164.

59 *Ibidem*, p. 166.

No que tange às patentes de medicamentos, observa-se que as *políticas públicas* devem ser construídas *em face do interesse social*, buscando alcançar o desenvolvimento tecnológico e econômico, em consonância ao disposto no art. 5º, XXIX, da Constituição Federal. Sob esse ângulo, o exercício das atividades industriais - em que se inserem as indústrias farmacêuticas - não tem, nos monopólio das patentes, instrumentos de proteção incondicional, ou seja, tal monopólio não ostenta valor absoluto. Esse postulado constitucional é restringido na medida exata do interesse social.

Nesse sentido, Mônica Guise assevera que, para a consecução de políticas de saúde, é essencial que as novas regulamentações em matéria de propriedade intelectual reconheçam e façam uso de todas as flexibilidades previstas no Acordo TRIPS,<sup>60</sup> inclusive as licenças compulsórias - mecanismo utilizado para minimizar os efeitos advindos do monopólio da patente, evitar abusos e fazer com que a propriedade cumpra sua função social.<sup>61</sup>

Importante o alerta de Ieda Cury no sentido de que qualquer esforço é válido para amenizar o terrível abismo de desigualdades e, dentro do Direito, essa tentativa deve partir do Executivo, com a utilização de mecanismos legais (licença compulsória) ou, ainda, por meio da releitura dos textos constitucionais e infralegais.

Outro ponto a ser destacado é que o direito à saúde, bem como os demais direitos sociais, devem ser garantidos pelo Estado Democrático de Direito, fundado na inclusão social e na cidadania.

O Brasil adotou, a partir da Constituição Federal de 1988, a concepção de ser um Estado Democrático de Direito, o que representa dizer que pretende ser um Estado que garanta a democracia, que privilegie os direitos humanos, os direitos fundamentais e, especificamente, os direitos sociais. O direito brasileiro, conforme a concepção delineada em 1988, assume feições de um sistema mais aberto, criado não só para regular as relações humanas<sup>62</sup>, mas também para promover a transformação social.

---

60 GUISE, Mônica Steffen. Op.cit., p.136-137.

61 CURY, Ieda Tatiana, 2006, Op.cit., p. 101

62 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário* apud MOREIRA, Nelson Camatta. *Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988*. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível na Internet via WWW, ULR: <http://www.direitodeestado.com.br/redae.asp>. (Consultado em 18.08.09).

Tem-se que a saúde não é dever apenas do Estado, mas da sociedade como um todo. Em outras palavras, não basta apenas um Estado provedor, mas há necessidade da efetiva participação social dos cidadãos, seja na interpretação jurídica, seja na exigência da concretização de políticas públicas. Como afirmado por Daniel Sarmento, o jogo democrático é incompleto quando se limita às relações estatais. É necessária a participação de outras instâncias, como a família, as empresas, os sindicatos e as associações.<sup>63</sup>

### 3 CONCLUSÃO

Frise-se, inicialmente, que não se defende a burla dos direitos patentários e nem se pretende, com este trabalho, esgotar a investigação sobre tema de tamanha importância. Contudo, já se podem tecer algumas considerações:

- a) podem ser evidenciadas tensões entre o direito patentário e o direito à saúde, tanto no que se refere ao acesso a medicamentos essenciais, haja vista a prática de preços elevados decorrente do monopólio, quanto no que se refere à falta de investimento em pesquisa para as doenças ditas negligenciadas;
- b) o direito patentário não se apresenta absoluto, mas ao contrário, sofre limitações, na medida em que sua existência está condicionada ao atendimento de sua função social;
- c) um possível caminho para solucionar a tensão estabelecida entre direito patentário e direito à saúde é o princípio da proporcionalidade, em sua vertente do princípio da proibição da proteção deficiente ou insuficiente, como norteador da atuação estatal, na medida em que as políticas públicas devam ser efetivamente implementadas de forma eficiente e adequada;
- d) no que tange ao direito à saúde, subsume-se do ordenamento jurídico que a atuação estatal se constitui em um dever (necessidade de implementação de políticas públicas, dado o caráter prioritário do direito) e essa relevância deve associar-se ao interesse social previsto na Constituição Federal e na Lei de Patentes;
- e) por fim, ressalte-se que não é só necessária a atuação Estatal para efetivação do direito à saúde, mas há de se dar destaque à

63 SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 321.

dimensão democrático-participativa no âmbito de efetividade desse direito.

## REFERÊNCIAS

BERMUDEZ, Jorge. OLIVEIRA, Maria Auxiliadora. CHAVES, Gabriela Costa. *O Acordo Trips e os desafios para a Saúde Pública*, p.70. In: BERMUDEZ, Jorge A.Z.; OLIVEIRA, Maria Auxiliadora; ESHER, Angela. (Orgs). *Acceso a Medicamentos. Derecho Fundamental. Papel Del Estado*. Rio de Janeiro, ENSP, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política de Patentes e o Direito de Concorrência*, p.159. In: PICARELLI, Márcia Flávia Santini; ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Política de Patentes em Saúde Humana*. São Paulo: Atlas, 2001.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito Fundamental à Saúde. Evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CURY, Ieda Tatiana. *A Patente e os Direitos Humanos*, p. 109. In: DELGADO, Ana Paula Teixeira; CUNHA Maria de Lourdes da. (Orgs.) *Estudos de Direitos Humanos – Ensaios Interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

GUISE, Mônica Steffen. *Comércio Internacional, Patentes e Saúde Pública*. Curitiba: Juruá, 2008.

HERINGER, Astrid. *Patentes de medicamentos: aspectos jurídicos e sociais*, p. 325. In: ANNONI, Daniela. *Direitos Humanos & Poder Econômico. Conflitos e Alianças*. Curitiba: Juruá, 2007.

LIMA, Marcos Costa. *Patentes, Bem Público e Justiça Global. Desenvolvimento Desigual na América Latina e Mercosul: Oportunidades em Ciência e Tecnologia*, p. 261 e 263. In: ARNAUD, André-Jean. (Org.). *Globalização e Direito I. Impactos nacionais, regionais e transnacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- MAGALHÃES, Marco Túlio Reis. *Limites e possibilidades da técnica de ponderação de bens a partir da teoria jusfundamental*. (Curso de especialização SUI JURIS, pós-graduação lato sensu em direito, estado e constituição). União Educacional Do Planalto Central – UNIPLAC. Brasília-DF, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redal.asp>> . Acesso em: 14. ago. 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SICHEL, Débora Lacs. *Direito Patentário no Brasil – Do Estado Nacional para o mundo Globalizado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- SILVEIRA, Newton. *A propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais*. São Paulo: Saraiva, 1998.



---

# A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DIRETA DIFERIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E OUTROS ASPECTOS RELEVANTES DA PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA

---

*Aluizo Silva de Lucena*  
*Procurador Federal*  
*Adjunto de Consultoria da PGF*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Natureza jurídica do prazo legal promotor da extinção da punibilidade disciplinar; 2 A aplicação analógica da prescrição retroativa no processo administrativo disciplinar; 3 A pertinência do reconhecimento da prescrição direta diferida em lugar da prescrição retroativa; 4 Análise da necessidade de responsabilização de quem contribuiu para o escoamento de prazo prescricional em processo administrativo disciplinar; 5 Conclusão; 6 Referências.

**RESUMO:** A prescrição dos ilícitos funcionais tem natureza jurídica semelhante ao instituto da decadência e por isso deve ser percebida como prescrição sui generis.

O poder público deve reconhecer a prescrição das penalidades de Advertência e Suspensão quando os respectivos prazos se esgotarem antes daquele previsto para a pena de Demissão.

A prescrição retroativa do direito penal não se aplica ao direito sancionador funcional.

O fundamento para extinção da punibilidade nos casos de advertência e suspensão pelo decurso de prazo antes do lapso temporal quinquenal é aplicação da prescrição direta diferida.

Denúncia temerária de ilícito administrativo é um "nada jurídico" e não dá ensejo à responsabilização de quem deu causa à prescrição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prescrição Sui Generis. Prescrição Retroativa do Direito Penal. Prescrição Direta Diferida

**ABSTRACT:** The prescription of the functional offenses has nature similar to the legal institute of decay and therefore should be seen as sui generis prescriptive period.

The government should recognized the limitation of penalties of Suspension and Warning when their time runs out before the one scheduled for the penalty of Dismissal.

The retroactive limitation of criminal law does not apply to law sanctioning functional.

The grounds for extinction of punishability in cases of Warnings and Suspension by the lapse of time before the five-year is the applicability of the institute deferred direct prescription.

Reckless Complaint of illicit functional is a "legal nothing"and should not punish the authority who not to install the administrative process in the period of limitation.

**KEYWORDS:** Sui Generis Prescriptive Period. The Retroactive Limitation of Criminal Law. Law Sanctioning Functional. Deferred Direct Prescription.

## INTRODUÇÃO

A pacificação social e segurança jurídica das relações constituídas são fundamentos de validade dos institutos da prescrição e da decadência e encontram plena ressonância, também, na seara do direito administrativo, especialmente no que respeita ao Direito Administrativo Sancionador.

A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro 1990, define o estatuto disciplinar dos servidores públicos civis federais, prevê as condutas consideradas irregulares e comina as respectivas penalidades aplicáveis mediante apuração em processo administrativo disciplinar.

Essa ação disciplinar do Estado não pode ser exercida por prazo indefinido. Ela se sujeita a limites temporais que estão elencados no art. 142 da norma supracitada.

A proposta deste estudo é explorar a aplicação da prescrição no processo administrativo disciplinar, com foco em duas questões centrais que vêm suscitando dúvidas em sua aplicação pela Administração Pública e debates jurídicos nos foros apropriados. A primeira versa sobre a polêmica travada acerca da aplicação da prescrição dita retroativa no âmbito do processo administrativo disciplinar e o segundo ponto examina a orientação administrativa voltada para a apuração de responsabilidade de quem contribui, por culpa ou dolo, para o transcurso da prescrição de ação disciplinar estatal.

A discussão é atual, pois ainda não se chegou a uma conclusão sobre a aplicabilidade da prescrição retroativa no direito disciplinar, ensejando julgamentos conflitantes entre órgãos da Administração Pública, possibilitando que uma mesma situação implique, por exemplo, aplicação de penalidade de suspensão de 90 dias a um servidor e arquivamento do processo em relação a outro servidor pela prática do mesmo delito funcional, nas mesmas circunstâncias, em clara afronta ao princípio da isonomia e da impessoalidade.

Noutro turno, debruçam-se as autoridades sobre uma questão relevante: em tendo ocorrido a prescrição impõe-se, inexoravelmente, a abertura de processo administrativo disciplinar para investigar os responsáveis pela inércia administrativa, promotora do prazo extintivo do *jus puniendi* da Administração, independentemente das circunstâncias que envolveram o caso e a dimensão do valor jurídico do bem tutelado?

Pretende, pois, este artigo cooperar com o debate sobre as questões mencionadas, trazendo uma abordagem diferente do que se conseguiu encontrar de produção sobre o tema, viabilizando uma alternativa de fundamentação para adoção de determinado procedimento ou servindo,

se for o caso, como ponto de partida para fortalecimento de teses em contrário, em respeito à dialética doutrinária que ora se incentiva.

Em relação ao primeiro ponto, utilizar-se-á como método a análise do instituto da prescrição retroativa no direito penal, perquirindo-se sobre suas especificidades na seara criminal e eventual aplicabilidade no direito disciplinar estatal. Questionar-se-á, também, se se trata, mesmo com efeitos e incidências semelhantes, do mesmo instituto jurídico [prescrição retroativa] a incidir na área disciplinar, opinando-se, por fim, sobre o aproveitamento do prazo já transcorrido em relação às penalidades de advertência e suspensão, sem que se tivesse implementado o prazo prescricional de cinco anos previsto para processamento dos ilícitos funcionais puníveis com demissão.

No que concerne à exigência de abertura de processo administrativo disciplinar para apurar responsabilidade de quem contribuiu para ocorrência da prescrição parece conveniente avaliar aspectos como o contexto em que se deu a perda do prazo, a tramitação do processo, o valor do bem público protegido e até a relação custo/benefício dessa medida em conformidade com as exigências do interesse público.

## 1 NATUREZA JURÍDICA DO PRAZO LEGAL PROMOTOR DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DISCIPLINAR

A prescrição administrativa disciplinar é instituto *sui generis*, pois se analisada à luz dos elementos do direito civil e da distinção clássica entre prescrição e decadência a partir dos efeitos que tais institutos podem incidir, não seria incoerente classificá-la como decadência administrativa.

Não há, neste caso, uma perspectiva de ação judicial respaldada por lapso temporal que vise preservar o *jus puniendi* do Estado-Administração. Quando o Estado atua em juízo na defesa do direito de punir dentro do prazo legal, ele o faz por meio de exceção e não por uma ação judicial propriamente dita já que, geralmente, é o servidor faltoso que pleiteia uma prestação jurisdicional em face da Administração que, por sua vez, prescinde dessa tutela jurisdicional para promover o processo disciplinar. Por isso, transcorrido o prazo prescricional, perde-se o próprio poder-dever da Administração de apurar os ilícitos funcionais identificados e não, tão-somente, uma ação.

Ademais, este direito mais se aproxima daquela classificação feita por CHIOVENDA, lembrada por Agnelo Amorim Filho<sup>1</sup>, para

1 Agnelo Amorim. *Critério FILHO científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. São Paulo: Revista de Direito Processual Civil. v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

diferenciar a prescrição da decadência no sentido de que, o direito que abrange poderes outorgados por lei para certas pessoas “de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade dessas”, é “potestativo” e, nessa condição, por se distinguir dos “direitos a uma prestação” não ostenta uma pretensão resistível a gerar ação condenatória, uma vez que são direitos insuscetíveis de lesão. Assim, por mais esse argumento, estariam tais prazos sujeitos à decadência administrativa, pois as ações constitutivas que tutelam os direitos potestativos, quando não exercidas tempestivamente, não geram prescrição.

É certo, porém, que os períodos decadenciais não se sujeitam à suspensão ou à interrupção, ao passo que os prazos temporais tratados neste trabalho podem ser interrompidos, conforme preceitua o art. 142, §2º da Lei nº 8.112/90, bem como podem permanecer suspensos enquanto não ultrapassados os prazos estipulados em lei para conclusão da sindicância ou processo administrativo disciplinar.

Também podem restar suspensos se houver decisão judicial que impossibilite a prossecução da apuração, eis que aí a inércia não pode ser atribuída à Administração<sup>2</sup>. A doutrina, porém, vem admitindo que, mesmo de natureza decadencial, o prazo poderia ser interrompido ou suspenso se houvesse previsão legal expressa, tal como é a hipótese presente.

Nesta vetusta discussão sobre a distinção entre a prescrição e decadência, a doutrina costuma apontar a possibilidade de renúncia aos efeitos do transcurso do prazo por parte de quem dele se beneficia como componente caracterizador do prazo prescricional. Tem-se entendido que o prazo prescricional pode ser renunciado, permitindo que o direito torne a ser exigível, ao contrário do prazo decadencial que, superado, faz perecer o direito em definitivo.

No direito administrativo sancionador, assim como no direito penal<sup>3</sup>, não há que se cogitar da hipótese de renúncia ao prazo previsto em lei para apuração das faltas funcionais. Não poderia, com a devida vênia de quem defende o contrário, o servidor, mesmo que convicto de sua inocência e querendo demonstrá-la através do devido processo legal administrativo, abrir mão deste prazo para que ressurgja para a Administração nova oportunidade de processamento. Afinal o instituto não existe para proteção de eventuais culpados, mas para segurança

2 MS 9568 / DF MANDADO DE SEGURANÇA (2004/0027363-6) Relator: Min. ARNALDO ESTEVES LIMA - TERCEIRA SEÇÃO. Julgamento 22/02/2006. DJ 02/08/2006 p. 214

3 EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 705.071 – SP (2004/0111957-7) Relator : Min. GILSON DIPP - Quinta Turma. Julgamento 16/02/2006. DJ 13/03/2006 p. 360

jurídica de quem se relaciona com o serviço público, daí ser considerada como norma de ordem pública (art. 112, da Lei nº 8.112/90).

Não obstante os critérios referenciados indiquem a natureza decadencial dos prazos em análise, convém tratá-los, pois, como prescricional *sui generis* ante a singularidade estampada na norma legal que a define.

Feitas estas breves considerações passa-se a análise do cerne do que se propõe discutir neste trabalho.

## **2 A APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

A prescrição retroativa é construção jurisprudencial que remonta à edição da súmula 146 pelo Supremo Tribunal Federal e hodiernamente vem disciplinada na redação atual do art. 110 do Código Penal Brasileiro, *in verbis*:

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Diz-se retroativa porque o prazo começa a ser contado a partir da publicação da sentença condenatória transitada em julgado para acusação, para trás, até o recebimento da denúncia ou desta até a consumação do delito.

Nesse contexto, se a um crime praticado se lhe impõe uma pena máxima abstrata de quatro anos, a prescrição da pretensão punitiva sobrevirá ao fim de oito anos sem ocorrência de causa interruptiva, ou entre estas causas, tendo como marco inicial a consumação do delito, conforme os ditames do art. 109, IV, c/c 111, I, e 117 do Código Penal.

Entretanto, se ao prolatar a sentença condenatória, o juiz decidir aplicar pena de um ano e esta pena se mantiver até o trânsito em julgado para a acusação, o magistrado promoverá cálculo retro-operante de forma a verificar se entre as causas interruptivas ocorreu lapso superior a quatro anos (art. 109, V) e, caso o identifique (e desde que o prazo não supere oito anos), se estariam presentes as condições para se decretar o reconhecimento da prescrição retroativa.

No âmbito administrativo, é conveniente lembrar que no processo disciplinar são previstas seis espécies de penalidades principais e uma alternativa quais sejam a advertência, a suspensão, a demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada. A penalidade alternativa é a multa no valor de 50% (cinquenta por cento) dos vencimentos do servidor em substituição à pena de suspensão quando houver conveniência para o serviço, devendo o apenado continuar em atividade.

A penalidade de advertência prescreverá em 180 (cento e oitenta) dias, a de suspensão em 2 (dois) anos e as demais em 5 (cinco) anos.

A prescrição administrativa pode ser interrompida uma única vez pela abertura de sindicância ou de processo administrativo disciplinar (Art. 142, §3º), e volta a ocorrer ultrapassados 140 dias (ou 80 no caso de sindicância) conforme assentada jurisprudência do STF sobre o tema:

RMS 23436 / DF - DISTRITO FEDERAL ../jurisprudência/  
RMS23436/DF-RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 24/08/1999  
Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJ 15-10-1999

Ementa PRESCRIÇÃO - PROCESSO ADMINISTRATIVO - INTERRUPTÃO. A interrupção prevista no § 3º do artigo 142 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cessa uma vez ultrapassado o período de 140 dias alusivo à conclusão do processo disciplinar e à imposição de pena - artigos 152 e 167 da referida Lei - voltando a ter curso, na integralidade, o prazo prescricional. Precedente: Mandado de Segurança nº 22.728-1/PR, Pleno, Relator Ministro Moreira Alves, acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de novembro de 1998.

Tal entendimento se aplica em vista do que dispõe o §4º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 ao prever que o prazo voltará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção. Ante a omissão legal sobre o momento que faria cessar a interrupção do prazo, o STF, em voto

condutor do Ministro Marco Aurélio no aresto colacionado, refutando a imprescritibilidade da ação disciplinar nestes casos, entendeu que o prazo deveria recomeçar ao final do prazo previsto no *caput* do art. 152, incluindo a prorrogação, somado com aquele conferido à Administração para julgamento, que é de 20 dias, conforme preceitua o art. 167 do mesmo diploma legal.

Ciente dessas questões, o procurador federal Marcelo Henrique de Azevedo Souza, em percuciente trabalho intitulado “Inaplicabilidade da prescrição retroativa em sede de processo administrativo disciplinar”<sup>4</sup>, defende, como evidencia o título do artigo, que a prescrição retroativa não encontra espeque na seara administrativo-disciplinar, em fundamentos que poderiam ser assim resumidos:

- a) a Administração tem o poder-dever de instaurar processo administrativo disciplinar sempre que não exaurido o prazo prescricional da pena máxima (cinco anos), independentemente da gravidade dos fatos a serem apurados;
- b) o silêncio do legislador quanto à aplicabilidade do instituto no âmbito administrativo foi eloqüente no sentido de sua não-incidência, desautorizando interpretação analógica;
- c) o instituto é de índole estritamente penal;
- d) os valores tutelados pelo direito penal são diversos do direito administrativo, sendo que, no primeiro, a hermenêutica aplicada sobre as normas deve primar pelo direito de liberdade do indivíduo, ao passo que, no direito administrativo, deve prevalecer o interesse público;
- e) a sanção penal visa a proteger a coletividade e à sanção administrativa, resguardar os interesses funcionais exclusivos da Administração;
- f) somente *interpositio legislatoris* autorizaria a aplicação do instituto no âmbito administrativo.

Com a máxima vênia do insigne articulista e daqueles que marcham na mesma direção e no mesmo passo, a prescrição denominada retroativa não se aplica ao regime disciplinar do servidor público federal não exatamente pelos argumentos acima aduzidos, mas pelo fato de que o reconhecimento da prescrição, na conjectura declinada, não se enquadraria no conceito da “prescrição retroativa”, o que, em tese, afastaria qualquer discussão sobre a aplicação da referida modalidade prescricional de natureza penal no direito administrativo disciplinar.

<sup>4</sup> SOUZA, Marcelo Henrique de Azevedo. *Inaplicabilidade da prescrição retroativa em sede de processo administrativo disciplinar*. FÓRUM ADMINISTRATIVO, Belo Horizonte: Fórum, v. 7, n. 79, p. 46-53, set.2007.

Entretanto, como ora se pretende justificar exatamente os efeitos prescricionais negados por todos que o fazem com fulcro na utilização equivocada, *concessa venia*, do instituto da prescrição penal retroativa, faz-se oportuno tentar rechaçar tal argumento, enfrentando cada um dos conhecidos fundamentos utilizados pela corrente.

### **3 A PERTINÊNCIA DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DIRETA DIFERIDA EM LUGAR DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA**

Com o escopo de se avançar no estudo, é mister ilustrar, com exemplo hipotético, a situação aventada pela doutrina que desacolhe a prescrição retroativa.

Para tal desiderato, é importante considerar, inicialmente, que o estatuto disciplinar do servidor público pugna pela punição de advertência quando constatada a violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de norma legal que não justifique imposição de penalidade mais grave, bem como impõe a pena de suspensão “em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão”.

Contemple, pois, a hipótese em que o servidor prepara um cartaz com expressões desabonadoras contra a chefia, aduzindo sobre sua incompetência para gerenciar, o modo descortês com que trata os colegas e o jeito incomum de se vestir para o trabalho, conclamando os companheiros, em recinto de trabalho, a pleitearem sua substituição, em atos e circunstâncias que configurassem, em tese, aquela situação prevista no inciso V, do art. 117, da Lei nº 8.112/90.

Tal fato ter-se-ia tornado conhecido da autoridade competente para apuração da irregularidade em 4 de janeiro de 2003, entretanto, só viera a ser averiguado mediante processo administrativo disciplinar, em 2 de janeiro de 2008. O relatório final da comissão seria entregue ao fim de cento e vinte dias, e o julgamento proferido cem dias depois do recebimento do relatório.

Segundo o entendimento da doutrina que nega a aplicação da denominada prescrição retroativa no direito disciplinar o processamento, na hipótese, é legítimo eis que, no caso, a prescrição máxima de cinco anos não foi atingida. Desse modo, se a comissão apresentou relatório compatível com a prova dos autos, pugnando pela punição de advertência, a autoridade competente para o julgamento deve impô-la ao servidor faltoso, desconsiderando todo o período anterior à publicação da

portaria constitutiva da comissão processante sob o argumento de que ela interrompeu o prazo prescricional que tornou a ter novo curso.

O equívoco desta exegese começa, *permissa venia*, com a compreensão de que o prazo prescricional de cinco anos serve como panacéia jurídico-disciplinar a convolar situações caducas em direito subjetivo do Estado.

Esgotado o prazo inicial de 180 dias a partir do conhecimento do fato pela autoridade competente, sem causa interruptiva, encerra-se, também, o direito de punir com advertência. Perquirir o contrário seria fazer letra morta o art. 142, cujo prazo só serviria se houvesse instalação de processo administrativo disciplinar ou sindicância para cômputo posterior, já que antes disso somente o prazo de cinco anos faria prescrever a penalidade, independentemente da gravidade do ato ilícito praticado.

Veja o que dispõe o art. 142 da Lei nº 8.112/90:

Art. 142. A ação disciplinar prescreverá:

I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;

III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto á advertência.

§ 1o O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

Ora, se a *mens legislatoris* fosse somente considerar os prazos dos incisos II e III depois de instaurada a comissão processante, então o §1º não poderia conter a redação atual, uma vez que o texto se aplica a todos os incisos, não fazendo qualquer distinção entre eles.

A Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre técnica de elaboração, redação, alteração e consolidação de leis, reza através do seu art. 11, III, c que a redação da norma deve “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e às exceções à regra por este estabelecida”.

De imediato, percebe-se que o §1º do art. 142 da Lei nº 8.112/90 não consubstancia uma exceção, mas um dado que complementa as

disposições do *caput* e seus incisos. Ele se refere a todos os incisos, calhando ao debate os ensinamentos de Carlos Maximiliano<sup>5</sup>, ao afirmar que a interpretação que melhor se amolda à leitura do dispositivo é aquela que empresta maior efetividade à norma, pois, a contrário senso, o referido dispositivo perderia toda sua força normativa, exceto em relação ao prazo destinado à apuração de ilícitos puníveis com demissão.

Defende-se, aqui, que a prescrição deve ser reconhecida e, nesse diapasão, é de se cogitar, inclusive, se cabe registrar a penalidade prescrita, nestas circunstâncias, nos assentamentos funcionais do servidor, pois tal situação implicaria tratamento desigual, devido à possibilidade de reconhecimento *in limine* da prescrição sem instauração de apuratório.

Ora, conhecido o fato e a sua natureza, a Administração deve cuidar e adotar as medidas necessárias ao processamento disciplinar, em conformidade com o lapso temporal disponibilizado. Isso se sucede assim porque o legislador optou por selecionar prazos prescricionais de acordo com a gravidade das condutas descritas, forçando o Serviço Público a punir mais rapidamente os comportamentos ilícitos menos gravosos para Administração ou se desvencilhe da obrigação de punir mais rapidamente para se dedicar a assuntos de maior interesse administrativo.

Os ilícitos funcionais ensejadores de advertência ou suspensão até 30 dias podem ser processados mediante sindicância, que é procedimento mais célere que o processo administrativo disciplinar por ter prazo de conclusão de trinta dias prorrogáveis por mais 30, demonstrando à sociedade a finalidade da norma em resolver, a bem da estabilidade jurídica do serviço público, de forma mais ligeira possível, tais pendências.

Também quis o legislador que prazos mais severos fossem observados em relação à atuação irregular do servidor que traga maiores danos ao serviço. É um critério de proporcionalidade.

Quando, no caso hipotético apresentado, permite-se a aplicação da penalidade de advertência depois de transcorrido mais de cinco anos e sete meses, está-se praticando, além de uma ilegalidade, uma clara inversão de valores, pois a interpretação mais condizente com os preceitos reguladores da matéria é aquela que conduz ao raciocínio de que para faltas pequenas, penas pequenas devem ser aplicadas e prescrição

---

<sup>5</sup> Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade. (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 19. ed, Rio de Janeiro, 2005, Editora Forense, p. 136)

pequena deve ser prevista, enquanto para faltas graves, penas mais rígidas devem incidir e prazo prescricional maior deve ser oferecido à Administração, com o escopo de disponibilizar-lhe mais tempo para investigar o assunto e evitar a rápida extinção da punibilidade.

No caso em tela, o prazo utilizado para aplicação da advertência é maior do que o previsto para aplicação de demissão, não parecendo coerente tal construção, nem consentânea com a política disciplinar que a norma legal almeja implementar.

Assim, se as circunstâncias evidenciarem que a natureza da infração não provocaria comutação de pena de advertência ou suspensão para demissão, há que se discordar do esposado no item “a” da página 6 (que impõe a apuração disciplinar sempre que não extrapolado o prazo de cinco anos do conhecimento do fato ilícito) para asseverar que não deve a Administração instaurar procedimento disciplinar se para tanto já transcorreu o prazo prescricional de 180 dias ou dois anos, respectivamente. Ressalta-se, ademais, que tal conjectura não configura a refutada “prescrição penal antecipada” ou “prescrição em perspectiva” tantas vezes rechaçada pelo STF<sup>6</sup> e pela doutrina especializada<sup>7</sup>

A prescrição em perspectiva consistiria em calcular-se o prazo prescricional antes da existência de qualquer título executivo, deixando de considerar a pena em abstrato prevista no art. 109 do Código Penal para ter-se em conta pena hipotética, eventualmente aplicável diante das circunstâncias presentes. A crítica mais contundente contra o método diz que o Ministério Público poderia trazer outros elementos ao processo que aumentaria a pena e, conseqüentemente, o prazo prescricional. Ademais, não existe norma legal expressa contemplando tal instituto.

A origem dessa balbúrdia no âmbito disciplinar está na confusão que se faz entre “tipos de penas” e “quantidade da pena”. O art. 32 do Código Penal prevê três tipos de penas, quais sejam, as privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. A prescrição penal, abarcando todas as suas modalidades, inclusive a retroativa e até a malsinada prescrição antecipada, é calculada de acordo com a “quantidade da pena”

6 RHC 86950/MG - MINAS GERAIS RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 07/02/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma. DJ nº 153 de 10/08/2006.

7 Cf. PRADO. Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; JUNIOR, Osvaldo Palotti. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 709: 302-306; BLASI NETTO, Frederico. *Prescrição Penal*. 2ª ed. Juarez de Oliveira, 2002. p. 123-126; JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. P. 144/145.

que pode ser a máxima abstrata para o crime específico ou a concreta prevista (ou previsível no caso da prescrição antecipada) em sentença condenatória transitada em julgado para a acusação.

Nos tipos de penas previstos na Lei nº 8.112/90 uma espécie admite quantitativo variável: a suspensão, que pode variar entre 1 e 90 dias. Entretanto, a prescrição administrativa não é regulada pela quantidade de pena. Só existe um prazo prescricional para cada um dos três grupos de infrações, e ele é inalterável.

Portanto, se o ato ilegal é tipificado entre aqueles puníveis com advertência, como o exemplo trazido à baila, a prescrição de 180 poderá ocorrer em dois momentos, sendo o primeiro a partir do conhecimento do fato e o segundo a partir da cessação da causa interruptiva inaugurada com instauração de processo administrativo disciplinar. Em se reconhecendo a prescrição no primeiro momento, antes de instaurado qualquer procedimento e antes do prazo de cinco anos, não se estaria aplicando a “prescrição em perspectiva”, pois não haveria quantidade de pena variável que aumentasse ou diminuísse o prazo prescricional.

Não é demais relembrar que o legislador optou pela expressão “prescrição administrativa”, mas seu conteúdo, como apreciado neste trabalho, aponta para sua inevitável natureza decadencial e, assim sendo, transposto o prazo perde-se, totalmente, a oportunidade de exercer-se o direito persecutório, fulminando de invalidez qualquer procedimento disciplinar, posteriormente instaurado, que admita a extrapolação do prazo prescricional inicial.

Ainda nessa linha, veja que a multa penal tem apenas um prazo prescricional e, coincidentemente, é igual ao previsto para a multa substitutiva da suspensão disciplinar: dois anos.

Perceba, outrossim, que se ultrapassados dois anos do ilícito penal punível exclusivamente com multa, e ainda assim se desse curso ao processo penal, a decisão que reconhecesse o transcurso do lapso prescricional não poderia ser chamada de retroativa, pois não haveria aí uma pena concreta diferente de outra abstrata que alterasse o prazo prescricional. Não se trata, pois, da aplicação do §1º do art. 110 do CP, mas do art. 109 c/c 114 e 117, IV, do CP.

Evidente, portanto, o entendimento de que a decretação de prescrição depois da sentença condenatória, na hipótese vertente, não é a retroativa, tampouco a antecipada, pois para ambas é crucial que exista penas abstratas máximas previstas para determinados crimes e possibilidade de aplicação de penas concretas inferiores àquelas e que possa importar em alteração de prazo prescricional.

No regime disciplinar do servidor público federal, é sempre importante frisar: não existem penas variáveis que alterem, dentro do mesmo tipo, prazo prescricional.

O julgamento que reconhece a prescrição entre a data do conhecimento do fato e a instauração do inquérito administrativo apenas anuncia algo que já ocorreu e por isso sua natureza declaratória.

Já os registros nos assentamentos funcionais quando impraticável a imposição da pena só devem incidir quando a prescrição sobrevier depois de instaurada, tempestivamente, a comissão processante, conforme se depreende da Formulação nº 36 do extinto Departamento de Administração do Serviço Público - DASP ao asseverar que “se a prescrição *for posterior à instauração do inquérito*, deve-se registrar nos assentamentos do funcionário a prática da infração apurada.” (grifo não-original)

Assim, somente quando ocorresse a prescrição intercorrente caberia o registro, pois, nessa hipótese o processo fora instaurado em prazo hábil e a prescrição fora interrompida, tendo sido ofertada oportunidade de contraditório e ampla defesa.

Nesse contexto, a imposição do art. 170 da Lei nº 8.112/90 deve ser interpretada *cum grano salis*, posto que veio ao mundo jurídico para dar concretude à jurisprudência administrativa extraída da formulação supracitada.

Quanto à alínea “b”, que invoca o silêncio da norma sobre a aplicação da prescrição retroativa para ressuscitar prazo morto, deve-se ponderar, na realidade, que o legislador não deveria mesmo prever tal regência, pois tal instituto, a par de emprestar efeitos parecidos no direito penal, não apresenta qualquer outro critério que o aproveite neste orbe.

Percebe-se que a prescrição retroativa penal só tem significado jurídico devido à regra contida no art. 109 do CP, que manda regular a prescrição pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, confrontada com a possibilidade de ser aplicada, no caso concreto e para o mesmo crime, penalidade inferior.

Assim, no crime de Extorsão Indireta, por exemplo, tipificado pelo art. 160 do CP, que prevê pena máxima de três anos, a prescrição ocorreria ao fim de oito anos. Entretanto, se o magistrado fixasse em sentença passada em julgado para acusação a pena em dois anos, o critério acolhido pela tese da prescrição retroativa reza que o *jus perseguendi* do Estado esgotar-se-ia ao fim de quatro anos.

No Direito Administrativo Sancionador, porém, não existe gradação de pena para um mesmo delito funcional. Não se aplica

advertência ou demissão mínima, média e grave. A suspensão, apesar de poder variar em quantidade de dias, não apresenta prazo prescricional diferente alterável conforme o tempo de punição; são dois anos de prescrição para penalidade de um dia de suspensão e dois anos para penalidade máxima de noventa dias de suspensão

Não existe, pois, “pena abstrata prevista” e “pena concreta aplicada” que justifique a utilização da figura da prescrição retroativa no direito administrativo disciplinar e nesse diapasão discorda-se também, com vênias reforçadas, de quem propõe a aplicabilidade do instituto no processo disciplinar como se vê da seguinte passagem:

Assim, a prescrição retroativa disciplinar se caracteriza quando se conclui que, após a realização dos trabalhos investigatórios, a pena concreta a ser imposta ao servidor já havia sido alcançada pelo lapso prescricional ocorrido entre o dia da ciência do fato e a data em que a respectiva portaria instauradora fora oficialmente publicada.<sup>8</sup>

A ausência de previsão do instituto é, de fato, intencional, mas por motivos diferentes daqueles invocados por quem se opõe a sua incidência, uma vez que o instituto pré-falado não serve para explicar os efeitos negados, pois se trata, desde o início, de prescrição direta, no caso, *prescrição direta diferida*.

Ora, se a decisão administrativa tem mera natureza declaratória e reconhece que a prescrição ocorrera antes da instauração do procedimento investigatório, sem a utilização de qualquer sistema de cálculo de pena e contagem retroativa, então essa prescrição sempre foi a prescrição direta. Por ter sido reconhecida com atraso, convém distingui-la pela nomenclatura que ora se sugere de *prescrição direta diferida*.

No que concerne à afirmação contida na letra “c” de que o instituto da prescrição retroativa é de natureza estritamente penal, não há como se discordar. Tal assertiva, contudo, não serve para afastar a noção de que a comissão deve reconhecer a ocorrência da *prescrição direta diferida* e declarar a perda da pretensão punitiva do Estado.

É, pois, de natureza declaratória a decisão da comissão que reconhece a prescrição direta diferida e, nesse aspecto, com as adaptações necessárias, faz-se pertinente acatar a lição produzida por José Armando da Costa, *in verbis*:

---

8 COSTA, José Armando da. *Prescrição disciplinar*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 129.

Ademais, destaque-se que o ato disciplinar, de per se, ostenta a iniludível natureza jurídica declarativa, o que implica inferir que ele, a exemplo do que se verifica com o procedimento do lançamento tributário, deve reportar-se à data da ocorrência do fato. E se no interregno que mediou o conhecimento do fato e a instauração do procedimento já havia passado tempo suficiente para alcançar, pela prescrição, a reprimenda disciplinar em concreto, obviamente que a publicação da portaria deflagradora da responsabilização disciplinar não teria jamais o condão de interromper o prazo prescricional.<sup>9</sup>

Para afastar o argumento acerca da natureza exclusivamente penal do instituto não seria preciso defender a aplicação analógica de institutos do direito penal no direito administrativo disciplinar, mas asseverar pela impossibilidade da analogia, porém, é enveredar por caminhos labirínticos, pois haveria que se combaterem, de maneira convincente, juristas consagrados, como estes citados pelo Prof. Luís Roberto Barroso<sup>10</sup>:

NELSON HUNGRIA<sup>11</sup>:

Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou moralidade de uma em cotejo com outra. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de 'estéril especulação'. A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que 'existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo'. Entre nós, não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal.

9 COSTA, José Armando da. Op. Cit. p. 136

10 BARROSO, Luis Roberto. *A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei n° 9.873/99*. Salvador-BA: Revista Diálogo Jurídico. Ano I – vol. I – n.º. 4 – julho de 2001 Disponível na Internet <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf)> (Consultado em 7.10.2008).

11 HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e ilícito penal*, RDA – Seleção Histórica 1945-1995.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>12</sup>:

Nos primeiros, nos disciplinares, a Administração visaria a apurar fatos reputados como faltas administrativas funcionais, que poderiam levar até à demissão. Nos segundos, os sancionatórios, a Administração visaria a apurar infrações administrativas para aplicar punições. Nessas hipóteses, a verdade material sofre temperamentos. Não poderá a Administração agravar as penas, mercê dos recursos. Se assim não fosse, a parte ficaria absolutamente tolhida, quase que impossibilitada de levar sua defesa até o final. Claro está que nesses processos – disciplinares e sancionatórios – vão vigor os mesmos princípios do direito penal.

Doutrina estrangeira: Eduardo García de Enterría e Tomaz-Ramon Fernandez,<sup>13</sup>:

Tal situação, apoiada na ausência de uma regulação legal destas matérias gerais e na simplicidade dos preceitos legais que atribuem poderes sancionadores à Administração, tem sido corrigida ultimamente por uma firme doutrina jurisprudencial, que figura com justiça entre as melhores reações de nosso contencioso-administrativo, embora lhe falte chegar ainda a suas últimas conseqüências. Esta doutrina jurisprudencial tem estabelecido que essa vasta ausência na legislação de uma ‘parte geral’ das infrações e sanções administrativas não pode ser interpretada como uma habilitação à Administração para uma aplicação arbitrária, senão que se trata de uma lacuna que deve integrar-se necessariamente com as técnicas próprias do Direito Penal ordinário.

No que toca ao item “d” da página 6, reconhece-se que os valores protegidos pelo direito penal são divergentes daqueles tutelados pelo direito administrativo e que tais ramos do direito têm regras e princípios próprios, mas justamente por terem estatutos diversos não há como se afirmar que um sistema prepondera sobre o outro ou que os valores resguardados por um prevalece sobre outro.

O direito administrativo disciplinar tem seu próprio regramento e especificidades. Nesse sentido, ele pode definir normas de prescrição

12 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994. p. 288.

13 ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 891.

do modo que mais bem repercuta para o seu desiderato sem, com isso, subverter valores.

O tópico “e”, umbilicalmente ligado ao item “d” visto anteriormente, reforça o entendimento de que não se aplica o instituto da prescrição retroativa (ou, como aqui se defende, *prescrição direta diferida*), porque a sanção penal busca proteger a coletividade e a sanção administrativa almeja tutelar os interesses funcionais exclusivos da Administração.

O fundamento invocado é decorrente da interpretação de que a norma penal cobre valores mais caros para a sociedade e por isso não poderia o direito administrativo usar da analogia para aplicar instituto exclusivo do direito penal, visando com isso a extinguir a punibilidade administrativa, escorado no critério da prescrição dita retroativa.

É preciso destacar considerações pontuais sobre o argumento.

Primeiro, o direito administrativo disciplinar não utiliza o instituto da prescrição retroativa, pois, como já reiteradamente aduzido, não há pena abstrata a ser distinguida de sanção concreta que retroaja e aplique um prazo prescricional menor do que o inicialmente previsto em lei. O prazo prescricional não muda depois do julgamento. Se uma pena, na visão da comissão, transmuda de advertência para suspensão, por exemplo, então desde o cometimento do ilícito se tratava de conduta punível com suspensão e tal reconhecimento tem mera natureza declarativa.

Segundo, não há, em tese, prevalência de um ramo do direito sobre outro em razão dos valores que protege. Enquanto o direito especializado atender aos ditames constitucionais, sua força normativa mantém-se íntegra.

Terceiro, o direito disciplinar não visa apenas aos interesses funcionais exclusivos da Administração. Este é apenas o objetivo imediato. A pretensão punitiva disciplinar vai além da mera pena como a pena vai além da mera punição. Há, como no direito penal, uma função corretiva e outra preventiva em prol dos administrados que é, na verdade, a mesma população protegida pelo direito penal.

Ademais, a prescrição utilizada imprime a extinção da punibilidade pela inércia da Administração. Ainda que se reitere a não-preponderância de um direito sobre outro, dentro de seu espectro normativo específico, o argumento produzido pelos “irretroativistas” encontra óbice no próprio fundamento. Ora, se a norma penal resguardaria bens maiores, como poderia incidir nela a prescrição retroativa e extinguir a punibilidade do infrator, e na seara administrativa que protegeria apenas interesses funcionais não poderia incidir tal conceito?

Veja que o legislador optou por aplicar o prazo prescricional do direito penal quando o ilícito administrativo também configurar crime (Art. 141, §2º) parecendo ilógico imaginar que, assim procedendo, quis aceitar a prescrição em penas mais graves que levariam até a privação da liberdade e negá-la naquelas de natureza de disciplinamento administrativo.

Discorda-se, por último, da assertiva propugnada no item “f” de que somente a previsão expressa em lei do instituto da prescrição retroativa poderia autorizar o reconhecimento da prescrição das penalidades de advertência e suspensão depois de instaurado processo administrativo disciplinar, dentro do prazo prescricional de cinco anos para demissão, cassação da aposentadoria ou destituição de cargo ou função, mas já transcorrido o interregno prescricional das penalidades menores.

*Data venia*, não há necessidade de previsão legal.

Como tantas vezes dito neste artigo, o que se aplica no direito administrativo não é a prescrição retroativa, mas a *prescrição direta adiada, postergada, protelada ou diferida* e que é declarada somente por ocasião da apreciação pela comissão processante ou pela autoridade julgadora. Nessa condição não há necessidade de incluir nomenclatura nova na lei, pois ela já vem impressa em vivas cores no estatuto disciplinar federal.

Feitas estas ponderações acerca das questões formuladas por quem nega os efeitos da prescrição direta diferida, não é despidendo acrescentar que não se pode interromper prazo que já se esgotou.

Ao invocar o prazo prescricional de cinco anos para instaurar procedimento para apurar responsabilidades puníveis com advertência ou suspensão a Administração estaria fazendo tábula rasa do art. 142 e valendo-se de artifício para justificar a própria inércia, fazendo ressurgir das cinzas, qual fênix, prazo extinto.

Por conseguinte, aplicar a *prescrição direta diferida* é a medida que mais se coaduna com a política disciplinar a ser perseguida pelo poder público eis que incentiva a imediata apuração de faltas de menor potencial ofensivo para o serviço público ao passo que prestigia, por outro lado, a estabilidade da relações jurídicas com a Administração Pública quando a instiga a se afastar da investigação, pelo decurso de prazo, para tratar de outros temas mais caros e urgentes para o administrado, sem que, com isso, se estimule a impressão de impunidade.

Do que foi exposto pode-se extrair, portanto, que o reconhecimento da prescrição das penalidades de advertência e suspensão no decorrer de processo administrativo disciplinar instaurado depois de transcorridos os prazos prescricionais das referidas sanções, mas antes de findo o prazo

prescricional para aplicação de demissão, é legítimo e deve ser sempre adotado pelo Poder Público; que o instituto adotado nestes casos não é o modelo abraçado no direito penal denominado de prescrição retroativa; e que na hipótese vertente o que incide é a própria prescrição direta declarada tardiamente e que, por isso, aqui se convencionou chamar de *prescrição direta diferida*.

Deduz-se, igualmente, que o registro nos assentamentos funcionais de falta prescrita só deve ocorrer nos casos de prescrição intercorrente, aquela que se concretiza depois de instaurado, tempestivamente, o processo administrativo disciplinar, eis que a Administração não encontrava óbice para apuração e foi oferecido o contraditório e a ampla defesa ao acusado.

#### **4 ANÁLISE DA NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE QUEM CONTRIBUIU PARA O ESCOAMENTO DE PRAZO PRESCRICIONAL EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**

O direito de punir do Estado-Administração não é apenas um “direito”, mas também, um “dever”. Trata-se de um poder-dever.

Não subsiste direito discricionário a permitir ao agente público escolher entre instaurar ou não um processo administrativo disciplinar decorrente de fato ilícito posto ao seu conhecimento.

Estando configurado o ilícito com indícios suficientes da materialidade a apuração se impõe por meio da promoção do devido processo legal de ordem disciplinar. No caso, porém, de imediato reconhecimento de improcedência das acusações, o arquivamento deve ser promovido.

*A contrario sensu*, não poderia a autoridade arquivar a denúncia quando revestida de indícios de materialidade e autoria de ilícito.

Contudo, não poderia instaurar processo disciplinar despido de requisitos mínimos, pois tal conduta poderia sugerir, no mínimo, abuso de autoridade a ser averiguado mediante manuseio do devido processo legal.

Para que a autoridade cumpra seu mister, o ordenamento jurídico estabelece um prazo para o exercício do direito de punir do Estado com duplo propósito: primeiro, forçar a autoridade a adotar as providências necessárias à apuração de responsabilidades funcionais; segundo, evitar que se eternize a ameaça de punição ao servidor, possibilitando que haja estabilidade nas relações entre ele e a Administração e entre esta e o administrado.

Tal prazo foi denominado pela Lei nº 8.112/90 de prescrição administrativa.

Como não é facultado à autoridade competente optar por processar ou não uma denúncia, ela deve ser responsabilizada quando, por sua influência, o prazo prescricional aplicado à espécie de infração transcorrer *in albis*.

Há quem cogite que a apuração de responsabilidade só deve acontecer quando preenchido o requisito do art. 169, §2º, da Lei nº 8.112/90, naquelas hipóteses em que a autoridade julgadora deu azo à caducidade do prazo para apuração de ilícito funcional também tipificado como crime. Tal ilação não procede.

Não obstante a norma legal se refira apenas àquela hipótese de ilícito funcional igualmente tratado como crime, uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico certamente conduz ao raciocínio de que também nas situações em que não configuram crimes cabe a apuração de responsabilidade.

Apurar faltas funcionais é um dever legal e sua inobservância, por si só, já é suficiente para imputar responsabilidade a quem, por dolo ou culpa, se escusa de cumprir suas obrigações funcionais.

Assim, quanto ao mérito da apuração, a primeira questão a ser levantada diz respeito ao próprio conteúdo da denúncia. Por vezes o denunciante se projeta como último paladino dos valores morais da sociedade e faz revestir sua denúncia de aparente pertinência que não resiste a uma análise mais acurada.

Parece óbvio que nesses casos não se deve abrir processo administrativo disciplinar contra autoridade que permitiu a ultrapassagem do prazo extintivo de punibilidade, pois a denúncia seria descabida.

Difícil seria constatar se a autoridade não processou a missiva por conhecer da improcedência da representação (e nesse caso deveria ter ordenado o arquivamento) ou se não o fez movido por motivos menos nobres.

Ainda assim, se a denúncia seria incapaz de prosperar, nada mais há que se apurar, inclusive a responsabilidade de quem deu causa a prescrição, independentemente do que se passara no foro íntimo da autoridade omissa, pois há carência de justa causa já que inexistente a própria prescrição. Se coubesse analogia com o direito penal, nesse caso, viria à tona, de imediato, a figura do crime impossível por absoluta imprópriedade do objeto.

Noutro turno, quando a denúncia é desmantelada *ab ovo*, o processo é arquivado e não se fala em prescrição, mas, se subsiste

suspeita e transcorre o prazo de prescrição, surge a questão que deve ser dirimida mediante a análise criteriosa da denúncia.

Se preciso for, abre-se até sindicância para averiguar a pertinência da denúncia para, somente depois dela, decidir sobre a instauração de processo administrativo disciplinar contra a autoridade faltosa, pois denúncia temerária não se sujeita à prescrição porque é um nada jurídico. Em outras palavras, para que dúvidas não parem sobre o tema, não há prazo prescricional a ser violado por denúncia totalmente improcedente e, por conseguinte, não há como se responsabilizar agente que não a apura mediante instauração de processo administrativo disciplinar.

A providência acima resguardaria a imagem da autoridade tida por omissa se se constatar a inverossimilhança da representação e, caso contrário, instruiria melhor o processo, de forma a se ponderar sobre a gravidade da conduta da autoridade ao causar tal dano à Administração.

É inequívoco, outrossim, que se a denúncia contiver elementos caracterizadores de autoria e materialidade da infração funcional, abrem-se as portas do processo disciplinar em face daquele que permaneceu inerte enquanto a punibilidade do representado original se extinguiu pela ocorrência da prescrição administrativa.

Portanto, em caso de denúncia descabida, não há prescrição a ser violada, nem responsabilização a ser imputada.

Outros fatores devem ser analisados em conjunto, para se aquilatar sobre o cabimento de abertura de processo disciplinar em face de quem deu causa à prescrição. Deve-se considerar as condições de trabalho, o trâmite do processo, a ocorrência de fatos relevantes, o custo/benefício, a gravidade da representação, o dano ao erário, se o caso é isolado e a dificuldade de se identificar os responsáveis, tudo isso em constante cotejo com o princípio da razoabilidade e a prevalência do interesse público.

Todos estes fatores podem ser bem aferidos por intermédio a instauração de processo investigatório, mas se eles já estiverem evidenciados, nada impede que a autoridade competente os considere para decidir sobre a abertura de processo administrativo disciplinar.

Desse modo, constatado que as condições de trabalho com ausência de instrumentos básicos operacionais e gerenciais concorreram para a desorganização involuntária do setor é coerente averiguar, em conjunto com outros elementos, se já não é o caso imediato de arquivamento.

Aliás, sobre a influência das condições de trabalho na formação de culpa do servidor, o STF firmou posição no sentido de que as falhas estruturais do órgão não podem ser transferidas ao agente público, conforme se pode apreender da notícia<sup>14</sup> abaixo transcrita:

Ao concluir o julgamento hoje, a maioria dos ministros deferiu o Mandado de Segurança (MS 23041) apresentado pela servidora aposentada ao entender que a própria comissão de sindicância atribuiu a perda de prazo para recorrer à desorganização estrutural do Ibama em Florianópolis, que sequer tinha assinatura do Diário da Justiça para acompanhar processos judiciais.

O ministro Gilmar Mendes, que em agosto de 2004 foi o primeiro a votar pelo deferimento do mandado, reafirmou hoje seu posicionamento. ‘O exame dos documentos demonstra à sociedade que as faltas imputadas à impetrante [a procuradora] não restaram configuradas’ e que as falhas identificadas ‘são de natureza fundamentalmente estrutural [do Ibama]’.

Demonstrou-se bem que as falhas detectadas não são imputáveis à impetrante. Na verdade, algumas das alegações e das acusações deduzidas contra a própria impetrante resultam mais de questões de ordem estritamente estrutural [do Ibama], disse Celso de Mello (notícia relacionada ao MS nº 23041; Relator: Min. Carlos Velloso; Publicação: DJ nº 31 do dia 22/02/2008).

Ora, se para apurar ilícito funcional as condições de trabalho são fatores imprescindíveis para formação da culpa, assim também o é quando se trata de falta funcional específica por inércia causadora de prescrição administrativa.

O trâmite do processo é outro aspecto relevante, pois se durante o prazo prescricional o procedimento teve trânsito por inúmeros setores em prazos relativamente curtos, e não se identifique nesse proceder dolo ou negligência de algum dos agentes envolvidos, então outro elemento se soma para que se aquilate sobre a pertinência de apuração.

O advento de caso fortuito ou força maior deve ser apreciado antes de decidir sobre a investigação. Ora, quando eventos imprevisíveis assolam a unidade administrativa e se faz perder documentos

14 STF. *Plenário mantém aposentadoria de servidora do Ibama*. Brasília: 11 de Fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=82264&caixaBusca=N>>. Acesso em: 9. Set. 2008.

importantes, dos quais resulte difícil recuperação ou reconstituição, tais condições precisam ser sopesadas no momento de tratar sobre responsabilidade pelo prazo prescricional superado.

A autoridade deve, também, verificar a gravidade da representação e a partir dela ponderar sobre outras condições como o dano sofrido pelo erário, por exemplo, pois processar autoridade que não investigou o desaparecimento de um grampeador pode causar danos bem mais relevantes do que o grampeador furtado, pois, além dos recursos que se oferece para a comissão, perde-se, inclusive, a força de trabalho de, no mínimo, dois servidores. Tal providência, em vez de demonstrar zelo com o patrimônio público, aparenta verdadeira afronta ao princípio da eficiência. Ademais, em casos como esse, o resultado da investigação dificilmente imporá pena à autoridade.

## 5 CONCLUSÃO

Esta breve análise do instituto da prescrição administrativa não tem o condão de transformar em calmaria a procela gerada sobre o tema, entretanto não se exime de enfrentar os pontos mais polêmicos sobre a aplicação da prescrição retroativa no âmbito do processo administrativo disciplinar concluindo pela possibilidade de reconhecimento da prescrição das penalidades de advertência e de suspensão quando ultrapassados os prazos de 180 dias e dois anos, respectivamente, no curso de procedimento apuratório instaurado antes de findo o prazo prescricional de cinco anos erigido para aplicação da penalidade de demissão.

A manifestação exarada neste instrumento refuta, portanto, a aplicação da prescrição retroativa no direito sancionador administrativo, mas admite que os efeitos negados pela corrente “irretroativista” incidem no processo, não obstante sob o manto de outro título jurídico.

Sustentou-se durante todo o trabalho, também, que a analogia com o direito penal é possível, mas que o instituto da prescrição retroativa penal, como tantas vezes externado, não consubstanciava instrumento idôneo para justificar o reconhecimento da prescrição.

Assim, entendeu-se que o instituto aplicado é a própria prescrição direta, reconhecida em momento posterior à instauração de procedimento investigativo, em decisão de natureza declarativa, razão pela qual se prefere a nomenclatura de *prescrição direta diferida*.

Por ter ocorrido a prescrição em momento anterior à inauguração do processo disciplinador, não haveria justa causa para abertura de apuração e, desse modo, caso continuasse o procedimento, a decisão

prolatada nos autos não poderia implicar registro nos assentamentos funcionais, não incidindo, na hipótese, o art. 170 da Lei nº 8.112/90.

O art. 170 está inserido na seção II do Regime Jurídico Único que trata do julgamento e considerando que a prescrição pode ser reconhecida de ofício a qualquer momento, o processo pode ser encerrado depois de instalada a comissão processante sem que haja relatório final e subsequente julgamento. Em sendo assim, o dispositivo referido se aplica exclusivamente, *data venia*, aos casos em que ocorreu a prescrição intercorrente, pois, nessa linha, o processo pode ser instalado ainda dentro do prazo prescricional com o oferecimento do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à discussão sobre a exigência de responsabilização de quem concorreu para ultrapassagem do prazo prescricional gerando a extinção da punibilidade do acusado, foi aqui esposado que alguns critérios devem ser previamente analisados, antes de qualquer providência, visando a preservar o interesse público.

Nessa toada, ao se constatar a prescrição, é preciso averiguar em que circunstâncias ela se operou, sendo de todo relevante aferir as condições de trabalho, a tramitação processual, o acontecimento de caso fortuito ou força maior, a natureza da infração prescrita, o dano ao erário e a previsibilidade de êxito da investigação.

Instaurar por instaurar o processo disciplinar neste exemplo, quando alguns destes elementos apontam pela inviabilidade do processamento, é atentar para a boa prática administrativa e ferir, frontalmente, princípios basilares da Administração Pública como o da eficiência, economicidade e continuidade do serviço.

Fulcrado, portanto, nas razões acima aduzidas pugna-se pela aplicação da *prescrição direta diferida* como medida processual mais consentânea com o ordenamento disciplinar vigente, bem como se sustenta a necessidade de adoção de critérios para apurar responsabilidade de agente público que concorreu para superação de prazo prescricional de natureza disciplinar como comportamento administrativo compatível com a missão corretiva do estado.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. A prescrição administrativa no direito brasileiro antes e depois da lei nº 9.873/99. Salvador-BA: *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, n.º. 4, jul. 2001. Disponível: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-LUIS-R-BARROSO.pdf)>. Acesso em: 7.out.2008.

BLASI NETTO, Frederico. *Prescrição Penal*. 2. ed. Juarez de Oliveira, 2002. p. 123-126; JESUS, Damásio Evangelista de. *Prescrição Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, José Armando da. *Prescrição disciplinar*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomáz-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

FILHO, Agnelo Amorim. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. São Paulo, *Revista de Direito Processual Civil*. v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961.

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e ilícito penal*, RDA – Seleção Histórica 1945-1995.

JUNIOR, Osvaldo Palotti. Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 709: 302-306.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. São Paulo: Forense, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Marcelo Henrique de Azevedo. *Inaplicabilidade da prescrição retroativa em sede de processo administrativo disciplinar*. FÓRUM ADMINISTRATIVO, Belo Horizonte: Fórum, v. 7, n. 79, p. 46-53, set.2007

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). Plenário *mantém aposentadoria de servidora do Ibama*. Brasília: 11 de Fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=82264&caixaBusca=N>>. Acesso em 9.out.08>.

---

# O ENTENDIMENTO SOBRE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO E O SISTEMA DE RETALIAÇÃO CRUZADA EM PROPRIEDADE INTELECTUAL

---

*Ana Paula Soares Jucá da Silveira e Silva*

*Advogada da União, Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB), Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Panorama Geral da Organização Mundial do Comércio; 2 O Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – Acordo TRIPS; 3 O Entendimento sobre Solução de Controvérsias e o Mecanismo de Retaliação Cruzada; 3.1 O Entendimento sobre Solução de Controvérsias - principais características; 3.2 O Mecanismo de Retaliação Cruzada - e a possibilidade de sua utilização no campo da propriedade intelectual; 4 Os Direitos de Propriedade Intelectual e os Preceitos Constitucionais; 5 O Papel da Advocacia Geral da União na Implementação das Contramedidas Conclusão. Lista de Siglas. Referências.

**RESUMO:** O artigo analisa a possibilidade de implementação de contramedidas em propriedade intelectual como consequência da utilização do sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC). Para tanto, a autora buscou apresentar o atual regime de solução de controvérsias da OMC, a opção da retaliação cruzada, bem como procedeu à avaliação do papel que a Advocacia Geral da União (AGU) pode desempenhar no auxílio à execução interna de tais medidas, tanto do ponto de vista jurídico quanto prático. Foram apresentados requisitos, conceitos e implicações de tal aplicação bem como as dificuldades e obstáculos jurídicos a serem vencidos, tendo em vista o essencial papel da AGU neste processo. O sistema de aplicação da chamada “retaliação cruzada” é complexo e demanda um embasamento jurídico sólido para que as ações cheguem a resultados efetivos e, diante destes efeitos suportem a credibilidade do sistema de solução de controvérsias e demonstrem a utilidade de sua aplicação para os países em desenvolvimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** solução de controvérsias; Organização Mundial do Comércio; retaliação cruzada; contramedidas; propriedade intelectual.

**ABSTRACT:** This article analyzes the possibility of implementing countermeasures in the intellectual property field as a consequence of the Dispute Settlement Regime of the World Trade Organization (WTO). To achieve this objective, the author has presented the Dispute Settlement system, the possibility for using “cross retaliation” measures and, also, had analyzed the role that the Brazilian Public Advocacy (AGU) can develop in order to help the implementation of those measures, from a legal and practical perspective. There were presented requirements, concepts and implications of this option, and also difficulties and obstacles that must be overlapped, taking into consideration the essential role of AGU. The utilization of the so-called regime of “cross-retaliation” measures is complex and demands a strong juridical basis in order to reach effective results and with this effects be able to support the credibility of the whole Dispute Settlement Regime and demonstrates the utility of its application by developing countries.

**KEYWORDS:** dispute settlement; World Trade Organization; cross-retaliation; countermeasures; intellectual property.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo discutir as implicações das contramedidas autorizadas no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) no campo da propriedade intelectual, em face da legislação interna, bem como o papel que a AGU pode desempenhar na possível implementação de tais medidas.

De forma a analisar o tema, buscou-se, em um primeiro momento, apresentar o arcabouço normativo da Organização Mundial do Comércio, do Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)<sup>1</sup> e do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC). Foram descritas a estrutura e o funcionamento de tais acordos e foi feita uma breve análise do sistema de “retaliação cruzada” e a possibilidade normativa de sua aplicação no campo da propriedade intelectual. Foram analisadas, também, as interfaces entre os direitos de propriedade intelectual e os preceitos constitucionais, de forma a demonstrar as potenciais vantagens e dificuldades relacionadas à hipótese de aplicação do mecanismo de retaliação cruzada em propriedade intelectual. Por fim, se procurou situar o papel da Advocacia Pública no apoio ao Poder Executivo para a implementação de contramedidas nesta área, considerando sua atuação e linhas de trabalho.

A aplicação do mecanismo de retaliação em setores e Acordos diversos daqueles relativos ao comércio de bens pode ser uma saída para a efetiva aplicação do Sistema de Solução de Controvérsias no que se refere aos países em desenvolvimento, uma vez que a retaliação neste campo pode trazer aos nacionais daqueles países prejuízos muitas vezes maiores do que o montante a ser autorizado para a retaliação. Um dos campos que pode vir a ser bastante efetivo para esta finalidade é o Acordo TRIPS, onde se permite a aplicação de contramedidas em matéria de direitos de propriedade intelectual.

Os direitos de propriedade intelectual (DPI), por sua vez, possuem natureza complexa e peculiaridades que suscitam questionamentos a respeito da factibilidade da adoção de retaliações mediante suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS. Eventuais contramedidas em propriedade intelectual serão intrinsecamente diferentes de retaliações no âmbito do comércio de bens, previstas e adotadas desde o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio - GATT -

---

1 Neste artigo, utiliza-se a sigla TRIPS relativa ao nome do Acordo em inglês “Trade Related Intellectual Property Rights”, como ficou conhecida no Brasil.

e preservadas na OMC, usualmente implementadas sob a forma de imposição de direitos aduaneiros adicionais, estabelecimento de quotas ou simples proibição do comércio de determinados produtos.

## 1 PANORAMA GERAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

A OMC, organização surgida em 1995, decorrente de oito rodadas de negociação ocorridas no âmbito do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio, sigla em inglês)<sup>2</sup>, tem por objetivo a condução e manutenção das boas regras do comércio internacional, o que inclui seu papel na solução de controvérsias de natureza comercial, surgidas entre seus Membros. Para tanto, cuida da execução de mais de vinte Acordos comerciais diferentes.<sup>3</sup>

As negociações para a criação da OMC foram um importante marco nas relações internacionais e no regime multilateral de comércio. Seu diferencial está centrado no processo que o aprovou, pois contou com participação significativa dos países em desenvolvimento (PEDs). Igualmente importante foi a criação de um “sistema de solução de controvérsias”, de caráter vinculante e possuidor de regras jurídicas claras e precisas.

Essas negociações, ocorridas no âmbito da Rodada Uruguai, abarcavam praticamente todas as questões de política comercial pendentes à época, inclusive com a possibilidade de revisão de todos os artigos do GATT. Com tamanha amplitude de negociação, foram trabalhados temas nas mais diversas áreas do comércio, destacando-se o Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS) e o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC).

Trata-se, respectivamente, do Anexo 1C e do Anexo 2 da Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais, adotada em 15 de abril 1994, em Marraqueche, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994<sup>4</sup> e incorporada ao ordenamento

2 Para um histórico compreensivo das oito rodadas de negociação do GATT e comparação entre o GATT e OMC ver Barral (2001), Caldas (1997), Caldas (1998), Costa (1996) Croome (1998), Lafer (1998), Lancini (2004) e Thorstensen (1999)

3 Para informações adicionais vide Thorstensen (1999) e Barral (2001) além do endereço da Organização na internet: [www.wto.org](http://www.wto.org)

4 BRASIL. Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994. Aprova a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, as listas de concessões do Brasil na área tarifária

jurídico nacional pelo Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994.<sup>5</sup>

## 2 O ACORDO SOBRE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO – ACORDO TRIPS

O Acordo TRIPS significou a introdução do tópico de propriedade intelectual no sistema multilateral de comércio. Sua aplicação está centrada em quatro pilares básicos: (i) no reconhecimento de que os direitos de propriedade intelectual são de natureza privada e (ii) no estabelecimento de padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual, acompanhado de (iii) medidas para sua implementação nacional e (iv) da possibilidade de aplicação do sistema de solução de controvérsias da OMC. Está estruturado em sete partes do Acordo, detalhadas a seguir.

A Parte I trata das regras e princípios gerais, onde se destacam o Princípio do Tratamento Nacional<sup>6</sup> e da Cláusula da Nação mais Favorecida<sup>7</sup>.

A Parte II estabelece os padrões relativos à existência, abrangência e exercício de direitos, conforme as diferentes categorias da propriedade intelectual. Nesta parte, estão previstas algumas das flexibilidades em relação ao cumprimento do Acordo, como as licenças compulsórias e a obrigação de os Membros protegerem as informações não divulgadas contra a concorrência desleal.

A Parte III trata da aplicação (*enforcement*) dos direitos de propriedade intelectual - DPI, prescrevendo remédios e procedimentos, administrativos e judiciais, no sentido de assegurar que os titulares tenham à disposição medidas para impedir ou coibir as violações de seus direitos. O Acordo TRIPS reconhece, porém, não

---

(Lista III) e no setor de serviços e o texto do Acordo Plurilateral sobre Carne Bovina. Diário Oficial da União nº 239, de 19 de dezembro de 1994, seção 1, página 19889.

5 BRASIL. Decreto no 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União nº 248-A, de 31 de dezembro de 1994, seção 1, página 21394.

6 O Princípio do Tratamento Nacional consta do Artigo III do GATT e diz respeito à necessidade de o Membro não tratar de forma discriminatória nacionais e estrangeiros, conferindo direitos iguais aos dois.

7 A Cláusula da Nação Mais Favorecida ou Princípio da Nação Mais Favorecida está no Artigo I do GATT e estabelece que não pode haver discriminação entre os Membros. Ou seja, toda vantagem, privilégio ou imunidade concedida a um dos Membros deve ser, em geral, imediata e incondicionalmente concedida aos outros Membros. Apenas algumas exceções são permitidas, como no caso de Acordos de Livre Comércio entre alguns Membros.

existir qualquer obrigação de criação de sistema jurídico próprio para a aplicação de normas de proteção da propriedade intelectual distinto do já existente, sendo permitido ao Estado Membro utilizar-se de seu arcabouço normativo vigente, por exemplo, em matéria cível, penal ou de defesa da concorrência, para a proteção ou ressarcimento decorrentes dos direitos de propriedade intelectual conferidos aos titulares.

A Parte IV estabelece o princípio da razoabilidade de formalidades, procedimentos e prazos relacionados à aquisição e manutenção dos DPI, determinando, ainda, a disponibilidade de recurso judicial de decisões administrativas. A Parte V determina que o ESC é aplicável ao Acordo TRIPS e a Parte VI contém as disposições transitórias, como os prazos diferenciados de transição conforme o nível de desenvolvimento dos países signatários e as cláusulas sobre cooperação técnica. Por fim, a Parte VII traz o estabelecimento do Conselho para TRIPS, no âmbito da OMC, responsável por monitorar a implementação do Acordo e dar oportunidade aos Membros de estabelecerem consultas relativas ao Acordo.

Os DPI são bastante complexos e envolvem uma grande gama de categorias de atividades e setores que podem ser objeto de avaliação quando da consideração de eventuais sanções neste campo. Sua aplicação pode se dar, por exemplo, em áreas diversas desde a questão patentária ligada a medicamentos, sementes transgênicas, produtos alimentícios, até a proteção dos direitos autorais em relação a CDs e DVDs ou livros, aplicáveis também à proteção de indicações geográficas ou aos modelos de utilidade que protegem embalagens ou ainda ao monopólio sobre produtos eletrônicos ou programas de computador, além de outras possibilidades.

Do ponto de vista jurídico, igualmente, a diversidade de procedimentos, requisitos e formas de aquisição e manutenção destes direitos permite que, na hipótese de opção por suspender sua concessão ou outras obrigações do Acordo, sejam selecionados os setores mais apropriados para tornar efetivas as retaliações, conforme as circunstâncias do caso concreto e o interesse público envolvido.

Ademais, é importante ressaltar que da análise do preconizado no Acordo TRIPS depreende-se que os DPI são direitos subjetivos de natureza exclusiva, de caráter monopolístico, ainda que temporário, e que são sujeitos a limitações sobre certas condições. Entretanto, é importante considerar que estes direitos têm natureza territorial e são constituídos sob a jurisdição de cada um dos Membros. Portanto, estão sujeitos ao arcabouço legal nacional vigente.

A implementação do Acordo TRIPS é alvo de divergência acerca de seus efeitos sócio-econômicos, em especial considerando a realidade

dos países em desenvolvimento. Acreditava-se anteriormente que, quanto mais rigorosa<sup>8</sup> a lei de propriedade intelectual, maiores seriam os investimentos em inovação. Segundo essa corrente, uma vez protegidos os DPI, universidades e setor privado perceberiam os benefícios de investir em inovação pelo recebimento de royalties e o número de patentes registradas aumentaria progressivamente. Entretanto, esta relação de causa e efeito não ocorreu no Brasil.

A Lei 9.279 foi editada em 1996, com o intuito de reestruturar a legislação em propriedade intelectual no Brasil. Entre outros aspectos, a Lei 9.279/96 incorporou as cláusulas contidas no Acordo TRIPS e ainda adicionou o que se convencionou chamar de cláusulas *TRIPS plus*. Este conceito define cláusulas mais rigorosas que aquelas contempladas no Acordo em tela. Com a nova legislação, o Brasil passou a ter um sistema de proteção de DPI muito mais rigoroso, criando possibilidades anteriormente não previstas, como a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos. No entanto, ao contrário da corrente dominante que levou à criação da Lei, não houve o aumento esperado nas questões de inovação e número de patentes<sup>9</sup>.

Diante das dificuldades enfrentadas por países como o Brasil na condução de políticas públicas face à proteção dos DPI, algumas fórmulas alternativas para a garantia de direitos de proteção e estímulos às inovações vêm sendo largamente discutidas nos foros internacionais, em vista da preocupação atual com os aspectos ligados aos direitos humanos e ao desenvolvimento nacional<sup>10</sup>. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão do Sistema das Nações Unidas que discute e harmoniza temas relacionados à área, criou em sua estrutura um Comitê para elaboração de propostas concretas a serem observadas por todos os outros setores da Organização. Esse Comitê é fruto de uma discussão originada na chamada “Agenda para

8 Uma legislação é considerada como tendo maior rigor quanto maior for o grau de proteção que confere aos direitos dos titulares dos DPI (prazo estendido em relação ao exigido por TRIPS, por exemplo) bem como quanto mais ampla for a gama de direitos que se propõe a proteger (proteção de áreas não exigíveis por TRIPS, como partes de seres vivos).

9 Esta questão pode ser constatada ao se observar a estatística produzida pelo INPI que consolida o número de depósitos de pedidos de patentes no período de 1997 (após a entrada em vigor da Lei no. 9279/96) a 2006. Em 1997, o número total de pedidos depositados era de 19.443 e em 2006; 10 anos após a vigência da Lei, este número era de 10.750. No decorrer da série histórica percebe-se que o número se manteve praticamente estável sem o aumento esperado nos pedidos de patentes, havendo, em alguns casos, diminuição. As estatísticas podem ser verificadas na página de internet do INPI – <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/instituto/resolveUId/91645bdbb775b3aafc453ec07b105b5a>

10 A discussão dessas alternativas é muito importante para o tema de propriedade intelectual, mas não estão no escopo deste artigo. Para informações mais detalhadas, ver (JUCÁ SILVA.e VALLINI, 2004)

o Desenvolvimento”, movimento que tinha por objetivo inserir nas agendas cotidianas da OMPI esta dimensão (desenvolvimento), em respeito às necessidades dos países em desenvolvimento.<sup>11</sup>

A Organização Mundial da Saúde, preocupada com os efeitos da propriedade intelectual sobre o acesso a medicamentos e seus reflexos nas políticas de saúde aprovou, na 61ª. Assembléia Mundial da Saúde, a Resolução WHA 61.21<sup>12</sup> “*Estratégia Global sobre inovação, propriedade intelectual e saúde pública*” onde mecanismos alternativos são apresentados para discussão como meios de proteção dos investimentos em detrimento de direitos monopolísticos que podem aumentar a desigualdade social e dificultar a consecução de políticas públicas.<sup>13</sup>

### 3 O ENTENDIMENTO SOBRE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E O MECANISMO DE RETALIAÇÃO CRUZADA

O estabelecimento do “Entendimento sobre Solução de Controvérsias” no âmbito da OMC, conhecido como ESC, teve um significado bastante importante na forma de condução da política comercial dos países no plano internacional. JACKSON (2008) caracteriza a evolução dos procedimentos de solução de controvérsias de um sistema orientado pela força (*power-oriented*) para uma diplomacia

11 Para maiores informações, vide BRANDELLI, Otávio. *Agenda para o Desenvolvimento em Matéria de Propriedade Intelectual*. In: Anais do XVI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, Brasília, 28 a 30/8/06. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2006, p. 76-77.

12 O documento pode ser acessado na íntegra através do endereço eletrônico [http://www.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/A61/A61\\_R21-en.pdf](http://www.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A61/A61_R21-en.pdf)

13 Acerca do risco derivado da “mercantilização” de alguns setores sociais, o Professor Marcus Faro, em seu artigo “Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: uma abordagem pós-neo-clássica” (2005), na discussão sobre “reserva de indisponibilidade, estrutura social e dinâmica econômica”, assumiu que a propriedade intelectual aplicada a áreas sociais, como a de saúde, pode ser um exemplo para preocupação no que se refere à mercantilização, o que prejudicaria a justiça social, *in verbis*:

“Tome-se o caso da política de saúde, hoje sujeita a crescente mercantilização na forma dos planos de saúde e das patentes de remédios. Sobre as patentes incide a política de propriedade intelectual, hoje amplamente relevante do ponto de vista das políticas bilaterais e multilaterais de comércio. No primeiro caso (políticas bilaterais), destaca-se o papel de “estratégias coercitivas” de alguns países, notadamente dos Estados Unidos, sob a influência de poderosos grupos de interesse, tais como a *harmaceuticals Manufacturing Association*. No caso das políticas multilaterais, ganha relevância o conjunto de regras chamado TRIPs (*Trade-Related Intellectual Property Rights*) aprovado como legislação da Organização Mundial do Comércio (OMC). No âmbito de tais políticas, o desenvolvimento de jurisprudência, em consonância com princípios de proteção aos direitos humanos, e corretiva de excessos da “modelagem econômica” de interesses, poderia contrapor-se aos consensos tecnocráticos tipicamente formados sem preocupação com ideais de justiça.” disponível em [https://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/revista/revistajuridica/artigos/Marcus\\_rev74.htm](https://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/artigos/Marcus_rev74.htm)

comercial orientada pelas regras (*rule-oriented*). Este novo paradigma é uma forma de solução de conflitos pela negociação com referência a regras ou normas sobre as quais as partes envolvidas acordaram previamente e não com relação ao poder relativo das partes envolvidas, como ocorria anteriormente.

Nesse sentido, a OMC adquiriu a capacidade *sui generis* de impor sanções em decorrência do descumprimento de suas normas. Essa característica causou dois fenômenos marcantes: (i) a demanda pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) tornou-se maior do que o recurso a outros tribunais internacionais; e (ii) o cumprimento das determinações do OSC é significativo (BARRAL, 2002). Considere-se que o ESC reforçou e aperfeiçoou os mecanismos de solução de controvérsias do GATT, ao estabelecer um sistema integrado na OMC, que cobre diferentes acordos mencionados em seu apêndice. Além disso, o aperfeiçoamento institucional se deu também pela adoção de automatismo no processo e da noção de “consenso negativo”<sup>14</sup>.

O Entendimento sobre Solução de Controvérsias – principais características

Do ponto de vista institucional, o artigo 2 do ESC estabeleceu o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), em caráter permanente, para aplicar as normas, procedimentos e disposições em matéria de consultas e solução de controvérsias referentes aos acordos abrangidos, salvo disposição em contrário de um desses acordos. O OSC tem competência para estabelecer painéis (Grupos Especiais), acatar relatórios dos Grupos Especiais e do Órgão de Apelação (OA), supervisionar a aplicação das decisões e recomendações e autorizar a suspensão de concessões e de outras obrigações determinadas pelos acordos abrangidos.

Entre os principais objetivos do ESC estão a segurança jurídica e previsibilidade do sistema multilateral de comércio, preservando direitos e obrigações dos acordos cobertos pelo ESC e muitas vezes fornecendo esclarecimentos quanto a estes direitos e obrigações mediante interpretação dos Acordos da OMC<sup>15</sup>; e a garantia de solução positiva para as controvérsias. A solução mutuamente aceitável para as partes em controvérsia é privilegiada, desde que em conformidade com

14 Os conceitos de “automatismo” e “consenso negativo” serão mais bem desenvolvidos no próximo capítulo quando da explicação sobre a estrutura e funcionamento do ESC

15 O esclarecimento dos direitos e obrigações é feito segundo as normas usuais do Direito Internacional Público. Embora não haja menção explícita, o Órgão de Apelação (OA) resolveu que os artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados são particularmente úteis (OMC, 2004). Estes artigos são frequentemente usados pelas partes em suas defesas, bem como nas conclusões dos painéis (que são como sentenças).

as disciplinas cobertas pelo acordo. Na impossibilidade de uma solução mutuamente acordada, o objetivo primordial do mecanismo de solução de controvérsias da OMC será o de conseguir a supressão das medidas incompatíveis com as disposições de qualquer dos acordos abrangidos.

MAFRA (2008) afirma que este sistema, apesar de haver sido concebido como um foro para expressão de desentendimentos, não foi planejado para ser uma instância de conflitos. O objetivo expresso no artigo 11 do ESC, ao contrário, é de apresentar caminhos para o estabelecimento de uma solução em que ambas as partes possam ter benefícios, por acordo mútuo.

O artigo 4 trata dos procedimentos de consulta prévia, reafirmando a determinação das partes de fortalecê-lo. Contrariamente ao que ocorria no GATT, na OMC a não aceitação do pedido de consultas não bloqueia os procedimentos, podendo a parte reclamante, na forma e prazos definidos no artigo 4.3, proceder diretamente à solicitação de estabelecimento de painel.

Em contrapartida aos benefícios derivados deste sistema, os Membros têm obrigações específicas que podem ser consideradas como contrapeso aos direitos, sendo elas: (i) a obrigação de jurisdição exclusiva, ou seja, renunciar a recorrer a outros foros, uma vez solicitado o estabelecimento de um painel junto ao OSC, e também (ii) renúncia à aplicação de sanções unilaterais sem autorização do mesmo OSC.<sup>16</sup>

Com relação à estrutura e funcionamento do sistema de solução de controvérsias, destacam-se os Grupos Especiais, que constituem a primeira instância do OSC. São formados por especialistas previamente cadastrados junto à OMC, que prestam serviço de maneira independente, sem vínculo a um governo ou organização. Estes Grupos Especiais, que não possuem formação fixa, têm a função de examinar todos os aspectos factuais e jurídicos do caso que lhes é apresentado e constituem um órgão de primeira instância.<sup>17</sup> As conclusões do Grupo Especial podem ser contestadas no Órgão de Apelação - OA, de função eminentemente jurídica e de formação fixa<sup>18</sup>.

Esta estrutura visa garantir a análise devida do contencioso comercial e permite a apresentação dos argumentos de todas as partes envolvidas. O cuidado com o processo justifica-se, pois há a possibilidade

---

16 Artigo 23 do ESC (OMC, 2004: 362)

17 Ibidem, p.26

18 O OA foi a primeira instância recursal criada em um órgão multilateral e foi criada com o intuito de dar maior coerência e previsibilidade jurídica às decisões do OSC (LAFER, 1998)

de autorizar ações que possam acarretar em prejuízo comercial para os Membros, conforme explicitado a seguir.

### **3.2 O MECANISMO DE RETALIAÇÃO CRUZADA E A POSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO NO CAMPO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL**

O artigo 22 do ESC trata da compensação e da suspensão de concessões ou de outras obrigações (também chamadas “retaliações”). Estas suspensões são disponíveis em caráter temporário, caso as recomendações ou decisões do OSC não sejam implementadas pela parte reclamada, dentro de um prazo considerado como suficiente ou razoável. A retaliação é o instrumento utilizado para coagir o reclamado a implementar a decisão do OSC. É uma sanção comercial. Também tem natureza compensatória, já que serve para compensar os prejuízos em tese sofridos pelo reclamante em virtude de violação ao acordo da OMC praticada pelo reclamado, mas sempre no intuito de levá-lo à suspensão da medida violadora. A retaliação, no entanto, não é automática, devendo o Estado Membro reclamante levar a proposta de retaliação ao OSC para que este órgão a autorize.

O ESC estabelece a hipótese de que o país reclamante em um procedimento de solução de controvérsias possa adotar medidas contra o país reclamado que não implementar as determinações do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) em casos de descumprimento de obrigações internacionais contraídas naquele foro. Em determinadas circunstâncias, o ESC admite que essas retaliações<sup>19</sup> sejam adotadas em setores ou acordos diferentes daqueles em que ocorreu a violação ou descumprimento de obrigações.

A possibilidade de suspender concessões e obrigações em setores ou acordos diferentes daquele em que foram constatados a violação ou descumprimento, comumente denominada de “retaliação cruzada”, oferece maior número de instrumentos para levar o país reclamado ao cumprimento das determinações do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, reequilibrando, assim, em tese, o respeito ao conjunto de direitos e obrigações assumidas pelas partes como membros da OMC.

---

19 O termo “retaliação” não consta dos acordos da OMC, mas é de uso corrente na OMC e entre especialistas. No ESC, a linguagem utilizada é “suspensão de concessões ou outras obrigações,” e no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC) empregou-o termo “contramedida.” Nesta tese serão usadas a três expressões indistintamente para fazer referência às medidas do país reclamante contra o país reclamado, autorizadas pelo OSC em caso de não implementação de suas determinações pelo país reclamado.

É importante salientar que, na maioria dos casos, a assimetria entre as economias de países em desenvolvimento e países desenvolvidos torna, para os primeiros, impraticáveis ou ineficazes contramedidas incidentes apenas no mesmo setor do mesmo acordo tido por violado. Muitas vezes, a retaliação pode até acabar prejudicando o reclamante que deixará de aplicar a sanção, causando o enfraquecimento da eficácia das decisões do OSC. Para evitar tais situações, o ESC permite que a retaliação incida sobre outro setor do mesmo acordo, ou, até mesmo sobre outro acordo.

Daí advém a possibilidade de adoção de contramedidas no âmbito do Acordo TRIPS da OMC, o que pode ser do interesse do Brasil, em particular com relação a países desenvolvidos que atribuem alto valor político e econômico à propriedade intelectual.

A disciplina quanto aos princípios e procedimentos que serão considerados nesses casos constam do artigo 22.3 do ESC. Da análise das alíneas existentes neste citado dispositivo legal teóricos como BREUSS (2001) desenvolveram uma classificação terminológica de três diferentes tipos de suspensão, concessões ou outras obrigações. Esta classificação engloba as categorias de:

- *Retaliação Paralela* - é a regra geral, a contramedida aplicada ao mesmo setor do Acordo que foi descumprido e que causou prejuízo ao Membro. Essa é a hipótese prevista na alínea “a” do artigo 22.3 do ESC<sup>20</sup>.
- *Retaliação Cruzada Setorial* - trata-se da contramedida aplicada em setores distintos, porém abrangidos sob o mesmo Acordo que foi descumprido e que em tese causou prejuízo ao Membro reclamante. Essa hipótese está prevista na alínea “b” do artigo 22.3 do ESC.<sup>21</sup>
- *Retaliação Cruzada ou Retaliação Cruzada entre Acordos* - é a contramedida aplicada em Acordo diferente daquele descumprido, prevista na alínea “c” do artigo 22.3 do ESC.<sup>22</sup>

20 Art. 22.3 a) o princípio geral é o de que a parte reclamante deverá procurar primeiramente suspender concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es) em que o grupo especial ou órgão de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo;”

21 Art. 22.3 “b) se a parte considera impraticável ou ineficaz a suspensão de concessões ou outras obrigações relativas ao(s) mesmo(s) setor(es), poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações em outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido;”

22 Art. 22.3 c) se a parte considera que é impraticável ou ineficaz suspender concessões ou outras obrigações relativas a outros setores abarcados pelo mesmo acordo abrangido, e que as circunstâncias são suficientemente graves, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações abarcadas por outro acordo abrangido;”

O artigo 22.3 do ESC define, ainda, nas alíneas “f” e “g”, o que se considera como “setor” e como “Acordo” para fins de aplicação das contramedidas. Os setores são divididos em bens, serviços e propriedade intelectual e correspondem aos Acordos (i) GATT, (ii) Acordo Geral sobre Comércio de Serviços e (iii) Acordo TRIPS, respectivamente.

O ESC estabelece, portanto, a hipótese de que o Órgão de Solução de Controvérsia - OSC autorize, em caso de descumprimento das determinações do Grupo Especial ou do Órgão de Apelação - OA, que o Membro reclamante em uma controvérsia suspenda concessões ou outras obrigações, com relação ao Membro reclamado que não cumprir as determinações referidas. Se a parte reclamante considerar impraticável ou ineficaz suspender concessões ou outras obrigações em setores abarcados pelo mesmo acordo objeto da violação, e se as circunstâncias forem suficientemente graves, poderá procurar suspender concessões ou outras obrigações de outro acordo da OMC, tal como o Acordo TRIPS.

A percepção de que a aplicação de contramedidas de um país em desenvolvimento dirigidas a um país desenvolvido no campo do comércio de bens teria pouca eficácia foi estudada por alguns autores como BREUSS (2001), WHALLEY (1985) e KENNAN e RIEZMAN (1998), que comprovaram essa tese mediante cálculos de modelo econométrico e simulações empíricas relacionadas à elevação de tarifas. BREUS (2001), por exemplo, constata que o aumento das tarifas resulta em elevação dos preços domésticos, com reflexos diretos no preço oferecido ao consumidor e onerando os produtores nacionais. Este autor, conclui, portanto, que o sistema da OMC favorece as economias maiores e mais ricas e distorce a alocação de recursos econômicos.

Para permitir, portanto, a utilização de contramedidas sem sofrer prejuízos decorrentes de sua aplicação, a retaliação “cruzada” se apresenta como uma alternativa importante. Assim, a aplicação de contramedidas no campo da propriedade intelectual pode tornar-se um meio eficaz de superação das limitações que se apresentam para as medidas no campo do comércio de bens.

Não se pretende com isto dizer que a retaliação cruzada incidindo sobre os DPIs seja sempre uma alternativa viável. Pode haver situações nas quais este recurso se apresente prejudicial a detentores de direitos desta natureza em âmbito nacional. Este seria o caso, por exemplo, dos licenciados de uma marca cujo detentor teve seus direitos suspensos por autorização da OMC. Nessa hipótese, o nacional do Membro que aplica a decisão sofrerá diretamente os efeitos da contramedida em seu negócio. Entretanto, há alternativas neste campo que ensinam a

realização de estudos setoriais para que se possa atingir diretamente o Membro contra o qual se tem autorização de retaliar. Uma alternativa poderia ser o licenciamento de patentes (o que não significa exatamente o licenciamento compulsório previsto na Lei 9279/96).<sup>23</sup>

Em 2005, o Brasil reservou direitos de aplicar retaliações em matéria de propriedade intelectual contra os EUA, na controvérsia relativa aos subsídios norte-americanos à produção e exportação de algodão, da qual saiu vencedor. A justificativa utilizada foi no mesmo sentido do estudo de BREUSS (2001), de que a aplicação de contramedidas no comércio de bens não seria efetiva e, ao contrário, traria prejuízos à economia nacional. O Brasil teve o seu direito confirmado pelo Órgão de Apelação e está à espera de que os EUA implementem efetivamente as determinações do OSC. Do ponto de vista procedimental, a fase agora é a de definição dos valores a serem designados como prejuízos decorrentes do descumprimento pelos EUA e que serão a base das contramedidas que serão propostas oportunamente pelo Brasil, após avaliação de vários setores do Governo.

Sobre a matéria genericamente tomada, há antecedente no qual o Equador foi autorizado pelo OSC, em 2000, a aplicar retaliação cruzada em propriedade intelectual contra a União Européia<sup>24</sup>, na controvérsia sobre o regime comunitário de importação e comercialização de bananas, conhecida como “EU – bananas”. Não obstante, as contramedidas nunca foram efetivadas pelo Equador.

Outra referência pode também vir a ser útil. Em 2007, Antígua e Barbuda solicitaram autorização para retaliar os EUA em propriedade intelectual, no contexto de controvérsia na qual foram condenadas certas práticas norte-americanas relativas à prestação de serviços transfronteiriços de jogos de azar. A reunião do OSC que tratará da solicitação de Antígua e Barbuda ainda não se realizou. Assim, a efetiva aplicação de retaliações cruzadas em propriedade intelectual é ainda inédita na OMC.

---

23 O licenciamento autorizado por força de medida de retaliação difere do licenciamento compulsório, medida existente no Acordo TRIPS e prevista na legislação nacional – LPI – especificamente pelo fato de não necessitar cumprir com todos os requisitos existentes na legislação nacional para que haja a declaração de licenciamento compulsório. Pelo simples fato de haver uma autorização para retaliar o licenciamento já pode ser declarado, prescindindo, por exemplo da fase de negociação prévia com o titular da patente, imprescindível para o licenciamento compulsório.

24 “Comunidades Européias” seria o termo mais adequado, se levada em conta a entidade jurídica representada na OMC. Não obstante, serão igualmente empregados neste artigo “União Européia” ou “Comunidade Européia”, a depender do contexto.

Algumas das dificuldades de adoção de retaliações cruzadas em propriedade intelectual apontadas por estudiosos do tema<sup>25</sup> e pela experiência do Equador, dizem respeito a aspectos jurídicos. Os DPIs são constituídos à luz da legislação nacional, e não mediante aplicação direta do Acordo TRIPS, o que gera particularidades e diferenças na implementação destes direitos e pode restringir a amplitude da aplicação das retaliações autorizadas (por exemplo o caso dos países que não incorporaram a possibilidade de licenciamentos em sua legislação nacional). Outras dificuldades referem-se a aspectos econômicos, como a possibilidade efetiva de produção ou suprimento alternativo de certos bens protegidos por propriedade intelectual, ou políticos, referentes à avaliação de conveniência de adoção de retaliações cruzadas, tendo em vista o tratamento da propriedade intelectual no âmbito internacional e o relacionamento com certos países na matéria.

Tais dificuldades decorrem do fato de que os direitos de propriedade intelectual possuem natureza complexa e peculiaridades que suscitam questionamentos a respeito da factibilidade da adoção de retaliações mediante suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS. Eventuais contramedidas em propriedade intelectual serão intrinsecamente diferentes de retaliações no âmbito do comércio de bens, previstas e adotadas desde o GATT e preservadas na OMC, usualmente implementadas sob a forma de imposição de direitos aduaneiros adicionais, estabelecimento de quotas ou simples proibição do comércio de determinados produtos.

Logo após a autorização do OSC para o que Equador retaliasse a União Européia em decorrência das conclusões do Grupo Especial EU – bananas, SUBRAMANIAN e WATAL (2000) publicaram artigo contendo análise e sistematização da hipótese de aplicação de contramedidas com base no Acordo TRIPS, sob a ótica dos países em desenvolvimento. Os autores afirmam que a mera presença no arcabouço legal dos países em desenvolvimento da possibilidade de retaliação em propriedade intelectual pode significar uma ameaça concreta, o que levará a um grau de cumprimento maior das obrigações por parte dos países desenvolvidos. Não deixam de reconhecer, entretanto, as dificuldades da aplicação, em especial quanto aos possíveis efeitos econômicos adversos relacionados à atração de investimentos diretos estrangeiros no país. É possível, entretanto, que, em uma visão prospectiva, a OMC e seus Membros poderão adquirir paulatinamente experiência quanto à suspensão de concessões e obrigações do Acordo TRIPS, superando as dificuldades

---

25 Algumas dessas dificuldades serão examinadas mais adiante.

porventura existentes com relação à matéria de propriedade intelectual, introduzida de maneira estruturada no sistema multilateral de comércio tão-somente a partir das discussões da Rodada Uruguai.

#### 4 OS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal Brasileira contempla os direitos de propriedade intelectual no rol do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), artigo 5º, incisos XXVII, XXVIII e XXIX. Ademais, a Constituição Federal determina que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, artigo 5º, XXXV), assim como não se prejudicará o direito adquirido (CF, artigo 5º, XXXVI), os princípios gerais previstos na Carta Magna, que se relacionam às questões de propriedade intelectual.

Não estaria descartada a hipótese, portanto, de que a adoção de retaliações cruzadas, mediante suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS, pudesse ter sua constitucionalidade questionada perante o Judiciário brasileiro, em especial por se tratar de direito de natureza privada, conforme reconhecido no próprio Acordo.

Não obstante, outros princípios constitucionais deveriam ser igualmente observados. Em primeiro lugar, cabe recordar que os acordos que integram a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, adotada em 15 de abril 1994, em Marraqueche, dentre os quais o Acordo TRIPS e o ESC, foram devidamente aprovados pelo Congresso Nacional, tendo passado pelo crivo de avaliação de constitucionalidade no Poder Legislativo, em obediência ao determinado pelos artigos 49, I, e 84, VIII da Constituição Federal. Seria, portanto, constitucional a aplicação do ESC no sentido da suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS.

Em segundo lugar, cabe avaliação sobre se os direitos de propriedade intelectual, uma vez que contemplados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXVII.2 (“Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”), seriam objeto da “prevalência dos direitos humanos” no que toca aos princípios que regem o Brasil nas relações internacionais, como dispõe o artigo 4º, II, da CF/88<sup>26</sup>. Igualmente, os

<sup>26</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu o §3º ao artigo 5º da CF, deu maior força normativa aos Tratados de direitos humanos aprovados no Brasil, determinando que “ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional,

artigos 196 e 197 da CF/88 preconizam de forma clara e inequívoca o direito à saúde, como conceito amplo previsto pela Organização Mundial da Saúde, dever do Estado e direito de todos, sem distinção de nacionalidade, inclusive.

Em terceiro lugar, é de interesse considerar o Capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) da Constituição Federal, sobretudo seu artigo 170, incisos I a IV.

Esses dispositivos da Constituição Federal expõem a tensão entre princípios aparentemente contraditórios, em particular na matéria de propriedade intelectual. Se, por um lado, asseguram-se os direitos de exclusividade comercial (monopolísticos) decorrentes da propriedade privada, que incluiria a propriedade intelectual, por outro lado, a livre concorrência é um dos princípios a orientar a ordem econômica nacional.

Além disso, o mesmo tempo em que assegura a propriedade privada, a Constituição Federal também determina que deva ser observada sua função social. O artigo 5º, XXIX, da CF estabelece, por sua vez, a proteção da propriedade industrial, mas dispõe que se deve ter em vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”. BARBOSA (2006) argumenta que a resolução das tensões entre diferentes princípios constitucionais se dá mediante a aplicação do princípio da razoabilidade:

Ocorre que a Constituição é um sistema, e não uma coleção de imperativos desconexos. Quando há colisão entre dois interesses constitucionais igualmente valiosos, impõe-se a regra da razoabilidade, ponderação ou balanceamento, uma das mais argutas técnicas do direito constitucional.

BARBOSA (2006) foi taxativo ao afirmar que, em seu entendimento, não há vedação de caráter constitucional referente à hipótese de suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS.

É forçoso reconhecer, porém, que a existência de princípios constitucionais aparentemente contraditórios é campo fértil para a contestação, nos tribunais nacionais, de medidas relacionadas à suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS, adotadas no âmbito de controvérsia na OMC. Na hipótese de adoção

---

em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

de retaliações cruzadas na OMC, o Governo brasileiro terá de estar preparado não apenas para atuar junto à OMC, mas também para participar de batalhas jurídicas nos tribunais nacionais, dado o risco de que venham a ser anulados, pelo Judiciário brasileiro, os efeitos de possíveis retaliações em propriedade intelectual.

## **5 O PAPEL DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO NA IMPLEMENTAÇÃO DAS CONTRAMEDIDAS**

A atuação da AGU está baseada em duas principais linhas de trabalho. São elas: A linha contenciosa, que consiste em representar a União nas ações judiciais que envolvam interesses dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, suas autarquias e fundações, e dos órgãos públicos que exercem função essencial à justiça; e o papel consultivo, que consiste em Orientar os dirigentes do Poder Executivo Federal quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos<sup>27</sup>. Por isso, a AGU tem um papel bastante importante no apoio ao Poder Executivo brasileiro para a execução de medidas de retaliação em matéria de propriedade intelectual.

O papel consultivo da AGU, no campo das retaliações envolvendo DIPs, provavelmente será preponderante na discussão sobre a necessidade de adaptar a legislação brasileira para aplicação de contramedidas e na elaboração de eventuais modificações à legislação atual em propriedade intelectual. De fato, tramitam no Congresso Nacional dois Projetos de Lei (PLs) nesse sentido.

O primeiro é o PL No. 5489/05, de autoria do Deputado Fernando Gabeira (PV/RJ). O segundo é o PL No. 1893/2007, de autoria do Deputado Paulo Teixeira (PT/SP). Este último PL dispõe sobre as medidas de suspensão e diluição temporárias ou extinção da proteção de direitos de propriedade intelectual no Brasil em caso de descumprimento de obrigações multilaterais por Estado estrangeiro no âmbito da OMC. O Projeto do Deputado Paulo Teixeira constitui um avanço porque engloba todas as categorias de propriedade intelectual previstas em TRIPS e propõe diferentes hipóteses de aplicação concretas das contramedidas.

As propostas de modificação da legislação nacional em propriedade intelectual citadas acima merecem análise cautelosa quanto aos aspectos constitucionais envolvidos na questão. Deve a AGU, no cumprimento de sua missão institucional, realizar um estudo jurídico

---

<sup>27</sup> Informações adicionais podem ser obtidas no site [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)

deste tema com o fito de aprimorar a proposta inicialmente colocada e, igualmente, proceder a uma análise de eventuais necessidades de adaptação do arcabouço legal vigente em matéria de propriedade intelectual. A Câmara de Comércio Exterior (CAMEX) instituiu Grupo de Trabalho Governamental sobre o tema, em vista do interesse da União nesta questão. A AGU certamente poderia participar ativamente deste GT.

No campo contencioso, o papel da AGU é indispensável. Isto se explica porque, considerada a ausência de “automatismo” no Brasil, no que se refere à aplicação dos compromissos internacionais em nosso território, deve haver uma incorporação destes compromissos ao ordenamento jurídico pátrio para que eles tenham vigência plena e eficácia jurídica. Como os direitos de propriedade intelectual são constituídos a partir da legislação nacional, há risco significativo de que os particulares prejudicados pela suspensão de concessões ou outras obrigações do Acordo TRIPS venham a recorrer ao Poder Judiciário nacional em defesa da preservação de seus direitos, sob o argumento da ilegalidade ou mesmo da inconstitucionalidade de eventuais contramedidas em propriedade intelectual autorizadas em procedimento de solução de controvérsias na OMC.

Não se ignora o fato de que alguns dos preceitos estabelecidos no Acordo TRIPS tratam de matérias que, no Brasil, possuem hierarquia constitucional, como, por exemplo, a garantia de acesso ao Poder Judiciário (Constituição Federal, artigo 5º, XXXV) e a proteção dos direitos adquiridos (Constituição Federal, artigo 5º, XXXVI). Em vista deste fato, os lesados pela aplicação de contramedidas em território nacional podem vir a recorrer ao Poder Judiciário para garantirem a manutenção de seus direitos assegurados por lei ou mesmo pela Constituição Federal. Essa possibilidade reforça, ainda mais, a necessidade de edição de medida legislativa própria, que regulamente a aplicação destas retaliações em território nacional. De qualquer modo, devido à garantia de acesso ao Poder Judiciário, não se afasta, em nenhum momento, a possibilidade de que os particulares venham a recorrer a esta esfera.

Deve-se ter em mente que a estratégia da busca do Poder Judiciário pode ser eficaz para que contramedidas nesta área não tenham aplicação concreta, uma vez que o provimento favorável do Poder Judiciário às demandas dos particulares poderia vir a reduzir os efeitos práticos de contramedidas em propriedade intelectual. Eventualmente, esta hipótese daria força à tese de que a aplicação de contramedidas neste campo não teriam utilidade prática.

Na eventualidade de decisões dos tribunais nacionais contrárias à implementação de retaliações em propriedade intelectual, estar-se-ia diante de precedente de grande seriedade e importantes repercussões, pois o próprio valor e eficácia de contramedidas autorizadas pela OMC estariam sendo questionadas, lançando dúvidas sobre a credibilidade do sistema de solução de controvérsias naquele foro multilateral.

Parece claro, portanto, que, neste campo, a AGU pode ter uma atuação voltada tanto para a instrumentalização de suas defesas para eventuais questionamentos junto aos tribunais quanto para a contribuição por meio de estudos jurídicos aprofundados, que subsidiem a decisão governamental de escolhas das contramedidas, a fim de que sejam selecionadas aquelas com menor potencial de questionamento junto ao Poder Judiciário e com efeitos mais benéficos para o país.

Um recente exemplo concreto da importância da atuação da AGU na área de propriedade intelectual foi a aplicação, pelo Governo brasileiro, do licenciamento compulsório do medicamento Efavirenz<sup>28</sup>, a partir de uma das flexibilidades previstas no Acordo TRIPS, com uma economia significativa na compra de medicamentos pelo Programa Nacional de HIV/AIDS do Ministério da Saúde. A AGU participou ativamente do Grupo de Trabalho que elaborou a medida de licenciamento e envolveu parte de seus membros em questões conexas para a eventual defesa do tema junto ao Poder Judiciário. Até o momento, não houve propositura de ação judicial contra o ato governamental.

## CONCLUSÃO

A aplicação do sistema de retaliação “cruzada”, em propriedade intelectual, é inédita no mundo. Desde o fim das negociações que levaram à criação da OMC e ao estabelecimento do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC) ainda não houve aplicação de contramedidas nesta matéria. Os três antecedentes de pedidos de autorização ao Órgão de Solução de Controvérsias para adoção de contramedidas, na modalidade cruzada, em propriedade intelectual foram feitos em demandas de países em desenvolvimento contra países desenvolvidos (EUA - algodão, União Européia - bananas e EUA - jogos de azar). O desenrolar desses três casos

---

<sup>28</sup> Decreto nº 6.108, de 4 de maio de 2007. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. Diário Oficial da União, 7 de maio de 2007.

poderá mostrar aspectos relevantes sobre a experiência de aplicação de eventuais retaliações em propriedade intelectual autorizadas na OMC.

Existem diversas dificuldades jurídicas relacionadas à aplicação das contramedidas, em especial quanto à implementação dos requisitos de retaliação e os potenciais conflitos entre as retaliações autorizadas pela OMC e o arcabouço jurídico nacional vigente. Enquanto algumas possibilidades de retaliação estão excluídas por vedação constitucional, há hipóteses concretas de adoção de contramedidas que seriam absolutamente conformes com os preceitos jurídicos vigentes no país. Entretanto, é imprescindível a criação de uma lei que permita a suspensão ou exceção aos direitos de propriedade intelectual constituídos pela legislação nacional vigorante em caso de autorização de aplicação de contramedidas neste campo.

A principal dificuldade de implementação nacional destas contramedidas está no âmbito jurídico, em vista do elemento imponderável ligado às possíveis ações judiciais que possam redundar deste exercício. Apesar de se observar uma mudança importante no atual comportamento do Poder Judiciário com relação às ações envolvendo propriedade intelectual, nos quais o interesse público tem prevalecido em detrimento do interesse privado abusivo<sup>29</sup>, o risco de decisões contrárias aos objetivos do Governo Brasileiro nesta matéria podem ter consequências graves, que poderiam reduzir as possibilidades de o Brasil aplicar retaliações em contenciosos comerciais, inviabilizando, em muitos casos, a efetivação da autorização concedida.

Ficou demonstrada, neste artigo, a importância do envolvimento da AGU, na elaboração do projeto de legislação brasileira que embasará a aplicação das retaliações neste campo. A discussão acima também permite perceber que uma legislação clara e bem fundamentada, construída com todo cuidado para preservar a legalidade e a constitucionalidade de eventuais aplicações de retaliação cruzada, contribuiria para reduzir o risco de decisões tomadas sem o devido conhecimento de causa.

---

29 Pela prevalência do interesse público, vale ressaltar recentes julgados: TRF 2ª Região. Primeira Turma Especializada. AMS 62790/RJ, Rel. Desembargadora Federal MARCIA HELENA NUNES, Primeira Turma Especializada, julgado em 17.07.2008, DJ 31.07.2008 p. 255; TRF 2ª Região. AGTPT 1478/RJ, Rel. Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS, ÓRGÃO ESPECIAL, julgado em 07.07.2005, DJ 20.02.2006 p. 139; TRF 2ª Região. AC 415692/RJ, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 24.06.2008, DJ 12.09.2008 p. 509; TRF 2ª Região. AC 384826/RJ, Rel. Desembargador Federal ANDRÉ FONTES, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 28.03.2007, DJ 02.05.2007 p. 104; TRF 2ª Região. AC 351035/RJ, Rel. Desembargador Federal GUILHERME CALMON, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, julgado em 23.05.2007, DJ 14.06.2007 p. 253

Pode-se ainda inferir, da análise feita, que a eficácia da aplicação das medidas de retaliação cruzada em matéria de propriedade intelectual somente poderá ser aferida quanto às suas vantagens e limitações na medida em que houver uma aplicação desta possibilidade de forma concreta. Até que isto ocorra, não se pode afirmar que as potenciais dificuldades que se identificam são impedimentos absolutos à sua aplicação pelo contrário deve-se buscar de todas as formas o meio mais eficaz para sua concretização.

O reconhecimento da impossibilidade de aplicação da retaliação cruzada sobre o acordo TRIPS pode enfraquecer o próprio sistema de solução de controvérsias da OMC, uma vez que, na prática, é inviável a aplicação das contramedidas pelos países em desenvolvimento no campo do comércio de bens, visto que, em geral, trazem mais prejuízos do que benefício àqueles países que foram vencedores na demanda

A retaliação cruzada utilizando o Acordo TRIPS para sanções autorizadas em decorrência de violações ao GATT é um instrumento complexo e que pode causar interpretações distintas a partir da legislação nacional sobre política comercial e propriedade intelectual e frente à Constituição Federal. A aplicação de contramedidas derivadas de contenciosos suscitados na OMC pode causar reflexos sobre os direitos coletivos e sobre os direitos individuais. Por isso, exige participação ativa da AGU tanto em sua função consultiva, na elaboração das normas que venham a regulamentar o tema, como na sua função contenciosa, caso os interesses do Estado Brasileiro venham a ser questionados junto ao Poder Judiciário.

AGU Advocacia Geral da União

DPI Direitos de Propriedade Intelectual

ESC Entendimento sobre Solução de Controvérsias

GATT Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

OA Órgão de Apelação

OMC Organização Mundial do Comércio

OMS Organização Mundial da Saúde

OSC Órgão de Solução de Controvérsias

PED Países em Desenvolvimento

TRIPS Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio

**REFERÊNCIAS**

- ABBOTT, Frederick. WTO Dispute Settlement and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. In: *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*. Londres, Haia, Boston: Kluwer Law International, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. *Bases Constitucionais da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com>>.
- BARRAL, Welber (Org.). *Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Fundação Alexandre Gusmão, 2007.
- BASSO, Maristela; BEAS, Edson. *Cross-Retaliation through TRIPS in the Cotton Dispute?* In: *Bridges*, ano 9, vol. 5. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development-ICTSD, 2005.
- BRANDELLI, Otávio. O Contencioso da Propriedade Intelectual. In: *Carta Internacional*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993.
- BRANDELLI, Otávio; JAGUARIBE, Roberto. Espaços para os Países em Desenvolvimento. In: *Propriedade Intelectual. Tensões entre o Capital e a Sociedade*. Org. VILLARES, Fábio. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- BRANDELLI, Otávio; GURGEL, Renato P. A.; MORAES, Henrique C. Uma Análise do Regime Internacional da Proteção da Propriedade Intelectual à Luz dos Efeitos Sobre Políticas Públicas de Gestão do Conhecimento. In: *Gestão do Conhecimento – Uma Estratégia Empresarial*. Orgs.: CARVALHO, Isamir M.; MENDES, Sérgio P.; VERAS, Viviane M. Brasília: JJ Gráfica e Comunicações, 2006.
- BRAZ, Mario Sergio Araújo. *Retaliação na OMC*. Curitiba: Juruá, 2006.
- BREUSS, Fritz. *WTO Dispute Settlement from an Economic Perspective – More Failure than Success?*. Viena: Research Institute for European Affairs – University of Economics and Business Administration, 2001.
- COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 7, 1998.

DELICH, Valentina. Developing Countries and the WTO Dispute Settlement. In: *Development, Trade and the WTO: a Handbook*. Washington: Banco Mundial, 2002.

ESPINOSA, Cristian. The WTO Banana Dispute: Do Ecuador's Sanctions Against the European Communities Make Sense? In: *Bridges*, ano 4, vol. 4. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development-ICTSD, 2000.

ETHIER, Wilfred F. Intellectual Property Rights and the Dispute Settlement in the World Trade Organization. In: *Journal of International Economic Law* 7(2). Reino Unido: Oxford University Press, 2004.

FARO, Marcus. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (uma abordagem pós-neo-clássica). In: *Revista Jurídica da Presidência da República*, nº 7 volume 74, agosto/setembro, 2005. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/revistajuridica/>>

JACKSON, John. The WTO Dispute Settlement System after ten years: the first decade's promises and challenges pp. 23-37. In SACERDOTI, Giorgio et al.(eds.). *The WTO at Ten: The contribution of the Dispute Settlement Body*. Cambridge: Cambridge University, 2006

JAGUARIBE, Roberto; BRANDELLI, Otávio. *Propriedade Intelectual – Espaços para os Países em Desenvolvimento*. Documento apresentado no seminário Propriedade Intelectual: Tensões entre a Lógica do Capital e as Demandas Sociais e Desenvolvimentistas. São Paulo: Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais, 8 e 9 de março de 2007.

JUCÁ SILVA, A.P. y VALLINI, Juliana Vieira. *Correio Braziliense*, Patentes Farmacêuticas e a Anuência Prévia, Direito e Justiça, 2004

LAFER, Celso. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

KELSEN, Hans. *Derecho y Paz en las Relaciones Internacionales*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2. ed. 1ª. reimpressão, 1996.

KOGAN, Lawrence A. *Brazil's IP Opportunism Threatens U.S. Private Property Rights*. In: *Inter-American Law Review*, vol. 38:1. EUA: 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[http://www.itssd.org/publications/ial105-ii\(frompublisher\)\[2\].pdf](http://www.itssd.org/publications/ial105-ii(frompublisher)[2].pdf)>.

- MAFRA, Rafael d'Aquino. *Os Acordos SPS e TBT sob a ótica dos regimes internacionais*. Brasília, 2008. Dissertação - (Mestrado) - Universidade de Brasília.
- MORAES, Henrique Choer. A Atuação Internacional do Estado em Benefício de Interesses Privados: uma Análise Jurídica da Formação da “Micropolítica” Externa. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, n° 2. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais.
- RAGHAVAN, Chakra V. *WIPO to Prepare IPR Dispute Settlement Draft Treaty*. Genebra: 1° de março de 1990. Disponível em: <<http://www.sunsonline.org/trade/areas/intellec/03010190.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2007.
- RICUPERO, Rubens. Notas sobre a Rodada Uruguai e seu Impacto sobre o Brasil”. In: *Boletim de Diplomacia Econômica*, n° 18, p. 19, Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1994.
- SMITH, James McCall. Compliance Bargaining in the WTO: Ecuador and the Bananas Dispute. In: *Conference on Developing Countries and the Trade Negotiation Process*. Genebra: UNCTAD, 2003.
- SPADANO, Lucas Eduardo Freitas do Amaral. *Cross-agreement Retaliation in the WTO Dispute Settlement System: an Important Enforcement Mechanism for Developing Countries?* Londres: London School of Economics, Law Department, dissertação de mestrado, 2005.
- STEGEMANN, Klaus. *The integration of intellectual property rights into the WTO system*. Oxford: Blackwell Publishers Ltd, 2000.
- SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL, Jayashree. Can TRIPS serve as an enforcement device for developing countries in the WTO?. In: *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2000.
- VIANA, José Marcos Nogueira. *Negociações sobre Patentes Farmacêuticas entre o Brasil e os Estados Unidos da América no Âmbito da Organização Mundial do Comércio*. Brasília: MRE, Instituto Rio Branco, L Curso de Altos Estudos, 2006.
- VRANES, Erich. Cross Retaliation under GATS and TRIPS — An Optimal Enforcement Device for Developing Countries? In: *The Banana Dispute: An Economic and Legal Analysis*. Viena: Springer, 2003.

WILSON, Bruce. Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date. In: *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n° 2, maio de 2007. Reino Unido: Oxford University Press, 2007

BRASIL. *Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. .Diário Oficial da União no 93, de 15 de maio de 1996.

BRASIL. *Lei no 10.196, de 14 de fevereiro de 2001*. Acresce inciso VII ao artigo 43 da Lei n° 9.279, de 14 de maio de 1996. .Diário Oficial da União de 16 de fevereiro de 2001.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de lei n° 5489/05*.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de lei n° 1893/07*.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Acordo Final da Rodada Uruguai. Textos que Compõem a Ata Final da Rodada Uruguai*. In: *Boletim de Diplomacia Econômica* n° 18. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 1994.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Contenciosos Encerrados ou Suspensos*. Disponível na página eletrônica da Coordenação-Geral de Contenciosos do MRE. <<http://www.mre.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2007.

OMC. *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*. Documento WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de novembro de 2001.

OMC. *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador - Constitution of the Panel*. Documento WT/DS27/82. Genebra: 18 de junho de 2007.

SOUTH CENTRE. *The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations*. Documento SC/TADP/TA/DS/1. Genebra: outubro de 2005.

---

## QUEM TEM MEDO DE ADC?

---

*Carolina Sausmikat Bruno de Vasconcelos*

*Advogada da União em atuação no Departamento de Controle Concentrado de Constitucionalidade da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.*

Sumário: Introdução; 1 Surgimento e evolução da Ação Declaratória de Constitucionalidade; 2 Análise das ações declaratórias de constitucionalidade já ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal; 3 Prováveis fatores inibidores do ajuizamento de ações declaratórias de ; 4 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Introdução. Propósito do título e do próprio artigo. Surgimento e evolução da Ação Declaratória de Constitucionalidade: Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Legitimidade para ajuizamento e ampliação do rol de legitimados através da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Regulamentação da Ação Declaratória de Constitucionalidade: Lei nº 9.868/1999. Críticas recorrentes à época da criação do instituto. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da ADC através do julgamento da ADC nº 1. Comparações com o Direito Português. Análise das ações declaratórias de constitucionalidade já ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal: autores, resultados, normas envolvidas. Prováveis fatores inibidores do ajuizamento de ações declaratórias de constitucionalidade. Limitação do rol de legitimados até o advento da EC nº 45/2004. Possibilidade de ajuizamento apenas em face de leis e atos normativos federais. Risco de declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Significativa cautela na utilização do instituto. Aspecto sociológico: limitação às liberdades individuais através de lei. Conclusões. Relevância da Ação Declaratória de Constitucionalidade para a preservação do ordenamento jurídico, bem como da certeza e da segurança jurídicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ação Ação Declaratória de Constitucionalidade. Surgimento. Evolução. Análise. Críticas.

**ABSTRACT:** Introduction. Purpose of the title and the article itself. Emergence and evolution of the Declaratory Action of Constitutionality: Constitutional Amendment number 3, 1993. Legitimacy for filing and expansion of the list of legitimized by Constitutional Amendment number 45, 2004. Regulating the Declaratory Action of Constitutionality: Law 9.868/1999. Reviews applicants at the time of the creation of the institute. Positioning of the Supreme Court for the constitutionality of the institute through the trial of the ADC 1. Comparisons with the Portuguese Law. Analysis of the declaratory actions of constitutionality prosecuted at the Supreme Court: authors, results, laws involved. Probable factors inhibiting prosecution of declaratory actions of constitutionality. Limitation of the list of legitimate until the advent of Constitutional Amendment number 45/2004. Possibility of prosecution only against federal laws and normative acts. Risk of declaration of unconstitutionality of the law or normative act. Significant caution in the use of the institute. Sociological aspect: limiting individual freedoms by law. Conclusions. Relevance of the Declaratory Action of Constitutionality to the preservation of law and of legal certainty and security.

**KEYWORDS:** Declaratory Action of Constitutionality. Appearance. Evolution. Analysis. Reviews.

## INTRODUÇÃO

Quem tem medo de ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade)? O nome do presente artigo, parafraseando o texto de Cassio Scarpinella Bueno (“Quem tem medo do prequestionamento?”), também se inspira na clássica história infantil “Os Três Porquinhos”, cuja versão animada, produzida pela Disney em 1933, contém a música que até hoje faz parte do repertório infantil: “*quem tem medo do lobo mau, do lobo mau...*”

Esse título foi escolhido por dar uma boa idéia de seu propósito, além de chamar a atenção para o objeto do trabalho de uma forma diferente, inusitada e direta. Por que, quinze anos após o seu advento, apenas vinte ações declaratórias de constitucionalidade foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal? A ADC parece ser o “lobo mau” do direito brasileiro, temida e evitada por seus operadores.

A indagação adquire ainda maior relevância diante da constatação de que, com apenas cinco anos a mais de existência no ordenamento jurídico pátrio, já existem mais de quatro mil ações diretas de inconstitucionalidade.

Através deste artigo, buscar-se-á, portanto, investigar os fatores que podem inibir a propositura de tal ação. Para tanto, inicialmente, será traçado um breve panorama do surgimento e da evolução da ação declaratória de constitucionalidade no Brasil, mostrando-se inclusive a polêmica instituída em torno de seu advento – e a sua pacificação através do posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Nesse ponto, será feita uma breve comparação com o sistema de fiscalização de constitucionalidade do direito português. Após, serão analisados certos aspectos de cada uma das vinte ADC até então propostas, a fim de que se possa extrair dados capazes de demonstrar alguns daqueles fatores inibidores. Por fim, procurar-se-á elencar essas circunstâncias que tornaram a ação declaratória de constitucionalidade um mecanismo tão subutilizado.

Espera-se, portanto, que tal análise sirva para a reflexão acerca de um instituto de grande relevância para a preservação do ordenamento jurídico, mas, por outro lado, de tão pouca utilização.

## 1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida<sup>1</sup> na ordem constitucional brasileira através da Emenda Constitucional nº 3,

<sup>1</sup> Cumpre destacar que a doutrina pátria costuma considerar que, na verdade, a ação declaratória de constitucionalidade não foi uma novidade. De fato, anteriormente já havia a chamada *representação de inconstitucionalidade*, adotada na Emenda Constitucional nº 16/1965, de exclusiva iniciativa do

de 1993. Referida emenda alterou a redação original do artigo 102 da Carta Magna, passando a prever a competência do Supremo Tribunal Federal para processá-la e julgá-la. Também determinou que as decisões definitivas de mérito, nesses feitos, teriam eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo<sup>2</sup>.

Outrossim, a mesma emenda introduziu o § 4º ao artigo 103, em que se definiu a legitimidade para o ajuizamento da ADC. À época, os legitimados eram tão-somente o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República.

A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, alterou significativamente o rol de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade, igualando-o ao que já era previsto para a propositura de ADI. Também se passou a admitir, portanto,

o ajuizamento de ADC por Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, por Governador de Estado ou do Distrito Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por partido político com representação no Congresso Nacional e, finalmente, por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

No plano infraconstitucional, importa dizer que a Lei nº 9.868/1999 regulamentou o procedimento da ação declaratória de constitucionalidade, o que foi bastante positivo, eis que trouxe maior segurança e legitimidade para o próprio controle abstrato de constitucionalidade.

É de se destacar que, por ocasião de seu surgimento, a ação declaratória de constitucionalidade foi um instituto que gerou muita

---

Procurador-Geral da República. Consoante registra Gilmar Ferreira Mendes, o chefe do Ministério Público Federal não estava adstrito a ingressar com tal representação apenas se pretendesse ver declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, pois era possível não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela fizesse parte, figurar entre os que defendessem a validade da lei ou do ato. Ou seja, a representação de inconstitucionalidade possuía *conteúdo duplice*. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

2 A esse respeito, vale registrar que a EC nº 3 havia incluído o § 2º ao artigo 102 da CF/88 com a seguinte redação: “Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”, nada dizendo a respeito das ações diretas de inconstitucionalidade. Tal omissão foi sanada com a promulgação da EC nº 45, de 2004, que alterou o texto do parágrafo sob exame para prever que “Art. 102 [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

controvérsia doutrinária; não foram poucos os autores a se insurgirem contra ele, por considerarem-no inconstitucional.<sup>3</sup>

Na verdade, nas palavras de Christine Oliveira Peter da Silva,

[...] toda a controvérsia agitada em torno da ação declaratória de constitucionalidade residia na incerteza e insegurança que esse novo instrumento do processo de controle de constitucionalidade gerava na comunidade jurídica, principalmente pela falta de intimidade daqueles que militavam exclusivamente, até o final da década de 80, no processo civil comum, e teve, a partir da década de 90, de encarar uma nova lógica processual: a jurisdição constitucional e o novo processo constitucional, que se inaugurou com muita força e especificidade, a partir de 1988, principalmente pela previsão expressa de novos institutos processuais na Constituição de 1988.<sup>4</sup>

As críticas mais recorrentes, à época, eram no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade não se coadunaria com o princípio do devido processo legal (aí incluídos a ampla defesa e o contraditório) e que ela ofenderia o princípio da separação dos Poderes, eis que o Judiciário atuaria como legislador positivo, usurpando função típica do Poder Legislativo.

Também se falou muito que esse seria um instrumento que impediria a evolução do direito, pois tal evolução não prescinde da jurisprudência, e esta apenas pode se consolidar diante de reiterados pronunciamentos em diversos órgãos e graus de jurisdição.

Outrossim, afirmava-se que a ação declaratória de constitucionalidade seria antidemocrática, pois a intenção do constituinte derivado teria sido criar um mecanismo de atuação estatal – instrumento processual colocado à disposição do poder público para assegurar a manutenção de regras por ele estabelecidas – e não uma garantia processual em benefício da sociedade. José Afonso da Silva, por exemplo, assevera que a ação declaratória de constitucionalidade “terá como pressuposto fático a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, contrárias à posição governamental.”<sup>5</sup> Embora o referido autor não se posicione, *a priori*, contra a ADC, deixa

3 Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.) e MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

4 SILVA, Christine Oliveira Peter. Ação declaratória de constitucionalidade: novas perspectivas para o século XXI. p. 471. In FÉRES, Marcelo Andrade (coord.) e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 471-502.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 56.

transparecer que entende que tal instituto serviria apenas para que o governo possa fazer prevalecer o seu interesse.

Todavia, mesmo em face de tanta resistência, sempre houve aqueles que defenderam a constitucionalidade da ADC, por se entender que seria essencial

[...] um instrumento da jurisdição constitucional que pudesse dar ao órgão de cúpula do Poder Judiciário o poder de se manifestar de forma definitiva sobre questão controvertida que estivesse sendo objeto de decisões judiciais divergentes na primeira e segunda instâncias.<sup>6</sup>

E a verdade é que, de fato, o objetivo da ação declaratória de constitucionalidade consiste na busca por uma definição rápida para questões jurídico-constitucionais controvertidas. A idéia era evitar que situações de incerteza e insegurança jurídicas perdurassem indefinidamente, através de um provimento judicial definitivo proveniente da Suprema Corte. Ou seja, em vez de se esperar que várias demandas ajuizadas nas instâncias ordinárias alcançassem o STF, este, mediante provocação de um dos entes legitimados, em face da existência de controvérsia judicial, poderia definir desde logo a interpretação constitucional a ser dada ao caso, evitando que tal controvérsia se prolongue muito no tempo. Conforme assevera Luís Roberto Barroso,

A finalidade da medida é muito clara, afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria. É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que textos normativos se sujeitam a interpretações diversas e contrastantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria, impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia.<sup>7</sup>

O Supremo Tribunal Federal pacificou todos esses questionamentos ao julgar a questão de ordem na ADC nº 1. Por maioria de votos, o Tribunal declarou a constitucionalidade dos dispositivos constitucionais que tratavam da ADC, vencido o Ministro Marco Aurélio. Na ocasião,

6 SILVA, Christine Oliveira Peter. *Op. cit.*, p. 473.

7 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 218.

firmou-se que o então novel instituto não violava o princípio do devido processo legal ou qualquer de seus corolários, bem como não contrariava o princípio da separação dos Poderes. Vale transcrever alguns trechos do extenso voto condutor da mencionada questão de ordem, proferido pelo Ministro Moreira Alves, inclusive na parte em que se transcreve a justificativa da proposta de alteração constitucional:

[...] Não obstante a expansão dada ao controle concentrado de constitucionalidade pela Constituição de 1988, que se destina a, de modo direto e rápido, defender a Carta Magna declarando a nulidade dos atos normativos a ela infringentes, ou a assegurar a segurança jurídica declarando a constitucionalidade dos atos normativos impugnados, agravou-se no sistema jurídico nacional o problema que deu origem à ação declaratória de constitucionalidade e que foi assim equacionado na justificativa da proposta de que, com modificações, resultou a Emenda Constitucional nº 3, de 1993:

‘Um dos aspectos que mais têm preocupado o país, pelo prisma da nova ordem constitucional, é a valorização dos juizados de 1ª instância – *louvável conquista da cidadania* – sem a contrapartida de um instrumento processual de uniformização célere, omissão incompreensível do constituinte na conformação do controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

A força outorgada aos juízes de 1ª instância, sem um instrumental adequado de ação para os Tribunais Superiores, subverte a hierarquia necessária – e mais do que isto – a tranqüilidade para a preservação da ordem jurídica, pois qualquer questão constitucional da maior relevância pode ser decidida de forma satisfativa, desde que o Tribunal imediatamente superior não suspenda a eficácia de decisões que garantam benefícios ou direitos.

Podendo um juiz de 1ª instância, na hipótese aventada, ofertar satisfação definitiva do direito pleiteado e não podendo um Ministro de Tribunal Superior agir se não [*sic*] quando, na tramitação procedimental, as questões forem-lhe submetidas, não é desavisado dizer que hoje um juiz de 1ª instância, mormente na Justiça Federal, em determinadas circunstâncias, é mais forte que um Ministro do S.T.J. ou do S.T.F. que só pode julgar os grandes temas, em ações diretas de inconstitucionalidade, ou nos *processos em grau de recurso*. Por outro lado, a advocatória objeto de emenda do Governo, está marcada pelo estigma do regime totalitário e é utilizada para

suspender ‘decisões jurídicas’, à luz de ‘argumentos políticos’, como os de grave lesão à ordem pública, econômica ou financeira.

Entre as vantagens do presente projeto sobre aquele que pretende reintroduzir a advocatária, militam:

- a) a competência do S.T.F. será originária e não decorrencial;
- b) os motivos para sua proposição serão ‘jurídicos’ e não meramente ‘políticos’;
- c) não haverá interferência direta nas decisões de 1ª instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada.’

[...]

Ora, se a própria Constituição Federal admitiu a convivência do controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos com o controle concentrado de constitucionalidade deles, não há que se pretender que a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, com a instituição de novo instrumento que visa a aperfeiçoar esse controle concentrado, haja, praticamente, destruído o controle difuso. [...]

Mesmo nos países em que só se admite o controle concentrado de constitucionalidade exercido por Corte Constitucional, nunca se sustentou que, com ele, se retirou a independência da magistratura. Essa crítica – que não decorreria da criação da ação declaratória de constitucionalidade, mas poderia ser feita quanto à ação direta de constitucionalidade – é tanto mais improcedente quanto é certo que, no Brasil, o órgão que exercita esse controle concentrado, em face da Constituição Federal, é, por força dela mesma, o Supremo Tribunal Federal, que não apenas integra o Poder Judiciário, mas se encontra no ápice de sua hierarquia.

De qualquer sorte, ainda que fossem procedentes – e não o são – essas críticas no sentido de que a ação declaratória de constitucionalidade como que destruiria

o controle difuso e ofenderia a independência dos juízes por não poderem dele utilizar-se, não teriam elas o condão de servir de fundamento para a pretendida inconstitucionalidade dos dispositivos

da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que criaram essa ação. Emenda Constitucional, quando é observado o processo legislativo para sua edição e ele ocorre sem que se lhe possa opor qualquer restrição temporal, como sucede com a Emenda em causa, só pode ter sua constitucionalidade atacada por ofensa às cláusulas pétreas a que alude o § 4º do artigo 60 da Constituição Federal. Por isso, os ataques que têm sido feitos à sua constitucionalidade, no tocante à criação dessa ação, se centralizam na alegação de ofensa às cláusulas pétreas previstas nos incisos III (a separação dos Poderes) e IV (os direitos e garantias individuais, que, no caso, seriam os relativos ao acesso ao Judiciário, ao devido processo legal, ao princípio do contraditório, e à ampla defesa).

A improcedência desses ataques com relação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias individuais é evidente em face de os instrumentos pelos quais se realiza o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos – e a ação declaratória de constitucionalidade é um deles – terem a natureza de processos objetivos que visam ao interesse genérico de defesa da Constituição em seu sentido mais amplo, e aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processo *inter partes*) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos.

Num processo objetivo, que se caracteriza por ser um processo sem partes contrapostas, não tem sentido pretender-se que devam ser asseguradas as garantias individuais do princípio do contraditório e da ampla defesa, que pressupõem a contraposição concreta de partes cujo conflito de interesses se visa a dirimir com a prestação jurisdicional do Estado. [...]

Ademais, se o acesso ao Judiciário sofresse qualquer arranhão por se afastar, nos casos concretos, a possibilidade de se utilizar do controle difuso de constitucionalidade para se argüir a inconstitucionalidade, ou não, de um ato normativo já objeto de decisão de mérito extensível a todos, por qualquer dos instrumentos do controle concentrado em abstrato, esse arranhão decorreria da adoção do próprio controle concentrado, a qual se fez pelo Poder Constituinte originário, em ao exclusivamente da instituição de um de seus instrumentos como o é a ação declaratória de constitucionalidade. Aliás, o mesmo arranhão ocorreria – e aqui com a participação de outro Poder que não o Judiciário – em decorrência da suspensão, pelo Senado, da execução

de um ato normativo declarado inconstitucional por esta Corte no exercício do controle difuso. O que há, em ambos os casos, são atos preponderantemente políticos que, por visarem abstratamente à preservação da ordem constitucional e à segurança jurídica dela resultante, transcendem do âmbito dos interesses individuais que é protegido pela garantia do acesso ao Judiciário, para que este aprecie lesão ou ameaça a direito subjetivo.

Por outro lado, qualquer que seja o sentido que se dê ao princípio constitucional do *due process of law*, não é ele violado pela ação declaratória de constitucionalidade. [...] Trata-se, pois, de garantia individual que não é afastada por instrumento de controle concentrado em abstrato que visa a aferir se a presunção de constitucionalidade de um ato normativo procede em decorrência do confronto dele com a Constituição Federal. E controle feito pelo Supremo Tribunal Federal, que, expressamente, é o guardião dessa Constituição.

Por fim, é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que pré-exista controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a esta Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes.<sup>8</sup>

8 Dados extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADC\\$.SCLA.%20E%201.NUM E.\)%20OU%20\(ADC.ACMS.%20ADJ2%201.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADC$.SCLA.%20E%201.NUM E.)%20OU%20(ADC.ACMS.%20ADJ2%201.ACMS.)&base=baseAcordaos)>

Cabe, por fim, fazer uma breve referência ao direito português, a fim de comparar, nessa parte, os sistemas de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro e lusitano.

A esse respeito, pode-se afirmar, de logo, que o ordenamento jurídico de Portugal não prevê uma ação que tenha o mesmo objetivo da declaratória de constitucionalidade brasileira. Segundo Jorge Miranda, eis o esquema de fiscalização das normas pelo Tribunal Constitucional:

I – Às quatro modalidades de fiscalização da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional correspondem formas de processo adequadas:

a) Processos de fiscalização concreta (arts. 207.º e 280.º da Constituição e arts. 69.º e segs. da lei orgânica);

b) Processos de fiscalização abstracta da inconstitucionalidade por acção, com duas espécies:

-fiscalização preventiva (arts. 278.º e 279.º da Constituição e arts. 57.º e segs. da lei orgânica do Tribunal Constitucional);

-fiscalização sucessiva (art. 281.º da Constituição e arts. 62.º e segs. da lei orgânica).

c) Processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º da Constituição e arts. 67.º e 68.º da lei orgânica).<sup>9</sup>

Vê-se, portanto, que o sistema de controle de constitucionalidade português possui semelhanças com o brasileiro. Todavia, repita-se, não há qualquer instrumento para que se postule a declaração da conformidade de determinada norma com a Lei Maior daquele país. Também não se pode afirmar que a ação direta portuguesa possua força dúplice, o que, como visto, ocorre no Brasil. É o que se depreende das palavras de J. J. Gomes Canotilho, ao apontar que a Constituição portuguesa não contém nenhum preceito sobre os efeitos das sentenças de rejeição da inconstitucionalidade. Diante disso, deduz o seguinte:

Do articulado constitucional não se deduzem elementos suficientes para a configuração, como *caso julgado*, da sentença de rejeição. Não

9 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. 2, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 433.

há, pois, que equiparar as decisões do Tribunal Constitucional que declarem a inconstitucionalidade de uma norma com as decisões que a não declaram. Estas não têm, por conseguinte, *efeito preclusivo*, pois não impedem que o mesmo ou outro requerente venha de novo a solicitar ao TC a apreciação da constitucionalidade da norma anteriormente não declarada inconstitucional. A solução é, de resto, a única defensável quando se coloca o problema em termos jurídico-constitucionais e jurídico-dogmáticos. Desde logo, enquanto a *declaração* de inconstitucionalidade determina a nulidade *ipso jure*, eliminando a possibilidade de recursos por via incidental, a *não declaração* carece de quaisquer efeitos purgativos, sendo admissível a *repropositura* de uma acção directa (fiscalização abstracta) por outras entidades, constitucionalmente legitimadas, e a interposição de recursos em via incidental. Por outro lado, a fiscalização abstracta de normas não tem qualquer carácter contraditório nem supõe um ‘feito concreto’ submetido a julgamento, motivo pelo qual não se pode falar, em rigor, de *força de caso julgado* da decisão de não declaração; mesmo no caso de declaração de inconstitucionalidade, a questão não pode ser novamente apreciada sobretudo pelo facto de as normas deixarem de vigorar (cfr. Ac. TC 85/85, in *Acórdãos*, vol. V). A decisão de não declaração constitui, deste modo, uma *interpretação da norma conforme a constituição*, o que não impede vir o tribunal, em momentos posteriores, por via de controlo abstracto ou através de recursos por incidente, defender outra interpretação da norma em debate. Se uma decisão de não declaração de inconstitucionalidade tivesse força de caso julgado, significaria isso que se estava a consagrar, entre nós, a regra do *stare decisis* ou da *vinculação a precedentes judiciais*, regra esta estranha ao nosso direito e só admissível quando estabelecida através de processos constitucionalmente reconhecidos (cfr. art. 281.º/2).

Atendendo à natureza objectiva do controlo abstracto, poderá colocar-se a questão de saber se as sentenças de rejeição, enquanto subsistirem, não terão força obrigatória para todas as autoridades públicas não judiciais e para entidades privadas. É discutível este efeito e mais discutível é atribuir-se-lhes um valor de precedente em relação a futuras decisões judiciais.<sup>10</sup>

Nesse contexto, passa-se a analisar as ações declaratórias de constitucionalidade até então propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1022-1023.

## 2 ANÁLISE DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE JÁ AJUIZADAS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Como visto, desde a sua criação, foram ajuizadas apenas vinte ações declaratórias de constitucionalidade. Para que se possa investigar eventuais fatores que inibam o uso do referido instituto, é interessante observar certos aspectos de cada uma das ações declaratórias até então propostas.<sup>11</sup>

Primeiramente, cumpre observar *quem* ajuíza as ações declaratórias de constitucionalidade. Ressaltem-se os seguintes pontos:

- (a) das vinte ADCs existentes, dez foram ajuizadas antes da ampliação do rol de legitimados proporcionada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e as outras dez, após o advento de tal reforma constitucional.
- (a.1) das dez ações propostas antes da EC nº 45, quatro (ADC nº 1 ADC nº 4, ADC nº 8 e ADC nº 9) foram movidas pelo Presidente da República (dessas, duas foram em litisconsórcio com as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados); duas, pelo Procurador-Geral da República (ADC nº 3 e ADC nº 5), e as outras quatro foram propostas por pessoas sem legitimidade ativa para tanto.<sup>12</sup>
- (a.2) das outras dez, propostas já após a ampliação do rol de legitimados, três foram apresentadas pelo Presidente da República (ADC nº 18, ADC nº 19 e ADC nº 20); três, por Governadores (ADC nº 11, ADC nº 16 e ADC nº 17), e quatro, por associações (ADC nº 12, ADC nº 13, ADC nº 14 e ADC nº 15).

Diante de tais dados, pode-se extrair que o Presidente da República é quem possui uma atuação mais significativa, tendo proposto sete das vinte ações declaratórias.

Vê-se também que a ampliação do rol de legitimados foi eficaz, já que quase metade das ações ajuizadas após tal mudança teve como autores associações, amparadas pelo previsto no artigo 103, IX, da Lei

11 Todos os dados e transcrições de votos, ementas e acórdãos constantes deste tópico foram extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Já as transcrições de textos legais foram extraídas do *sítio* da Presidência da República. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao>>.

12 ADC nº 2: Associação Brasileira da Indústria de Embalagens Plásticas Flexíveis; ADC nº 6: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e outros; ADC nº 7: Câmara Municipal de Chorozinho e outro; ADC nº 10: Dinete Lessa. A todas essas ações declaratórias já foi negado seguimento, em face da ausência de legitimidade ativa.

Maior<sup>13</sup>. Os Governadores de Estado e do Distrito Federal também já fizeram uso de sua nova prerrogativa, sendo responsáveis por 30% das ADCs movidas após a Emenda Constitucional nº 45.

Por outro lado, o chefe do Ministério Público Federal, que é deveras atuante na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade (quase 22% das ADIs ajuizadas até julho de 2008 foram de sua iniciativa. Apenas o percentual de ações diretas apresentadas por *todos* os Governadores de Estado ou do Distrito Federal ultrapassam esse índice: 25,4% ), apresentou apenas 10% das ações declaratórias existentes.

Outro aspecto cuja análise é de interesse para o presente estudo é o *resultado* das ações declaratórias já ajuizadas:

- (b) onze ações já tiveram julgamento definitivo: três foram julgadas procedentes (ADC nº 3, ADC nº 5 e ADC nº 9), uma foi julgada procedente em parte (ADC nº 1), sete não foram conhecidas (ADC nº 2, ADC nº 6, ADC nº 7, ADC nº 8, ADC nº 10, ADC nº 13 e ADC nº 15) e nenhuma foi julgada improcedente.
- (b.1) das sete que não foram julgadas no mérito, cinco tiveram por fundamento a ilegitimidade *ad causam* (ADC nº 2, ADC nº 6, ADC nº 7, ADC nº 10 e ADC nº 13), uma restou prejudicada pela perda superveniente do objeto (ADC nº 8) e, no caso da ADC nº 15, a relatora entendeu que a via processual eleita não era adequada.
- (c) sete ações declaratórias ainda não julgadas definitivamente tiveram o pedido de liminar apreciado:
  - (c.1) quatro tiveram a liminar deferida (ADC nº 11, ADC nº 12, ADC nº 18 e ADC nº 4, que foi deferida em parte);
  - (c.2) as outras três tiveram a liminar indeferida (ADC nº 16, ADC nº 19 e ADC nº 20).
- (d) Finalmente, duas ações declaratórias de constitucionalidade estão em andamento sem qualquer decisão: são a ADC nº 14, proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG, e a ADC nº 17, cujo requerente é o Governador do Mato Grosso do Sul.

13 Ressalte-se, todavia, que uma das ações (ADC nº 13) teve seu seguimento negado, pois a requerente (Associação Brasileira das Empresas de Trading – ABECE), embora devidamente intimada, deixou de comprovar as circunstâncias que demonstrariam a sua legitimidade para figurar como parte na ação. Dados extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>>

14 Dados extraídos do *site* do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adiLegitimado>>

Diante do exposto, é possível fazer um cruzamento entre os dados referentes ao ente que propôs as ações declaratórias e os resultados obtidos perante o Supremo Tribunal Federal:

- (e) dentre as ADCs julgadas procedentes, duas são de autoria do Procurador-Geral da República (ADC nº 3 e ADC nº 5) e uma, do Presidente da República (ADC nº 9);
- (f) a ADC julgada procedente em parte foi ajuizada pelo Presidente da República em conjunto com a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados (ADC nº 1);
- (g) das quatro ações declaratórias que tiveram o pedido de liminar deferido, duas (ADC nº 4 e ADC nº 18) foram movidas pelo Presidente da República, uma (ADC nº 11), pelo Governador do Distrito Federal e uma (ADC nº 12), pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB;
- (h) por fim, das três cuja liminar fora indeferida, uma foi ajuizada pelo Governador do Distrito Federal (ADC nº 16) e duas (ADC nº 19 e ADC nº 20), pelo Presidente da República.

Um aspecto interessante a ser ressaltado é que são os chefes do Poder Executivo, tanto federal quanto estadual, os mais atuantes no que diz respeito à ação declaratória de constitucionalidade: somando-se as apresentadas pelo Presidente da República e aquelas propostas por Governador de Estado ou do Distrito Federal, justamente a metade do total até então ajuizado partiu da iniciativa das referidas autoridades.

Em segundo lugar, vêm as associações: foram seis ações no total, embora duas tenham sido ajuizadas anteriormente à Emenda Constitucional nº 45.

Para finalizar essa análise, é interessante registrar as normas que se busca declarar a constitucionalidade em sede de controle abstrato em cada uma das ADCs:

**ADC nº 1:** artigos 1º, 2º, 9º (em parte), 10 e 13 (em parte), todos da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Referida norma instituiu a contribuição para financiamento da Seguridade Social – COFINS e elevou a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras. Esta ação foi conhecida em parte, e, na parte conhecida, foi julgada procedente. Na oportunidade, fixou-se que

[...] a delimitação do objeto da ação declaratória de constitucionalidade não se adstringe aos limites do objeto fixado pelo autor, mas estes estão sujeitos aos lindes da controvérsia judicial que o autor tem que demonstrar.

Ou seja, é obrigatório demonstrar a existência de controvérsia judicial em relação a todos os dispositivos constitucionais que se pretende ver a constitucionalidade declarada através da ADC.

**ADC nº 2:** artigo 4º, e parágrafos, do Decreto-lei n 2.318, de 30 de dezembro de 1986. Tal decreto trata sobre fontes de custeio da Previdência Social e sobre a admissão de menores nas empresas. Os dispositivos objeto dessa ação declaratória de constitucionalidade dispõem justamente sobre a admissão pelas empresas de menores entre doze e dezoito anos de idade que freqüentem escola, como assistidos, sem vinculação com a previdência social.

Essa ADC, como visto, não foi apreciada no mérito, diante da ilegitimidade da parte autora.

**ADC nº 3:** artigo 15 da Lei n 9.424, de 24 de dezembro de 1996. Tal norma dispõe sobre o salário-educação. Essa ação declaratória foi julgada procedente, afastando-se tanto as alegações de inconstitucionalidade formal quanto material.

**ADC nº 4:** artigo 1º da Lei n 9.494, de 10 de setembro de 1997, que disciplina a tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Essa ADC ainda não foi julgada no mérito, mas teve o pedido de liminar deferido em parte. Da ementa do julgado, extrai-se o seguinte:

[...] Há plausibilidade jurídica na argüição de constitucionalidade, constante da inicial ('fumus boni iuris'). Precedente: ADIMC -1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do 'periculum in mora', em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, 'ex nunc', e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente 'ex nunc', os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.

**ADC nº 5:** artigos 1º, 3º e 5º da Lei n 9.534, de 10 de dezembro de 1997, conferindo nova redação ao art. 30 da Lei n 6.015/1973 (que dispõe sobre os registros públicos) e aos artigos 30 e 45 da Lei

n<sup>o</sup> 8.935/94 (que dispõe sobre serviços notariais e de registro), bem como acrescentando inciso ao art. 1<sup>o</sup> da Lei n 9.265/96 (que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania). Essa ação declaratória de constitucionalidade foi julgada procedente, registrando-se que a atividade de titulares das serventias de notas e registros, embora seja análoga à atividade empresarial, se sujeita a um regime de direito público; decidiu-se também que não ofende o princípio da proporcionalidade lei que isenta os reconhecidamente pobres do pagamento de emolumentos devidos pela expedição de registro civil e de óbito, assim como a primeira certidão respectiva.

**ADC n<sup>o</sup> 6:** artigo 578 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata das contribuições sindicais. Essa ação declaratória de constitucionalidade também não foi apreciada no mérito, em face da ilegitimidade *ad causam* da Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB.

**ADC n<sup>o</sup> 7:** artigo 31 da Lei Orgânica do Município de Chorozinho, no Estado do Ceará, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n 1, de 30 de outubro de 1998. Tal dispositivo afirma que o mandato dos membros da Mesa Diretora será de dois anos, prevendo uma única reeleição para o mesmo cargo, para o período subsequente. Essa ADC não foi conhecida, tendo em vista a ilegitimidade dos requerentes.

**ADC n<sup>o</sup> 8:** artigos 1<sup>o</sup> e 2<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 9.783, de 28 de janeiro de 1999, a qual dispõe sobre a contribuição para o custeio da previdência social dos servidores públicos, ativos e inativos, e dos pensionistas dos três Poderes da União. A liminar postulada havia sido deferida, mas o mérito acabou não sendo apreciado tendo em vista a revogação do objeto de questionamento da ADC, o que ocasionou a sua prejudicialidade.

**ADC n<sup>o</sup> 9:** artigos 14 a 18 da Medida Provisória n 2.152-2, de 1<sup>o</sup> de junho de 2001, e posteriores reedições. Referida MP estabelecia diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica (“apagão”). Essa ação foi julgada procedente, conforme se vê da respectiva ementa:

ACÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA n<sup>o</sup> 2.152-2, DE 1<sup>o</sup> DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas

adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.

**ADC nº 10:** artigo 2.038, § 1º, do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Mencionado dispositivo dispõe o seguinte:  
Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil)

Art. 2.038. [...] ]

§ 1º Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil anterior, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, e leis posteriores.

Essa ação declaratória de constitucionalidade foi ajuizada por uma pessoa física, evidentemente não detentora de legitimidade para instaurar o controle abstrato de constitucionalidade de normas. Destarte, foi-lhe negado trânsito.

**ADC nº 11:** artigo 1º-B da Lei nº 9.494, de 1997, alterado pela Medida Provisória nº 2.180/35, de 24 de agosto de 2001. A nova redação do dispositivo passou a prever o seguinte:

Lei nº 9.494, de 1997

Art. 1º-B. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5452, de 01 de maio de 1943, passa a ser de trinta dias.

Assim, o prazo para a Fazenda Pública opor embargos à execução, tanto na Justiça Comum quanto na Justiça do Trabalho, passou de cinco para trinta dias.

A ação declaratória ora em referência ainda não foi julgada definitivamente, mas teve a liminar deferida.

**ADC nº 12:** Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça. Esse diploma normativo disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências. O julgamento do mérito da ação declaratória sob exame foi recente (20 de agosto de 2008), tendo sido declarada a constitucionalidade da mencionada resolução. Inclusive, diante dessa decisão, foi editada pela Suprema Corte a Súmula Vinculante nº 13, a qual determina que

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

**ADC nº 13:** artigo 1º da Resolução nº 71, do Senado Federal, datada de 26 de dezembro de 2005. O dispositivo questionado, utilizando-se da prerrogativa constante do artigo 52, inciso X, da Carta Magna, suspendia a execução de expressão contida no Decreto-lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979. A matéria envolvida na controvérsia ora examinada era relativa ao crédito-prêmio do IPI.

Diante da existência de decisões definitivas de mérito prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema em sede de controle concreto de constitucionalidade, o Senado editou a referida resolução, a fim de suspender a norma que já havia sido declarada inconstitucional pela Suprema Corte.

Todavia, mesmo após o advento da resolução do Senado Federal, o Superior Tribunal de Justiça permaneceu proferindo decisões em sentido contrário, o que ensejou a interposição da ação declaratória de que ora se trata. No entanto, o Ministro relator, Joaquim Barbosa, negou-lhe seguimento, eis que a autora não comprovou, embora tenha sido intimada para tanto, que seria uma entidade de classe de âmbito nacional, demonstrando possuir membros ou associados em pelo menos um terço dos Estados da Federação. Conforme se destacou no decisório, “esse entendimento sob o prisma espacial já se encontra pacificado na Suprema Corte” desde o julgamento da questão de ordem na ADI n 108.

**ADC nº 14:** artigo 16 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, com a redação dada pela Lei n 10.506, de 10 de julho de 2002. O dispositivo trata do ingresso na atividade notarial e de registro, dispondo o seguinte:

Lei nº 8.935, de 1994

Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses.

Ainda não foi proferida qualquer decisão nesta ação declaratória de constitucionalidade.

**ADC nº 15:** conforme consta no decisório proferido pela relatora, Ministra Cármen Lúcia, o pedido formulado na petição inicial foi no sentido de que a Suprema Corte adotasse

[...] posicionamento jurídico a respeito de ser ou não constitucional a promoção/ascensão funcional dentro da Carreira Policial Federal, onde as classes de agente, escrivão, papiloscopistas e peritos possam progredir para a classe de Delegado de Polícia Federal, existindo no órgão carreira única, conforme diz a Constituição Federal em seu artigo 144.

A relatora entendeu que a via eleita seria inadequada, pois não foi cumprida a exigência de comprovação de controvérsia judicial, o que acarreta a inépcia da petição inicial, e, outrossim, o desiderato da ação não seria o controle abstrato de normas, mas sim a obtenção de

provimento jurisdicional relativo a interesses subjetivos específicos. Afirmou a relatora, por fim, que:

Dentre as competências constitucionais do Supremo Tribunal Federal, elencadas, basicamente, nos arts. 102 e 103 da Constituição da República não está a de adotar 'posicionamento jurídico' a respeito das condições funcionais de quaisquer servidores ou carreiras, por mais dignos e respeitadas sejam elas. Qualquer debate judicial que se pretende quanto a esses interesses/direitos haverá de se dar pelo processo adequadamente previsto na legislação à qual haverá de se ater o interessado.

**ADC nº 16:** art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitações), com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. Eis a redação do dispositivo cuja constitucionalidade se pretende ver declarada:

Lei nº 8.666, de 1993

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

A liminar postulada foi indeferida pelo relator, Ministro Cezar Peluso, sob o fundamento de que a causa de pedir seria muito complexa para que se constatasse a verossimilhança necessária à concessão da tutela de urgência. O julgamento do mérito ainda se encontra pendente.

**ADC nº 17:** artigos 24, inciso II, 31 e 32 caput, da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Ainda não foi proferida nenhuma decisão neste feito.

**ADC nº 18:** artigo 3º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Observe-se a redação do dispositivo:

Lei nº 9.718, de 1998

Art. 3º O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

[...]

§ 2º Para fins de determinação da base de cálculo das contribuições a que se refere o art. 2º, excluem-se da receita bruta:

I -as vendas canceladas, os descontos incondicionais concedidos, o Imposto sobre Produtos Industrializados -IPI e o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação -ICMS, quando cobrado pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário; [...]

O Plenário do Supremo Tribunal Federal recentemente (13 de agosto de 2008) deferiu a liminar pleiteada na ação declaratória em referência.

**ADC nº 19:** artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). A liminar pretendida foi negada pelo Ministro relator, Marco Aurélio, nos seguintes termos:

[...] Pois bem, nem a emenda introdutora da nova ação, nem as que lhe seguiram viabilizaram a concessão de liminar, ao contrário do que previsto constitucionalmente quanto à ação direta. O motivo de haver a distinção é simples, confirmando-se, mais uma vez, a adequação do princípio da causalidade, a revelar que tudo tem uma origem, uma razão. A previsão de implementar-se medida acauteladora no tocante à ação direta de inconstitucionalidade tem como base a necessidade de afastar-se de imediato a agressão da lei ao texto constitucional. A recíproca é de todo imprópria. Diploma legal prescinde do endosso do Judiciário para surtir efeitos. Por isso, não é dado cogitar, considerada a ordem natural dos institutos e sob o ângulo estritamente constitucional, de liminar na ação declaratória de constitucionalidade. Mas a Lei nº 9.868/99 a prevê, estabelecendo o artigo 21 que o 'Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo'. O parágrafo único do citado artigo dispõe sobre a publicidade da providência, impondo prazo para haver o julgamento final sob pena de, transcorridos cento e oitenta dias, a decisão perder a eficácia. O preceito lembra a avocatória e surge como de constitucionalidade duvidosa no que encerra, em última análise, o

afastamento do acesso ao Judiciário na plenitude maior bem como do princípio do juiz natural.

O pleito formulado, porém, extravasa até mesmo o que previsto nesse artigo. Requer-se que, de forma precária e efêmera, sejam suspensos atos que, direta ou indiretamente, neguem vigência à citada Lei. O passo é demasiadamente largo, não se coadunando com os ares democráticos que nortearam o Constituinte de 1988 e que presidem a vida gregária. A paralisação dos processos e o afastamento de pronunciamentos judiciais, sem ao menos aludir-se à exclusão daqueles cobertos pela preclusão maior, mostram-se extravagantes considerada a ordem jurídico-constitucional. As portas do Judiciário não de estar abertas, sempre e sempre, aos cidadãos, pouco importando o gênero. O Judiciário, presente o princípio do juiz natural, deve atuar com absoluta espontaneidade, somente se dando a vinculação ao Direito posto, ao Direito subordinante. Fora isso, inaugurar-se-á era de treva, concentrando-se o que a Carta Federal quer difuso, com menosprezo à organicidade do próprio Direito.

Repito, mais uma vez, eventual aplicação distorcida da Lei evocada pode ser corrigida ante o sistema recursal vigente e ainda mediante a impugnação autônoma que é a revelada por impetrações. Que atuem os órgãos investidos do ofício judicante segundo a organização judiciária em vigor, viabilizando-se o acesso em geral à jurisdição com os recursos pertinentes.

3. Indefiro a medida acauteladora pleiteada, devendo haver submissão deste ato ao Plenário, para referendo, quando da abertura do Ano Judiciário de 2008.

O mérito da ação ainda não foi apreciado.

**ADC nº 20:** artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, com a redação conferida pela Lei nº 9.849, de 26 de outubro de 1999.

Lei nº 8.745, de 1993

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

[...]

III -ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento de seu contrato

anterior, salvo na hipótese prevista no inciso I do art. 2º, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º.

O Ministro Gilmar Mendes, no exercício da vice-presidência da Suprema Corte, indeferiu a liminar postulada na inicial, por entender que não haveria situação de urgência capaz de impor a pronta apreciação do pedido cautelar durante o período das férias forenses. Também não há, ainda, decisão acerca do mérito da ação.

Eis, portanto, o panorama das ações declaratórias de constitucionalidade até então ajuizadas. Diante de tudo o que se expôs, o que parece mais chamar a atenção é, de fato, a pequena quantidade de feitos até então existentes, principalmente quando se compara com o número de ações diretas de inconstitucionalidade (como visto, mais de quatro mil).

Diante de todas essas informações, surge a indagação: por que há tão poucas ações declaratórias? Afinal, a despeito de todas as críticas feitas a esse instrumento de controle abstrato de constitucionalidade, não se pode negar que se trata de um mecanismo eficaz para a preservação do ordenamento jurídico e para a segurança jurídica. Vale dizer, ainda que se concordasse com a tese de que a ação declaratória de constitucionalidade seria um mero instrumento de controle governamental, a realidade mostra que o poder público também pouco se utiliza dessa prerrogativa.

Procurar-se-á, no próximo tópico, portanto, detectar possíveis causas que eventualmente restrinjam a sua propositura.

### **3 PROVÁVEIS FATORES INIBIDORES DO AJUIZAMENTO DE AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE**

De logo, uma circunstância que pode ser elencada como causa para o pequeno número de ações declaratórias até então propostas é o limitado rol de legitimados para a sua propositura até o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

Ou seja, durante onze dos quinze anos de existência do instituto, apenas eram possíveis autores o Presidente da República, o Procurador-Geral da República e as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados.

Como já mencionado, a ampliação do rol de legitimados foi bastante positiva, permitindo que mais entes possam fazer uso da ação declaratória de constitucionalidade. Inclusive, com a autorização para que o Conselho Federal da OAB, partidos políticos, entidades de classe e confederações sindicais, dentre outros, a própria aceitação social do

instrumento aumentou, já que a sociedade civil restou munida de mais entes com os quais poderia contar para ingressar com uma ação dessa natureza.

Mesmo assim, embora seja possível afirmar que houve um aumento no uso da ação declaratória de constitucionalidade após a alteração constitucional da EC nº 45, vê-se que foi um incremento incipiente: em quatro anos, apenas dez ADCs foram ajuizadas. É certo que, ao se observar que as dez primeiras ações declaratórias precisaram de quase o triplo desse tempo para serem ajuizadas (onze anos), percebe-se uma grande evolução; no entanto, isso não tem o condão de afastar a patente constatação de que dez ações ajuizadas em quatro anos é muito pouco. Não há como crer que não existiram mais controvérsias judiciais que suscitariam o controle de constitucionalidade pela via da ação declaratória.

Outro fator limitante é que, diferentemente das ações diretas de inconstitucionalidade, as ADCs só podem ser propostas em face de leis e atos normativos federais, enquanto se permite que as ADIs questionem também normas estaduais.

Com efeito, grande parte das ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam perante a Suprema Corte se insurgem contra leis e atos normativos provenientes dos Estados.

Inclusive, se fosse permitido o ajuizamento de ação declaratória de constitucionalidade para leis e atos normativos estaduais, é de se prever que os Governadores e as Mesas de Assembléias Legislativas ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal teriam maior âmbito de atuação.

Além de fatores jurídicos, como os acima elencados, é de se ponderar que há fatores políticos e estratégicos que interferem na propositura de uma ação declaratória de constitucionalidade.

É que aquele que pretende ajuizar uma ADC terá de efetuar o cálculo do risco de tal ação, pois, evidentemente, não há qualquer garantia de que o autor obterá uma decisão favorável. Daí, se há a declaração de inconstitucionalidade da norma no âmbito de uma ADC, essa decisão terá efeito *erga omnes*, por força do disposto no artigo 102, § 2º, da Constituição da República, bem como no artigo 28 da Lei nº 9.868/1999:

Constituição Federal de 1988

Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Lei nº 9.868/1999

Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Diante disso, imagina-se que se faz necessário avaliar o risco de se ingressar com a ação declaratória de constitucionalidade e acabar vendo a norma que se quer confirmar a presunção de conformidade com a ordem constitucional sendo declarada inconstitucional. Afinal, além do resultado desfavorável aos interesses envolvidos, não se pode negar que se trata de uma exposição indesejada.

Outro fator que talvez tenha interferido no uso da ação declaratória de constitucionalidade é justamente a polêmica que envolveu a sua criação. Como foi demonstrado no início deste trabalho, grande parte da doutrina se voltou contra o instituto, taxando-o de inconstitucional.

Não há como mensurar o impacto que isso pode ter causado em eventuais ajuizamentos de ADCs, mas é bem possível que a cautela na utilização de tal medida tenha sido redobrada, a fim de se evitar críticas negativas.

Ademais, observe-se que a primeira ação declaratória de constitucionalidade foi ajuizada somente cinco meses após a promulgação da emenda constitucional que a instituiu (EC nº 3, de 18 de março de 1993).

Apenas a título de comparação, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1 foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal em 6 de outubro de 1988, um dia depois da promulgação da Constituição da República.

Outra curiosidade: a segunda ação declaratória de constitucionalidade apenas foi proposta em 1997, mesmo a Suprema Corte já tendo se pronunciado acerca da constitucionalidade do instituto desde outubro de 1993, através do julgamento da questão de ordem suscitada na ADC nº 1.

Resta clara, portanto, a cautela que sempre houve na utilização da ação declaratória de constitucionalidade.

Há que se registrar também um aspecto de ordem, digamos, sociológica: tendo em vista que (i) a ação declaratória de constitucionalidade visa à preservação da norma, vale dizer, visa à sua manutenção no ordenamento jurídico, e que, (ii) geralmente, as leis e demais atos normativos se prestam a limitar a esfera de direitos

dos indivíduos, regulamentando a vida em sociedade, as pessoas – os sujeitos desses direitos eventualmente limitados pela edição de uma lei ou ato normativo – não têm interesse em manter a integridade do sistema jurídico.

Ou seja, diante da garantia individual de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da CF/88), o cidadão prefere que haja menos leis, a fim de que se preserve mais liberdade.

É fato que grande parte das normas são limitadoras da liberdade dos indivíduos. Claro que há aquelas que asseguram direitos, que estabelecem benefícios, mas em geral a esfera de liberdade individual é tolhida pelo poder estatal através das leis.

Sendo assim, a sociedade civil apenas terá interesse de mover uma ação declaratória de constitucionalidade (através de um partido político ou de uma entidade de classe, por exemplo) na hipótese de uma lei, submetida a controvérsia judicial, que, caso seja declarada inconstitucional, ofenda seus interesses. Na prática, não é tão fácil vislumbrar essa situação.

Já no caso da ação direta de inconstitucionalidade, a sociedade civil age rápido. Logo que se cria um novo tributo, sua constitucionalidade é questionada através de ADI. Logo que se restringe um direito através de lei, ela é impugnada mediante controle abstrato de constitucionalidade.

Diante disso, pode-se depreender que, com efeito, sempre serão entes públicos os mais interessados em definir a conformidade de uma lei que esteja com a sua presunção de constitucionalidade questionada nas instâncias inferiores. Isso vai ao encontro da constatação registrada supra, no sentido de que a maior parte das ações declaratórias de constitucionalidade foram ajuizadas pelos Chefes do Poder Executivo.

#### **4 CONCLUSÕES**

Diante de todo o exposto, restou evidente que a ação declaratória de constitucionalidade é um instituto jurídico que surgiu cercado de polêmicas, as quais talvez até tenham contribuído para a sua pouca utilização. Todavia, a uma análise mais acurada, percebe-se que, na verdade, consiste num valioso mecanismo com o qual talvez ainda não se saiba exatamente como lidar, ou como extrair os benefícios que é capaz de proporcionar. Christine Oliveira Peter Silva assevera que:

Não há maior benefício que tenha trazido o instrumento introduzido pelo legislador constituinte derivado em 1993 do que servir como pretexto para uma discussão que teria, mais cedo ou mais tarde, de

ser travada no seio da comunidade jurídica brasileira: qual o papel da jurisdição constitucional para o Estado Democrático de Direito e como o Supremo Tribunal Federal tem exercido a sua função de Corte Constitucional nesse contexto?<sup>15</sup>

De fato, parece que, *atualmente*, essa é a maior contribuição da ação declaratória de constitucionalidade para o Direito brasileiro.

Sem desmerecer o rico debate acerca da jurisdição constitucional no Brasil que a ADC desencadeou, seria melhor que seus benefícios não fossem de ordem indireta, mas sim decorrentes de sua utilização e aproveitamento.

Como visto, a ação declaratória de constitucionalidade é um instrumento de suma relevância para a preservação do ordenamento jurídico, bem como da certeza e da segurança jurídicas. Assim, faz-se necessário que se dê mais atenção a tal instituto, que se procure estimular o seu uso.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.); MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. 2, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996.

MIRANDA, Jorge. A fiscalização da constitucionalidade em direito comparado. In FÉRES, Marcelo Andrade (coord.) e CARVALHO, Paulo

---

<sup>15</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter. op. cit., p. 499.

Gustavo Medeiros (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Christine Oliveira Peter. Ação declaratória de constitucionalidade: novas perspectivas para o século XXI. In FÉRES, Marcelo Andrade (coord.) e CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros (coord.). *Processo nos tribunais superiores*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



---

# A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA – A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA DE COERÊNCIA E SIGNIFICADO

---

*Cinara Ribeiro Silva Kichel*  
*Procuradora da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A gênese parlamentar da Emenda Constitucional nº 19 – a conotação política de eficiência; 2 O texto original da Constituição Federal – a conotação jurídica de eficiência; 3 A interpretação jurisprudencial do princípio da eficiência anterior à promulgação da Emenda nº 19; 4 A interpretação jurisprudencial do princípio da eficiência posterior à promulgação da Emenda Constitucional nº 19; 5 Conclusões - a interpretação dos princípios constitucionais como garantia de coerência e significado.

**RESUMO:** O presente artigo expõe a análise da interpretação do princípio constitucional da eficiência administrativa, antes e depois da promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que o positivou, examinando a efetiva necessidade de positivação de um princípio no corpo da Constituição, bem como a influência desta positivação na jurisprudência da Corte.

Como se demonstra ao longo deste trabalho, a interpretação jurisprudencial baseada nos princípios fundamentais que traduzam as diretrizes norteadoras da administração pública, mesmo que não positivados, mantém o real sentido das expressões, sendo imune a conotações políticas que deles se afaste, assegurando seu conteúdo normativo e sinalagmático no sistema e protegendo sua coerência e real significação, bem como explícita a desnecessidade de modificação do texto constitucional para garantir a efetividade de aplicação de um princípio.

A doutrina de Ronald Dworkin e Menelick de Carvalho Netto serviram de embasamento e suporte teórico para este estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Princípios constitucionais da administração pública. Emenda Constitucional nº 19. Princípio da eficiência administrativa. Interpretação jurisprudencial de princípios constitucionais. Positivação de princípios constitucionais.

**ABSTRACT:** This article presents the analysis of the interpretation of the constitutional principle of administrative efficiency, before and after the enactment of Constitutional Amendment No. 19, June 4, 1998, that positivated it, examining the actual need of positivation of a principle in the body of Constitution and the influence of that positivation in the Court jurisprudence.

As demonstrated throughout this paper, the judicial interpretation based on fundamental principles that translate the directrix guiding the government, even if not positivized, keeps the real meaning of the terms, being immune to political connotations that deviate from them, ensuring their normative and synallagmatic content in the system and protecting its real meaning and coherence, as well explicit the unnecessary to amend the Constitution to ensure the effective application of a principle.

The doctrine of Ronald Dworkin and Menelick de Carvalho Netto were used as foundation and theoretical support for this study.

**KEYWORD:** Constitutional Law. Constitutional principles of public administration. Constitutional Amendment 19. Principle of administrative efficiency. Judicial interpretation of constitutional principles. Positivation of constitutional principles.

Juízes têm de se precaver contra construções rígidas e conclusões forçadas; pois não há tortura pior do que a tortura de leis. [...] Um juiz deve dar consideração aos fatos, e também às circunstâncias. [...] Os juízes devem, acima de tudo, se lembrar da conclusão das Doze Tábuas Romanas: A lei suprema de tudo é o bem estar do povo; e saber que leis, exceto se estiverem de acordo com aquele fim, são apenas coisas capciosas, e oráculos não bem inspirados.<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O trabalho consiste na compilação e cotejo das decisões do Supremo Tribunal Federal, anteriores e posteriores à Emenda Constitucional nº 19 (e a positivação do Princípio da Eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal), na tentativa de demonstrar que a interpretação principiológica uniforme, adotada pela Corte Constitucional nos casos em que o princípio da eficiência administrativa foi abordado, manteve seu significado coerente com o ordenamento jurídico ao qual pertence, assegurando que o seu conteúdo normativo permanecesse imune a quaisquer influências e conotações políticas que dele se afastasse, independentemente de sua gênese parlamentar ou a eventuais imprecisões técnicas de linguagem inseridas no texto, por ocasião de tramitação legislativa da Emenda Constitucional em que foi positivado.

As conclusões foram baseadas no exame da jurisprudência compilada sob o enfoque da doutrina dos autores que abordaram a interpretação baseada no sistema de princípios fundamentais como diretriz norteadora da hermenêutica constitucional, entre eles Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

### 1 A GÊNESE PARLAMENTAR DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19 – A CONOTAÇÃO POLÍTICA DE EFICIÊNCIA

A Exposição de Motivos ao Presidente da República, que acompanhou a Proposta de Emenda Constitucional nº 173, tratando

1 BACON, Francis, "Do Judiciário". *Ensaio de Francis Bacon*, Petrópolis: Vozes, 2007. p. 169.

da Reforma Administrativa, (encaminhada pelo governo ao Congresso nacional em 23 de agosto de 1997), destacava, como resultado esperado, a incorporação da “dimensão da eficiência na administração pública”, justificando que a “revisão de dispositivos constitucionais e inúmeras outras mudanças na esfera jurídico-legal que a acompanharão, estão direcionadas para o delineamento de condições propícias à implantação de novos formatos organizacionais e institucionais, à revisão de rotinas e procedimentos e à substituição dos controles formais pela avaliação permanente de resultados”, não esgotando a reforma administrativa, mas representando “etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas, concomitante à remoção de constrangimentos legais que hoje entravam a implantação de novos princípios, modelos e técnicas de gestão”.

O Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado, à época da proposta, coerentemente, sempre defendeu, em sua doutrina, a administração gerencial (baseada em desempenho e resultado), como preferível ao modelo burocrático<sup>2</sup>, entendendo que o princípio da eficiência pressupunha autonomia de gestão, submetendo-se a controles internos e externos de responsabilidade.

Paulo Modesto, professor de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia, participou ativamente das discussões da proposta de Emenda Constitucional perante o Congresso Nacional, como Assessor Especial do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, e admitiu, corajosamente, em artigo publicado em abril de 2000, sua contrariedade frente à alteração do caput do art. 37 da Constituição Federal, uma vez que entendeu ser a sugestão de redação para o dispositivo, feita pelo Relator na Câmara, desnecessária e redundante (“*qualidade dos serviços prestados*”), propondo a alteração para o enunciado *eficiência*, arguindo, então, a impropriedade de incluir a primeira redação entre os princípios gerais da administração,

por ela referir diretamente apenas um setor da administração pública (a esfera da prestação de serviços públicos), quando todos os demais

---

<sup>2</sup> “O problema da eficiência não era, na verdade, essencial. No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais - a educação, a saúde, a cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica - e de papéis econômicos - regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura - nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial” in *Revista do Serviço Público*, nº 47 (1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996).

princípios ostentavam um alcance geral, bem como uma clara redundância com o art. 175 da Constituição da República, já ocupado com a exigência de qualidade na prestação dos serviços públicos. Pesou em favor da segunda redação, também, a sua referência explícita em diversos dispositivos constitucionais e a terminologia que acompanha o tema no direito comparado. Esses fatos são desmistificadores e apenas por essa razão merecem ser referidos. Porém, demonstram também, aliados aos argumentos anteriores, que é preciso analisar o princípio da eficiência em articulação com o sistema constitucional estabelecido desde a promulgação da Constituição de 1988. Somente assim parece possível explorar, com olhar mais atento, o conteúdo específico do princípio da eficiência.<sup>3</sup>

Assim, admitida a imprecisão legislativa da expressão frente ao sistema de princípios constitucionais<sup>4</sup>, vê-se, por óbvio, que o uso do vocábulo *eficiência* na Exposição de Motivos da Emenda nº 19 (e sua conseqüente inclusão como princípio administrativo no art. 37 da Constituição Federal), integrava uma construção semântica criada, objetivamente, para reforçar uma proposta política, sintetizando e adjetivando a idéia de um sistema específico de gestão pública gerencial, baseada na avaliação de resultados, afastando-se da idéia de eficiência como finalidade própria da administração pública, eis que partia da premissa que o modelo de administração burocrática antes adotado, era ineficiente e de que a “dimensão da eficiência” na esfera da administração pública era, até então, inédita.

A tramitação da proposta na Comissão Constituição e Justiça foi atipicamente longa. A demora excepcional deveu-se a intensa resistência por parte de um grupo de parlamentares - uma grande percentagem de professores de direito, que recusavam-se, por supostas “razões técnicas”, a admitir a quebra de direitos adquiridos e as alterações no regime de estabilidade dos servidores públicos.<sup>5</sup>

3 Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Revista do Serviço Público nº 02. 2000, p. 105.

4 “Sempre identifiquei méritos e defeitos graves no texto dos projetos relativos à reforma administrativa em curso no Congresso Nacional e, antes disso, no Poder Executivo. A síntese final de uma proposta de emenda constitucional é sempre uma síntese política”. PAULO MODESTO, em exposição feita no III Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, realizado em Brasília, Distrito Federal, em 27 de outubro de 2000.

5 “Parecer mantém a estabilidade do servidor”, Gazeta Mercantil, 10.07.96; “Governo fará emenda contra a estabilidade”. Gazeta Mercantil, 11.07.96; “Fim da estabilidade divide base governista”, Gazeta Mercantil, 12,13e14.7.96; “FHC já admite acordo para estabilidade”, Gazeta Mercantil, 16.07.96; “Acordo facilita dispensa do servidor.(Líderes governistas fecham propostas flexibilizando estabilidade do funcionário público), Gazeta Mercantil, 18.07.96; “Líderes recuam e mantêm estabilidade”, Gazeta Mercantil, 19,20,21.7.96.

Destaca-se aqui a cronologia da proposta legislativa, independentemente de questionamentos valorativos ou negação dos objetivos virtuosos do projeto político, apenas para evidenciar que a utilização do vocábulo *eficiência*, não se deu, na oportunidade, como evocação intencional do princípio administrativo em si (em todas as suas conotações), mas como tradução de eficácia gerencial e, incidentalmente, como melhor substitutivo para proposta de redação legislativa considerada tecnicamente inadequada.

## **2 O TEXTO ORIGINAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – A CONOTAÇÃO JURÍDICA DE EFICIÊNCIA.**

A expressão “eficiência”, em referências explícitas ou implícitas, já estava presente na redação original da Carta Constitucional. Expressamente: no art. 74, II (“Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.) e no §7º do art. 144 (“a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”).

Dentre outros dispositivos que trazem a idéia da eficiência da administração pública implícita em sua redação, ressalte-se o disposto no inciso VII, do art. 71 da Constituição Federal, que autoriza os Tribunais de Contas a realizar “auditorias operacionais”, apartadas das auditorias financeira e patrimonial, ficando claro que nunca foi dada ao administrador a liberdade para ser ineficiente, o que importaria em violação de norma constitucional. Aliás, mesmo em se tratando de sociedades de economia mista, de natureza preponderantemente empresarial, não se pode desconsiderar que são:

implementadoras de políticas públicas, devendo sua eficiência ser aferida não só por sua capacidade de obter lucros, mas, sobretudo, por sua capacidade de persecução aos interesses públicos que orientaram sua criação.<sup>6</sup>

---

6 SILVA, Waldeck Miquilino, Considerações sobre o controle externo das sociedades de economia mista e seus fins econômicos, in *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, Org. José Geraldo de Souza Júnior, Brasília, Tribunal de Contas da União, 2006.

Em suma, por óbvio que não foi a referência expressa ao vocábulo no art. 37 da Constituição, intencional ou incidental, que tornou o princípio aplicável juridicamente, eis que, como princípio orientador da administração pública (ou finalidade decorrente dos demais princípios), ele já estaria presente no texto constitucional na sua redação original (explícita ou implicitamente). Afinal, como preleciona Ronald Dworkin, não se pode confundir referência expressa com interpretação.<sup>7</sup>

Mas, uma vez inserido no texto constitucional, como princípio positivado, através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, e obedecendo-se a lição clássica de Ferrara<sup>8</sup> (desconsiderada, pois, sua gênese), seu significado jurídico segue a linha de interpretação dos demais princípios, já elencados na redação anterior do art. 37, ou seja, como *limitação normativa e diretriz ética a ser seguida pelo administrador público*, afastando-se, definitivamente, de quaisquer condutas baseadas em ideologia ou conveniência política. A idéia de eficiência, ao ser consagrada, na Constituição da República, não obstante o *nomen iuris*, e embora conservando as características próprias de finalidade mesma da administração pública, foi “juridicizada” [...] à semelhança de tudo o que Rei Midas tocasse ouro se tornava, tudo o que cai no Direito, jurídico se torna”.<sup>9</sup>

Percebe-se, segundo o Professor Aristides Junqueira, que quando os valores morais são evocados pelo legislador com “explicitude preocupante”, certamente é porque “traduz reconhecimento de que eles estão em perigo de extinção”.<sup>10</sup> E o artigo 37 da Constituição é um exemplo concreto da positivação de valores, como desdobramentos da legitimidade da atividade administrativa na gestão da coisa pública que lhes confere o *administrado*, que espera que toda a atuação estatal deva buscar a dimensão ética, impreterivelmente, não só relativamente à conduta do administrador, mas à própria elaboração da norma.

Como assegura a Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha, cujas obras de Direito Administrativo são comumente citadas como referência, “a exigência

7 “A interpretação jurídica é essencialmente holística, ainda quando o alvo aparente da interpretação seja um determinado dispositivo ou expressão e não o documento como um todo. Qualquer intérprete tem que aceitar limites interpretativos – supostos acerca do que faz uma interpretação melhor do que outra – e qualquer conjunto plausível de limites inclui um requisito de coerência” RONALD DWORKIN, *Direito não enumerados: se e como o precedente Roe v. Wade deve ser revisto*. Disponível em: <<http://www.nybr.com>>. Acesso em: 10 set. 2008.

8 FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Coimbra: Armênio Amado, 1963. p. 130.

9 CERNICCHIARO, Luis Vicente. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário. In *Pesquisas Tributárias*, Série 2, Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, 1996. p.39.

10 ALVARENGA, op. cit., 46.

de moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado”, passando a ser,

não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito a um governo honesto. [...] A idéia da qual se extraem os valores a serem absorvidos pelo sistema jurídico na elaboração do princípio da moralidade administrativa é aquela afirmada pela própria sociedade segundo suas razões de crença e confiança em determinado ideal de Justiça, que ela busca realizar por meio do Estado” [...] o Estado não é a fonte de uma Moral segundo suas próprias razões, como se fosse um fim e a sociedade um meio. O Estado é a pessoa criada pelo homem para realizar seus fins numa convivência política harmônica. Quando e onde o Estado arvora-se em fonte de uma Moral e transforma-se em um fim, não há, ali, qualquer Moral prevalecendo, pois o que em seu nome se pratica não pode ser assim considerado pela circunstância de que ali se estará a aplicar regras antidemocráticas de voluntarismo do eventual detentor do Poder, sem preocupação com o ideário político da sociedade.<sup>11</sup>

Por dedução, a *necessidade* de normatização de uma finalidade da própria administração pública (como afirmação e lembrança de seu propósito e de sua motivação primeira), pode vir a explicitar a sua negação como premissa, eis que não mais considerada como alicerce de interpretação e principal objetivo da prática administrativa, que fica reduzida à pura performance técnica, considerada enquanto tal - mero discurso, banalizando os objetivos éticos superiores a que visava (inseparáveis da postura do administrador público), transformando-se a imanência no fator mais importante.

Na realidade, a *necessidade* de positivação de um princípio baseado em preceito ético, demonstra uma verdadeira crise de comprometimento dos administradores públicos - quanto maior a positivação, menor a responsabilidade pessoal e institucional quanto às escolhas de condutas que, necessariamente, são feitas dentro dos procedimentos democráticos. A confusão entre as razões objetivas e as razões subjetivas, que motivam uma iniciativa, cria brechas para ideologias de ocasião e suas interpretações convenientes - assim, torna-se possível, convenientemente, se afastar direitos fundamentais por

---

11 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.190.

razões objetivas e se justificar decisões eminentemente econômicas por razões subjetivas.

### 3 A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA Nº 19

De qualquer forma, o princípio da eficiência sempre esteve implicitamente presente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo que com algumas tímidas referências expressas, inclusive nas decisões anteriores a 1960.

Ressalte-se um julgado de 1994, proferido em Recurso Extraordinário, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio (originado em Ação Popular interposta em oposição a atos perpetrados por uma prefeitura do interior de São Paulo)<sup>12</sup> que, apesar de se referir especificamente ao princípio da moralidade administrativa, ilustra exemplarmente a posição da jurisprudência da Corte, anteriormente a Emenda Constitucional nº 19. Em seu voto, o Relator transcreve, na íntegra (em função da clareza pedagógica), o acórdão proferido, em Embargos Infringentes, pela Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de Administração Pública (art. 37 da CF). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina Jesus Gonzáles Perez 'el hecho de su consagración en una norma legal no supone que com anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter' (El principio de buena fé em el derecho administrativo. Madri, 1983. p. 15). Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não só tem que ser

12 RE nº 160.381/SP, de 29.03.94, Segunda Turma.

honesto e probo, mas tem de mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.

De fato, a idéia de eficiência como princípio já figurava, há muito tempo, na jurisprudência do STF, como diretriz da administração pública. No Recurso Extraordinário nº 25.976/DF (de 14.04.1955), de Relatoria do Ministro Afrânio Costa, relativo ao pleito de servidores públicos quanto à reclassificação de cargos de carreira, houve o reconhecimento de que o “Poder Público não pode ser impedido de modificar a administração pela forma que mais convier a eficiência técnica dos serviços”. Detalhe ilustrativo: na ementa, constante dos registros oficiais, houve alteração manual posterior da expressão utilizada (rasura) – eficácia foi substituída por eficiência.

Há outro julgado que entende que tal princípio deveria ser observado, “inclusive”, pela Forças Armadas (Recurso Extraordinário nº 27.246, de 16.06.55, em que se julgou pedido de promoção de militar, que não possuía, à época, curso específico para o cargo almejado). No Mandado de Segurança nº 4.057, julgado em 08.05.57, em que se discutiu os critérios adotados para promoção de militares combatentes na rebelião comunista de 1935, também é mencionada a idéia de eficiência, expressamente utilizada pela legislação aplicável ao caso (Lei nº 1.267, de dezembro de 1950). Detalhe histórico: no relatório foi mencionado que dos autos constavam algumas declarações dos “Exmos. Srs. Marechais reformados” Eurico Gaspar Dutra e Mário José Pinto Guedes, do General de Brigada R. Joel de Almeida Castelo Branco e do “Coronel Reformado” Heitor Abrantes, atestando, de forma genérica, que o requerente havia “colaborado com seu chefe [...], prestando útil e valioso auxílio às autoridades constituídas”, na repressão ao comunismo. Na ocasião do julgamento, Ministro Antonio Vilas Boas, sensatamente asseverando que “a palavra do eminente Marechal Dutra é muito honrada, mas deve ser tomada como depoimento em juízo”, acompanhou a divergência e indeferiu o pedido.

Mas a decisão proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 2.201, de 07.01.54 é, dentre muitas, a mais emblemática da jurisprudência antecedente, eis que já na ementa se esclarece que “o controle administrativo do ensino público permite a interferência oficial na direção dos educandários particulares para afastar os diretores sem eficiência”. No caso, um diretor de escola pública, afastado do cargo por falhas administrativas, requeria a recondução. O Relator, Ministro Abner de Vasconcelos, foi enfático, entendendo que o órgão público responsável pelo afastamento “não agiu visando a pessoa do requerente,

mas a entidade do diretor, que comprometia a instrução de seiscentos alunos. Foi verificado que ao dirigente faltava visão administrativa e providenciou o Ministério a sua substituição. A incapacidade de direção não constitui, propriamente, uma diminuição de ordem moral, pois nem todo cidadão ilibado tem competência para dirigir e administrar”.

Em decisão mais recente, proferida na ADIMC nº 1521, julgada ainda em 1997 e precedente da Súmula Vinculante nº 13, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio, cujo objeto da discussão eram as nomeações de parentes para cargos em comissão (nepotismo), por autoridades que ocupavam cargos de direção na Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, o Ministro Carlos Velloso, assevera em seu voto:

Antes de concluir, Sr. Presidente, é preciso ser dito que todos nós estamos empenhados em moralizar a administração pública brasileira, mesmo porque o princípio da moralidade administrativa é princípio constitucional (C.F. art.37), e o povo tem fome de ética. Mas isso deve ser feito de conformidade com o direito, com a observância da ordem jurídica, mediante medidas e normas razoáveis, constitucionais, que respeitem os direitos das pessoas. Fora daí, será o caos, e as pessoas ficarão sujeitas aos bons e maus humores de administradores, legisladores e juízes.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, em seu estilo único, foi ainda mais incisivo, ressaltando a preservação do sistema constitucional, considerados os princípios implícitos e explícitos nele contidos:

A Carta de 1988 homenageia, com tintas fortes, o princípio isonômico. Além da regra geral do art. 5º, tem-se ainda a específica, reveladora que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, devendo a investidura, excetuada a hipótese de cargo em comissão, assim declarado em lei, ser precedida de concurso público de provas e de provas e títulos. A cultura brasileira conduziu o Constituinte de 1988 a inserir, relativamente à administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, na abertura de capítulo próprio (Da Administração Pública), a obrigatória observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Inegavelmente, o Constituinte voltou-se para o campo pedagógico, atento à realidade nacional, quantas e quantas vezes eivadas de distorções. § A apreciação da liminar buscada pela Procuradoria Geral da República, no que se mostrou sensível ao inconformismo

daqueles que representaram objetivando o ajuizamento desta ação direta de inconstitucionalidade, não pode resultar no indeferimento da extensão pleiteada, a menos que se olvide o grande sistema em que se consubstancia a Carta vigente, com o afastamento dos princípios implícitos e explícitos nela contidos, da extravagância notada no serviço público quando, até mesmo diante de vencimentos achatados, busca-se a compensação via a chamada 'renda familiar'. § Senhor Presidente, embora sem querer enveredar os caminhos do moralismo barato, pondero ser necessária uma reflexão mais profunda sobre o sentido ético que lastreia normas deste quilate.

#### **4 A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19.**

A recentíssima Súmula Vinculante nº 13 (julgamento de agosto de 2008), oriunda dos precedentes estabelecidos na própria ADI nº 1521 - MC, na ADC 12 - MC e MS nº 23780, consolida, portanto, o entendimento contrário da Corte quanto ao nepotismo, já existente antes da publicação da Emenda Constitucional nº 19. O acréscimo do princípio da eficiência, no caso, não alterou significativamente o posicionamento do Supremo Tribunal. Pelo contrário - somente cristalizou a leitura ética do artigo específico.

O Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade (ADC nº 12) proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil - AMB - para declarar a constitucionalidade da Resolução n. 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - que veda o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito do Poder Judiciário - e emprestar interpretação conforme a Constituição a fim de deduzir a função de chefia do substantivo "direção", constante dos incisos II, III, IV e V do art. 2º da aludida norma.

No mérito, entendeu-se que a Resolução n. 7/2005 está em sintonia com os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo.

Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, “limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas” (ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 20-8-08, Informativo 516). Na ADC 12, os princípios constitucionais administrativos são discutidos em referência direta, eis que a questão de fundo assim o permite, e os Ministros do Supremo Tribunal Federal proferiram esclarecedores votos relativos a aplicação da inafastável postura ética do administrador público, dentre os quais se destaca o voto do Ministro Celso de Mello, pela precisão da construção semântica:

Vale referir, neste ponto, que a discussão das questões suscitadas nesta sede de fiscalização normativa abstrata permite, a esta Suprema Corte, elaborar – como é típico dos Tribunais Constitucionais – a construção de um significado mais amplo em torno do conceito de Constituição, considerando, para este efeito, não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados no documento formal que consubstancia o texto escrito da Carta Política, mas reconhecendo, por igualmente relevantes, em face da sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios éticos e o próprio espírito que informam e dão sentido e razão a Lei Fundamental do Estado. [...] § Põe-se em evidência, deste modo, o elemento conceitual que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. [...] § Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões políticas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer estabelecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras de significado e de conteúdo material inerentes à Carta Política.

Para o eminente Ministro, os princípios constitucionais da administração pública, erigidos à condição de valores pela Constituição Federal, representam pauta de observância necessária por parte dos órgãos estatais, qualificando-se como diretrizes essenciais que dão substância e significado à própria idéia republicana, que não comporta a

prática de administrativa de confundir o espaço público com a dimensão pessoal do governante, em desvio de caráter ético-jurídico.

A par disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre considerou, em seus julgados, antes ou depois da Emenda nº 19, que os princípios gerais regentes da Administração Pública, previstos no art. 37 da CF, são invocáveis de referência à administração pública (ADI nº 1.694-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julgada em 30.10.97).

A positivação do princípio da eficiência somente ampliou a possibilidade de provocação da Corte Constitucional, eis que sua existência já era admitida e considerada antes disso, como se vê das decisões proferidas na ADI nº 3.036, Rel. Min. Eros Grau, julgada em 08.06.06 (“Princípio da moralidade. Ética da legalidade e da moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.”) e no MS nº 24.872, Rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 30.06.05 (“A Administração pública é norteada por princípios conducentes à segurança jurídica – da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A variação de enfoques, seja qual for a justificativa, não se coaduna com os citados princípios, sob pena de grassar a insegurança.”).

## **5 CONCLUSÕES – A INTERPRETAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO GARANTIA DE COERÊNCIA E SIGNIFICADO**

Eficácia, eficiência e efetividade são expressões que designam, em geral, a capacidade de produzir efeitos no mundo real, de se tornar verdadeiro, de alcançar validade, de existir, de se tornar permanente. Não há, no senso comum, distinção de fundo quanto ao sentido destas palavras. A língua é uma força biológica, que não se pode modificar com uma decisão política. O significado acolhido pela proposição legislativa da Emenda Constitucional nº 19, aproxima-se da acepção empregada pela administração gerencial, explicitada em sua Exposição de Motivos, ou seja, considerado a partir de critérios econômicos previamente estabelecidos, sua mensuração se daria conforme o resultado alcançado, admitida a premissa de ineficiência da administração pelo modelo burocrático e o ineditismo da “dimensão” proposta.

Maria Sílvia Zanella di Pietro, lembra o ensinamento de Jesus Leguina Villa: “a eficácia que a Constituição exige da administração não se deve confundir com a eficiência das organizações privadas nem

é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais.”<sup>13</sup> Efetivamente, como alerta o Professor Menelick de Carvalho Netto, é preciso que o constitucionalismo seja visto como uma permanente tentativa de instalar e de efetivar de forma concreta a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível de sua organização de sua sociedade complexa, a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política assentada.<sup>14</sup>

Clóvis Bueno de Azevedo e Maria Rita Loureiro, professores da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas, entendem o significado de eficiência (e qualidade) administrativa como realização do interesse público em si mesmo, e que a administração burocrática é o modelo mais compatível com uma ordem política republicana e democrática, pois conteria todos os princípios fundamentais do Estado de Direito, indispensáveis ao ordenamento democrático dos aparatos administrativos, ressaltando que a discussão relativa à reforma do Estado no Brasil dos anos 90 (à semelhança do que teria ocorrido em outros países nos anos 70 e 80), baseia-se em uma profunda crise fiscal. A argumentação construída em torno da necessidade de maior eficiência estatal traduz a implementação de reformas políticas de cunho liberal, que privilegiam a redução de gastos e o corte de pessoal como solução. Discordam do modelo de administração gerencial, uma vez que entendem que os melhores resultados só podem ser determinados por meio de processos, o que equivaleria à clássica distinção entre o governo dos homens e o governo das leis. Exemplificam:

Admite-se obter confissão por meio de tortura? Pode-se contratar funcionário, por eficiente que seja, burlando a norma do concurso, ou qualquer outro nome que se queira dar ao procedimento de escolha, que garanta que a prevalência e comprovação dos princípios de mérito e competência? É aceitável demitir servidor sem justificar e motivar esse desligamento? [...] Por exemplo, qual é a melhor contratação a se fazer, seja de pessoas físicas, seja de pessoas jurídicas? Haveria forma mais correta ou legítima de responder tal questão do que, respectivamente, o concurso público e o processo

13 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 75.

14 CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. 2001, p.12-20.

licitatório? Como se pode verificar, não se sustenta a alegada distinção entre os modelos burocrático e gerencial, ao menos se compreendida como a substituição do controle dos processos pelo controle dos resultados.<sup>15</sup>

Por outro lado, segundo Paulo Modesto, eficiência e eficácia podem ser reputadas como

qualidades do agir administrativo, avaliadas obrigatoriamente no controle jurídico da atividade de todo órgão da administração direta e das entidades da administração indireta, em qualquer dos poderes [...], obrigações jurídicas, imposições constitucionais, exigências gerais vinculantes para o administrador público. Numa palavra, são princípios jurídicos de prossecução obrigatória, pois os princípios, na boa definição de Robert Alexy, são 'exigências de otimização', normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existente.<sup>16</sup>

Efetivamente, há a necessidade de, para obtenção de bons resultados, a adoção de bons processos (e a necessidade incontornável do controle de procedimentos no manejo da coisa pública). O resultado só é aceitável quando a ele se chega por intermédio de processos legítimos. Reconhecer este fato não implicaria negar que os procedimentos democráticos impeçam a eficiência. A positivação do princípio da eficiência não modifica esta circunstância, nem libera o agente da abordagem ética que, invariavelmente, deverá adotar na consecução de seus objetivos, independentemente de regramento específico. O comprometimento do agente, no caso, é com a intenção explicitada pelo procedimento e pelo empenho aplicado, mais do que, propriamente, com o resultado (e sua concepção gerencial), isoladamente considerado.

Sendo um princípio administrativo, sua aplicação se dá concomitantemente aos demais princípios administrativos. Isto equivaleria a dizer que não haverá eficiência possível, sem legalidade e moralidade. Aliás, perseguir a eficiência no resultado é mera conseqüência da postura moral do administrador. Do contrário, seria desperdício de tempo e recursos públicos - procrastinação. Mas, seria preciso considerar que a eficiência, como princípio administrativo (ao

---

15 AZEVEDO, Clóvis Bueno de; LOUREIRO, Maria Rita. Carreiras públicas em uma ordem democrática: entre os modelos burocrático e gerencial, *Revista do Serviço Público* n° 54, 2003, p. 47.

16 MODESTO, op. cit., p. 108.

contrário da aceção meramente gerencial de eficácia de resultado), somente poderá ser admitida como conduta diretiva, eis que a eficácia de um ato não poderá ser seguramente prevista, consideradas as premissas de legitimidade do procedimento e suas variáveis externas e alheias à vontade do agente.

Segundo Luhmann, o direito é um sistema funcionalmente diferenciado (direito positivo) auto-referente, que se auto-descreve e, portanto, consegue teoricamente manter uma postura construtivista, sem pretender descrever a realidade do mundo com outros mecanismos fora de seu sistema (autopoiesis).<sup>17</sup>

As decisões do Supremo Tribunal Federal aqui compiladas, demonstram, indubitavelmente, que a interpretação jurisprudencial baseada nos princípios fundamentais que traduzam as diretrizes norteadoras da administração pública, perenes em sua validade moral e ética, mesmo que não positivados, mantém o real sentido das expressões, mantendo-as imunes e impermeáveis a quaisquer influências e conotações políticas que deles se afaste, assegurando seu conteúdo normativo e sinalagmático, transmudando-se em proteção de sua real e coerente significação dentro do sistema ao qual pertence – um verdadeiro seguro contra políticas equivocadas, extravagâncias retóricas e imprecisões de linguagem.

Mais do que isso: *a jurisprudência elencada manifesta a desnecessidade de modificação do texto constitucional para garantia de efetividade de seus ditames*. O princípio administrativo da eficiência, antes de sua inclusão “incidental” no texto constitucional (demonstrada a intenção legislativa diversa), já possuía significado e aplicação suficiente, a partir da leitura dos princípios administrativos já positivados, não tendo sido sua positivação imprescindível para sua aplicação. Ao contrário – foi sua interpretação jurisprudencial que manteve o significado do princípio coerente com o ordenamento jurídico, tornando-o imune a conotações políticas de ocasião.

Voltando a Ferrara, o juiz é, de fato, o intermediário entre a norma e a vida, traduzindo o comando abstrato da lei no comando concreto entre as partes – a *viva vox iuris*. O texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas, e a missão do intérprete é justamente descobrir o conteúdo real da norma, e as circunstâncias que fizeram nascer uma lei não exercita nenhuma influência sobre o seu

---

17 LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daella Nicola e Samantha Dobrowolski. *Revista Seqüência*. Florianópolis, n. 28, 1994. p. 15-29

valor jurídico, considerado em um sistema de preceitos coordenados, condicionando-se e restringindo-se mutuamente:

o preceito singular não só adquire individualidade mais nítida, como pode assumir um valor e uma importância inesperada, caso fosse considerado separadamente, ao passo que em correlação e em função de outras normas pode encontrar-se restringido, ampliado e desenvolvido e, mesmo que uma lei encontre, em sua elaboração uma falsa justificação ou um desvirtuamento de seu espírito, o intérprete não está vinculado às limitações dela decorrentes, apreciando a norma no seu valor objetivo e em conexão com o sistema do direito. Embora o direito possa não apresentar disposição específica para certa matéria, há nele capacidade e força latente para a elaborar, eis que latente e viva no sistema. A interpretação extensiva não faz mais do que reconstruir a vontade legislativa já existente, para uma relação que só por inexata formulação dessa vontade parece excluí-la, revelando o sentido do que o legislador queria e pensava – ou pelo menos deveria pensar. O juiz, acaba por desenvolver normas latentes, que já se encontram no sistema, pois o direito não é só a norma expressa, mas também é o conteúdo virtual das disposições não expressas. A interpretação da lei é, de fato, essencialmente teleológica; mira ao resultado prático; quer realizar um ordenamento e uma proteção. Pór isso se explica a eficácia prática da jurisprudência, que plasmou e plasma continuamente o material jurídico e portanto, longe de situar-se no ambiente vazio da dialética, age num ambiente cheio de realidade. O princípio que se alcança ao é uma invenção do direito que existe já em estado latente no sistema positivo.<sup>18</sup>

Tanto Kelsen, quanto Hart, entendiam o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, cuja interpretação independeria da moral e da política, abstraindo-se qualquer princípio supra-positivo.<sup>19</sup> A solução proposta por eles é decisionista, pressupondo-se que as lacunas, porventura existentes, seriam preenchidas pela discricionariedade do juiz, como um sistema auto-suficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de determinação as suas situações de aplicação, desconsiderando a dimensão essencial da estrutura principiológica,

18 FERRARA, op. cit., p. 178.

19 HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro., p. 250.

hermeneuticamente passível à construção intersubjetiva de significados universais.

Já Dworkin e Habermas, entendem a relação entre procedimento e substância como algo marcado pela complementariedade.<sup>20</sup> A valoração a ser dada é quanto à postura a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta, baseada em princípios jurídicos em sua integridade, não se tratando, portanto, de uma garantia metodológica, mas garantia de coerência.<sup>21</sup> Aliás, a proposição de Dworkin é, justamente, a diferenciação interna de direito e política, reforçando a distinção entre formas específicas de discursos, para garantia da primazia dos argumentos de princípio, que remetem aos conteúdos morais dos direitos fundamentais, sobre a argumentação teleológica e pragmática das políticas cunhadas para a realização de objetivos supostamente realizadores de bens coletivos.<sup>22</sup> Através do Legislativo, são incorporados os argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, que são incorporados no discurso judicial de forma seletiva e sua linguagem deontológica, no ordenamento jurídico.

Naturalmente a moral, no papel de uma medida para o direito correto, tem a sua sede primariamente na formação política da vontade do legislador e na comunicação política da esfera pública. Os exemplos apresentados para uma moral no direito significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral.<sup>23</sup>

Guilherme Scotti, comentando com grande competência a teoria positivista (em contraposição à doutrina de Dworkin), esclarece:

A teoria positivista da interpretação, ao igualar em essência as tarefas legislativa e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos cuja distinção é cara a toda a estrutura

20 DWORKIN, Ronald. *Originalism and fidelity*. In *Justice in Robes*. Ronald DWORKIN. Cambridge: Mass., Belknap Press. 1995. n. 4.

21 GÜNTHER, Klaus. *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. *Doxa*(17-18): 1995. p. 271-302.

22 DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Mass., Harvard University Press. 1977. p. 82ss.

23 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: 1997, Tempo Brasileiro. p. 256.

política das sociedades modernas: *argumentos de política e argumentos de princípio*. Os primeiros se referem à persecução de *objetivos e bens coletivos* considerados relevantes para o bem estar de toda a comunidade, passíveis de transações e compromissos, enquanto os segundos fundamentam decisões que resguardam *direitos* de indivíduos ou grupos, possuindo assim um papel de garantia *contramajoritária*<sup>13</sup>. § Nos casos em que é inequívoca a atribuição de um direito a um requerente por meio de uma regra – ou melhor, em que não se sustentam argumentos em contrário em face dos dispositivos normativos – fica claro que o se exige é a prevalência de um argumento de princípio, mesmo que o direito em questão, previsto na norma, tenha se originado de argumentos de política, como um subsídio fiscal criado para promover o crescimento de um setor específico da economia. § Se os juízes atuam como legisladores delegados, como na concepção positivista, então toda a gama de argumentos de política está à sua disposição. Um caso pode ser decidido, na ausência de uma regra, de forma a promover, por exemplo, a maximização de objetivos econômicos considerados superiores, sem que isso reflita necessariamente princípios jurídicos enquanto comandos normativos deontológicos. Se, por outro lado, a tarefa jurisdicional se distingue em essência da atividade legislativa, atuando como um fórum de princípio, nos *hard cases*, as decisões devem se basear em argumentos de princípio. Dworkin rejeita a legitimação do direito baseada na simples legalidade em termos de gênese procedimental do Direito, como em Kelsen ou Hart. A diferenciação entre direito, moral e política deve ser mantida, mas isso se torna possível justamente pela tradução dos princípios morais e objetivos políticos na linguagem jurídica, internalizando e ressignificando assim seus conteúdos no direito positivo.<sup>24</sup>

Acrescenta Scotti que Dworkin ressalta a exigência da busca da única decisão correta autorizada pelo ordenamento, para cada caso, não como mandamento inscrito prioristicamente nas normas gerais e abstratas, mas como postura a ser assumida pelo aplicador, frente as questão não reguladas, no sentido vivencial dos princípios jurídicos, existentes naquela determinada comunidade de princípios, reafirmando, institucionalmente, pelos órgãos oficiais, o seu sentido e o aprendizado histórico-interpretativo e buscando construir uma

<sup>24</sup> RODRIGUES, Guilherme Scotti, A Afirmação da Justiça como a Tese da Única Decisão Correta: o Enfrentamento da Questão do Caráter Estruturalmente Indeterminado do Direito Moderno, Dissertação de Mestrado, Orientação do Professor Menelick de Carvalho Netto, UnB, 2008, p. 19.

interpretação constitucional coerente, principiológica e persuasiva da estrutura da Constituição como um todo íntegro e indissociado, sendo a precedência incondicional de *argumentos de princípio* sobre *argumentos de política*, condição para a manutenção do sistema dos direitos e do próprio código jurídico deontológico, ou seja, seria preciso entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema.

A justificação de decisões jurídicas com base em princípios de conteúdo moral, portanto, não seria *extra-jurídica*, na medida em que tais conteúdos possam ser identificados como assimilados aos princípios fundamentais do próprio ordenamento.<sup>25</sup>

Ministro Eros Roberto Grau, em seu muito citado livro sobre a ordem econômica constitucional<sup>26</sup>, lembra Geraldo Ataliba, que afirma que os princípios “se harmonizam, em função da hierarquia entre eles estabelecida, de modo a assegurar plena coerência interna ao sistema”. Mencionando, também, as idéias de Ronald Dworkin, esclarece que este jurista diferencia o que chama de “diretrizes”, dos “princípios”, sendo que as primeiras se constituiriam em pautas (*standarts*) que estabelecem objetivos a serem alcançados (geralmente econômicos, políticos ou sociais), não comportando exceções e sendo aplicáveis apenas de modo completo; os segundos, possuindo uma dimensão de importância estrutural, e não admitindo a limitação de hipóteses aplicáveis, em pautas que devem ser observadas,

não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade, ou de uma outra dimensão da moral. [...] Daí porque – prossegue Dworkin – palavras como ‘razoável’, ‘negligente’, ‘injusto’, ‘importante’ (termos indeterminados por imprecisão – v. meu *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, cit. pp. 61 e ss) fazem com que a regra na qual inseridas dependa, na sua aplicação, do quanto repouse, sob elas, de princípios ou diretrizes; a regra se assemelha, então, a um princípio. Mas ela não se transforma, em razão disso, em princípio, visto que a mais

25 RODRIGUES, op. cit., p. 75.

26 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 178.

sutil limitação desses termos restringe a classe de outros princípios e diretrizes sobre os quais se apóia a regra.<sup>27</sup>

Ministro Eros Grau entende que resulta inútil qualquer tentativa de apartar os *princípios positivos de direito* dos *princípios gerais do direito* (não expressamente enunciados no texto normativo), a partir da consideração das estruturas proposicionais de ambos, eis que há exemplos de princípios positivos no direito, cujos enunciados são normativamente menos ou apenas tão densos quanto os enunciados de princípios gerais do direito. Exemplifica, com o princípio da motivação do ato administrativo:

[...] descoberto na Constituição de 1988, normativamente tão denso quanto os da impessoalidade e da publicidade dos atos da Administração, inscritos no seu art. 37, *caput*, e mais denso do que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado nos seus arts. 1º, III e 170, *caput*.§ Daí a verificação de que também os princípios gerais do direito – e não será demasiada a insistência, aqui, em que se trata de princípios de um determinado direito – constituem estruturalmente, normas jurídicas. Logo, temos que, em realidade, norma jurídica é gênero que alberga, como *espécies*, regras e princípios jurídicos – entre estes últimos incluídos tanto os princípios positivos de direito quanto os princípios gerais de direito. [...]

Encerra sua exposição, no tópico sobre o assunto, de forma simples e escalrecedora:

Penso restar demonstrado, nestas condições, que os princípios jurídicos, todos eles, consubstanciam espécies do gênero norma jurídica. A circunstância de carecerem de concretização através de edição de uma regra jurídica, regra que há de ser editada, em última instância, pelo juiz, em sentença, na criação de norma individual, do gênero não os exclui. Beneficiados por objetividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular – as expressões são do Canotilho – o seu caráter normativo e sua inserção no direito positivo resultam inquestionáveis.[...] Os princípios gerais do direito são, assim, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento.

---

<sup>27</sup> GRAU, op. cit., p. 94.

E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam em estado de latência. [...] Trata-se, pelo contrário – e neste passo desejo referir explicitamente os princípios *descobertos* no seio de uma Constituição – não de princípios declarados (porque anteriores a ela) pela Constituição, mas sim de princípios que, embora nela não expressamente enunciados, no seu bojo estão inseridos”.<sup>28</sup> [...] Paralelamente a isso, convém considerarmos que a aplicação do direito não pode ser reduzida meramente a um exercício de aplicação de uma regra ou de um princípio: o que se aplica é o *direito* e não normas jurídicas, isoladamente. Insisto em que ainda quando o Poder Judiciário – a fim de que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exequível – deva produzir certa norma, caso por caso, o que produz, em cada decisão que tomar, é *direito* e não norma isolada.<sup>29</sup>

O Professor Marcelo Cattoni de Oliveira, evocando Habermas e o conceito de *patriotismo constitucional*, argumenta que há um grande equívoco hermenêutico no entendimento de que os textos jurídicos são capazes de, *per se*, transformaram a realidade, imaginando-se que a promulgação de uma nova emenda, resolveria o problema de efetividade do texto constitucional.

É preciso denunciar: maiorias políticas, no governo ou fora dele, maiorias essas que são sempre conjunturais, têm insistido em novas emendas constitucionais, até mesmo em revisões *facilitadas*, na expectativa excessiva de que desse modo seriam resolvidos todos os problemas sociais, econômicos, políticos, para não dizer dos problemas de efetividade do Direito ou mesmo ‘morais’. [...] cabe considerar, antes de tudo, que as normas constitucionais que regulam o processo legislativo de reforma constitucional possuem, como toda norma jurídica, uma dupla dimensão de validade: elas se endereçam aos seus destinatários, tanto como limites coercitivos para aqueles que atuam de forma estratégica ou, ao menos, visando tão-somente à satisfação dos seus próprios interesses, quanto como uma garantia do exercício de liberdades comunicativas àqueles que agem por respeito às normas democraticamente estabelecidas. As normas constitucionais, portanto, que regem o processo legislativo

<sup>28</sup> GRAU, op. cit., p. 116.

<sup>29</sup> GRAU, op. cit., p. 118.

de reforma constitucional não estão à disposição de maiorias políticas que pretendem subvertê-las; elas são, ao mesmo tempo, limites às deliberações majoritárias, verdadeiras garantias constitucionais aos direitos fundamentais das minorias, bem como condição *sine qua non* para a formação legítima, no processo democrático, de maiorias e de minorias políticas sempre mutáveis.<sup>30</sup>

E como assevera Robert Dworkin, desta feita citado pelo Professor Menelick de Carvalho: “a interpretação vinculada à prática é regida pelo sentido de propósito ou finalidade que se atribui a essa prática, ou que a interpretação vinculada à prática é sensível ao sentido da finalidade a essa prática atribuído, ao *telas* dessa prática”.<sup>31</sup> Este entendimento estabelece, efetivamente, um novo paradigma de expectativa do senso comum, no que diz respeito ao Direito como ordenamento, como esfera de implementação normativa a reger a vida pública.

Segundo Dworkin, a maioria dos atos legítimos de qualquer governo envolve a negociação de interesses de diferentes pessoas e tais atos beneficiam alguns cidadãos e desfavorecem outros para que se incremente o bem-estar da comunidade como um todo. Mas, esclarece: certos interesses de pessoas em particular são tão importantes que seria moralmente errado que a comunidade os sacrificasse apenas para assegurar um benefício generalizado.<sup>32</sup>

Aliás, explicando a Teoria da Interpretação Jurídica em uma palestra para juristas japoneses, em Tóquio<sup>33</sup>, Dworkin faz uma criativa analogia da interpretação jurisprudencial com a produção literária, comparando uma nova decisão jurisprudencial a um novo capítulo, escrito por um novo autor, de uma mesma obra de ficção. A cada novo capítulo (ou decisão judicial), uma nova interpretação, redigida da melhor maneira possível, seria acrescentada à obra.

Permanecendo-se na mesma linha de analogia proposta pelo inspirado jurista, a positivação do *princípio da eficiência* (ou de qualquer

---

30 OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Patriotismo Cultural contra Fraudes à Constituição. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, BA, nº 01, março/abril/maio de 2007.

31 CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

32 DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here? : principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press. p. 31.

33 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Cadernos da Escola do Legislativo*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/ESCOLA>>. Acesso em 15 de setembro de 2008.

outro princípio baseado em valores éticos que possam orientar a interpretação de um sistema jurídico) no texto constitucional, equivaleria, alegoricamente, a uma antiga e honrada tradição oral que, embora sempre presente e lembrada é, finalmente, compilada e impressa, confirmando e intensificando, assim, sua força, validade e legitimidade.

## REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Aristides Junqueira. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário. In *Pesquisas Tributárias*, Série 2, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

AZEVEDO, Clóvis Bueno de; LOUREIRO, Maria Rita. Carreiras públicas em uma ordem democrática: entre os modelos burocrático e gerencial, *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 54, 2003 .

BACON, Francis. “Do Judiciário”, em *Ensaios de Francis Bacon*, Petrópolis: Vozes, 2007.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. In *Revista do Serviço Público*, nº 47 (1), Brasília: janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996).

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. In: *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar. 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A interpretação das leis: um problema metajurídico ou uma questão essencial do direito? De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 3(5): 27-71, jan/jun.1997.

CERNICCHIARO, Luis Vicente. O Princípio da Moralidade no Direito Tributário, in *Pesquisas Tributárias*, Série 2, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, São Paulo: RT, 1996.

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

DWORKIN, Ronald. *Direito não enumerados: se e como o precedente Roe v. Wade deve ser revisto*. Disponível em: <<http://www.nybr.com>>. Acesso em: 10 set. 2008.

DWORKIN, Ronald (2006). *Originalism and fidelity*. In Justice in Robes. Ronald DWORKIN. Cambridge, Mass., Belknap Press., n. 4.

DWORKIN, Ronald (1977). *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass., Harvard University Press., p. 82ss.

DWORKIN, Ronald (2006). *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton, N.J., Princeton University Press.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*, Coimbra: Armênio Amado, 1963.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GÜNTHER, Klaus (1995). *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*. Doxa(17-18): 271-302.

HABERMAS, Jürgen (1997). *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. Tradução de Cristiano Paixão, Daela Nicola e Samantha Dobrowolski. *Revista Seqüência*. Florianópolis, n. 28, 1994.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n. 02, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. Patriotismo Cultural contra Fraudes à Constituição. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, Salvador, BA, n. 01, mar./maio 2007.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. *A Afirmação da Justiça como a Tese da Única Decisão Correta: o Enfrentamento da Questão do Caráter Estruturalmente Indeterminado do Direito Moderno*, Dissertação de Mestrado, Orientação do Professor Menelick de Carvalho Netto, Brasília: UnB, 2008.

SILVA, Waldeck Miquilino. Considerações sobre o controle externo das sociedades de economia mista e seus fins econômicos, in *Sociedade democrática, direito público e controle externo*, Org. José Geraldo de Souza Júnior, Brasília, Tribunal de Contas da União, Brasília: UnB, 2006.

---

# APLICABILIDADE E LIMITES DO DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

---

*Clara da Mota Santos*

*Procuradora da Fazenda Nacional.*

*Diretora-Regional do Centro de Altos Estudos da PGFN.*

*Especialista em Direito Público pela Unb.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dever de colaborar com a administração tributária. 2.1. Extração Constitucional do dever de colaboração. 2.2. Normas infraconstitucionais que tratam do dever de colaboração. 3. Âmbito de proteção do direito ao silêncio. 3.1. Aplicação do direito ao silêncio em processos administrativos. 3.2. Condutas do contribuinte abrangidas pelo direito ao silêncio. 3.3. Direito ao silêncio e prova documental. 3.4. Pessoas jurídicas podem invocar o privilégio no curso do PAF? 3.5. Dever de comunicação do direito de silenciar. 4. Dever de colaboração e crimes tributários. 5. Análise da exoneração da multa agravada do §2º do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996. 6. Conclusão.

**RESUMO:** A concretização de políticas públicas previstas na Constituição Federal exige o financiamento através de tributos. Deste modo, os direitos fundamentais são correlatos a um dever também fundamental de minimamente subsidiar o Estado com recursos. Uma das ferramentas do sistema tributário é o dever de colaboração do contribuinte para com a administração tributária, o qual vem expresso em diversas disposições legais. Porém, não raro, o dever de colaboração exercido no âmbito do processo administrativo fiscal colide com o direito à não auto-incriminação. Importa, com isso, que sejam estudados os contornos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, se existe aplicabilidade deste princípio no processo fiscal e em que medida isto pode se dar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais. Sistema tributário. Direito à não auto-incriminação.

**ABSTRACT:** The implementation of public policies provided in the Constitution requires funding through taxes. Thus, the fundamental rights are also related to a fundamental duty to subsidize the government with minimal resources. One of the tools of the tax system is the duty of collaboration, which forces the taxpayer to provide information to the authorities. This duty is expressed in various law texts. But often, the duty to cooperate exercised under the tax administrative process collides with the right against self-incrimination. It is importante, therefore, to study the contours of the principle of *nemo tenetur se detegere*, if there is applicability of this principle in the tax process and to what extent this can happen.

**KEYWORDS:** Fundamental rights. Tax system. Privilege against self incrimination.

## INTRODUÇÃO

Em recente decisão unânime, a Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda afastou a majoração da multa de ofício imposta à contribuinte *Boiforte Frigoríficos*<sup>1</sup> por conta da não apresentação de esclarecimentos sobre suas atividades econômicas. Invocou-se, como fundamento para a exoneração da penalidade, o direito da empresa de não produzir prova contra si mesma.

Ao apreciar o recurso da contribuinte, o colegiado, mencionando o princípio do *nemo tenetur se detegere*, propôs uma interpretação de matriz constitucional e rechaçou especificamente a incidência do §2º do art. 44 da Lei n.º. 9.430/1996<sup>2</sup>.

O caso da *Boiforte* teve início quando a Receita Federal entendeu que a empresa lhe declarara um faturamento diferente daquele informado em seus livros comerciais e nas guias de apuração de ICMS. Assim, na visão dos fiscais, a contribuinte teria procedido de modo fraudulento, já que reiteradamente informara ao Fisco do Estado de Goiás valores divergentes daqueles apresentados ao Fisco federal, terminando por recolher as contribuições do PIS e COFINS em valor equivalente a 10% do efetivamente devido.

Até esse ponto tudo havia transcorrido dentro da rotina própria desse tipo de autuação. O montante tributável já poderia ser apurado e existiam elementos indicativos de fraude, passíveis de ensejar a qualificação da multa e a remessa dos autos, ao Ministério Público, para investigação de possível infração criminal.

A particularidade do feito surgiu no momento em que, não satisfeita com a análise dos livros obrigatórios e dos documentos disponibilizados, a fiscalização intimou a contribuinte para que prestasse esclarecimentos adicionais sobre sua conduta. Uma vez não atendida a intimação, o lançamento tributário, em vez de tão-somente cominar a

1 Trata-se do acórdão n.º. 204-02032, de 05.12.2006, relatado pela Conselheira Nayra Bastos Manatta. Cf. processo n.º. 10746.001098/2005-75; recurso voluntário n.º. 135943.

2 Lei 9.430/1996, art. 44: "Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; [...] § 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º. 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis; §2º. Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o §1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: I - prestar esclarecimentos; II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei".

multa de 150%, em decorrência da fraude, findou por agravá-la para o patamar de 225%, com respaldo legal no aludido §2º do art. 44 da Lei n.º. 9.430/1996.

Muito embora os contribuintes e responsáveis, por força de alguns preceitos insertos na legislação, tenham o dever de colaborar com a administração tributária, e essa participação seja essencial para a coleta de recursos, o colegiado não considerou a obrigação de colaborar como preponderante em relação à garantia da empresa de não se auto-incriminar.

O precedente conferiu a uma pessoa jurídica, dentro de um processo administrativo fiscal, o direito fundamental à não auto-incriminação, chancelando a conduta de deixar de apresentar esclarecimentos em via escrita.

A decisão pode ser seccionada em dois blocos principais de investigação. Em primeiro lugar, há que se pesquisar se o direito de não produzir prova contra si mesmo possui esse contorno que lhe foi conferido. O segundo ponto nodal consiste em perscrutar o acerto ou erro do julgamento quando afastou a majoração da multa de ofício.

Considerando que o Estado optou pela criminalização de alguns ilícitos fiscais e que de pouca ou nenhuma valia é o interrogatório em ação penal para apuração de crime tributário, se a documentação relevante já tiver sido toda angariada na esfera administrativa, não podem ser ignoradas as conseqüências da conexão direta entre o processo fiscal e a ação penal porventura subsequente, no que tange, acima de tudo, à aplicação dos direitos e garantias fundamentais. É dizer, em alguma medida, dentro do padrão atual, há que se manifestar a proteção do indivíduo talvez futuramente sujeito a uma investigação criminal. Porém, a aplicação irrefletida do *nemo tenetur se detegere* pode obstaculizar em demasia a atividade da administração tributária.

Entre o essencial dever de colaboração e os direitos fundamentais do indivíduo, este estudo buscará compreender qual o equilíbrio possível.

Numa perspectiva macro, vê-se que o tema proposto tem relação com o debate sobre a prevalência de interesses públicos sobre privados e vice-versa. Há uma tensão entre o âmbito público, que demanda recursos e precisa de informações e subsídios para isso, e o âmbito privado que, em princípio, não tolera grandes invasões no seu patrimônio e no campo de suas liberdades mais caras.

Feitas essas considerações, dentro da brevidade inerente a um artigo e tomando como ponto de partida a decisão da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, o mote precípua deste trabalho

será, em resumo, o escrutínio do âmbito de proteção do direito de não produzir prova contra si mesmo em face das práticas do processo fiscal e da proporcionalidade do agravamento da multa de ofício. Pesquisar-se-á em que termos pode haver a interseção entre a garantia e o processo fiscal e se a interseção proposta pelo Conselho de Contribuintes foi adequada.

No primeiro segmento deste artigo, tratar-se-á do dever de colaboração para com a administração tributária, destrinchando-se quais são as obrigações do indivíduo ou da pessoa jurídica neste campo. Em seguida, ainda na etapa de fixação de premissas, discorrer-se-á sobre o âmbito de proteção do direito à não auto-incriminação, elucidando quais as condutas abarcadas pela norma constitucional que são oponíveis pelo contribuinte dentro da relação fiscal e algumas conseqüências dessa eventual oposição.

No terceiro momento, estudar-se-á se a incidência do direito ao silêncio pode acarretar a imputação de crime tributário. E, por fim, será empreendida análise sobre o acerto ou erro do Conselho de Contribuintes no afastamento da multa agravada cominada à empresa *Boiforte Frigoríficos*.

## 1 DEVER DE COLABORAR COM A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Cumpre, neste momento, detalhar o fundamento constitucional de onde se extrai o dever de colaborar com a administração tributária e quais os dispositivos legais que impõem tal obrigação.

### 1.1 EXTRAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DEVER DE COLABORAÇÃO

Em verdade, o substrato constitucional do dever de colaboração advém da própria instituição de um sistema tributário. Segundo Alejandro C. Altamirano, tal dever é inerente à função de verificação e fiscalização do cumprimento da obrigação tributária<sup>3</sup>.

A existência do Estado pressupõe a arrecadação de recursos financeiros suficientes à sua corporificação e à materialização dos fins a que se destina. Desse modo, considerando que, no sistema capitalista

3 Esse autor pontua ainda que o contribuinte, ao ser chamado a colaborar com o sustento das demandas públicas – que é a obrigação tributária material ou substancial – tem também outra carga que é a obrigação instrumental ou formal – que se encontra indissociavelmente unida à obrigação anterior. [ALTAMIRANO, Alejandro C., *El deber de colaboración. Fundamento, alcance, validez y legitimidad*. Mar del Plata: actualidad impositiva, 2007. Disponível na Internet em: <<http://www.actualidadimpositiva.com/especiales/jornadas07/dr.alejandroatamirano.htm>>. Acesso em 01 set. 2008.

de livre-iniciativa, o exercício da atividade econômica diretamente pelo poder público constitui exceção, as necessidades financeiras estatais são saciadas, em maior parte, pela instituição de tributos<sup>4</sup>.

Cumpra-se notar que tanto os direitos individuais quanto os sociais acarretam um custo financeiro para o Estado. A sua concretização não deixa de ser, em alguma medida, dispendiosa. Por trás dessa necessidade de arrecadação que se encontra em permanente tensão com garantias individuais, pairam direitos da coletividade a serem atendidos.

Então, não se pode dizer que todo e qualquer direito individual goza de incontestável primazia num hipotético confronto em relação ao dever de colaboração para com a administração tributária. Isso se deve à circunstância de que o dever de colaboração é uma face operacional que ajuda a tornar efetiva a estrutura do Estado e a sua sustentação via tributos.

Como não existe relação de hierarquia pré-estabelecida, em situações de oposição, ante a invocação de algum direito fundamental, o dever de colaboração não cede necessariamente o seu espaço. Afinal, a perspectiva individual não é absoluta e, conforme noção elaborada por José Casalta Nabais, não existem direitos fundamentais isolados de deveres também fundamentais.

Esmiuçando a dialética entre direitos e deveres fundamentais, Nabais construiu o conceito de dever fundamental de pagar impostos. Este autor situou os deveres fundamentais como categoria integrante da matéria dos direitos fundamentais, que polariza todo o estatuto-constitucional, pois o indivíduo, no seu dizer, há de ser entendido como livre e responsável<sup>5</sup>.

Ao se trabalhar com a possibilidade teórica de deveres fundamentais e de que não há uma prevalência apriorística entre os bens constitucionais em questão, o ponto sensível consiste em equacionar o respeito aos direitos fundamentais e uma arrecadação eficiente e satisfatória para atender a demanda por prestações estatais positivas. Constituições que contemplam um amplo rol de direitos sociais demandam mais recursos e um Estado amplificado. Todavia, como pontua Raquel Machado<sup>6</sup>, essa necessidade não deve implicar no aniquilamento das garantias do contribuinte.

4 Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 20. ed. Malheiros, 2002. p. 36.

5 Cf. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 673.

6 Em um trecho, a Raquel Machado admite a ideia de que todo direito tem um preço, mas não se mostra conformada com arcar com qualquer preço: "Pode-se afirmar que no Estado social a liberdade, com todos os direitos que lhe são próprios tem um preço, mas que, evidentemente, tal preço não há de consistir na

Alejandro C. Altamirano também se pronuncia sobre a dupla via de direitos e deveres que permeia a relação entre Fisco e contribuinte<sup>7</sup>:

[...] cabe afirmar que ambas as partes da obrigação jurídico-tributária têm direitos e deveres. Se trata de uma via de duplo sentido: o contribuinte deve colaborar e cumprir com uma série de obrigações formais e o Estado deve respeitar os direitos do contribuinte ao pedir informações. Toda anomalia nessas funções equidistantes (direitos e deveres) deve contar com uma correlata resposta por parte do Direito.

Assim, o dever de colaboração é inerente ao próprio sistema de tributação, não se podendo olvidar que a Constituição Federal tratou expressamente a administração tributária como componente essencial ao funcionamento do Estado, conferindo-lhe até mesmo recursos prioritários, conforme prevê o inciso XXII, do seu art. 37.

## 1.2 NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DO DEVER DE COLABORAÇÃO

No que pertine às normas específicas que moldam o dever de colaboração no ordenamento brasileiro, existem regras infraconstitucionais que se voltam ao aparelhamento e à instituição de prerrogativas para a administração tributária, algumas das quais são de especial relevância para a análise da aplicabilidade dos direitos fundamentais de defesa no processo fiscal.

Cogita-se no §2º do art. 113 do Código Tributário Nacional de norma geral sobre obrigações acessórias. O dispositivo em questão menciona que o objeto dessas obrigações é o cumprimento de prestações positivas ou negativas, previstas na legislação tributária, no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos. Pode-se colher como amostra de obrigação acessória o dever do contribuinte de apresentar, periodicamente, declarações sobre suas atividades, como a DCTF (Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais).

---

própria supressão dessa liberdade". MACHADO, Raquel. *Interesse Público e Direitos do Contribuinte*, São Paulo: Dialética, 2007. p. 61.

7 Cf. ALTAMIRANO, Alejandro C., op. cit. p. 1. [...cabe afirmar que ambas partes de la obligación jurídico-tributaria tienen derechos y deberes. Se trata de una vía de doble sentido: el contribuyente debe colaborar y cumplir con una serie de obligaciones formales y el Estado debe respetar los derechos del contribuyente en esa petición de información. Toda anomalía en esas funciones equidistantes (derechos y deberes) debe contar con la correlativa respuesta por parte del Derecho].

Além disso, o art. 195 do mesmo CTN estatui que, para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los. Esse preceito configura um permissivo geral para a investigação fiscal, pregando, até mesmo, a “exclusão” da incidência de normas que se ponham em rota de colisão com os seus objetivos.

Usualmente, a falta de colaboração do contribuinte, impedindo que o fiscal ingresse em seu estabelecimento ou examine os livros obrigatórios, é alcunhada pela expressão “embaraço à fiscalização”<sup>8</sup>. A citada multa do §2º do art. 44 da Lei n.º. 9.430/1996, que foi rechaçada pelo Conselho de Contribuintes no julgamento do caso *Boiforte Frigoríficos*, traduz a penalização de uma hipótese geral de embaraço por falta de apresentação de esclarecimentos e documentação.

Consoante antecipado, o §2º do art. 44 da Lei n.º. 9.430/1996 determina que sejam majoradas as multas previstas nos incisos I e II do próprio art. 44, na hipótese de não atendimento, pelo sujeito passivo, no prazo assinalado, de intimação para prestar esclarecimentos, apresentar arquivos ou sistemas ou documentos magnéticos.

Portanto, o contribuinte que, aos olhos da Receita Federal do Brasil, pratica conduta com evidente intuito de fraude, nos moldes previstos no inciso II, do art. 44 da Lei n.º. 9.430/96, em tese cometendo crime e impondo à autoridade fiscal que represente ao Ministério Público, tem a multa tributária aumentada de 150% para 225%, por não prestar esclarecimentos ou não apresentar os documentos adicionais solicitados.

Na seara penal, por sua vez, constam algumas figuras típicas que incriminam a falta de colaboração do contribuinte. Assim, tem-se, *v.g.*, o inciso I, do art. 2º da Lei n.º. 8.137/1990, que caracteriza como crime a conduta de “fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo”.

Sem embargo da existência de todas essas normas, o dever de colaboração do contribuinte não é ilimitado e não desobriga o Fisco de produzir as provas necessárias às suas conclusões. Helenilson Cunha Pontes registra, nessa linha, que o dever de colaboração do indivíduo

---

8 Figuram ainda na legislação diversas multas regulamentares que sancionam, de forma apartada para cada tributo, o embaraço à fiscalização.

não está em conflito com o dever de prova da fiscalização, mas apenas em eventual oposição<sup>9</sup>.

Esse é um panorama dos dispositivos que impõem o dever de informação e colaboração por parte do indivíduo. Se, de um lado, o dever é essencial, pois não se teria como operacionalizar um sistema de tributação sem algum tipo de participação dos envolvidos, de outro, ele pode confrontar-se seriamente com direitos individuais, como o direito de não produzir prova contra si mesmo. O conflito não comporta uma solução tão fácil, haja vista que o sistema tributário nacional e, conseqüentemente, o dever de colaboração para com o Fisco, têm raízes na Constituição Federal.

## 2 ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

Não é possível concluir se - e em que termos - o princípio do *nemo tenetur se detegere* pode ser exercitado no processo administrativo fiscal, sem atentar para alguns questionamentos surgidos a partir da decisão do caso *Boiforte Frigoríficos*, a saber: i) a garantia está ou não restrita ao processo penal; ii) se estende à apresentação de documentos ou apenas aos esclarecimentos testemunhais; iii) alcança exclusivamente os documentos públicos ou também os privados; iv) pode ou não ser oposta por pessoas jurídicas. Enfim, esses são os alicerces que precisam ser erigidos para a compreensão do tópico.

### 2.1 APLICAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO EM PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Os indícios históricos mais sólidos sobre a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere* remontam ao período do Iluminismo<sup>10</sup>. Porém, a despeito do marco temporal relativamente longínquo, o caminho de afirmação desse direito fundamental de defesa, não raro, apresenta-se entremeado por alguns percalços<sup>11</sup>. Basta ver que novas situações<sup>12</sup>

9 Cf. PONTES, Helenilson Cunha. O Direito ao Silêncio no Direito Tributário. p. 89. In: FISCHER, Otávio Campos (org.). *Tributos e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 81-93.

10 Cf. QUELJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 08.

11 No julgamento do HC 78.708/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o STF asseverou que “o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional - [...] porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação - *nemo tenetur procedere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam* -, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder a atualidade”.

12 Uma das conseqüências dos ataques terroristas de setembro de 2001 foi o ressurgimento do debate sobre a tortura como método de obtenção de confissões. Denunciou-se, à época, os rumores na mídia sobre

trazem de volta à tona a polêmica em torno do limite para a colaboração do indivíduo em investigações conduzidas pelo Estado.

Como a discussão ainda se mostra pulsante, sem fugir da perspectiva do processo fiscal, é preciso definir o âmbito de proteção<sup>13</sup> da garantia encartada no inciso LXIII, do art. 5º da Constituição Federal e no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica.

Uma investigação teórica profunda sobre direitos fundamentais, que enveredasse por todas as variáveis do que se entende por “âmbito de proteção”, seguramente extrapolaria os contornos desse trabalho específico sobre o direito à não auto-incriminação. Então, apenas para situar o leitor, explicita-se a adoção de um conceito mais simplificado, de acordo com o qual “âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial”<sup>14</sup>.

Na busca pelo âmbito de proteção do direito ao silêncio, serão simultaneamente cotejados os bens protegidos, as formas de intervenção e as restrições, pois, como acentua Gilmar Mendes, “na dimensão dos direitos de defesa, âmbito de proteção dos direitos individuais e restrições a esses direitos são conceitos correlatos”<sup>15</sup>.

Muito embora o texto constitucional<sup>16</sup> apenas mencione que o “preso” possui o direito de “permanecer calado”, a amplitude que a

a necessidade de utilização da tortura. [POTTER, Henry. *Now the talk is about bringing back torture*. Londres: The Observer, 2001. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2001/nov/11/afghanistan.humanrights>>. Acesso em: 13 abr. 2008. No Brasil, o debate sobre o privilégio contra a auto-incriminação foi reacendido com o recrudescimento da utilização de bafômetros na fiscalização do cumprimento da Lei nº. 11.705, de 19 de junho de 2008.

13 Robert Alexy trabalha com os conceitos de âmbito de proteção em sentido amplo e estrito. O âmbito de proteção em sentido estrito abrangeria somente o bem protegido, sendo que o autor define bens protegidos como “ações, características ou situações, ou ainda posições de direito ordinário, que não podem ser afetadas ou eliminadas”. O âmbito de proteção em sentido amplo, de outra parte, “abrange tudo aquilo que é *prima facie* proibido”. O autor, então, arremata: “Entre esse conceito amplo de âmbito de proteção e o conceito de suporte fático composto pelo bem protegido e pela intervenção há uma congruência de conteúdos. Ambos os conceitos de âmbito de proteção têm a sua justificação”. [ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 302–307.

14 Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. ed. Heidelberg, 1995, p. 18, n. 46, *apud* MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 294-295.

15 O autor complementa que “não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito. [Idem. p. 295-296].

16 Art. 5º, LXIII da CF: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

doutrina e jurisprudência vêm conferindo a esta cláusula supera o simples direito de o indivíduo encarcerado manter-se silente em interrogatório travado no curso de processo criminal<sup>17</sup>. Existindo o risco de imputação penal, resguarda-se, antes de tudo, a sua liberdade moral de decidir se coopera ou não com as autoridades públicas<sup>18</sup>. É oportuno enfatizar que, neste trabalho, tomar-se-á a expressão autoridade pública em sentido extensivo<sup>19</sup>, de forma a que nela estejam compreendidos os agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>20</sup>.

Assim, muito mais do que o direito de se calar, o que o princípio do *nemo tenetur se detegere* atualmente consagra é o direito de o indivíduo não ser obrigado a participar ativamente da produção de provas que lhe auto-incriminem. A garantia permite a opção por assumir uma postura ativa ou passiva diante da persecução estatal.

O privilégio contra a auto-incriminação deriva diretamente dos direitos à ampla defesa, presunção da inocência e devido processo legal<sup>21</sup>. Essa conexão principiológica serve para estabelecer um primeiro marco, pois se a ampla defesa, o devido processo legal e o contraditório são aplicáveis aos processos administrativos comuns<sup>22</sup>, e, com mais ênfase, aos de cunho disciplinar ou restritivos da esfera do particular, não se erige óbice à sua incidência no processo administrativo fiscal (PAF). É dizer, o fato de não existir norma específica que possibilite a alegação do princípio do *nemo tenetur se detegere* na seara fiscal não desnatura a circunstância de que, enquanto processo administrativo, o PAF já estaria,

---

17 O STF, no julgamento do HC nº. 83.960/RS, em 14.06.2005, fixou uma posição aberta, no sentido de que é “assente a jurisprudência do Tribunal em que o comportamento do réu durante o processo, na tentativa de defender-se, não se presta a agravar-lhe a pena”. Em outras oportunidades, reconheceu a extensão do privilégio contra a auto-incriminação à recusa em provas sem cunho testemunhal, a exemplo do fornecimento de padrões gráficos, conforme HC nº. 77.135/SP, de 08.09.1998.

18 Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit. p. 422.

19 Nesse sentido, veja-se o HC nº. 79.244/DF, de 23/02/2000, no qual o STF decidiu que “a garantia contra a auto-incriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos”.

20 Segundo Maria Elizabeth Queijo, o direito ao silêncio deve ser reconhecido a todos indistintamente sempre que possa haver auto-incriminação em declarações perante qualquer dos três poderes. Assim, sintetiza que o direito de não produzir prova contra si mesmo tem lugar sempre que o indivíduo possa se auto-incriminar em depoimento ou declaração prestada perante autoridade. [QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit. p. 197 e 425].

21 Guilherme de Souza Nucci salienta que, após a edição da Lei nº. 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento do direito ao silêncio como manifestação e realização da ampla defesa. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*, São Paulo: RT, 2005, p. 391.

22 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 501.

de uma forma ou de outra, por conta do art. 5º, LV, da Constituição Federal, adstrito à observância desses princípios enunciados<sup>23</sup>.

O Supremo Tribunal Federal também vem se coadunando com essa tendência de que o direito ao silêncio pode ser exercido fora do âmbito judicial, tendo igual aplicabilidade em processos administrativos<sup>24</sup>.

Acolhe-se essa posição de que a garantia do *nemo tenetur se detegere* não tem sua incidência confinada no processo penal. Logo, estende-se aos processos conduzidos por autoridades públicas em geral. Sustentar que a garantia somente pode ser invocada após a apresentação de uma acusação penal formal ocasionaria o seu esvaziamento, sobretudo, como já dito, no que tange a crimes com as peculiaridades dos tributários, cujo conjunto probatório é eminentemente documental e, em grande parte, colhido fora da esfera judicial.

Nesse ponto, além de acertada, a postura da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes de empregar o direito ao silêncio em processo administrativo representa um avanço em termos de aplicação prática da garantia num campo em que ainda é tímida a sua inserção.

## 2.2 CONDUTAS ABRANGIDAS PELO DIREITO À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO

Uma vez fixado que o indivíduo pode valer-se do direito ao silêncio em processo administrativo fiscal, a conformação do âmbito de proteção da garantia exige ainda que sejam especificamente delimitadas as condutas por ela abrangidas.

A definição preliminar de privilégio contra a auto-incriminação, explicitada linhas acima, levou em conta a possibilidade de o acusado se negar a participar ativamente da produção de provas que possam lhe incriminar. Este critério de atividade ou passividade em relação ao meio de prova é também o ponto distintivo que será invocado para se continuar a fixar o seu raio de abrangência.

Segundo Theodomiro Dias Neto, o direito à não auto-incriminação assegura que o indivíduo não seja convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Contudo, o autor pondera que esta diferenciação entre condutas ativas e passivas nem sempre é de fácil percepção. Assim, a seu ver, o imputado poderia ser coagido a submeter-se a um exame de sangue, mas não seria obrigado a cooperar com o teste do bafômetro,

23 Ingo Wolfgang Sarlet enuncia que, “em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7ª. ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 293.

24 Cf. HC n°. 79.244/DF.

visto que, neste último caso, estaria atuando ativamente para a sua incriminação<sup>25</sup>.

Maria Elizabeth Queijo não diverge essencialmente dessa posição e, ao cuidar das provas produzidas com a cooperação do acusado, que não acarretam intervenção corporal, aduz que elas podem ser determinadas pela autoridade policial ou judiciária, mesmo sem o consentimento do acusado, desde que impliquem apenas colaboração passiva deste<sup>26</sup>.

Outro que fornece uma contribuição na tentativa de elucidar o que está dentro do âmbito de proteção do direito ao silêncio é Alberto Sanz Díaz-Palacios. Este autor propõe uma divisão entre as provas que dependem da vontade do indivíduo para existir e as que independem. Extraindo elementos de julgamento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, proferido no caso *Saunders vs. Reino Unido*, de 17 de dezembro de 1996, Díaz-Palacios prega que o direito de não produzir prova contra si mesmo não se estende às provas que existam independentemente da vontade do acusado, como amostras de sangue ou urina, por exemplo<sup>27</sup>. Aplicada sua lição ao processo fiscal, apenas estariam abarcadas pelo princípio do *nemo tenetur se detegere* as manifestações orais e escritas (esclarecimentos) do sujeito passivo e não as documentais<sup>28</sup>.

Para os propósitos desse estudo, toma-se como ponto de partida, para a fixação do âmbito de proteção do direito à não auto-incriminação, uma concepção que mescla as idéias desses três autores, de sorte que a garantia incida sobre as provas que dependem do indivíduo para serem produzidas e, além disso, vede a imposição da prática de comportamentos ativos incriminadores. Por outro lado, as condutas que traduzam mera tolerância ou postura nitidamente passiva do investigado não estariam amparadas pelo privilégio.

Não se nega, porém, que existem dificuldades para definir, no caso concreto, o que é conduta ativa ou passiva em relação à investigação e não se deixa de ter alguma preocupação com o engessamento da atividade de colheita de provas.

É tênue a fronteira entre posições ativas e passivas, e, o que é mais problemático ainda, quase todas as provas demandam, em maior

25 Cf. DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 05, nº. 19. p. 185.

26 QUEIJO, op. cit. p. 364.

27 DÍAZ-PALACIOS, Alberto Sanz. El Derecho a no declarar contra sí mismo. Conferencia presentada no Curso de Pós-graduação em Direito “El control Tributario: Prerrogativas de la Administración y derechos del contribuyente”. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha., 2003. Disponível em: <<http://www.uclm.es/cief/Doctrina/derechoanodeclarar.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2008.

28 Ibid. p. 24.

ou menor alcance, algum traço de atividade. Ou seja, pouco ou nada sobraria que não fosse suscetível a um veto pela aplicação direito ao silêncio. Há, por exemplo, uma mínima postura ativa na qualificação do interrogatório e no reconhecimento de pessoas, e estas condutas, majoritariamente, não são vistas como albergadas pelo privilégio contra a auto-incriminação. Assim, o uso intransigente desse critério de atividade-passividade como única medida válida para apontar se uma conduta está ou não contemplada pelo direito ao silêncio pode conduzir a uma investigação com zero de cooperação por parte do indivíduo.

A questão é que, embora não esteja a salvo de críticas, essa distinção calcada na dicotomia entre condutas ativas e passivas parece fixar um caminho mais lógico e sistemático para a resolução do problema. Entretanto, sob nenhuma hipótese, deve ser vista como critério isolado e absoluto para demarcar o que se insere no âmbito de proteção do direito de não produzir prova contra si mesmo.

Não existe uma fórmula fria que, em todas as situações postas, consiga julgar com irretocável precisão se uma conduta é ativa ou passiva, ou seja, se está ou não abrangida pelo direito de não produzir prova contra si mesmo, sobretudo se, como dito, todas as condutas apresentam um toque de atividade. Como sempre serão necessárias interpretações e ajustes, a delimitação do âmbito de proteção desse direito fundamental deve ser iluminada por dois critérios de refinamento: os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da proporcionalidade promove uma sintonia fina ao demonstrar que é indevido o descarte de uma prova, sob alegação do direito à não auto-incriminação, ante qualquer ínfimo traço de atividade do indivíduo na sua produção. A proporcionalidade determina, portanto, que o *discrímen* entre uma conduta ativa ou passiva não seja segmentado e estanque, mas sim uma compreensão dos aspectos que, como um todo, preponderam e sobressaem em relação à prova. Enquanto na resposta a inquirições prevalece, com clareza, uma atividade; no caso de requisições de documentos, parece ocorrer a mera tolerância, ganhando mais vulto a passividade.

N'outro giro, existem provas que, mesmo traduzindo primordialmente uma conduta passiva, afrontam o direito de não produzir prova contra si mesmo por atingirem a dignidade da pessoa humana. Ainda que o indivíduo não pratique nenhuma ação, não pode ser admitida, *v.g.*, uma prova que dependa de intervenção corporal forçada e degradante.

Eugênio Pacelli de Oliveira é um autor que adota a dignidade da pessoa humana e a integridade corporal e mental do investigado

como maiores balizas para o exame da incidência do direito à não auto-incriminação, ao invés de tão-somente polarizar o tema entre condutas ativas e passivas. Assim, o processualista não vê obstáculo, por exemplo, ao fornecimento de padrões gráficos, pois, segundo adverte, caso prevalecesse a rejeição a todo e qualquer comportamento ativo, não se admitiria sequer a diligência de reconhecimento de pessoas<sup>29</sup>.

Diante das complexas variáveis que influem na interpretação do alcance do direito à não auto-incriminação, há que se ter em mente que a tentativa de encontrar o âmbito de proteção dessa garantia não pode se limitar apenas à compreensão do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, demandando o cotejo de outros princípios e dispositivos constitucionais.

Enfim, para definir se uma conduta está ou não incluída no âmbito de proteção do direito à não auto-incriminação, há que se examinar se ela se origina preponderantemente de um comportamento ativo ou passivo do sujeito em relação à produção da prova, ou seja, se o elemento probatório seria igualmente produzido à revelia da vontade do indivíduo, sendo certo que tal apreciação deve ser pautada pelos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, eanquanto critérios de sintonia fina.

### 2.3 DIREITO AO SILÊNCIO E PROVA DOCUMENTAL

No precedente da *Boiforte Frigoríficos*, o Conselho de Contribuintes validou o acesso da fiscalização aos documentos contábeis da empresa, mas não permitiu a cominação de sanção pela não apresentação de esclarecimentos sobre as práticas adotadas. Houve, com isso, um tratamento especial para os esclarecimentos em comparação com as evidências documentais.

A primeira e mais clássica visualização do direito à não auto-incriminação é a do silêncio em interrogatórios, isto é, a da impossibilidade de coerção para a produção de testemunho auto-incriminador. No particular, a Suprema Corte Norte-Americana já afirmou, em posição restritiva, que o *privilege against self incrimination* incide apenas sobre a prova que ostenta caráter testemunhal<sup>30</sup>.

29 Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 305.

30 Cf. COPOLLO, George; MCCARTHY, Kevin E. *Privilege Against self incrimination in the production of documents*, OLR Research Report, de 07.04.2004. Disponível em: <<http://www.cga.ct.gov/2004/rpt/2004-R-0325.htm>>. Acesso em 20 mai 2008. Nesse sentido, Maria Elizabeth Queijo também complementa: “Enfim, a regra, no direito norte-americano, é que o *privilege against self incrimination* não se estende a provas que não envolvam compulsão de ordem testemunhal”. QUEIJO, op. cit. p. 304.

Como na seara tributária não existe a praxe de convocações para a tomada de depoimentos orais<sup>31</sup>, o que se cogita, precipuamente, tanto no art. 195 do Código Tributário Nacional quanto no § 2º do art. 44 da Lei nº. 9.430/96, é da intimação para a apresentação de esclarecimentos escritos e de evidências documentais.

A adoção do ponto de vista de que o *nemo tenetur se detegere* incide no PAF conduz à conclusão de que a recusa em prestar esclarecimentos está inserida no âmbito de proteção da garantia, pois, mesmo que sejam apresentados em via escrita, os esclarecimentos correspondem a uma participação ativa e seguem a lógica própria da feição primária do direito enfocado. Admitir a incidência do privilégio equivale a autorizar o contribuinte a não responder a perguntas que o constroem a uma auto-acusação, sejam elas formuladas em meio escrito ou oral.

Quando relevou o descumprimento da intimação para prestar esclarecimentos escritos e, a um só tempo, tratou o acesso aos documentos em geral de forma diversa, o precedente da *Boiforte Frigoríficos* promoveu uma boa abordagem do tema, uma vez que a prova documental propriamente dita envolve uma análise diferenciada.

Embora alguns sustentem que esse tipo de prova demanda a cooperação do indivíduo pela sua simples entrega às autoridades<sup>32</sup>, percebe-se que essa afirmação não pode ser aplicada sem maiores reservas. A rigor, nem toda colheita de prova documental envolve colaboração para efetivar-se, exigindo, quando muito, a mera tolerância.

Decerto, o indivíduo não poderá ser compelido a criar um documento auto-incriminador para atender a uma intimação e nem a testemunhar sobre a existência de documentos desconhecidos por parte das autoridades públicas, porquanto a postura ativa, nessas hipóteses, é incontestável.

Foi isso que entendeu a Suprema Corte norte-americana quando, no caso *U.S. v. Hubbell* [530 U.S. 27 (2000)], abriu uma brecha em relação à orientação anteriormente firmada no precedente *Fisher v. U.S.* [425 U.S. 391 (1976)]<sup>33</sup>. Enquanto em *Fisher*, a Corte estabeleceu uma interpretação bastante restrita do

31 Luciano AMARO preleciona que o princípio documental informa o procedimento fiscal. AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*, 11 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 482.

32 Cf. QUELJO, op. cit. p. 261.

33 Cf. DEVRIES, Delwyn D.; FISHER, Bruce D. Limits of documentary privilege against self-incrimination. *CPA Journal*. Accountant's Liability. Knoxville: abril, 2003. Disponível em: <<http://www.nysscpa.org/cpajournal/2003/0403/dept/d046203.htm>>.

privilégio, firmando sua inaplicabilidade às evidências documentais, ao examinar o caso *Hubbel*, aduziu que a garantia cobria as situações em que a acusação não sabia da existência do documento<sup>34</sup>, pois isto equivaleria a obrigar o indivíduo a testemunhar sobre a existência, custódia e autenticidade do mesmo.

Dessa forma, no que tange aos documentos privados ou de manutenção facultativa, tem-se que o direito de não produzir prova contra si mesmo pode ser invocado, no caso concreto, se o contribuinte for compelido a produzir um documento que não existe ou a testemunhar sobre a existência de evidência documental desconhecida por parte da fiscalização, tal qual um contrato ignorado, por exemplo.

Em geral, contudo, não se reputa que a entrega de documentos requeridos pela fiscalização esteja sob o manto do privilégio contra a auto-incriminação. Opinião esta que é compartilhada pelo Tribunal Constitucional da Espanha, que não reconhece a proteção da garantia para os documentos requeridos coercitivamente pela administração tributária, consoante informa Alberto Sanes Díaz-Palacios<sup>35</sup>.

Claro que, em sendo detectados abusos, deve haver controle judicial e ser reconhecida a imprestabilidade da prova para lastrear a ação penal, conforme se explicitará mais adiante.

Por outro lado, importa observar que é estreme de dúvidas que os documentos cuja manutenção e publicidade são obrigadas por lei não estão protegidos por sigilo decorrente do direito à não auto-incriminação. Assim ocorre com os registros contábeis da empresa, livros comerciais e fiscais, etc. A organização e disponibilização destes documentos são atitudes essenciais para uma prática corporativa saudável, visto que eles traduzem o desenho elementar da pessoa jurídica.

É possível traçar o seguinte paralelo: esses livros e documentos obrigatórios, juntamente com o estatuto ou contrato social, estão para as pessoas jurídicas assim como a identificação civil está para as pessoas físicas. Explica-se. A noção de empresa envolve necessariamente algum grau de função social e de publicização, de sorte que as corporações, cada vez mais, estão inseridas na comunidade de forma transparente, estando sujeitas, em algumas modalidades de negócio, a farta regulação. Uma parcela de privacidade deve ser abdicada para que a coletividade, composta por consumidores, investidores, governo, etc., saiba o que a empresa é e minimamente o que nela ocorre.

34 Cf. COPOLLO, George; MCCARTHY, Kevin E op. cit. p. 1.

35 Cf. DÍAZ-PALACIOS, op. cit. p. 24.

É razoável exigir, portanto, o dever de escrituração, dentre outros congêneres. E do mesmo modo que o privilégio contra a auto-incriminação não garante que o indivíduo deixe de se identificar, não autoriza que a empresa deixe de manter esses dados e de permitir acesso a esses básicos elementos da sua configuração<sup>36</sup>.

Não se está a defender que a formatação da garantia seja relegada à legislação ordinária, porém, dentro do critério adotado, não se verifica ação ou atividade relevante por parte do contribuinte ao permitir o acesso da fiscalização a esses documentos obrigatórios.

Em decisão relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski<sup>37</sup>, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal veio ao encontro da linha de argumentação ora esboçada e definiu que um prefeito não poderia alegar o privilégio contra a auto-incriminação para o fim de negar acesso a documentos públicos, pertencentes à municipalidade, que estavam em sua custódia. Atente-se para o fato de que a Corte não pregou que a garantia não se estende à entrega de documentos em geral, ou, mesmo aos privados, cingindo-se a assentar que os documentos públicos não podem ser sonogados sob a arguição do privilégio.

Por derradeiro, importa fazer menção ao entendimento de Fábio Ulhoa Coelho sobre o cotejo entre o art. 195 do CTN e o sigilo que reveste os livros comerciais. Segundo o autor, os livros comerciais gozam de sigilo e não podem ser exibidos fora das hipóteses legais. Entretanto, tal sigilo não se opõe às autoridades fiscais, em conformidade com o que dispõem os artigos 195 do CTN e 1.193 do Código Civil Brasileiro<sup>38</sup>.

Quanto às principais condutas de colaboração do processo fiscal, quais sejam esclarecimentos e apresentação de documentação, conclui-se que os esclarecimentos inserem-se no âmbito de proteção do direito de não produzir prova contra si mesmo, enquanto a entrega de documentação apenas se reveste de acolhida em situações excepcionais em que seja imposta a criação de novo documento ou o testemunho sobre a existência de documento desconhecido pelas autoridades. Já no caso de documentos cuja manutenção, por parte do contribuinte, é obrigatória por força de lei, a fiscalização possui amplo acesso aos elementos de prova.

36 Maria Elizabeth QUELJO entende que o direito de não produzir prova contra si mesmo não afasta o dever de identificação no interrogatório em ação penal. Cf. op. cit. p. 201.

37 Cf. STF, HC 93.829-9/BA, de 10 de junho de 2008.

38 Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54.

## 2.4 PESSOAS JURÍDICAS PODEM INVOCAR O PRIVILÉGIO NO CURSO DO PAF?

O entendimento dominante nos Estados Unidos é o de que o *privilege against self incrimination* não se estende às pessoas jurídicas<sup>39</sup>. Maria Elizabeth Queijo informa que a Suprema Corte daquele país só admite a garantia para documentos pessoais e registra que “não se reconhece o *privilege* se o documento tiver sido produzido por corporações ou entidades coletivas”<sup>40</sup>.

As manifestações encontradas na doutrina nacional seguem caminho um pouco distinto. Maria Elizabeth Queijo<sup>41</sup> e Ada Pellegrini Grinover<sup>42</sup> aceitam a idéia de que as garantias processuais se apliquem às pessoas jurídicas, inclusive o *nemo tenetur se detegere*.

A questão tormentosa é que as citadas autoras reconhecem a possibilidade de invocação do privilégio num contexto substancialmente diferente daquele da decisão do caso *Boiforte Frigoríficos*. Ada Grinover e Maria Elizabeth Queijo admitem que as pessoas jurídicas sejam titulares do direito de não produzir prova contra si mesmas em situações em que as próprias pessoas jurídicas estejam sendo processadas criminalmente, o que pode ocorrer, por exemplo, em hipótese de infração penal contra o meio ambiente da Lei n.º. 9.605/1998.

Diversamente, nos processos administrativos fiscais, as pessoas jurídicas sujeitam-se à investigação de suas atividades, mas, se houver representação ao Ministério Público, são os sócios, diretores ou gestores que serão criminalmente imputados, afinal, no Brasil, essas entidades não respondem por crimes tributários. Essa foi a situação vivenciada no caso *Boiforte Frigoríficos*, já que foi conferida a proteção à empresa, em que pese ela não pudesse ser criminalmente processada.

Arigor, a garantia do *nemo tenetur se detegere* exige a correspondência subjetiva entre quem evita se auto-incriminar e quem, de fato, pode ser incriminado. Por esta razão, numa primeira leitura, poder-se-ia tachar de equivocado o entendimento do Conselho de Contribuintes.

Contudo, a adoção do posicionamento de que a pessoa jurídica não pode suscitar o privilégio, pois não será criminalmente processada, deixa o problema essencial mencionado no início desse

39 Cf. DE VRIES, Delwyn D.; FISHER, Bruce D. op. cit. p.1.

40 Cf. QUEIJO, op. cit. p.305.

41 Ibid. p. 199.

42 GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Temas atuais de Direito Criminal*, v. 02, São Paulo: RT, 1999. p. 46-50.

trabalho sem solução satisfatória. A pessoa jurídica que fornece todos os esclarecimentos e documentos no processo fiscal, sai de cena assim que ele termina, podendo iniciar-se, ato contínuo, a persecução penal contra os indivíduos que estão à frente da entidade. Então, por esse procedimento, os acusados podem, ainda que indiretamente, ser obrigados a apresentar todas as provas que serão utilizadas em seu desfavor numa eventual ação penal.

Jésus-María Silva Sanchez, em breve ensaio sobre o tema, assinala que tudo parece indicar que o Tribunal Constitucional Espanhol está acolhendo a tese de que o direito à não auto-incriminação se estende às condutas praticadas previamente ao processo penal e que acabam tendo influência sobre este. Todavia, a despeito disso, os recursos que chegam a essa Corte acabam sendo denegados, justamente porque os procedimentos de investigação ou inspeção não haviam se dirigido contra quem fora condenado penalmente, mas sim contra a pessoa jurídica<sup>43</sup>. O referido autor termina por refletir que a decisão do Tribunal espanhol peca pelo artificialismo.

De fato, apesar da incongruência subjetiva entre quem opõe o privilégio e quem pode ser processado, não aplicar o direito ao silêncio às pessoas jurídicas terminaria por perpetuar tanto o problema prático ocorrido no caso da empresa *Boiforte Frigoríficos* quanto o enfraquecimento da garantia constitucional.

O equacionamento do problema pode se dar através da utilização dos esclarecimentos apenas dentro do PAF, sob o manto do sigilo fiscal, vedando-se a sua remessa ao Ministério Público e a sua transposição para os autos da ação penal. Com esta medida, o interrogatório dos responsáveis pela pessoa jurídica seria conduzido pela autoridade judiciária, resguardando-se a observância do direito de não produzir prova contra si mesmo naquela instância<sup>44</sup>. É dizer, os esclarecimentos prestados à autoridade fiscal não gerariam conseqüências negativas em ação penal porventura subsequente.

43 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Deberes tributarios de colaboración y derecho a no autoinculparse: la postura del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Molin Advocats, 2006. Disponível em: <<http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Penal/ Penal-Economico/Deberes-tributarios-de-colaboracion-y-derecho-a-no-autoinculparse--la-postura-del-Tribunal-Constitucional.html>>. Acesso em 18 set. 2008.

44 Nesse sentido, contra o traslado da prova, Heloisa Estellita giza que: "Assim, em diversas hipóteses é sustentável que não se poderá simplesmente trasladar provas quando o nível de garantias que cercam sua produção em uma e outra instância (à falta de um termo mais apropriado) não guarde equivalência". [Cf. ESTELLITA, Heloisa. *Aspectos Processuais Penais da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. p. 234. In: *Crimes Econômicos e Processo Penal*. VILARDI, Celso Sanchez e outros (org.). Série GV *Law*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205-248].

Vale frisar que, de acordo com o âmbito de proteção aqui esposado, as evidências documentais não estão incluídas no rol de condutas abrangidas pela garantia no processo administrativo fiscal podendo ser trasladadas para a ação penal.

Em sendo chancelada essa prática de não remeter os esclarecimentos para o Ministério Público, elimina-se esta hipótese de auto-incriminação e não subsiste empecilho para o agravamento da multa prevista no §2º, do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996.

Reputa-se como adequada a extensão do direito ao silêncio às pessoas jurídicas, de modo a impedir que os esclarecimentos prestados sejam juntados aos autos da ação penal. A utilização desses esclarecimentos como lastro para uma condenação criminal configuraria auto-incriminação indireta em prejuízo dos diretores, gestores e sócios da pessoa jurídica. E, no que tange à relação fisco-contribuinte, se efetivamente for anulado o potencial prejuízo criminal das informações prestadas, mediante a implementação da medida que veda o traslado das provas, não existe óbice à cominação de multa pelo embaraço à fiscalização, afinal os esclarecimentos servirão, tão-somente, para robustecer a lavratura do auto de infração.

Ademais, se a constatação da ocorrência de infração penal advir exclusivamente de confissão contida nos esclarecimentos apresentados no PAF, não pode ser instaurada persecução penal contra o indivíduo, sob pena de violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere* e nem as provas conseqüentes de tal declaração podem ser utilizadas.

## 2.5 DEVER DE COMUNICAÇÃO DO DIREITO DE SILENCIAR

Uma das conseqüências da incidência do princípio do *nemo tenetur se detegere* no processo administrativo fiscal é o direito do titular de ser informado sobre a opção de silenciar, de não adotar uma postura ativa na produção probatória.

Com efeito, o pleno exercício do *nemo tenetur se detegere* não se dá exclusivamente através de controle judicial posterior voltado à exclusão de provas ilícitas, mas passa, antes disso, pela não produção dessa prova. Por conseguinte, caso se verifique que em uma dada situação o indivíduo possuía o direito de não produzir prova em seu desfavor, porém não foi devidamente comunicado dessa circunstância pelas autoridades, inutiliza-se a prova extraída.

A exigência de informação prévia do direito de “*permanecer calado*” foi estruturada pela Suprema Corte norte-americana, em 1966, quando do julgamento do caso *Miranda vs. Arizona* e, a partir de então,

ganhou notoriedade mundial. Naquela oportunidade, a Corte enunciou uma série de regras aplicáveis em caso de interrogatório sob custódia, enfatizando, dentre outras coisas, que o interrogado deveria ser informado de modo claro e inequívoco sobre seu direito ao silêncio<sup>45</sup>.

Seguramente, a realidade do processo administrativo fiscal não é idêntica à considerada no precedente *Miranda vs. Arizona*, já que ali se tratava de interrogatório sob custódia<sup>46</sup>. Entretanto, mesmo nas situações que não traduzem custódia, tanto quanto possível, não se pode dispensar a comunicação do direito de exercer a opção pelo silêncio.

Cabe realçar, uma vez mais, que o não suprimento desse requisito prévio de comunicação, ocasiona a imprestabilidade da prova para consubstanciar futura condenação penal. Como bem pontua Maria Elizabeth Queijo, a falta de advertência quanto ao direito ao silêncio viola a garantia do *nemo tenetur se detegere*<sup>47</sup>.

Ao se transportar essa exigência para o processo administrativo fiscal, devem ser precisados o momento e o procedimento adequados para a oposição do silêncio durante a atividade de fiscalização.

Assim, o atendimento da cláusula de dever de comunicação pode ser implementado mediante uma prática mais transparente por parte da administração tributária. Tome-se como exemplo a moldura fática descrita no processo da *Boiforte Frigoríficos*. Ao indagar sobre as condutas perpetradas pela contribuinte, a fiscalização deveria ter comunicado a existência de elementos indicativos de crime (fraude), bem como a possibilidade de exercício do direito ao silêncio ou a menção – caso adotada tal sistemática – de que a prova não seria trasladada para ação penal. Igual procedimento de advertência das conseqüências da prova e do direito de não produzi-la deveria ser adotado nas outras hipóteses em que se reconheceu que o direito ao silêncio tem guarida.

Por fim, calha alertar que o indivíduo pode não exercer o seu direito à não auto-incriminação, voluntariamente prestando os esclarecimentos.

### 3 DEVER DE COLABORAÇÃO E CRIMES TRIBUTÁRIOS

O objeto central desse artigo é a investigação da aplicabilidade do direito ao silêncio no processo administrativo fiscal. Entretanto, como se

45 DIAS NETO, op. cit. p. 197.

46 Theodomiro Dias Neto salienta que as “*Miranda rules*” foram talhadas para quem se encontrava sob custódia ou de alguma forma significativamente privado de sua liberdade pessoal. [Idem, p. 197].

47 QUEIJO, op. cit. p. 397.

reforçou a conexão entre a fase administrativa e a ação penal por crime tributário, faz-se oportuno examinar a seguinte consequência: a recusa do contribuinte em atender a intimação para fornecer documentos ou declarações pode configurar algum dos crimes tributários previstos na Lei n.º 8.137/1990?

No que se relaciona ao dever de colaboração, pode-se destacar alguns delitos da mencionada Lei n.º 8.137/1990. São incriminadas, por exemplo, as condutas de: i) suprimir ou reduzir tributo, mediante omissão de informação ou prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias (art. 1.º, I); ii) negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação (art. 1.º, V); iii) deixar de atender exigência da autoridade, o que caracteriza infração prevista no inciso V (art. 1.º, parágrafo único); iv) fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente do pagamento de tributo (art. 2.º, I).

Diante desses dispositivos, algumas opiniões inclinam-se no sentido de que, sempre que a conduta do indivíduo estiver respaldada no direito de não produzir prova contra si mesmo, não poderá suceder a criminalização dos seus atos.

Helenilson Cunha Pontes, ao se debruçar sobre o parágrafo único do art. 1.º da Lei n.º 8.137/1990, que, reforçando o dever de colaboração, tipifica a conduta de “*deixar de atender exigência de autoridade*”, escreveu que tal norma pode ser considerada inconstitucional diante do caso concreto, “quando o atendimento às intimações fiscais puder gerar consequências negativas à esfera de liberdade do indivíduo”<sup>48</sup>.

Valter Pedrosa Barretto Jr., a seu turno, não advoga expressamente a inconstitucionalidade de nenhum dos crimes da Lei n.º 8.137/1990, mas sustenta que é “indispensável à relação jurídico-tributária todos os direitos e garantias fundamentais assegurados aos acusados de crimes em geral, dentre eles o direito ao silêncio”. O autor indica que há uma prevalência do direito fundamental, podendo-se extrair a conclusão de que, para ele, num eventual confronto, cabe o afastamento de tais figuras delitivas<sup>49</sup>.

Maria Elizabeth Queijo, assim como Helenilson Pontes, entende que o parágrafo único do art. 1.º da Lei n.º 8.137/1990 viola o direito

48 PONTES, op. cit. p. 92.

49 BARRETO JR., Valter Predosa. *Direito ao silêncio em matéria tributária*. Salvador: Jus navigandi, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6638&p=2>>. Acesso em 26 set. 2008.

à não auto-incriminação e estabelece que normas que impõem o dever de declarar, sob ameaça de sanção penal, afrontam a citada garantia<sup>50</sup>. Sobre a hipótese de informações confirmatórias de outras anteriormente prestadas, assevera que<sup>51</sup>:

[...] se o contribuinte prestou informação falsa ao Fisco, para reduzir tributo, e o Fisco solicita a confirmação de tal informação, não há que falar na configuração do crime de falso com relação a esta última, mas sim em incidência do *nemo tenetur se detegere*, caso venha o contribuinte a confirmar a informação falsa anteriormente ofertada. Também nessa hipótese tem aplicação a regra atinente à colaboração de natureza comunicativa.

É bom deixar claro que a aludida autora não prega uma aplicação indiscriminada do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Quanto aos crimes da Lei n.º. 8.137/1990, ela aparta dois contextos fáticos distintos: são cobertas pelo privilégio contra a auto-incriminação as situações em que existe nexos direto entre a incriminação e a informação ou comportamento que é solicitado pela autoridade; porém, não são impuníveis por aplicação do direito ao silêncio as infrações independentes, dissociadas de exigência de colaboração por parte da autoridade, que são cometidas para ocultar crimes praticados em momento pretérito<sup>52</sup>.

Segundo essa orientação, o direito de não produzir prova contra si mesmo não serve para simplesmente imunizar crimes praticados para esconder outros crimes anteriores. O manto do privilégio só existe quando há nexos entre a solicitação da informação, por parte da autoridade, e o delito daí subsequente.

Observa-se, por conseguinte, que o direito de não produzir prova contra si mesmo não tem por objetivo encobrir crimes seqüenciais, jamais isentando de reprovação as novas infrações independentes cometidas para mascarar outras. A garantia permite evitar, isto sim, que o indivíduo seja coagido, mediante sanção penal, a prestar declaração incriminadora às autoridades.

50 Pedro Luiz A. Marino trata do assunto, nos seguintes termos: “[...] não comete o crime previsto parágrafo único do art. 1.º, da mesma lei, o contribuinte que deixa de atender a exigência da autoridade, no prazo legal, com a finalidade de acobertar conduta anterior criminosa”. MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio: o direito ao silêncio (CF, art. 5.º, LXII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: *Direito Penal Tributário Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 115].

51 QUEIJO, op. cit. p. 419-420.

52 QUEIJO, op. cit. p. 420.

#### 4 ANÁLISE DA EXONERAÇÃO DA MULTA AGRAVADA DO §2º DO ART. 44 DA LEI 9.430/96

Como se propôs uma nova sistemática procedimental através da qual os esclarecimentos prestados no PAF que acarretem auto-incriminação não devem ser repassados ao Ministério Público, e, conseqüentemente, colacionados aos autos da ação penal, a rigor, sem esse risco de incriminação, não existiria nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade no agravamento da multa pelo embaraço à fiscalização.

Numa leitura mais apressada, se poderia tachar de equivocada a decisão da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes de afastar a multa agravada do §2º do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996, pois, sem a possibilidade de incriminação pela apresentação dos esclarecimentos, mostrar-se-ia devida multa. O Poder Judiciário poderia determinar a solução de desentranhamento da prova ou mesmo a administração tributária poderia não encaminhá-la ao Ministério Público.

Entretanto, subsiste uma outra motivação forte para lastrear o posicionamento do colegiado: não houve proporcionalidade na medida decretada pelo Fisco contra a empresa *Boiforte Frigoríficos*.

No contexto fático do aludido precedente, a fiscalização já havia acessado a contabilidade da empresa, inclusive verificando os valores informados pela contribuinte ao Fisco estadual, e, ainda assim, mesmo dispondo de elementos suficientes para promover o lançamento e até para caracterizar fraude, entendeu por bem solicitar esclarecimentos adicionais. Como essa intimação não foi atendida, ao final do procedimento, a autuação fiscal foi lavrada com multa de ofício agravada em 225%, por força do mencionado §2º do art. 44 da Lei nº. 9.430/1996.

Vislumbra-se, a partir dessa narrativa, que a última intimação encaminhada à empresa não traduzia uma exigência necessária para os fins almejados pela fiscalização. Uma atividade administrativa nesses moldes não pode ser considerada conforme ao princípio da proporcionalidade.

Em que pese a maior atenção atualmente dedicada pela doutrina ao princípio da proporcionalidade enquanto balizamento da atividade legislativa, é inegável que a atividade administrativa também deve ser proporcional, adequada e necessária<sup>53</sup>.

53 Luís Roberto Barroso enuncia que: "A atividade estatal normalmente se dá à vista de certas circunstâncias (motivos) e destina-se a prover meios para realizar determinados fins. A razoabilidade expressa, em primeiro lugar, a adequação lógica, a racionalidade que deve haver entre estes motivos, meios e fins.

A finalidade precípua da atividade administrativa tributária é a de apurar e efetuar o lançamento da exação. Portanto, todos os movimentos do Fisco devem estar focados para esse objetivo e as intervenções nos direitos fundamentais do contribuinte devem ser aquelas estritamente indispensáveis para alcançar tal desiderato.

No caso, a medida adotada pela fiscalização, insistindo na requisição de esclarecimentos, não era necessária e o procedimento administrativo de apuração do tributo poderia ter-se encerrado de forma menos gravosa ao contribuinte<sup>54</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, de muito, endossa a aplicação da idéia de proporcionalidade na atividade administrativa tributária, tendo, no particular, editado o enunciado n.º. 439 da súmula da sua jurisprudência, que diz que “estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”. Ou seja, mesmo para aqueles dados cuja manutenção é obrigatória, não se confere uma carta branca para que seja examinado algo além do que é imprescindível para a investigação fiscal.

É possível ainda cogitar se não seria menos gravoso, na hipótese de um contribuinte não atende a alguma intimação, arbitrar o montante do imposto a pagar, ao invés de se agravar a multa de ofício, nos termos do § 2º do art. 44 da Lei n.º. 9.430/1996.

Em todo caso, os excessos cometidos pela fiscalização devem ser controlados pela Administração Pública, como ocorreu no caso *Boiforte*, e pelo Poder Judiciário<sup>55</sup>.

---

Em segundo lugar, a *necessidade* ou exigibilidade da medida impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para realização dos fins visados. Por fim, a razoabilidade deve embutir, ainda, a idéia de *proporcionalidade em sentido estrito*, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido para constatar se a medida é legítima. [§] Em um Estado de direito, não é possível conceber a função estatal sem se levar em conta o princípio da razoabilidade. Através dele, é possível verificar se determinado ato do Poder Público foi praticado em conformidade com o ordenamento jurídico considerado de forma ampla”. [Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos*. Temas de Direito Constitucional, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 255].

54 Paulo Bonavides sustenta que “Pelo princípio ou subprincípio de necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja”. [BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 22 ed., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 397].

55 Para Maria Elizabeth Queijo, “[...] incumbindo ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, a tutela dos direitos fundamentais, havendo restrição ao *nemo tenetur se detegere* prevista em lei, deverá ela ser submetida ao caso concreto. [...] se a prova for determinada pela autoridade policial, ficará sujeita, obrigatoriamente, ao controle jurisdicional feito *a posteriori* [...]”. QUEIJO, op. cit. p. 357 e 365.

Sem embargo do teor do enunciado n.º. 02 da súmula do Segundo Conselho de Contribuintes, de acordo com a qual esse órgão administrativo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da legislação tributária, no processo *Boiforte*, a Câmara não aplicou o princípio da proporcionalidade para considerar inconstitucional a Lei n.º. 9.430/1996, mas, em verdade, levou a efeito acertadamente a sua atribuição de controlar, enquanto instância de superposição, a atividade administrativa.

## 5 CONCLUSÃO

O dever de colaboração do contribuinte para com o Fisco não despoja o indivíduo do plexo de garantias conferido pela Constituição Federal. E, dentre esses direitos fundamentais que podem ser exercitados no processo administrativo fiscal, figura o privilégio contra a auto-incriminação.

O âmbito de proteção do direito ao silêncio no PAF salvaguarda o contribuinte contra a obrigação de prestar esclarecimentos, orais ou escritos, que possam auto-incriminar-lhe. No caso da empresa *Boiforte Frigoríficos*, a rigor, não poderia ser oposta a garantia, uma vez que as pessoas jurídicas não podem ser processadas por crimes tributários. Porém, para evitar o artificialismo desta solução, é factível a adoção de uma postura conciliadora, evitando-se a remessa dos esclarecimentos colhidos no PAF ao Ministério Público e a sua juntada no processo penal.

Assim, caso não sejam utilizados os esclarecimentos na ação penal, não remanesce nenhum óbice à imposição da multa agravada do §2º, do art. 44 da Lei n.º. 9.430/1996, haja vista que a evidência probatória ficaria adstrita à investigação fiscal.

Nota-se, além disso, que, na hipótese retratada no processo da *Boiforte*, a decisão do Conselho de Contribuintes foi acertada, considerando que o agravamento da multa de ofício imposto pelo Fisco não se revestiu da necessária proporcionalidade.

Conclui-se que não se pode simplesmente trasladar a prova colhida numa seara destituída de garantias para outra em que haja cobertura pelos direitos fundamentais. A incongruência subjetiva entre quem é processado na esfera criminal e quem é investigado no processo administrativo fiscal, antes de constituir um obstáculo ao exercício do direito à não auto-incriminação, deve ser o ponto de partida para a busca por novos modelos e procedimentos. É possível propor a incomunicabilidade entre as instâncias penal e administrativa no que se refere a alguma prova específica, ou, até mesmo, pensando-se em

termos de política criminal, sustentar que a responsabilização criminal tributária seja arcada pela própria pessoa jurídica ou então que ocorra uma descriminalização dessas condutas, pois na medida em que se reduz a gravidade das penas, pode-se reduzir o conjunto de garantias<sup>56</sup>.

## REFERÊNCIAS

ALEX Y, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros 2008.

ALTAMIRANO, Alejandro C., *El deber de colaboración. Fundamento, alcance, validez y legitimidad*. Mar del Plata, 2007. Disponível em: <<http://www.actualidadimpositiva.com/especiales/jornadas07/dr.alejandrotamirano.htm>>. Acesso em: 01 set. 2008.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARRETO JR., Valter Predosa. *Direito ao silêncio em matéria tributária*. Salvador: Jus navigandi, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6638&p=2>>. Acesso em 26 set. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão e limitação a direitos fundamentais. Ilegitimidade de restrições à publicidade de refrigerantes e sucos. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COPOLLO, George; MCCARTHY, Kevin E. *Privilege Against self incrimination in the production of documents*. OLR Research Report, 2004. Disponível em: <<http://www.cga.ct.gov/2004/rpt/2004-R-0325.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

---

56 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002. “[...] nem em todo sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias, nem sequer em todo sistema sancionatório penal há que exijem-se as mesmas garantias, pois as conseqüências jurídicas são substancialmente diversas. A rigidez dos princípios vigentes em direito penal se relaciona com o fato de que suas conseqüências jurídicas foram tradicionalmente a penas de morte e corporais”.

DEVRIES, Delwin D.; FISCHER Bruce D. Limits of documentary privilege against self-incrimination. Knoxville: CPA Journal, 2003. Disponível em: <<http://www.nysscpa.org/cpajournal/2003/0403/dept/d046203.htm>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos Direitos Alemão e Norte-Americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 19, julho-setembro 1997. p.179-204.

DÍAZ-PALACIOS, Alberto Sanz. El Derecho a no declarar contra sí mismo. Conferencia apresentada no Curso de Pós-graduação em Direito “*El control Tributario: Prerrogativas de la Administración y derechos del contribuyente*”. Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha., 2003. Disponível em: <<http://www.uclm.es/cief/Doctrina/derechoanodeclarar.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2008.

ESTELLITA, Heloisa. Aspectos Processuais Penais da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. p. 234. In: *Crimes Econômicos e Processo Penal*. VILARDI, Celso Sanchez e outros (org.). Série GV *Law*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: *Temas atuais de Direito Criminal*, vol. 02, São Paulo: RT, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Raquel. *Interesse Público e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007.

MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio: o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: *Direito Penal Tributário Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 1996.

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

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo e Execução Penal*. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PONTES, Helenilson Cunha. O Direito ao Silêncio no Direito Tributário. In *Tributos e Direitos Fundamentais*, Coord. Otávio Campos Fischer, São Paulo: Dialética, 2004.

POTTER, Henry. Now the talk is about bringing back torture. Londres: *The Observer*, 2001. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2001/nov/11/afghanistan.humanrights>>. Acesso em: 13 abr. 2008.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 08.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Deberes tributarios de colaboración y derecho a no autoinculparse: la postura del Tribunal Constitucional*. Barcelona: Molin Advocats, 2006. [online] Disponível em: <<http://www.togas.biz/articulos/Derecho-Penal/Penal-Economico/Deberes-tributarios-de-colaboracion-y-derecho-a-no-autoinculparse-la-postura-del-Tribunal-Constitucional.html>>. Acesso em 108 set. 2008.

---

# POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA PARA QUILOMBOLAS: A INCLUSÃO DAS COTAS ESPECÍFICAS

---

*Geisa Cadilhe de Oliveira*  
*Procuradora Federal*  
*Procuradoria Federal Especializada do INCRA*  
*Especialista em Direito Público pela UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas de Ação Afirmativa e quilombolas; 1.1 Noções básicas sobre quilombolas; 2 Políticas de Ação Afirmativa; 2.1 Conceito e Finalidade; 2.2 História das Políticas de Ação Afirmativa; 3 A constitucionalidade das Políticas de Ação Afirmativa; 3.1 Responsabilidade objetiva do Estado brasileiro e implementação de políticas de ação afirmativa; 4 Sistemas de cotas como Políticas de Ação Afirmativa; 4.1 Razões históricas para cotas; 5 Sistemas de cotas e a UnB: Uma experiência que deu certo; 5.1 Cotas para quilombolas; 6 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** Este artigo oferece noções sobre os remanescentes dos escravos negros brasileiros, os quilombolas, a implementação de políticas afirmativas, sua constitucionalidade e a responsabilidade objetiva do Estado. Aborda o sistema de cotas e a experiência da UNB. Defende a adoção de cotas específicas.

**ABSTRACT:** This article offers ideas about the remnants of the Brazilian black slaves, the quilombolas, the implementation of affirmative politics, its constitutionality and the strict liability of state. Discusses the system of quotas and the experience of UNB. Advocates adoption of specific quotas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas afirmativas. Constitucionalidade. Cotas. Remanescentes de Quilombos.

**KEYWORDS:** Political statements. Constitutionality. Quotas. Remnants of Quilombo.

## INTRODUÇÃO

A isonomia<sup>1</sup> é básicos do Direito, e pode ser dividida em duas faces: a igualdade<sup>2</sup> formal e a substancial.

A igualdade formal assegura o princípio da isonomia em si, vedando ao Estado o tratamento discriminatório negativo, proibindo atos administrativos, judiciais ou expedientes normativos do poder público que visem suprir as liberdades públicas fundamentais do indivíduo, em face de sua raça, religião ou mesmo sua classe social.

A igualdade material ou substancial é mais abrangente, cabendo, nessa perspectiva, implementar, por meio da lei e de instrumentos de políticas públicas, a igualdade de oportunidades, ainda que para isso seja necessário estipular benefícios compensatórios a grupos historicamente discriminados.

As políticas de ação afirmativa são um instrumento de constituição da igualdade substancial e significam a implementação ou o incremento de políticas de discriminação positiva, que possibilita a construção de instrumentos destinados a suprir a situação de desvantagem impostas ao longo da história a indivíduos discriminados, em razão de sua origem étnica, de sua religião, compleição física, nacionalidade ou gênero. Tais políticas têm por objetivo central revisitar o conteúdo sociológico e jurídico, visando colocá-lo num patamar de aplicabilidade real. Ação afirmativa é um gênero da qual a política de cotas faz parte.

A temática abordada neste trabalho será apresentada através da situação vivenciada pelos negros, em especial os remanescentes de quilombos. Considerar-se-ão, também, conceitos teóricos, razões históricas, constitucionalidade e efetividade das políticas de ação afirmativa através das cotas, as quais são sopesadas como fundamentais para o estabelecimento de uma sociedade igualitária e plural. Finalmente, analisar-se-á o papel do Estado brasileiro como ator de fundamental importância na criação das condições necessárias para concretizar a necessária mudança no quadro brasileiro atual e, de modo especial, na implementação de políticas de ação afirmativa em relação aos afro-descendentes, mais especificadamente, cotas para quilombolas.

---

1 Sugestão de Leitura: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo. Malheiros, 2002.

2 Sugestão de Leitura: SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2001

## 1 POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA E QUILOMBOLAS

### 1.1 NOÇÕES BÁSICAS SOBRE QUILOMBOLAS

Quilombolas são grupos étnicos, predominantemente constituídos pela população negra rural, que se auto-definem a partir de relações com a terra, o parentesco, o território, a ancestralidade, as tradições e práticas culturais próprias.

É importante salientar que a identidade étnica é um processo de auto-identificação dinâmico, e que não se reduz a elementos materiais ou traços da pele, por exemplo. A identidade étnica de um grupo é a base para sua forma de estruturação, de sua relação com os demais grupos e de sua ação política. A maneira pela qual os grupos sociais definem a própria identidade é resultado de uma junção de fatores, escolhidos por eles mesmos: de uma ancestralidade comum, formas de organização política e social a elementos lingüísticos e religiosos. (COMISSÃO PRO-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2008)

Da análise do período escravista brasileiro pode-se deduzir que os quilombos daquela época não eram fruto apenas de negros rebeldes fugidos. As comunidades de quilombo se constituíram a partir de uma grande diversidade de processos, que incluem as fugas com ocupação de terras livres e geralmente isoladas, mas também as heranças, doações, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados ao Estado, simples permanência nas terras que ocupavam e cultivavam no interior de grandes propriedades, bem como a compra de terras, tanto durante a vigência do sistema escravocrata quanto após sua abolição. (COMISSÃO PRO-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2008)

O que caracterizava o quilombo, portanto, não era o isolamento e a fuga, mas sim a resistência e a autonomia. O que define o quilombo é o movimento de transição da condição de escravo para a de camponês livre. (COMISSÃO PRO-ÍNDIO DE SÃO PAULO, 2008)

Tudo isso demonstra que a classificação de comunidade como quilombola não se baseia em provas de um passado de rebelião e isolamento, mas depende antes de tudo de como aquele grupo se compreende, se define.

A legislação brasileira já adota como critério para reconhecimento de uma comunidade quilombola a auto-identificação ou auto-reconhecimento.

O Decreto nº 4887 de 20 de novembro de 2003, estabelece, em seu art. 2º, que:

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Os quilombolas, hoje, ainda mantém viva suas raízes culturais, vivem de culturas de subsistência em terras doadas, compradas ou secularmente ocupadas. Valorizam as tradições de seus antepassados e as recriam no presente. Em resumo, os quilombolas possuem histórias comuns, normas de pertencimento e consciência étnica. (LINDGREN, 2007)

## 2 POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

### 2.1 CONCEITO E FINALIDADE

As políticas de ação afirmativa surgiram como um modo de corrigir os prejuízos causados tanto pela sociedade hegemônica como pela atuação do Estado contra povos, grupos sociais e culturas através de medidas que submeteram tantas vidas humanas à morte física ou à morte em vida por negar-lhes uma vida digna. Tais ações são uma forma de resgatar a cidadania e a dignidade de sujeitos historicamente silenciados (PASCUAL, 2005).

Vários doutrinadores estudaram o tema das políticas de ação afirmativa. Ressaltaremos a definição de alguns deles, a título de exemplificação.

Barbara Bergmann (apud MOEHLECKE, 2002) entende que:

Ação afirmativa é planejar e atuar no sentido de promover a representação de certos tipos de pessoas – aquelas pertencentes a grupos que têm sido subordinados ou excluídos – em determinados empregos ou escolas. É uma companhia de seguros tomando decisões para romper com sua tradição de promover a posições executivas unicamente homens brancos. É a comissão de admissão da Universidade da Califórnia em Berkeley buscando elevar o número de negros nas classes iniciais [...]. Ações Afirmativas pode ser um programa formal e escrito, um plano envolvendo múltiplas partes e com funcionários dele encarregados, ou pode ser a atividade

de um empresário que consultou sua consciência e decidiu fazer as coisas de uma maneira diferente.

Paulo Menezes (2001, p.27) afirma que:

Ação afirmativa, nos dias correntes, é um termo de amplo alcance que designa o conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas. Colocando-se de outra forma, pode-se asseverar que são medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas.

Para Joaquim Barbosa (apud PASCUAL, 2005),

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade.

Diante de tais conceituações, pode-se concluir que a política de ação afirmativa tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar. É uma forma de intervenção ativa do Estado, com vistas à diminuição das disparidades sociais.

## 2.2 HISTÓRIA DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

As políticas afirmativas tiveram origem nos Estados Unidos, no período entre 1950 e 1960 com o nome de *affirmative action* (ação afirmativa) (MENEZES, 2001, p.90) e, na Europa, com o nome de *discrimination positive* (discriminação positiva) e de *action positive* (ação positiva) (MOEHLECKE, 2002).

Nos Estados Unidos, em 1964, após pressão dos grupos organizados na sociedade civil, quando foi promulgada a Lei dos Direitos Civis, que previu medidas que impunham aos empregadores a procurar formas de coibir as práticas discriminatórias. (MENEZES, 2001, p.91)

Na Europa, as primeiras orientações nessa direção foram elaboradas em 1976, utilizando-se freqüentemente a expressão ação ou discriminação positiva. Em 1982, a discriminação positiva foi inserida no primeiro Programa de Ação para a Igualdade de Oportunidades da Comunidade Econômica Européia. (MOEHLECKE, 2002)

Mas a ação afirmativa não ficou restrita a Europa e os Estados Unidos. Experiências semelhantes ocorreram em vários países: Malásia, Austrália, Canadá, Nigéria, África do Sul, Argentina, Cuba, dentre outros, como por exemplo, na Índia, que desde a primeira Constituição, em 1948, previa medidas especiais de promoção do Dalits ou *Intocavies* no parlamento (reserva de assentos), no ensino superior e no funcionalismo público. (BITTAR, 2008)

No Brasil, as políticas afirmativas só começaram a serem difundidas a partir de 1984, quando o governo brasileiro, por decreto, considerou a Serra da Barriga, local do antigo Quilombo dos Palmares, como patrimônio histórico do país. Em 1988, houve a criação da Fundação Cultural Palmares, vinculada ao Ministério da Cultura, a qual teria a função de servir de apoio à ascensão social da população negra e à promulgação da Constituição Federal atual, a qual trouxe em seu texto algumas manifestações sobre o tema. (MOEHLECKE, 2002)

### 3 A CONSTITUCIONALIDADE DAS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA

Vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) revelam o repúdio do constituinte pela igualdade processual e sua opção pela concepção de igualdade material, substancial ou de resultados.

Assim, por exemplo, os artigos 3º, incisos I a IV; 7º, inciso XX; 23, inciso X; 37, inciso VIII e 170, inciso VII, dispõem:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XX - Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Art. 37 [...]

VIII - A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais [...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

De tais exemplos, depreende-se que a maior preocupação do legislador constituinte originário foram os direitos e garantias fundamentais, bem como a questão da igualdade, especialmente a implementação da igualdade substancial.

A Constituição não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material.

Todos os verbos empregados no art. 3º da Constituição – construir, garantir, erradicar, reduzir, promover – são comissivos, ou seja, designam um comportamento ativo. Desta forma, pode-se concluir que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte originário.

É a concepção moderna e dinâmica do princípio constitucional da igualdade, a que conclama o Estado a deixar de lado a passividade, ou mesmo a neutralidade e a adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, quase militante, na busca da concretização da igualdade substancial.

### **3.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO BRASILEIRO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA**

Vê-se no Brasil uma evidente contradição entre os princípios estabelecidos na Constituição e sua aplicação no dia a dia, com a imposição forçada da cultura, das práticas e dos valores próprios do tipo social dominante, o que impossibilita a convivência pacífica e igualitária com a diversidade social. Diante disso, não é mais suficiente que apenas Estado coíba a desigualdade social existente, sendo imprescindível que ele assuma a promoção efetiva da igualdade real, de tal sorte que se opere uma verdadeira transformação de comportamento nas relações sociais.

Conforme afirma Joaquim Barbosa (apud PASCUAL, 2005):

A insuficiente atitude estática e passiva do Estado em não discriminar cede, portanto, lugar a uma necessária noção dinâmica e intervencionista em busca de uma igualdade material, ou substancial, a partir da qual são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade.

É responsabilidade estatal, que durante tantos anos agiu de forma negativa - inibindo, coibindo e cerceando a participação da população negra a direitos básicos da dignidade da pessoa humana, defender o

reconhecimento igualitário dos desiguais, atuando de forma ativa, no sentido de criar estratégias e políticas hábeis a abrandar as diversidades sociais e, de modo preferencial, daqueles que mais as suportam: as minorias raciais e étnicas. (VIEIRA JUNIOR, 2006, p.67-101)

#### 4 SISTEMAS DE COTAS COMO POLÍTICA DE AÇÃO AFIRMATIVA

A inclusão de políticas de ação afirmativa é uma conquista de segmentos do movimento negro que há anos denunciam a desigualdade social e racial no Brasil em vários setores: saúde, educação, mercado de trabalho, moradia, entre outros. (Manzatti, 2007)

As cotas são, na verdade, o ato de conceder tratamento diferenciado a um grupo que teve menos oportunidades - e, portanto, que está em situação de desvantagem - a fim de reduzir as desigualdades, restituindo-lhe direitos. Cotas não são um privilégio. É, na realidade, o exercício da democracia, respeitando a diversidade étnico-racial da nossa população e revelando a forma desigual como essa diversidade tem sido tratada pelo Estado e pela sociedade brasileira ao longo dos séculos.

Dentre os fundamentos que legitimam a implantação do sistema de cotas, têm-se: a importância atribuída à educação, vista como um instrumento de ascensão social e de desenvolvimento do país; a exposição de dados estatísticos que mostram o insignificante acesso da população pobre e negra ao ensino superior brasileiro e a incompatibilidade dessa situação com a idéia de igualdade, justiça e democracia; o resgate de razões históricas, como a escravidão ou o massacre indígena, que contribuíram para a situação de desigualdade ou exclusão dos negros e índios e implicam uma dívida do Poder Público para com esses setores; bem como as experiências vividas nas entidades de Ensino Superior que já vivenciam o sistema de que os alunos que adentram possuem o mesmo desempenho e às vezes superior aos do que advém do sistema convencional.

As cotas se tornaram um meio eficaz para diminuir ou resolver efetivamente o problema da desigualdade e da exclusão racial. O professor José Jorge de Carvalho (CARVALHO, 2006, p. 58) afirma que:

se apostarmos apenas na melhoria da escola pública agora, temos que esperar 32 anos para alcançar a igualdade entre brancos e negros. Temos que intervir imediatamente no sistema de reprodução desta desigualdade, sob pena de sermos coniventes com a condenação de uma geração inteira de jovens negros à exclusão e à desigualdade.

Diante da necessidade de uma intervenção estatal imediata, com o objetivo de neutralizar e compensar os efeitos negativos da discriminação “racial”, a política de cotas para negros, nos vestibulares para o ingresso às universidades públicas, ganhou ênfase. A primeira instituição superior federal a adotar o sistema de cotas, foi a Universidade de Brasília (UNB), a partir de 2003.

#### 4.1 RAZÕES HISTÓRICAS PARA IMPLANTAÇÃO DE POLITICAS AFIRMATIVAS NA FORMA DE COTAS

A educação ocupa um lugar essencial para a construção e a implementação de uma cidadania plena. Nessa perspectiva, a educação é um dos principais mecanismos de estratificação social, exercendo papel fundamental nos processos de mobilidade vertical ascendente.

A alteração do status dos negros no Brasil ocorreu a partir de 1850, com a extinção do tráfico negreiro, depois em 1871, com a Lei do Ventre Livre, em 1885, com a Lei do Sexagenário, culminando em 1888, com a Lei Áurea, porém não tendo alterado a inserção educacional aos negros.

No Brasil, a exclusão dos afro-brasileiros do processo educacional escolarizado é histórica. A Constituição de 1824 previa instrução gratuita a todos os cidadãos, cabendo às províncias executá-la, porém como se depreende da Lei nº 1 de 4 de janeiro de 1837 (SISS, 2003), da Província do Rio de Janeiro em seu artigo 3º, os negros não participaram do processo:

Art. 3º São proibidos de freqüentar as escolas públicas:

1º. Todas as pessoas que padecem de moléstias contagiosas.

2º. Os escravos e os pretos africanos, ainda que sejam livres ou libertos.

Pela leitura do teor da Constituição de 24, vê-se que já existia, de plano, a exclusão dos negros escravos e dos libertos nascidos na África, do processo educacional, visto que estes nunca puderam alcançar o status de cidadãos brasileiros. (VIEIRA JUNIOR, 2006, p. 88)

Havia também supressões dessa parcela da população pela forma indireta, como foi o caso das exigências para ingresso nos

cursos de ensino superior, que impunham na prática o afastamento da população negra. Como exemplo pode-se citar o curso de medicina do Rio de Janeiro, que para ingresso, dever-se-ia: “ter dezesseis anos completos, saber latim, saber inglês ou francês; ter conhecimento de filosofia racional e moral; ter conhecimentos de aritmética e geometria”. (VIEIRA JUNIOR, 2006, p.88)

Atualmente, a supressão dos negros no sistema educacional não é legalmente expressa, porém poucos componentes desse grupo racial conseguem alcançar novos patamares.

A exclusão do afro-brasileiro, debatido em diversas análises de natureza sociológica e antropológica, é constatável a partir da simples visualização de dados estatísticos (indicadores sócio-econômicos do IPEA e do PNUD-ONU).

O professor Carvalho, em seu livro *Inclusão Étnica e Racial no Brasil* (CARVALHO, 2006, p. 24-39), traz dados de relatórios das organizações acima citadas descrevem a clara posição de inferioridade do afro-brasileiro no mercado de trabalho e na educação, como por exemplo: 12,9% dos brancos terminam o ensino médio, contra apenas 3,3% dos negros. As análises estatísticas das relações raciais no Brasil ratificam o quanto o escravismo influenciou na estratificação social, sobretudo na concentração racial da riqueza.

Por isso, as políticas de ação afirmativa e, de modo específico, as políticas de cotas raciais são um dos principais meios que podem ser utilizados como instrumentos capazes de propiciar mobilidade social ao afro-brasileiro, a fim de integrá-lo econômica e socialmente aos demais membros da sociedade inclusiva, sem olvidar outras formas mais fecundas de obter justiça social. Porém, não se deve esquecer que tais propostas devem vir acompanhadas de outras medidas de cunho social, tais como: melhorias na qualidade do ensino público fundamental; políticas de redistribuição de renda; reforma tributária; reforma agrária etc.

## **5 SISTEMA DE COTAS E A UNB : UMA EXPERIÊNCIA QUE DEU CERTO**

A primeira discussão sobre políticas de cotas étnicas e raciais ocorreu na biblioteca central da UnB, em novembro de 1999, durante a chamada “Semana da Consciência Negra”, quando dois professores daquela Instituição, Rita Segato e José Jorge de Carvalho defenderam a necessidade de implementar cotas para estudantes negros na universidade. O projeto dos professores Segato e Carvalho foi reformulado, corrigido e aperfeiçoado através de debates públicos,

seminários, fóruns, entrevistas, reuniões de trabalho e conversas informais. O projeto final sobre as cotas foi votado e aprovado pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão –CEPE–, da UnB, em junho de 2003, por 24 votos a favor e 1 contra. (CARVALHO, 2006, p. 17)

Somente após quase um século de ensino superior público no Brasil, que a UnB passou oferecer vagas a cotistas, sendo a primeira universidade federal brasileira a aprovar cotas para negros e vagas para indígenas.

Na época ficou estabelecido que a UnB contemplaria, através do sistema de cotas para negros, o total de 20% das vagas oferecidas, tanto no vestibular convencional quanto no PAS, e por um período de dez anos; foi estabelecido que depois desse período seria realizada uma discussão com os integrantes do CEPE sobre o impacto desta medida no alcance das metas estipuladas. Nessa perspectiva, a política de cotas para negros na UnB devem ser vista como um tipo de medida emergencial destinada à formação de uma elite acadêmica negra e indígena capaz de contribuir na formação de novas políticas públicas que visem eliminar definitivamente o problema da desigualdade e exclusão racial no Brasil. (CARVALHO, 2006, p. 46)

As cotas possuem critérios pré-estabelecidos para acesso. Trata-se apenas de um facilitador de ingresso, através da qual uma parcela da população negra tem acesso às universidades, o que proporcionará a formação de um grupo apto a defender os interesses da comunidade a que pertence.

Segundo dados divulgados no site da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR, 2008), têm-se:

Dos 378 alunos cotistas aprovados no vestibular de 2003, o primeiro ano em que a UnB passou a reservar 20% das vagas de seus cursos de graduação para candidatos que se declararam negros, 44 se formaram agora em 2008 em 19 cursos diferentes. (...). Dentre os 44 formandos, 57.9% já ingressaram no mercado de trabalho, 18.4% estão em estágios, e 23.7% se dedicam apenas a outros estudos, como os preparatórios para concursos públicos ou pós-graduação.

Conforme dados apresentados no site da SEPPIR, a comparação entre os prováveis formandos cotistas com os demais alunos não-cotistas mostra que os primeiros alcançaram um desempenho acadêmico superior. Numa escala de 0 a 5.0, os cotistas alcançaram em média um coeficiente de rendimento de 3.9, contra 2.3 dos não-cotistas. A média de trancamento entre os cotistas é de 0.5, contra 1.0 dos não cotistas. E as reprovações entre os cotistas alcançam 1.5, contra 3.5 dos demais.

Antes da adoção das políticas de cotas, havia apenas 2% de estudantes negros, hoje conta com 12%, o que demonstra claramente que a política pública está cumprindo seu papel, corrigindo distorções, espalhando a diversidade e garantindo a inclusão social dentro da vida acadêmica. (SEPPPIR, 2008).

### 5.1 COTAS PARA QUILOMBOLAS

Hoje, segundo dados da Fundação Palmares (2008) existem 32 instituições de ensino superior que já implantaram o sistema de cotas ou acréscimo de pontuação para afro-descendentes, oriundos de escolas públicas e deficientes.

A Secretaria Especial De Políticas De Promoção Da Igualdade Racial (SEPPPIR, 2008) noticiou que o Governo Federal estuda também a expansão da política de cotas junto aos Centros Federais de Educação Tecnológica (Cefets).

Inobstante tais dados, nem as universidades públicas, nem os Cefets, detém ações específicas para a população quilombola.

Não se pode igualar a situação de um afro-descendente que cresceu e viveu na área urbana com um quilombola. Os quilombolas guardam suas tradições, e na maioria dos casos, vivem em áreas rurais, sem acesso a uma educação adequada.

Segundo dados do Ministério da Educação e do Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada, os jovens da área rural têm, em média, apenas seis anos de estudos, 9% são analfabetos e só 3% são estudantes do ensino médio (MARIZ, 2008, p. B-12). Tais dados são ainda mais restritivos quando analisados dentro das áreas quilombolas.

Até pouco tempo não havia escolas dentro de quilombos, porém a história está mudando. Mesmo de forma precária, o governo tem se preocupado em implantar escolas, em oferecer formação inicial e continuada de professores da educação básica e a elaboração de material didático específico através do Programa de Ações Afirmativas para a População Negra nas Instituições Federais e Estaduais de Educação Superior – UNIAFRO, porém é preciso mais. (SESUR, 2008)

Faz-se mister que a preocupação governamental quanto à formação inicial e continuada de professores não fique restrita. Há necessidade também de que destine vagas no ensino superior para os quilombolas, pois as políticas de ação afirmativa constituem um remédio de razoável eficácia a minimizar os problemas gerados no passado e não resolvidos no presente.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As comunidades remanescentes de quilombo são grupos sociais cuja identidade étnica os distingue dos demais grupos sociais. A identidade étnica é a alicerce para sua forma de organização, de sua relação com os demais grupos e de sua ação política. Atualmente, a legislação brasileira adota este conceito de comunidade quilombola e reconhece que a determinação da condição quilombola advém da auto-identificação.

Este reconhecimento foi fruto de uma batalha intensa dos quilombolas e seus aliados que se contrapuseram às várias tentativas do Estado de se impor a competência para deliberar quais comunidades seriam quilombolas ou não. O auto-reconhecimento garantido no Estado do Pará desde 1999 (Decreto nº 3.572, de 22 de julho de 1999) só foi estabelecido na legislação federal em novembro de 2003, através do Decreto nº 4.887.

É comum, para o senso popular, que se pense nos quilombos como algo restrito ao passado, que teria desaparecido do país com o fim da escravidão. Mas a verdade é que as chamadas comunidades remanescentes de quilombos existem em praticamente todos os estados brasileiros. Levantamento da Fundação Cultural Palmares, do Ministério da Cultura, mapeou 3.524 dessas comunidades. De acordo com outras fontes, o número total de comunidades remanescentes de quilombos pode chegar a cinco mil. (Fundação Palmares, 2008)

As políticas de ação afirmativa têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas, sobretudo eliminar os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, os quais se revelam na chamada discriminação estrutural, vislumbrada nas imensas desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados. Outra meta das políticas de ação afirmativa é a implantação de certa diversidade e de uma maior representatividade dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada.

A partir dessa reflexão, pode-se dizer que a universidade tem a obrigação de zelar pela heterogeneidade e diversificação de seus quadros. É interesse da comunidade vivenciar uma menor estratificação entre brancos e negros, de forma a constituir-se como um imperativo para que cada universidade assegure que um número maior de negros ocupe cargos elevados, usufrua de prestígios e tenha sucesso econômico, fazendo jus à nação pluricultural e pluri-racial.

Para os afro-brasileiros, as cotas significam um instrumento capaz de propiciar mobilidade social, a fim de integrá-lo econômica e

socialmente aos demais membros da sociedade inclusiva, sem olvidar outras formas mais fecundas de obter justiça social.

Cotas específicas para quilombolas é uma segunda estratificação da proposta, pois os quilombolas não podem ser tratados nas mesmas condições dos demais afro-descendentes, devendo ser analisados dentro de suas próprias peculiaridades, garantindo-lhes cotas específicas.

As cotas são umas das políticas de ação afirmativa de caráter temporário, que devem ser extintas tão logo cumpram o papel para as quais foram criadas. Desta forma, resulta indispensável que haja uma ampla conscientização da própria sociedade e das lideranças políticas sobre a necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias, notadamente as minorias raciais.

O Estado brasileiro tem dispensado atenção especial ao desenvolvimento e a efetividade das políticas de ação afirmativa, com o intuito de diminuir as disparidades sociais. Tais políticas podem ser evidenciadas nas ações desenvolvidas através do Ministério da Cultura, Ministério da Educação, Ministério do Desenvolvimento Agrário, do Instituto Nacional da Reforma Agrária, da Fundação Palmares, das Universidades Federais, dentre outros órgãos.

A Advocacia-Geral da União, órgão responsável pela representação judicial e extrajudicial da Administração Direta e Indireta Federal, através de seus membros, é o instrumento viabilizador de tais políticas, fornecendo subsídios jurídicos para legitimar tais ações.

## REFERÊNCIAS

BARBOSA GOMES, Joaquim. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0049.pdf>>. Acesso em: 22 ago.08

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41. ed. São Paulo, 2008.

CARVALHO, José Jorge de. *Inclusão étnica e racial no Brasil*: questão de cotas no ensino superior. São Paulo: Attar, 2006.

COMISSÃO PRO-ÍNDIO DE SÃO PAULO. Comunidades Quilombolas - O que são?. São Paulo: Comissão Pro-Índio de São Paulo. Disponível em:

<[http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/i\\_oque.html](http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/i_oque.html)>. Acesso em: 21 ago.2008.

DUARTE, Evandro Piza; BERTULIO, Dora Lucia de Lima; SILVA, Paulo Vinicius Baptista da. *Cotas Raciais no Ensino Superior: Entre o Jurídico e o Político*. Curitiba. Juruá, 2008.

MARIZ, Renata; Ensino de Jeca. Brasília: *Correio Brasiliense*, 7-7-2008, p. B-12 .

FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. Universidades e instituições públicas que já adotaram ações afirmativas. Brasília: Fundação Cultural Palmares. Disponível em:<<http://www.palmares.gov.br>>. Acesso em: 21 ago.2008.

GOMES, Nilma Lino. Cultura negra e educação. *Revista Brasileira de Educação*. São Paulo, 2003. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n23/n23a05.pdf>>. Acesso em: 28 ago.2008.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOEHLECKE, Sabrina. *Ação afirmativa: história e debates no Brasil*. São Paulo: Scielo Brasil, 2002. Disponível em: <<http://tinyurl.com/acaoafirmativa>>. Acesso em: 22 ago.08.

PASCUAL, Alejandra Leonor. O fim dos 'Cem Anos de Solidão' em direitos humanos: ações afirmativas na reconstrução das identidades condenadas ao silêncio. Fortaleza, 2005. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Alejandra%20Leonor%20Pascual.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2008.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL - SEPPIR. Formandos cotistas da UnB são homenageados em evento na universidade. Brasília: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPIR. Disponível em: <<http://tinyurl.com/cotas-unb-set08>>. Acesso em 03 set.2008.

SILVA JR, Hedio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Eva Vilma Navegantes da, *Políticas de inclusão de negros na educação: O dilema das Cotas*. Florianópolis: Movimentos Sociais, Participação e Democracia, 2007. Disponível em: <[http://www.sociologia.ufsc.br/npms/eva\\_vn\\_da\\_silva.pdf](http://www.sociologia.ufsc.br/npms/eva_vn_da_silva.pdf)>. Acesso em: 28 ago.2008.

SISS, Ahyas. Afro-Brasileiros, *Cotas e Ação Afirmativa: Razões históricas*. Rio de Janeiro. Quartet, 2003.

TEIXEIRA, Moema de Poli. *Negros na universidade: identidade e trajetórias de ascensão social no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Pallas, 2003.

VALENTE, Ana Lúcia, *Os negros, a educação e as políticas de ação afirmativa*. São Paulo: Revista Brasileira de Educação, 2002. em: <[http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/RBDE19/RBDE19\\_08\\_ANA\\_LUCIA\\_VALENTE.pdf](http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/RBDE19/RBDE19_08_ANA_LUCIA_VALENTE.pdf)>. Acesso em: 28 ago.2008.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. *Responsabilização Objetiva do Estado: Segregação Institucional do Negro e Adoção de Ações Afirmativas como Reparação aos Danos Causados*. Curitiba: Juruá, 2006.

MEC. Uniafro. Brasília: Secretaria de educação superior - SESU. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/index.php?option=content&task=view&id=548&Itemid=303>>. Acesso em: 29 set.2008.

BITTAR, Mariluce; SILVA, Lauro Cristiano Guedes Da, *Ações Afirmativas: acesso e manutenção de afro-descendentes na educação superior*. Disponível em: <<http://www.anpuh.uepg.br/xxiii-simposio/anais/textos/LAURO%20CRISTIANO%20GUEDES%20DA%20SILVA%20E%20MARILUCE%20BITTAR.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2008.

LINDGREN, Flávia, *Consenso para defender quilombolas*. 2007,. Disponível em: <<http://www.secom.unb.br/unbagencia/ag0307-52.htm>>. Acesso em: 29 set. 2008.

MANZATTI, Marcelo. São Paulo, *Informativo Cultura e Desenvolvimento Sustentável N° 16*, 2007. Disponível em: <<http://www.overmundo.com.br/blogs/informativo-cultura-desenvolvimento-sustentavel-n-16>>. Acesso em: 29 set. 2008.

---

# A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PÚBLICO: POSSIBILIDADES E OBSTÁCULOS

---

*Maíra Souza Gomes*

*Procuradora da Fazenda Nacional*

*Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - Uni-Rio*

SUMÁRIO: Introdução; I – Princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro; I.a) Parametricidade do princípio da boa-fé objetiva na Constituição da República; I.b) Positivação do princípio da boa-fé objetiva no direito brasileiro; II – A boa-fé objetiva; II.a) Distinção entre boa-fé subjetiva e boa fé objetiva; II.b) Funções da boa-fé objetiva; III – Aplicação da boa-fé objetiva no direito público; III.a) Bases jurídica para aplicação do princípio da boa-fé objetiva; III.b) Obstáculos à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público; III.b.1) distinção qualitativa das partes; III.b.2) o princípio da legalidade; II.b.3) Distinta natureza dos interesses em jogo; IV – A boa-fé objetiva aplicada ao direito público na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; V – Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O estudo tem por objeto a análise da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no direito público em geral e, em especial, aos contratos firmados com os entes públicos.

A boa-fé objetiva é tipicamente relacionada ao direito privado, pouco se falando ou estudando a respeito da sua aplicação às relações jurídicas integradas por entes públicos.

Propõe-se, então, o debate sobre o tema, tratando da análise da relação entre o administrador e o administrado não só pela ótica do princípio da legalidade, como tradicionalmente encontra-se nos manuais de direito público, mas também sob a perspectiva da boa-fé objetiva.

Inicia-se o estudo com análise do substrato constitucional que confere suporte jurídico de validade ao princípio da boa-fé objetiva e a sua introdução no direito positivo brasileiro. Em seguida, analisa-se, especificamente, a boa-fé objetiva, distinguindo-a da versão subjetiva. Após, examina-se as principais funções desempenhadas pela boa-fé objetiva.

Adiante, passa-se ao estudo específico da aplicação desse princípio às relações jurídicas de direito público, enfrentando possíveis obstáculos à sua utilização face às suas especificidades.

Por último, dedica-se um tópico à análise de alguns casos selecionados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua competência constitucional e pela sedimentação do tema em seus julgados, exerce importante papel na densificação do princípio da boa-fé objetiva.

Finalmente, o artigo conclui pela efetiva aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público, com respaldo na Lei Maior e reconhece a necessidade do tema ser mais bem debatido e delimitado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

**PALAVRAS-CHAVES:** Boa-Fé. Objetiva. Aplicabilidade. Direito Público. Doutrina. Jurisprudência.

**ABSTRACT:** The study's purpose is to analyze the applicability of the principle of objective good faith in public law in general and, particularly, in contracts with public entities.

The objective good faith is typically related to private law, and little has been talked or studied about it or its application to legal relationships built by public bodies.

It is proposed, then, the debate on the subject, dealing with the analysis of the relationship between the manager and the managed not only from the perspective of the principle of legality, as traditionally found in textbooks of public law, but also from the perspective of good objective faith.

The study begins with analysis of the constitutional substance, which gives validity legal support to the principle of objective good faith and its introduction into the Brazilian positive law. Next, we analyze, specifically, the objective good faith, distinguishing it from the subjective version. Thereafter, we examine the main functions of the objective good faith. Onward, we go from the specific study of this principle to the legal relations of public law and face possible obstacles to its use in relation to their specificities.

Lastly, we dedicate a topic to the analysis of selected cases from the jurisprudence of the Superior Court of Justice, which, by its constitutional authority and the settling of the issue in its decisions, has an important densification role of the principle of the objective good faith.

Finally, the article defends the effective implementation of the principle of objective good faith in public law, with support from the Highest Law, and recognizes the need of the topic to be further debated and bounded by the country doctrine and jurisprudence.

**KEYWORDS:** Objective Good Faith. Applicability. Public Law. Doctrine. Jurisprudence.

#### **INTRODUÇÃO:**

O presente ensaio tem por objeto a análise da aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva no direito público em geral e, em especial, aos contratos firmados com os entes públicos.

Comumente, a boa-fé objetiva é princípio tipicamente relacionado ao direito privado, sendo usualmente aplicado aos contratos e negócios jurídicos celebrados entre entes privados. Entretanto, pouco se fala ou estuda a respeito da aplicação de tal princípio nas relações jurídicas integradas por entes públicos.

Daí a importância do presente estudo, pois aprofundando o debate sobre o tema, é possível a análise da relação entre o administrador e o administrado não só pela ótica do princípio da legalidade, como tradicionalmente encontra-se nos manuais de direito público, mas também sob a perspectiva da boa-fé objetiva.

Assim é que, neste ensaio, pretende-se verificar a possibilidade de um ato da Administração Pública ser ilegítimo por não atender ao princípio da boa-fé objetiva.

Inicia-se o estudo com análise do substrato constitucional que confere suporte jurídico de validade ao princípio da boa-fé objetiva e a sua introdução no direito positivo brasileiro. Em seguida, será

analisada, especificamente, a boa-fé objetiva, distinguindo-a da versão subjetiva, mais conhecida pela doutrina e jurisprudência. Após, será analisada as principais funções, apontadas pela doutrina especializada, desempenhadas pela boa-fé objetiva.

Entendido, então, o papel que exerce a boa-fé objetiva, será possível o estudo da aplicação desse princípio às relações jurídicas de direito público, enfrentando possíveis obstáculos à utilização do princípio pelo direito público, face às suas especificidades.

A principal fonte de estudo desta pesquisa é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seus princípios e normas aplicáveis à espécie, e também a inovadora legislação civilista a respeito do tema, da qual é exemplo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e, mais recentemente, o novo Código Civil (Lei n.º 10.406/02), que serão utilizados para analisar a evolução do princípio da boa-fé objetiva na legislação brasileira.

Utilizar-se-á também os valiosos ensinamentos da doutrina brasileira e estrangeira sobre a matéria, eis que a boa-fé objetiva, na qualidade de cláusula geral em um sistema aberto, tem o seu conteúdo gradativamente preenchido pela construção doutrinária e jurisprudencial.

Por sua especial importância, será dedicado um tópico para análise de alguns casos selecionados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, por sua competência constitucional e pela sedimentação do tema em seus julgados, exerce importante papel densificação do princípio da boa-fé objetiva.

Com isso, pretende-se demonstrar a efetiva aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público ou, ao menos, instigar o leitor ao desenvolvimento de novos questionamentos que possam contribuir para a evolução da relação entre o administrador público e o administrado com fundamento na boa-fé objetiva.

## **I – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO:**

### **I.A) PARAMETRICIDADE DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA:**

O princípio da boa-fé objetiva é descrito pela doutrina como sendo aquele que traz às relações jurídicas obrigacionais o valor da ética – a lealdade, a transparência, a confiança e a veracidade<sup>1</sup>.

---

1 Cf. Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.116.

O valor da ética, do qual decorre o princípio da boa-fé objetiva e seus sub-princípios<sup>2</sup>, permeia toda a Constituição e serve de fundamento jurídico de validade para diversos princípios constitucionais, expressos ou implícitos (ex: princípio da moralidade, impessoalidade e eficiência, transparência, probidade etc.)

Com efeito, o formalismo exacerbado do positivismo jurídico legalista, hodiernamente, cedeu espaço à tutela jurídica de situações fáticas em detrimento daquelas de cunho meramente formais.

A Constituição da República de 1988, que irradia o pós-positivismo<sup>3</sup>, determina como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária<sup>4</sup> e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>.

É nesse quadro que encontra suporte jurídico de validade o princípio da boa-fé objetiva, como ensina Teresa Negreiros no texto abaixo:

A fundamentação constitucional do princípio da boa-fé objetiva assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade e não um ser isolado [...]. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé objetiva ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de sociedade solidária, na qual o respeito ao próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica.<sup>6</sup>

Desta feita, o princípio da boa-fé objetiva, ainda que não codificado ou enumerado em determinada espécie normativa infraconstitucional, tem ampla aplicabilidade nos diversos ramos do direito em decorrência da força normativa de que gozam os princípios numa perspectiva pós-positivista.

Entretanto, como se verificará no próximo tópico, a noção de boa-fé objetiva corresponde à recente tendência legislativa, sendo a sua aplicação ainda fruto de inúmeras divergências, dentre as quais a possibilidade de aplicação às relações jurídicas protagonizadas por entes públicos ora em exame.

2 Para Jesús Gonzáles Pérez, o princípio da boa-fé objetiva é aquele que protege o valor ético da confiança. (Cf. Pérez, Jesús Gonzáles. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas 1999, p. 242).

3 Em linhas gerais, o pós-positivismo é um movimento, iniciado em meados do século passado, de tentativa de superação do positivismo formalista, buscando conectar o valor da ética ao Direito.

4 Art. 3º, inciso I, da CRFB/1988.

5 Art. 1º, inciso III, da CRFB/1988.

6 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.117.

## **I.B) POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO:**

Como já adiantado no item anterior, o princípio da boa-fé objetiva foi positivado no ordenamento jurídico nacional através do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 4º, inciso III, preconiza que as relações de consumo devem pautar-se na boa-fé entre consumidores e fornecedores. Mais a frente o art. 51 estabelece serem nulas pleno direito as cláusulas contratuais que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

A adoção deste princípio como norteador das relações de consumo revela uma tendência presente nas tentativas de reforma do Código Civil<sup>7</sup>, que foi concretizada com a expressa adoção do princípio no art. 422 do atual Código Civil.<sup>8</sup>

A cláusula geral da boa-fé objetiva está estampada na parte geral dos contratos, o que demonstra, nada obstante as inúmeras críticas que pairaram sob o aspecto ainda muito patrimonialista do Código Civil<sup>9</sup>, a mudança de paradigma introduzida no direito positivo brasileiro.

A boa-fé objetiva, agora já consagrada no direito privado, passa a demandar relação ética entre as partes contratuais, servindo como princípio interpretativo e integrativo da relação contratual, criando novos direitos e deveres acessórios a esta relação e limitando o exercício dos direitos pelo seu titular.<sup>10</sup>

## **II – A BOA-FÉ OBJETIVA:**

### **II.A) DISTINÇÃO ENTRE BOA-FÉ SUBJETIVA E BOA FÉ OBJETIVA:**

Inicialmente, faz-se necessário distinguir a boa-fé objetiva da já conhecida boa-fé em sua acepção subjetiva. Isso porque, ao contrário do direito alemão<sup>11</sup>, ao positivizar o princípio objeto de estudo neste

7 Cf. Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.125-126.

8 Lei 10.406/02: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé.”

9 O caráter patrimonialista do novo Código Civil é ressaltado na obra de vários autores. A respeito do tema sugere-se a leitura de das seguintes obras: Tepedino, Gustavo. *A parte geral do Novo Código Civil – Estudo na perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; Fachin, Luiz Edson. *Apreciação do Código Civil de 2002 na perspectiva Constitucional do Direito Civil*. p. 17-22. *Revista Jurídica*, ano 51, n.º 304, fev. 2003.

10 Cf. Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.130-131 e Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 427-428.

11 § 242 do BGB.

trabalho, o legislador não especificou a modalidade de boa-fé constante do texto legislativo.

A boa-fé subjetiva consiste na análise do estado de consciência do agente, na verificação da sua condição psicológica ou, mais precisamente, “na análise da intenção da pessoa cujo comportamento se queira qualificar”<sup>12</sup>.

Como observa Judith Martins-Costa, “antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como intenção de lesar a outrem”.

Ao contrário, quando se faz a análise de determinada situação sob o prisma da boa-fé objetiva, a intenção do agente deixa de ter relevância.

No início deste ensaio, acentuamos que, numa perspectiva pós-positivista, a Constituição tutela determinados direitos e deveres decorrentes de situações fáticas em detrimento de abstrações jurídicas meramente formais, que neguem juridicidade a princípios insculpidos na ordem jurídica brasileira. Nesse sentido, o comportamento do indivíduo ganha especial relevo, pois ele gera na outra parte contratual, ou na sociedade como um todo, uma expectativa. Essa expectativa, quando legítima, merece ser tutelada pelo direito e a sua frustração gera conseqüências jurídicas.

É possível, portanto, dizer que a boa-fé objetiva atua na proteção às legítimas expectativas geradas pelo comportamento de um indivíduo.

De acordo com Judith Martin-Costa, a boa-fé é uma regra de conduta fundada na lealdade, honestidade e retidão, que leva em consideração o interesse do outro, conforme se depreende da seguinte passagem:

A boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.<sup>13</sup>

Em seguida, a autora alerta que o princípio da boa fé objetiva “constitui uma norma proteifórmica, que convive com um sistema necessariamente aberto, isto é, o que enseja a sua própria permanente construção e controle.”<sup>14</sup>

12 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.119

13 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 412.

14 Idem, 427-428

Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência ganham relevância na construção da noção de boa-fé objetiva e na determinação das situações fáticas que ensejam a aplicação do princípio, ampliando os poderes do Estado-Juiz.

Antônio Junqueira de Azevedo, acentuando a necessidade de concretizar e estabelecer parâmetros à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, estabelece quatro pressupostos para evitar a utilização inadequada do princípio:

O primeiro pressuposto que justifica, de uma certa maneira, a expressão boa-fé é a correspondência com as expectativas criadas na outra parte. Toda vez que alguém se comporta e cria na outra parte uma série de expectativas, confiança – daí a palavra *fides* –, temos o primeiro e importantíssimo pressuposto: a expectativa.

Mas não basta para aquele que vê suas expectativas frustradas apelar para um pedido de indenização ou outro pedido qualquer de uma providência. É preciso que esse que tinha expectativa tenha investido nela. [...]

O terceiro pressuposto é que seja uma expectativa fundada.[...]

Por fim, como quarto pressuposto, é preciso que a causa da expectativa tenha alguma ligação com a outra parte.<sup>15</sup>

É possível, dessa forma, constatar que, não obstante receba do legislador o mesmo nome<sup>16</sup>, os institutos são distintos. Daí porque merece melhor análise o papel da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico nacional. É o que se fará no item a seguir.

## II.B) FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA:

A doutrina, tradicionalmente, elenca três funções distintas da boa-fé objetiva, quais sejam: a função de cânone hermenêutico-integrativo, a de norma de criação de deveres jurídicos e a de norma de limitação ao exercício de direitos.

---

15 Azevedo, Antônio Junqueira de. Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro. In: O princípio da boa-fé objetiva nos contratos. *Série Cadernos do CEJ*, 20.

16 Exemplos da nomenclatura idêntica concedida pelo legislador às ambas vertentes da boa-fé podem ser retirados do próprio Código Civil, onde, no artigo 1.201 e 1.202, trata da vertente subjetiva ao cuidar do possuidor com boa-fé e, nos artigos 113 e 422, trata da boa-fé sob a vertente objetiva.

Não obstante os estreitos limites a que esse trabalho se propõe, é importante ressaltar as funções que o princípio em exame exerce quando aplicado a um caso concreto, pois, na eventual aplicabilidade do princípio ao direito público, é necessário saber as conseqüências da aplicação do princípio às mais diversas situações com que se depara o advogado público ou o magistrado no exercício do seu mister constitucional.

Conforme ensina Teresa Negreiros:

a tripartição das funções atribuídas ao princípio da boa-fé obedece a uma classificação em ‘tipos ideais’. Na prática estas funções complementam-se, sendo por vezes difícil definir, num caso concreto, sob que ‘tipo’ a boa-fé está sendo invocada; qual enfim, a função específica que o princípio está desempenhando naquela hipótese em particular.<sup>17</sup>

A autora explica que as origens romanas da boa-fé a associam com a equidade, concedendo ao juiz um campo mais largo de atuação na solução do caso concreto que se lhe apresenta.<sup>18</sup>

Judith Martins-Costa, ao tratar do papel da boa-fé objetiva na aplicação da teoria da aparência e sua vinculação com os princípios da função social e equilíbrio contratual, explicita a função interpretativa e integrativa da boa-fé objetiva da seguinte forma:

Para além desta importante função flexibilizadora e integradora que se manifesta em ainda outros variadíssimos exemplos (*v.g.*, o controle das cláusulas contratuais abusivas, em casos de exceção de inadimplemento ou na interpretação da regra resolutiva), a boa-fé, utilizada como cânone hermenêutico-interpretativo, desempenha exponencial papel no campo metodológico, pois permite a sistematização das decisões judiciais.

Isso ocorre porque a boa-fé substitui o chamamento de outros princípios ou noções – tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou a equidade –, todos eles ‘demasiadamente genéricos’, surgindo, assim, o recurso à boa-fé como resultante da

17 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 140.

18 Cf. *Idem*, p. 133-135.

‘exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de um real valor prático’.<sup>19</sup>

Verifica-se, pois, que a boa-fé, em sua função hermenêutica-integrativa, serve como um mecanismo hábil para interpretação das normas legais e contratuais de acordo com a sua finalidade social, bem como para a colmatação das lacunas existentes.

Nesse sentido, Batlle, citado por Jesús González Pérez:

Sendo este um princípio informador do sistema jurídico – diz –, ainda que a lei não o consagre de modo explícito, encontraria sua aplicação como princípio geral do direito, através da interpretação e integração das normas, assim como da suplência destas e da interpretação dos contratos e demais negócios jurídicos.<sup>20</sup>

No campo da criação de deveres jurídicos, a boa-fé é apontada como fonte dos deveres acessórios ou instrumentais da relação jurídico-contratual. Judith Martins-Costa elenca, exemplificativamente, alguns dos direitos acessórios decorrentes da aplicação da boa-fé objetiva: deveres de cuidado, providência e segurança; deveres de aviso e esclarecimento; deveres de informação; dever de prestar contas; deveres de colaboração e cooperação; deveres de cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; deveres de omissão e de sigilo.<sup>21</sup>

Entretanto, a par da dos deveres acima elencados, a função de criação de deveres, em verdade, importa na exigência de uma regra de conduta das partes contratantes, impondo-lhes um comportamento honesto, leal e correto para com o outro a fim de que se concretize o fim social a que o contrato se propôs e que se respeite a confiança-legítima gerada na outra parte.

Motta Pinto assim explica os deveres decorrentes da boa-fé objetiva:

deveres de adoção de determinados comportamentos, impostos pela boa-fé em vista do fim do contrato [...] dada a relação de confiança

19 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 436.

20 BATLLE, Comentario al artículo 7 del Código civil. Madri, 1978, p.171 e ss *apud* González Pérez, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madri (España): Civitas, 1999. p. 31: “Siendo este un principio informador del sistema jurídico – se dice –, aunque la ley no consagrara de modo explícito, hallaría su aplicación, como tal principio general del Derecho, a través de la interpretación e integración de las normas, así como de la suplencia de éste y de la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos”.

21 Cf. Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 438/439

que o contrato fundamenta, comportamentos variáveis com a circunstância concretas da situação”.<sup>22</sup>

Por último, emerge do princípio da boa-fé objetiva a função de limitar o exercício de direitos subjetivos.

Nesta função, segundo Teresa Negreiros, o princípio da boa-fé objetiva é visto “como influência do direito público sobre o direito privado”<sup>23</sup>, especialmente nos sistemas jurídicos em que a teoria do abuso de direito não recebeu adequado desenvolvimento doutrinário.

Sob essa ótica, a boa-fé objetiva assume, pois, estreita relação com a teoria do abuso de direito, na medida em que ambos limitam o exercício de direitos subjetivos.

Entretanto, para Jesús González Pérez, é possível diferenciar os institutos, nos seguintes termos:

A diferença parece radicar em que, enquanto os limites nos exercícios do direito cuja infração determina o abuso do direito são limites derivados da consciência social de uma época, os limites derivados do princípio geral da boa-fé são limites que provêm do que deve se uma conduta normal, correta e honesta das pessoas com aquelas com que se relacionam.<sup>24</sup>

Em sua função limitativa de direito subjetivo, a boa-fé objetiva tem respaldado o desenvolvimento e o reconhecimento da teoria dos atos próprios, que, doutrinariamente, desdobra-se em duas vertentes sob a denominação de *tu quoque* e de *venire contra factum proprium*, bem como na teoria do adimplemento substancial do contrato.

A teoria dos atos próprios consiste na necessidade de adoção de uma conduta uniforme em respeito à confiança legítima, evitando comportamentos contraditórios ou incompatíveis entre si, “seja na hipótese em que o comportamento posterior se mostra incompatível com o anterior (*tu quoque*)”, seja na hipótese em que, ainda que considerados

22 MOTTA PINTO, Carlos Alberto da. Cessão de Contrato, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 281, *apud* Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 440.

23 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 141-142.

24 GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madri (Espanha): Civitas, 1999. p. 31: “La diferencia parece radicar en que mientras los límites en el ejercicio del derecho cuya infracción determina el abuso del derecho son límites derivados de la conciencia social de una época [...], los límites derivados del principio general de la buena fe son límites que provienen de la que debe ser conducta normal, recta y honesta de las personas con las que se está en relación.” – Tradução livre do original.

isoladamente, “consubstanciam quebra de confiança se tomados em conjunto (*venire contra factum proprium*).”<sup>25</sup>

De acordo com Menezes Cordeiro, a versão do *tu quoque* implica no fato de que “fere as sensibilidades primárias, ética e jurídica, que uma pessoa possa desrespeitar um comando e, depois, vir a exigir a outrem o seu acatamento”.<sup>26</sup> Ao se comportar de forma faltosa, não pode a parte exigir que a contraparte se comporte de acordo com o direito.

Trata-se de aplicação do adágio segundo o qual “a equidade deve vir de mãos limpas”<sup>27</sup>. O *tu quoque* visa “impedir que a parte que haja violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte, ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.”<sup>28</sup>

Como explica Teresa Negreiro, o princípio evita que pessoas igualmente faltosas recebam tratamento desigual.<sup>29</sup>

A aplicação do *tu quoque* está ligada à exceção de contrato não cumprido, pois a parte que se torna inadimplente não pode exigir da contraparte a retidão que não teve no cumprimento das cláusulas contratuais.

Sob a vertente do *venire contra factum proprium* a contradição não se revela em relação a um específico comportamento, mas em relação a uma conduta de uma das partes, uma “linha de atuação que o contratante vinha assumindo como padrão”<sup>30</sup>, que gera no outro uma legítima expectativa, frustrada por um comportamento posterior, causando uma quebra de confiança na relação entre as partes envolvidas. A parte se volta contra o seu próprio comportamento, surpreendendo a outra que esperava a manutenção daquela situação que o comportamento anterior fez crer que se manteria.

Na verdade, não são todas as expectativas, mas somente aquelas que, à luz das circunstâncias do caso, estejam devidamente fundadas em atos concretos (e não somente indícios) praticados pela outra parte, os quais, conhecidos pelo contratante, o fizeram

---

25 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 460.

26 MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1989, t.1 e 2, p. 837. *apud* Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 461.

27 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 143: “*equit must come in clean hands*” – Tradução livre do original”.

28 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.461.

29 Cf. Negreiros, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 143.

30 *Ibidem*, p. 146.

confiar na manutenção da situação assim gerada. Mais que isso, o comportamento contraditório só será alcançado pela boa-fé objetiva quando não for justificável e, ainda, quando a reversão de expectativas assim ocorrida gere efetivos prejuízos à outra parte cuja confiança tenha sido traída.<sup>31</sup>

Para Judith Martins-Costa, o fundamento jurídico desta versão da boa-fé reside na presença dos seguintes elementos:

a) a atuação de um fato gerador de confiança, nos termos em que esta é tutelada pela ordem jurídica; b) a adesão da contraparte – porque confiou – neste fato; c) o fato de a contraparte exercer alguma atividade posterior em razão da confiança que nela foi gerada; d) o fato de ocorrer a supressão do fato no qual foi assentada a confiança, gerando prejuízo ou iniquidade insuportável para quem confiara.<sup>32</sup>

É o caso, por exemplo, de um credor que admite, ainda que sem conceder expressamente a moratória, que o devedor cumpra a sua obrigação a tempo diverso do que o inicialmente pactuado. Ao assim agir, o credor gera no devedor a legítima expectativa de que sua mora não levará o credor a cobrar multa. Se, posteriormente, o credor postula o pagamento dessa multa, ele está agindo contra o seu próprio ato e quebrando a relação de confiança que deveria ter com sua contraparte.

Teresa Negreiros comenta, ainda, como possibilidade de aplicação da teoria dos atos próprios: a *supressio* e a *surrectio*.

Trata-se, segundo a autora, da “vedação de direitos por carência de seu exercício em certo tempo para além das hipóteses conhecidas da prescrição e da decadência”<sup>33</sup>. Pela *supressio* ocorre a extinção do direito pela falta de uso, enquanto a *surrectio* ocasiona a aquisição do direito pela outra parte.

A *supressio* e a *surrectio* podem ser aplicadas às relações jurídicas de trato sucessivo, nas quais uma das partes passa a agir de forma distinta da inicialmente estabelecida. É o caso, por exemplo, de determinado condomínio de um prédio residencial em que é proibido o comércio, mas onde se admite a venda de mercadorias por um

31 NEGREIROS, op. cit., p. 147-148.

32 MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.471.

33 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 142.

morador durante uma longa data. O comportamento do condomínio gera a confiança de que aquela atuação do condômino será mantida, permitindo que se dê continuidade ao comércio. O não exercício do direito de exigir do condômino o fim daquela atividade irregular, gera, ao condômino, o direito de comercializar seus produtos naquele local tal como vem fazendo ao longo do tempo (*surrectio*) e, para o condomínio, a extinção do direito de exigir a extinção da atividade (*supressio*).

Por último, pela teoria do adimplemento substancial, deve-se entender como a aplicação da boa-fé objetiva às hipóteses em que, embora haja descumprimento contratual, este foi mínimo, restando o contrato adimplido substancialmente. Impõe-se, neste caso, a manutenção do contrato e o afastamento da possibilidade de resolução pelo seu inadimplemento.

Ruy Rosado de Aguiar Jr., relator da Apelação Cível n.º 588012666, Canoas, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conceituou o princípio do adimplemento substancial do contrato como sendo aquele “segundo o qual o cumprimento próximo ao resultado final exclui o direito de resolução, facultando apenas o pedido de adimplemento e o de perdas e danos.”<sup>34</sup>

Conhecidas essas hipóteses de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, é oportuno analisar a possibilidade de sua aplicação às relações jurídicas de direito público em geral.

### III – APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PÚBLICO:

#### III.A) BASES JURÍDICAS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA:

Inicialmente, vale ressaltar que a distinção entre direito público e direito privado é cada vez mais tênue.

Nesse sentido, a preciosa lição de Gustavo Tepedino:

Por fim, o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à summa divisio do direito público e do direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alteração profunda

---

34 Ap. Civ. 588012666, Canoas, TJRS, 5ª Câm. Civ., rel. Dês. Ruy Rosado de Aguiar Jr., julgado em 12.04.1988, *apud* Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 458.

nas relações entre o cidadão e o Estado. O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica.

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores.<sup>35</sup>

Tal se dá porque ambas as ramificações do direito encontram nos mandamentos constitucionais a sua fonte única de validade e legitimidade.

No início desta obra, foi citado o reconhecimento pela doutrina de que o princípio da boa-fé encontra assento constitucional no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB) e no princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, da CRFB).

Tendo suporte jurídico de validade na Constituição, o princípio da boa-fé objetiva informa e permeia toda a ordem jurídica brasileira e atinge, de igual forma, as relações jurídicas de direito privado e as relações jurídicas de direito público, ainda que carente de expressa previsão legal em normas consideradas regedoras da relação entre a Administração Pública e o administrado.

Com efeito, trata-se de um princípio veiculador do valor ético, que junto com o valor da segurança jurídica, encontra no Estado Democrático de Direito um campo propício de atuação.

Jesús Gonzáles Pérez, se referindo à boa-fé objetiva como princípio geral de direito, ensina que:

---

35 TEPELINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 19.

o fato de sua consagração em uma norma legal não supõe que, anteriormente, ele não existia, nem que por tal consagração legislativa haveria perdido tal caráter. Pois se os princípios gerais do Direito, por sua natureza, existem com independência de sua consagração em uma norma jurídica positiva, como tal subsistirão quando em um ordenamento jurídico se recolhem em um preceito positivo, como objeto de que não haja dúvida do seu pleno reconhecimento.<sup>36</sup>

Também Teresa Negreiro se refere ao assento constitucional do princípio da boa-fé objetiva quando admite que a previsão de nulidade estabelecida no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor é norma cogente, “dedutível do substrato constitucional de que é composto o princípio em questão”<sup>37</sup>.

É inconcebível que se admita que os particulares devam atender aos preceitos éticos da boa-fé objetiva e que a Administração Pública, cujo fim último é o interesse coletivo, possa sobrepujar tal comportamento ético para com sua contraparte, como assinala Jesús Gozález Pérez no seguinte trecho:

O princípio geral da boa-fé – afirmava Sayaguéz – deve reger todas as relações jurídicas; é um princípio comum ao Direito civil e administrativo, diz Marienhoff. E sublinha a especial importância do princípio no âmbito jurídico-administrativo. Pois, como assinala Mairal, ‘parece difícil considerar o Estado excluído da obrigação de respeitar um princípio básico do direito e da moral com o é a boa-fé, o fato de que a Administração persiga o bem comum não autoriza a liberá-la das amarras morais, pois o fim não justifica os meios; por outra parte, tão intensa e múltipla é a intervenção estatal na vida cotidiana dos particulares que a não vigência do princípio pela Administração significaria que um vasto setor das relações jurídicas ficaria fora de uma regra tão cardinal.’<sup>38</sup>

36 GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999. p. 22: “*El hecho de su consagración en una norma legal no suponía que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa hubiera perdido tal carácter. Pues si los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando em um Ordenamiento jurídico se recogen en un precepto positivo, con objeto de que no quepa Duda su pleno reconocimiento.*” – tradução livre do original.

37 NEGREIROS, Teresa. “*Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*”. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139.

38 GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999, p. 41: “*El principio general de la buena fe – afirmaba Sayagués – debe regir em todas las relaciones jurídicas; ES un principio común al Derecho civil y administrativo, dice Marienhoff. Y se subraya la*

Judith Martins-Costa admite, expressamente, a aplicação da boa-fé objetiva aos contratos públicos, nos seguintes termos:

Justamente porque traduz relação obrigacional – relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade – e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela função social que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico, função esta, ensina Miguel Reale, que ‘é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica’.<sup>39</sup>

Em consonância com a linha de pensamento até aqui explanada, a Constituição da República prevê, em seu art. 37, o princípio da moralidade administrativa como princípio norteador do comportamento do agente público.

Também nesse princípio parece ter assento a exigência de atuação do agente público conforme os ditames da boa-fé objetiva.

Nada obstante, é necessária a análise de possíveis obstáculos à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público. É do que se tratará no próximo tópico.

### III.B) OBSTÁCULOS À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA AO DIREITO PÚBLICO:

Jesús Gozález Pérez assinala os possíveis empecilhos à aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público, quais sejam: a diferença qualitativa das partes envolvidas, o princípio da legalidade e a distinção dos interesses em jogo<sup>40</sup>, as quais serão devidamente desenvolvidas nos subtópicos seguintes.

---

*especial importância del principio en el ámbito jurídico-administrativo. Pues, como señala Mairal, ‘parece difícil considerar al Estado excluido de la obligación de respetar un principio básico Del derecho y de la moral como lo es el de la buena Fe; El hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarle de ataderos Morales, pues el fin no justifica los medios; por otra parte, tan intensa y múltiple ES la intervención estatal en la vida cotidiana de los particulares, que la no vigencia Del principio respecto de la Administración significaría que un vasto sector de las relaciones jurídicas quedaria fuera Del amparode una regla tan cardinal’* – Tradução livre do original.

39 Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 457.

40 C.f González Pérez, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999. p. 37.

### III.B.1) DISTINÇÃO QUALITATIVA DAS PARTES:

Com relação à diferença qualitativa entre as partes, o autor ressalta que a posição institucional de superioridade da Administração Pública em relação ao particular, tendo em vista o fim primordial da sua atuação é a persecução do interesse público, não só não constitui obstáculo à aplicação do princípio da boa-fé objetiva, como exige da Administração a sua máxima vigência e observância.<sup>41</sup>

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público não é excludente da observância, pela Administração Pública, de outro princípio que veicula o valor da ética, como o é o princípio da boa-fé objetiva.

O valor da ética na Administração Pública é veiculado, igualmente, pelo princípio constitucional da moralidade administrativa, que demanda do agente público agir de acordo com os padrões éticos socialmente exigidos.

Ora, assim sendo, não há porque afastar a necessidade do agente público atuar com lealdade, retidão e honestidade com o administrado ou com outro ente federativo com o qual se relacione. A confiança gerada pelo comportamento de determinada parte em um contrato, também pode ter por origem o comportamento de um agente público, merecendo a expectativa gerada por tal comportamento igual tutela constitucional.

### III.B.2) O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:

Mais tormentosa é a análise do princípio da legalidade como obstáculo à aplicação do princípio da boa-fé objetiva.

Com efeito, a atuação do agente público deve se pautar na mais estrita legalidade.

Se ao administrado é permitido fazer tudo aquilo a que a lei não proíbe (art. 5º, inciso II, da CRFB), ao agente público somente é admitido a atuação em conformidade com o comando legal (art. 37, *caput*, da CRFB).

A atuação do agente público deve estar pautada na lei, seja no ato administrativo discricionário, seja no vinculado.

Nesse sentido, Jesús González Pérez ensina que a Administração Pública tem sua atuação submetida a todo o ordenamento jurídico, razão pela qual estaria submetida não só à lei, mas também aos

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 38.

princípios que o integram, dentre os quais se encontra o da boa-fé objetiva<sup>42</sup>.

Segundo o autor, o princípio se aplica às atividades discricionárias da Administração, onde o agente público tem uma margem mais ou menos ampla de atuação, mas também tem um papel decisivo nos atos vinculados, eis que nesses o princípio da boa-fé exerce importante função na interpretação da norma, do ato ou do contrato administrativo.<sup>43</sup>

Dessa forma, a legalidade do ato ou contrato administrativo não afasta a necessidade de que este esteja revestido de legitimidade, obedecendo aos ditames da ética concretizados em uma ação pautada na lei, mas também num comportamento leal, honesto e correto.

Mais adiante, será possível vislumbrar a aplicação prática da boa-fé objetiva na relação entre administrador e administrados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seja na edição de um ato administrativo, seja na execução de um contrato administrativo.

### III.B.3) DISTINTA NATUREZA DOS INTERESSES EM JOGO:

Como sabido, enquanto o particular persegue os seus próprios interesses, privados, portanto, o administrador público atua tendo por finalidade concretizar o interesse público.

Em relação à distinção dos interesses em jogo, Jesús González Pérez explica que a realização do interesse público é também, em última instância, interesse do particular, não havendo porque impedir a aplicação do princípio da boa-fé em decorrência desta suposta distinção.<sup>44</sup>

Não obstante a conclusão a que chega o autor, não parece que resida nos argumentos por ele veiculados o fundamento para aplicação da boa-fé objetiva ao direito público apesar dos distintos interesses em jogo, pois há situações em que é evidente o conflito entre o interesse individual e o interesse público. Entretanto – como dito alhures –, somente prevalecerá o interesse público caso este esteja pautado na lei e nos princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico.

Verifica-se, assim, a plena aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva ao direito público.

Todavia, para o melhor entendimento da aplicabilidade do princípio em exame ao direito público, é preciosa a análise dos casos

42 C.f. González Pérez, Jesús. *El principio General de La Buena Fe en el Derecho Administrativo*. 3. ed. Madrid (España): Civitas, 1999. p. 39.

43 Idem, *ibidem*.

44 Idem, p. 40.

submetidos Superior Tribunal de Justiça e a forma como esses tribunais vem acolhendo esse princípio e a aplicando ao direito público.

#### **IV – A BOA-FÉ OBJETIVA APLICADA AO DIREITO PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:**

As mais altas cortes do país têm reconhecido a aplicabilidade da boa-fé objetiva no direito público, seja na relação contratual, seja na relação jurídica entre a Administração Pública e o administrado.

O repertório jurisprudencial, que a seguir será colacionado em com breves comentários, é meramente ilustrativo da forma como vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça.

Vale ressaltar que a jurisprudência tem especial importância no estudo da boa-fé objetiva, pois, como dito alhures, a aplicação do princípio implica necessariamente no aumento dos poderes do juiz, eis que é na verificação do fato concreto submetido ao exame do magistrado que se verificará se o comportamento da parte atende aos ditames da boa-fé.

Nesse sentido, esclarece Judith Martins-Costa:

Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso. Mas é, incontroversamente de caráter técnico-jurídico, porque enseja a solução de casos particulares no quadro dos demais modelos jurídicos postos em cada ordenamento, à vista das suas particulares circunstâncias.<sup>45</sup>

E, ainda nesse sentido, Teresa Negreiros afirma:

A função interpretação-integração do contrato, que hoje se reconhece como uma das ramificações do princípio da boa-fé, reflete esta mesma idéia de ‘expediente técnico e preciso’, através do qual se confere ao juiz um especial mandato ou poder para decidir o caso de acordo com as circunstâncias concretas.<sup>46</sup>

---

45 MARTINS COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 412-413.

46 NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 135.

Desta feita, a seguir, serão comentados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça que aplicam a boa-fé objetiva ao direito público.

Em matéria de contratos celebrados pelo Poder Público a jurisprudência é mais farta, ainda que não tão numerosa quanto à aplicação do princípio da boa-fé aos contratos de natureza privada.

A relação jurídica entre administrador e administrado foi objeto de aplicação do princípio da boa-fé objetiva, através do acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar, no Recurso em Mandado de Segurança n.º 6183-MG, do Superior Tribunal de Justiça, DJ 18/12/1995:

MEMORANDO DE ENTENDIMENTO. Boa fé. Suspensão do processo.

O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de 'Memorando de Entendimento', para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição.

Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade.

Deferimento da liminar, que garantiu a suspensão pleiteada.

Em seu voto, o Ministro relator explica que o Ministério da Agricultura e a Comissão de Agricultura e Política Rural da Câmara dos Deputados firmaram um entendimento, onde o Banco do Brasil assumiu publicamente o compromisso de suspender processos nos quais o devedor apresentasse ânimo de saldar sua dívida.

O Tribunal de origem decidiu pelo não acatamento da pretensão de suspensão veiculada pelo particular, ao argumento de que o memorando de entendimento "traduz simples manifestação de intenção das autoridades que o firmaram sem caráter especificamente particularizante e vinculativo, mas com o objetivo generalizado e normativo".

O ilustre Ministro relator acolheu a pretensão de suspensão do processo sob o seguinte argumento:

O compromisso público assumido pelo Governo através do seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e

com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, presume-se tenha sido celebrado para ser cumprido. [...]

O princípio geral da boa-fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade.

O que vale a autonomia privada, vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital e predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos. É inconcebível que um Estado democrático, que aspire realizar a Justiça, esteja fundado no princípio que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa:

*Tenho que o 'Memorando de Entendimento', embora não seja uma lei, nem mesmo possa ser definido como contrato celebrado diretamente entre as partes interessadas, criou no devedor a justa expectativa de que comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer o acerto de contas, teria o prazo de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial. Havia, portanto, o direito do executado de obter a suspensão do processo de execução [...].*

Também o Recurso Especial n.º 47.015-SP, relator Ministro Adhemar Maciel, do Superior Tribunal de Justiça, DJ 09/12/1997, aplicou o a teoria dos atos próprios para tutelar a confiança gerada pelo comportamento do agente público, como se vê na ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE PROPRIEDADE OUTORGADO PELO PODER PÚBLICO, ATRAVÉS DE FUNCIONÁRIO DE ALTO ESCALÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, OBJETIVANDO PREJUDICAR O ADQUIRENTE: INADISSIBILIDADE. [...]

I – Se o suposto equívoco no título de propriedade foi causado pela própria Administração, através de funcionário de alto escalão, não há que se alegar o vício com o escopo de prejudicar aquele que, de boa-fé, pagou o preço estipulado para fins de aquisição. Aplicação

dos princípios de que *nemo potest venire contra factum proprium e de que nemo creditur turpitudinem suam allegans*<sup>47</sup>. [...]

Na hipótese, o Estado de São Paulo requereu a nulidade do título aquisitivo do direito de propriedade que ele próprio concedeu ao particular, por estar em desacordo com a lei que regulava as terras devolutas. Décadas depois ajuizou ação judicial em epígrafe, surpreendendo o particular e voltando-se contra os seus próprios atos, em evidente violação ao princípio da boa-fé objetiva.

Outro importante precedente é o acórdão n.º 141879-SP, DJ 22/06/98, no qual o Ministro Ruy Rosado Aguiar, relator, adotou a teoria dos atos próprios para afastar a pretensão de anulação de contrato de promessa de compra e venda celebrado entre o Município de Limeira e um particular, conforme se verifica na ementa abaixo “LOTEAMENTO. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. [...]

- *A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.* (RESP n.º 141879-SP, DJ 22/06/1998) - (grifo nosso)

Na espécie, o Município de Limeira do Estado de São Paulo ajuizou contra o particular ação anulatória de compromisso de compra e venda de imóvel em loteamento sem registro. Contudo, a regularização cabia à própria municipalidade, que argüiu a sua própria inoperância como fundamento para a anulação pretendida, o que evidencia a contradição do comportamento da autoridade municipal, conforme se ressaltado no voto do relator:

Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os

---

47 De acordo com Judith Martins-Costa, “no direito brasileiro, embora não sistematizada a regra segundo a qual é inadmissível ao prevaricador que violou deveres contratuais aproveitar-se da própria violação tem larga aplicação nos tribunais, seja pela invocação do adágio *turpitudinem suam allegans non auditur*, seja por sua variante da teoria da confiança e da aparência ou pela aplicação do *venire contra factum proprium*”. A autora cita como exemplo do *turpitudinem suam allegans non auditur* o art. 243 do Código de Processo Civil que veda a alegação, em proveito próprio, de nulidade provocada pela parte. (Martins-Costa, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 464).

próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiara

A necessidade do particular também agir com lealdade e transparência na relação travada com a Administração Pública, é objeto do acórdão proferido no Recurso em Mandado de Segurança n.º 22.770 – DF, relator Ministro Humberto Martins, DJ 19/09/2007:

ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ATO ADMINISTRATIVO DE PERMISSÃO DE TRANSPORTE ALTERNATIVO E CONDOMÍNIO – NATUREZA – REVOGAÇÃO UNILATERAL – VALIDEZ. [...]

3. O comportamento do recorrente, que consistiu na omissão de noticiar seu vínculo funcional com o Poder Público, insere-se no desrespeito genérico à boa-fé objetiva, que atua no Direito Administrativo em duas vias: a) da Administração em face do súdito, sob as vestes da moralidade; b) do súdito ante a Administração, sob a forma de figuras parcelares da boa-fé objetiva.

O julgado tem o mérito de trazer o princípio da moralidade como assento constitucional da atuação do administrador público em conformidade com a boa-fé objetiva, exigindo do particular e do Poder Público, de forma idêntica, uma conduta honesta, leal e transparente.

Observa-se, que, no caso, a ausência de honestidade do particular com a Administração foi considerada como legitimadora da revogação do ato administrativo de permissão de transporte coletivo.

Em matéria de contrato administrativo, vale, ainda, citar o caso julgado através do Recurso Especial n. 914.087 – RJ, DJ 29/10/2007, relatado pelo Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93.

1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186):

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

*3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.*

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação

prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses. – grifado.

O acórdão adota, para a solução de controvérsia no contrato administrativo, a teoria do adimplemento substancial, considerando, para tanto, que o contratante, não obstante tenha inadimplido o contrato em determinada parte, o adimpliu substancialmente. Como se verifica no acórdão, a obrigação contratual da empresa de entregar os fogareiros foi integralmente cumprida, embora intempestivamente em decorrência de motivo de força maior comunicado ao órgão administrativo pela empresa.

O relator considerou também o comportamento da Administração Pública em receber a mercadoria, ainda que com atraso, sem lançar nenhum protesto, o que, segundo o nobre relator, “denota ter consentido com a mora a que incidiu a empresa”, bem como a ausência de prejuízos para a Administração.

Conclui o acórdão, que a noção de adimplemento substancial deve ser tomada em conjunto com a de proporcionalidade na análise do descumprimento contratual.

Embora o acórdão não tenha sido expresso, houve a adoção da teoria dos atos próprios, pois ao considerar o comportamento da Administração em aceitar a entrega do produto com atraso, sem qualquer reação a tal comportamento, fez surgir no contratante a expectativa de que a entrega fora do prazo estava justificada. O seu comportamento posterior de sancionar o atraso, após a execução do contrato, feriu a confiança depositada pela empresa na Administração Pública.

O repertório selecionado indica que a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao direito público encontrou ampla acolhida nas mais altas cortes brasileiras, o que evidencia a desnecessidade de previsão legal do princípio em normas de direito público para que o mesmo seja reconhecido, como, inclusive, já foi ressaltado neste breve ensaio.

## V – CONCLUSÃO:

Como assinalado, o princípio da boa-fé objetiva encontrou no direito privado, mais especificamente, na teoria contratual, o campo propício para sua instalação e disseminação no direito positivo brasileiro.

Nada obstante, como todas as normas infralegais, é na Constituição que o princípio encontra o seu fundamento jurídico de validade, especificamente no princípio da dignidade da pessoa humana e no da solidariedade, possibilitando veicular o valor da ética à aplicação das relações jurídicas de direito público e de direito privado.

Independe, portanto, de lei em sentido estrito a aplicação da boa-fé objetiva nas relações protagonizadas por entes públicos.

As especificidades do direito público não obstam a aplicação do princípio, antes lhe impõe a observância, uma vez que ao perseguir o fim público, o administrador, mais do que ninguém, deve pautar sua conduta nos ditames da ética, da moralidade, da lealdade, honestidade, transparência e correção.

Contudo, é necessário admitir que o princípio da boa-fé objetiva seja, ainda, perfunctoriamente delineado pela doutrina, tendo a jurisprudência especial papel na revelação da aplicação do princípio ao caso concreto.

Por óbvio, o alargamento dos poderes do juiz em decorrência da aplicação do princípio é uma realidade constatada por diversos autores. Trataram do assunto Judith Martins-Costa, Teresa Negreiros, Jesús Gosaléz Pérez e Antônio Junqueira de Azevedo.

É bem verdade que o tema da boa-fé ainda pouco explorado pela doutrina brasileira pode sim ser objeto de arbítrio judicial. Contudo, trata-se de um conceito técnico-jurídico de suma importância colocado ao dispor do magistrado para levar também o valor da ética aos casos concretos.

O conteúdo do princípio da boa-fé vem se revelando ao longo dos anos com a análise de casos concretos em que a não aplicação do princípio pode levar a um verdadeiro desrespeito à ética na relação jurídica com entes públicos ou com entes privados.

A jurisprudência que vem se formando no Superior Tribunal de Justiça demonstram que a tendência é a sedimentação do princípio em análise também nas relações jurídicas de direito público, sejam elas contratuais, processuais, tributárias, previdenciárias ou de qualquer outra espécie.

Assim é que o administrador público, além de pautar seu ato na mais estrita legalidade, deve também atuar de forma ética, evitando os

comportamentos contraditórios, agindo com lealdade, transparência, probidade em relação à sua contraparte e à sociedade.

Não basta mais que se atenda exclusivamente ao princípio da legalidade.

Também o advogado público deve estar atento a essa mudança de paradigma, de modo a melhor orientar o seu cliente nas relações jurídicas das quais participe.

Buscou-se, assim, nessas breves linhas a demonstração de uma nova realidade para o setor público, que, ao se orientar pelos ditames da boa-fé objetiva, mais aproxima o país da construção de uma sociedade livre, justa e solidaria, com respeito à dignidade da pessoa humana e à moralidade, tal qual preconiza a Lei Maior.

#### REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro*: tramitação, função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). Coligido em Revista Jurídica n.º 308 de junho/2003, Ed. Notadez.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O princípio da Boa-fé nos Contratos. In: *Comentários sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*, Série Cadernos do CEJ, 20.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Portugal: Almedina, 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990).

FACHIN, Luiz Edson. Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo. Coligido. *Revista Jurídica. Notadez*, ano 51, n. 304, fev. 2003.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>

PÉREZ, Jesus González. *El Principio General de la buena fe en el derecho administrativo*. Espana: Civitas, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 2004.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil – Estudos na perspectiva Civil-Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



---

# ENTRE A EFICIÊNCIA E A LEGITIMIDADE: A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES É COMPATÍVEL COM UMA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DE DIREITO?

---

*Patricia Cristina Lessa Franco*

*Procuradora Federal*

*Lotada na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República  
Chefe de Gabinete do Diretor do Departamento de Promoção dos Direitos Humanos,  
Diretora Substituta do Departamento de Promoção dos Direitos Humanos*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Teoria dos Motivos Determinantes e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário; 2 Entre a eficiência e a legitimidade: a teoria dos motivos determinantes é compatível com uma concepção democrática de Direito? 3 Considerações finais.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo discutir o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tanto no controle concentrado como no controle difuso de constitucionalidade. Foi feita uma digressão sobre os objetivos, conseqüências, vantagens, desvantagens e, por fim, as limitações para a adoção desse fenômeno.

O problema do artigo foi responder a seguinte pergunta: tal teoria é justificável numa concepção democrática de constitucionalismo? A transcendência dos motivos determinantes e confere às decisões da Suprema Corte um efeito ilimitado? Caso haja limitação, quais regramentos ou valores deveriam ser impostos para conferir um sistema de freios a essa transcendência? Até que ponto a transcendência dos motivos determinantes é legítima? Assim, a partir desses problemas, foi utilizada como marco teórico a concepção de razão pública nos termos ensinados por John Rawls e o princípio da integridade concebido por Ronald Dworkin.

Por fim, fez-se um estudo de quais limites são necessários para que esse “super-poder” conferido à Corte Suprema não se transforme em algo arbitrário e ilegítimo. Conclui-se que realmente a teoria da transcendência dos motivos determinantes, no âmbito do Poder Judiciário, se revela como um mecanismo vantajoso, mas apenas se a sua aplicação for respaldada na razão pública e visar a preservar a integridade do Direito como um todo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transcendência dos motivos determinantes. Decisão judicial. Controle de constitucionalidade. Constitucionalismo. Supremo Tribunal Federal

**ABSTRACT:** This paper is about the theory of transcendence of determinative reasons and its influence on decisions taken by Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) in either concentrate control or diffuse control of constitutionality. Here are discussed goals, consequences, advantages, disadvantages and, at last, restraints in order to adopt this theory.

The main question in this paper was: is the theory acceptable regarding the democratic conception of constitutionalism? Does the transcendence of determinative reasons assign unlimited reach to Supreme Court decisions? Otherwise, which restraints or parameters should be imposed to establish a “holding back system”? How far can the transcendence of determinative reasons be considered legitimate? Starting from these questions, we set up as our main line the doctrine of public reason, taught by John Rawls, and the theory of law as integrity, conceived by Ronald Dworkin.

At last, we studied which limits are necessary in order to avoid that this “super power” given to the Supreme Court change into something arbitrary and illegitimate. In conclusion: the transcendence of determinative reasons doctrine reveals itself as an advantageous mechanism, but only if its application is supported by public reason and preserves the value of integrity in Law.

**KEY WORDS:** Transcendence of determinative reasons. Case. Control of constitutionality. Constitutionalism. Supremo Tribunal Federal (Brazilian Supreme Court)

## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por objetivo discutir o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pela Corte Suprema, tendo por marco teórico a concepção de razão pública nos termos ensinados por John Rawls e o princípio da integridade de Ronald Dworkin.

Foi escolhido o marco teórico com base na concepção de razão pública de John Rawls e no princípio da integridade de Ronald Dworkin por dois motivos. Primeiro, pelo fato de que a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal apenas gozará de legitimidade se obedecer aos limites impostos pela razão pública. Segundo porque a aplicação do referido instituto deve objetivar manter a integridade do sistema jurídico como um todo, de forma que a transcendência dos motivos determinantes venha imbuída no espírito de expressar um sistema jurídico único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.

O objeto do artigo é o fenômeno da transcendência dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tanto no controle concentrado como no controle difuso de constitucionalidade. Em outras palavras, o objeto do artigo em questão é a aplicação da teoria da vinculação aos motivos determinantes e sua transcendência nas decisões proferidas pela Corte Suprema.

O problema trazido a lume no artigo consiste em se fazer uma digressão no sentido de responder a seguinte pergunta: tal teoria é justificável numa concepção democrática de constitucionalismo? Se essa transcendência dos motivos determinantes das decisões da Suprema Corte confere um efeito ilimitado a Corte Superior ou, caso não haja essa ilimitação, quais regramentos ou valores deveriam ser impostos

para conferir um sistema de freios a essa transcendência? Até que ponto a transcendência dos motivos determinantes é legítima?

Por fim, há de se problematizar, ainda, o próprio efeito vinculante das decisões proferidas pelo excelso Pretório no controle de constitucionalidade, enfatizando a possibilidade de extensão dos efeitos dela resultantes não só à parte dispositiva da sentença ou acórdão que, no controle concentrado ou difuso, declara a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público, mas também aos próprios fundamentos, ou seja, a *ratio decidendi*, que constitui a essência da tese jurídica adotada para decidir o caso concreto.

Para cumprir o objetivo do artigo, na primeira seção será conceituada a teoria dos motivos determinantes. Essa conceituação tomará por base conceitos dispostos na doutrina e também na própria jurisprudência da Corte Suprema. Será feita uma incursão acerca do histórico da teoria da transcendência dos motivos determinantes e como ela se situa no histórico do controle de constitucionalidade.

Igualmente, será feito um estudo acerca das razões que levaram a jurisprudência constitucional brasileira a iniciar o debate sobre a transcendência dos efeitos determinantes nas decisões em sede de controle judicial de constitucionalidade, tais como a reiteração de atos e condutas tidas por inconstitucionais, a constante e tão almejada busca a efetividade das decisões, a segurança jurídica e ao princípio da eficiência, além da necessidade primordial do Estado Democrático de Direito de buscar preservar, sempre, a força normativa da Constituição.

Já na segunda seção será feito um estudo crítico no sentido de verificar até que ponto a eficiência objetivada na transcendência dos motivos determinantes seria legítima. Ou seja, a transcendência dos motivos determinantes é compatível com uma concepção democrática do direito? Para enfrentar esse problema, será utilizada a teoria de Rawls sob o espeque da razão pública e também será feito um estudo do princípio da integridade do sistema jurídico nos termos expendidos por Ronald Dworkin. Nesse sentido, ainda será feita um estudo de quais limites seriam necessários para que esse “super-poder” conferido a Corte Suprema não se transforme em algo arbitrário e ilegítimo.

Haverá, também, no segundo capítulo uma análise de como essa transcendência dos motivos determinantes aparentemente esvaziou o papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela via difusa, conforme previsão do art. 52, X, da Carta Magna.

## 1 A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E SUA APLICAÇÃO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

Prefacialmente, é mister conceituar o que seja ato administrativo, tendo em vista que a partir do mesmo haverá a análise do tema objeto do presente artigo, qual seja: a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tanto no controle difuso como no controle concentrado de constitucionalidade.

Ato administrativo é a declaração unilateral do Estado dotada de auto-executoriedade. É o ato jurídico decorrente do exercício da função administrativa, sob um regime de Direito Público ou, como prefere Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO: 2005, p. 185), “é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa”<sup>1</sup>.

O ato administrativo constitui-se de vários elementos, os quais, nos termos da Lei nº 4.717/65, são: a) o agente competente; b) o motivo; c) o conteúdo ou objeto; d) a forma; e e) a finalidade.

A presença de todos esses elementos é obrigatória para que o ato administrativo exista, seja perfeito, válido e produza efeitos jurídicos.

Para a finalidade específica do presente artigo, vou me concentrar em um dos elementos do ato administrativo, qual seja, o motivo.

Em primeiro plano, há de se fazer a diferenciação entre motivo e motivação do ato administrativo. Como já foi mencionado, o motivo caracteriza-se como as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externo a ele, o antecedendo e estando necessariamente presente em todos eles. Assim, o motivo não se confunde com a motivação.

Nesse sentido, motivo é a situação jurídica que autoriza ou exige a prática de um ato administrativo. Já a motivação é a narração ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato administrativo; em outras palavras, é a exposição dos motivos, é a causa da prática do ato administrativo.

A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do porquê daquele ato, é um requisito formalístico do ato administrativo.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello:

É a exposição dos motivos a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habitante; (b) os fatos em que o agente se

1 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p-185.

estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente; (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado<sup>2</sup>.

No esteio das diferenças entre motivo e motivação, surgiu a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual o motivo é um requisito tão necessário à prática de um ato que fica “umbilicalmente” ligado a ele, de modo que se for provado que o motivo é falso ou inexistente, por exemplo, é possível anular-se totalmente o ato, ou seja, os motivos se integram à validade do ato.

É a presença da motivação que permitirá o controle da legalidade do ato administrativo, no que tange a avaliação de existência e/ou veracidade dos pressupostos fáticos expostos pelo administrador, cuja interpretação é essencial para a subsunção do fato à norma que, inclusive, aferirá a transparência ao atuar da Administração Pública.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal preconiza:

Possui a Administração o poder discricionário na indicação de militares para realização de seus Cursos, tais como o de Aperfeiçoamento de Sargentos. Nesse caso, o motivo não seria exigido para a perfeição do ato, ficando o agente com a faculdade de praticá-lo sem motivação; porém se motivá-lo, vincula-se aos motivos apresentados, ficando obrigado a comprovar sua real existência, legalidade e constitucionalidade. - Não cabe ao Judiciário adentrar a esfera do mérito administrativo e questionar as normas disciplinares ou administrativas da Organização Militar ou os critérios estabelecidos para seleção ou indicação de militares para seus Cursos. Milita a favor do ato administrativo presunção de legitimidade, eis que emanados de autoridade pública, podendo, no entanto, o Judiciário sobre eles se manifestar em caso de vício que o macule. - A teoria dos motivos determinantes se baseia na consideração de que, quando o ato administrativo for motivado, fica ele vinculado aos motivos apresentados, para todos os efeitos jurídicos. Portanto, o motivo é que determina a prática do ato, devendo, assim, haver perfeita consonância entre tal ato e a realidade<sup>3</sup>.

Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça entende:

---

2 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. I, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 366-367.

3 STF, RE 496.206/RJ, Rel. Min. CARMÉN LÚCIA, julgado em 19.06.2008, DJ 30.06.2008, p. 118.

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto a conveniência e oportunidade do ato administrativo [...] o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade<sup>4</sup>.

Destarte, uma vez enunciados os motivos pelo seu agente, mesmo que a lei não tenha estipulado a necessidade se enunciá-los, o ato somente terá validade se os motivos efetivamente ocorreram e justificam o ato.

Nesse diapasão, a teoria dos motivos determinantes teve seu leque de profusão ampliado de molde a ser utilizada também no âmbito das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Claro que aqui o seu conceito se amolda às peculiaridades de que se revestem as decisões judiciais. A teoria dos motivos determinantes seria, assim, a vinculação do Poder Judiciário aos fundamentos de decidir, a *ratio decidendi* de uma decisão.

Antes do histórico e aplicação da teoria dos motivos determinantes nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade, será feito um breve relato desse controle, com ênfase do modelo adotado no Brasil.

De um modo geral, o controle de constitucionalidade pode ser feito preventiva ou repressivamente. No primeiro caso, o controle é feito antes da edição da lei; no segundo, após a edição da lei e pode ser tanto político quanto jurisdicional. Importa para o presente artigo o controle repressivo jurisdicional, o qual no constitucionalismo moderno se divide em controle concentrado e controle difuso de constitucionalidade.<sup>5</sup>

O controle concentrado tem matriz austríaca, influenciado por Kelsen. Nesse modelo, os Tribunais Constitucionais possuem o monopólio da declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos através de um processo próprio, com rito peculiar.<sup>6</sup>

Já no controle difuso a constitucionalidade das leis e atos normativos pode ser questionada em qualquer demanda, cabendo ao Juiz da causa decidir pela sua compatibilidade ou incompatibilidade

4 STJ, REsp. 429.570/GO, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.11.2003, DJ 22.03.04, p. 277.

5 NICZ, Alvacir Alfredo; JÚNIOR KOZIKOSKI, Antonio Cláudio. *O papel do Senado Federal não jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes*, p. 20. In: **Revista Forense**, São Paulo, ano 103, vol. 394, p. 20, novembro-dezembro 2007.

6 Ibid.

com o texto da Carta Magna. Foi criado pelo direito norte-americano, através do conhecido caso *Marbury v. Madison*.<sup>7</sup>

No Brasil perdura o sistema híbrido de jurisdição constitucional. Para fins do presente artigo, é imperioso, nesse momento, fazer um estudo do efeito vinculante no controle de constitucionalidade, já que a teoria da transcendência dos motivos determinantes trata justamente do efeito vinculante não só da parte dispositiva, como também dos próprios fundamentos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

De fato, o efeito vinculante existe no Direito Brasileiro desde 1977. Nesses termos, o art. 187 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecia que a decisão proferida na representação interventiva teria caráter vinculante.

Posteriormente, já no âmbito da Constituição de 1988, a Emenda Constitucional nº 3/93, alterou o §2º do art. 102 da atual Carta Magna e alçou o efeito vinculante a nível constitucional com a instituição da Ação Declaratória de Constitucionalidade, expressamente narrando que:

#### Constituição Federal de 1988

#### Art. 102

---

7 “Adams era o Presidente dos Estados Unidos e seu Secretário de Estado, Jonh Marshall. Ambos pertenciam ao Partido Federalista, que foi fragorosamente derrotado por Jefferson e seus partidários. O novo Presidente e o Congresso deveriam ser empossados meses depois, tempo suficiente para que Adams efetivasse o seu testamento político. A fórmula encontrada pelos federalistas foi a de nomear os – digamos – correligionários para os cargos do Judiciário, onde usufruiriam das conhecidas garantias de vitaliciedade e de irredutibilidade de vencimentos. Um dos beneficiados disso foi Marshall, nomeado, depois de aprovação pelo Senado, para Presidente da Suprema Corte, cargo que acumulou com o de Secretário de Estado até a véspera da posse do novo Governo. Neste ínterim, entre a derrota eleitoral e a posse do novo Governo, Marshall procurou desincumbir-se da missão, mas não conseguiu entregar todos os títulos de nomeação, não obstante já perfeitos, inclusive assinados pelo Presidente e selados com o selo dos Estados Unidos. Um dos títulos não entregues nomeava Willian Marbury para o cargo de Juiz de Paz, no condado de Washington, no Distrito de Columbia. Quando Jefferson assumiu, determinou a seu Secretário de Estado, James Madison, que não entregasse o título da comissão a Marbury, por entender que a nomeação era incompleta até o ato de entrega da comissão. Marbury não tomou posse do cargo, e, por isso, requereu ao Tribunal a notificação de James Madison para que apresentasse suas razões, pelas quais não lhe entregava o título de nomeação para possibilitar-lhe a posse. Tais razões poderiam embargar um eventual pedido de writ of mandamus. Madison silenciou e não apresentou os embargos para o que fora notificado. Marbury, então, interpôs o mandamus. O mérito da causa só foi decidido dois anos mais tarde, quando Marshall declarou o direito de Marbury à posse do cargo de Juiz, e conseqüentemente consolidava uma jurisprudência do Judicial Review desconfortável para o Governo Republicano de Jefferson e cômoda para os Federalistas, que eram absoluta maioria no Poder Judiciário, devido à nomeação dos novos *judgeships* por Adams.” (BARBOSA, Ruy. *Cartas de Inglaterra: O Congresso e a Justiça no Regimento Federal*, 2ª ed., São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & C., 1929, p. 418).

§2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.

Entretanto, essa eficácia vinculante ainda não era estendida as decisões proferidas no campo das ações diretas de inconstitucionalidade, que possuíam apenas eficácia contra todos. Tal distorção foi sanada com a edição da Lei nº 9.868/98 e, posteriormente, com a formulação da Emenda Constitucional nº 45/04, a qual equiparou os efeitos das decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Com efeito, o art. 102, §2º da Constituição Federal prescreve que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Para os defensores da teoria da transcendência dos motivos determinantes, existe uma distinção entre eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes. A eficácia contra todos se encontra adstrita à parte dispositiva da decisão; já o efeito vinculante transcende a parte dispositiva, de modo que também os fundamentos – ou motivos determinantes – da decisão passam a vincular a Administração Pública, em todas as esferas. Com relação à origem da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade é mister colacionar o magistério de Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes:

Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar esse fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Conseqüência semelhante se

tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C<sup>8</sup>.

Ainda no mesmo sentido, Marcelo Alves Dias afirma:

[...] efeito vinculante atinge também os fundamentos determinantes da decisão, que devem ser observados por todos os tribunais no julgamento de casos futuros à decisão. Assim – e essa é a consequência prática mais importante – o efeito vinculante transcende o caso da norma em particular, objeto de controle na decisão, uma vez que a idéia jurídica que está por detrás da parte dispositiva, ou seja, o fundamento é também vinculante para o controle de constitucionalidade de normas semelhantes, quanto essa idéia jurídica ou fundamento é também aplicável<sup>9</sup>.

De fato, a concepção de efeito vinculante transcendente encontra fundamento no §31, inciso I, da Lei Orgânica Alemã e está ganhando cada vez mais respaldo perante o Supremo Tribunal Federal, sendo que o debate da teoria em estudo iniciou-se no julgamento da Reclamação nº 1.987/DF, em 01 de outubro de 2003. Nesse sentido, confira-se o voto proferido por Gilmar Ferreira Mendes:

Ora, por se tratar de decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, “a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros<sup>10</sup>.

Por ocasião do julgamento da citada Reclamação, manifestou-se o Ministro Maurício Corrêa, Relator, no seguinte sentido:

---

8 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868*. Vol. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 542.

9 SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à Súmula Vinculante*. Vol. I, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 219.

10 STF, Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 01.10.2003, DJ 21.05.2004, p. 183.

os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional<sup>11</sup>.

A partir de tal Reclamação, outros julgados da colenda Corte reafirmaram a idéia de aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes das decisões, entendendo, ainda, que seria cabível a Reclamação ainda que o parâmetro fosse decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, na Reclamação nº 4.335-5-MC/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, foi deferida medida liminar para assegurar a subsistência do entendimento do Supremo Tribunal Federal nos autos do HC nº 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, quando declarada a inconstitucionalidade do dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos sobre a vedação de progressão do regime (Lei nº 8.072/90, art. 2º, §1º).

Há, portanto, julgados do colendo o Supremo Tribunal Federal afirmando que as decisões exaradas tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como em sede de controle difuso de constitucionalidade possuem eficácia vinculante não apenas em face à parte dispositiva declarada, mas também em face dos motivos que determinaram a decisão (*ratio decidendi*), tudo isso com o intuito de tentar impedir a violação ao conteúdo essencial do acórdão.

Assim, igualmente, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, assistiu-se ao efeito transcendente dado em acórdão do Recurso Extraordinário nº 197.917, o qual definiu os critérios da proporcionalidade na fixação do número de vereadores por município. Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou: “Embora se cuide de um caso concreto, e malgrado a minha respeitosa dissonância da maioria, é preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o país” (STF, RE nº 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, julgado em 24.03.2004, DJ 07.05.2004, p. 238).

No mesmo sentido, entende Gilmar Ferreira Mendes que a declaração de inconstitucionalidade efetuada no Recurso Extraordinário não necessitaria ser examinada pelo Senado Federal, na orientação do art. 52, X, da Carta Magna, caso haja na lide objeto de julgamento o reconhecimento expresso do efeito transcendente. Confira-se:

---

11 Ibid.

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos determinantes da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal<sup>12</sup>.

Ressalte-se, entretanto, que o entendimento explanado acima não se encontra pacificado nem na Corte Superior, nem na doutrina pátria, havendo inúmeros magistrados e doutrinadores sustentando exatamente o contrário, ou seja, que o efeito vinculante estaria limitado à parte dispositiva da decisão.

Cabe, agora, indagar os motivos da adoção, por parte da Suprema Corte e da doutrina, sob a influência do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, da teoria da transcendência dos motivos determinantes nos moldes já delineados no decorrer do presente artigo.

Em primeiro plano, essa preocupação realçada tanto na Corte Maior, como no magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente na necessidade de se preservar, em sua integralidade, a força normativa da Constituição. Tal força normativa pode ser entendida como a indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja eficácia, integralidade e aplicabilidade hão de ser valorizadas, tendo em vista a sua autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário.<sup>13</sup>

A força normativa da Constituição foi uma idéia que demorou a emergir no continente europeu e, em conseqüência, no Brasil. Tal dificuldade se deveu às idéias de Ferdinand Lassale. É que Lassale possuía uma visão sociológica da Constituição, chegando a conceituá-la como uma simples folha de papel. Fundamentava sua idéia no fato de que a sociedade não poderia ser usurpada de sua soberania em virtude de um texto comumente denominado de Maior.

No início do século XX, o advento das idéias de Hans Kelsen, das quais se extraía a noção de que as normas constitucionais possuíam hierarquia entre si e também o caso já citado americano Madison x

---

12 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. Vol. I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 277.

13 PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed., São Paulo: RT, 1999. p. 50-57.

Marbury, já no século XIX, começaram a introduzir a idéia de uma força superior da norma constitucional sobre a lei.

Foi então que Konrad Hesse, opositor do pensamento de Lassale, cria a idéia de “vontade da Constituição”. Tal idéia remete à força normativa da Constituição. Na expressão de Konrad Hesse:

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser

(Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço na nossa indagação. Como

anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação, confessa ou não, da tese que atribui exclusiva força determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo<sup>14</sup>.

De fato, as normas constitucionais são, sobretudo, relações de poder; ou seja, uma Constituição tem um caráter extremamente político, sendo fruto das forças sociais em um dado momento.

Assim, segundo Hesse, uma Constituição não pode constituir apenas uma folha de papel, eis que tal imagem conduziria a uma total desmoralização de todos os propósitos de que se reveste uma Constituição. Por revelar, então, os anseios de uma sociedade em determinado cenário político-jurídico, é que se há de atribuir força normativa a todos os princípios e normas que se revelam na Constituição.

Assim, a transcendência dos motivos determinantes da decisão proferida em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade visa, sobremaneira, consolidar o princípio da força normativa da Constituição. É necessária uma observância uniforme por todos os Tribunais dos princípios que emergem da Constituição, de maneira que os princípios dimanados sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros. Nesse sentido, veja-se a lição de Américo Bedê Freire Júnior:

---

14 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. p. 13-14.

O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição, o Juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O Juiz não é mais a simples boca da lei, mas sim intérprete constitucional qualificado que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é insita à nova leitura da separação de poderes, adequada a nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe; ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias. Para o cumprimento desse mister é indispensável vislumbrar no princípio da separação de funções não um fim em si mesmo, mas um meio para a efetivação da Constituição, devendo o Judiciário, portanto, nesse novo momento, atuar diretamente na preservação da supremacia da Constituição<sup>15</sup>.

Além do objetivo de conferir eficácia e utilidade à fiscalização concentrada, conferindo força aos pronunciamentos das Cortes Constitucionais, a teoria da força vinculante dos motivos determinantes almeja, também, preservar o princípio da segurança jurídica e ressaltar o princípio da eficiência.

Poderíamos, então, resumir como objetivos do efeito vinculante: a) pôr fim a uma série de decisões referentes a questões constitucionais em processos concretos, visando através de uma decisão definitiva, vincular os Juízes de primeiro grau e Tribunais inferiores, bem como o Poder Executivo e, dessa maneira, diminuir o número de feitos que chegam diariamente na Suprema Corte; b) buscar uma maior homogeneidade das decisões judiciais e propiciar uma maior segurança jurídica.

Com efeito, a segurança jurídica é corolário necessário do Estado Democrático de Direito, de forma que necessita, sempre, ser preservada. O princípio da eficiência tem respaldo constitucional e também precisa ser validado, até para fins de cumprimento efetivo dos dispositivos insculpidos na Carta Magna. Assim, é para manter a força normativa da Constituição Federal e para preservar a segurança jurídica e dar efetividade ao princípio da eficiência que parte da Corte Suprema tem

---

15 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A separação dos poderes (funções) nos dias atuais. Porto Alegre: *Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo\\_freire.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm) >. Consultado em 13.08.2008.

adotado a teoria da transcendência dos motivos determinantes tanto no controle difuso como no controle concentrado de constitucionalidade.

## **2 ENTRE A EFICIÊNCIA E A LEGITIMIDADE: A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES É COMPATÍVEL COM UMA CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DE DIREITO?**

Na seção anterior foi conceituada a teoria da transcendência dos motivos determinantes, com ênfase na sua aplicação no âmbito das decisões proferidas pela Corte Superior, tanto em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, como em sede de controle difuso de constitucionalidade. Houve, também, uma digressão acerca do histórico de tal teoria, de como ela se situa na evolução do controle de constitucionalidade e, por fim, foram narrados os motivos para a adoção da já citada teoria.

Nesse segundo capítulo, irei fazer, em primeiro lugar, um levantamento de algumas desvantagens e conseqüências na adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Depois, tentarei narrar quais seriam os limites que deveriam ser impostos à Corte Suprema para que uma suposta adoção de tal teoria da transcendência não transforme a Corte Maior em um órgão autoritário e discricionário.

A principal conseqüência é o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, como já foi visto, as suas decisões passariam a ter efeitos vinculantes e eficácia contra todos não apenas no controle concentrado que lhe é próprio, mas também nas decisões proferidas no controle difuso.

Outra conseqüência será um aparente esvaziamento do papel do Senado Federal na suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela via difusa, conforme previsão insculpida no art. 52, X da Carta Magna. Essa atribuição do Senado Federal tem previsão longeva na prática constitucional brasileira. Com criação desde a Carta Política de 1934 (arts. 91, IV e 96), todas as Constituições posteriores a previram. Tal competência é exercida pelo Senado Federal, após comunicação advinda do Supremo Tribunal Federal, tendo o Senado discricionariedade para suspender o ato normativo e a lei declarada inconstitucional pela Corte Suprema, no âmbito da declaração incidental.

Ocorre que, nesse contexto de crescente vinculação das decisões proferida pela Corte Maior, a necessidade de comunicação do Senado Federal para que, se assim entender conveniente, suspenda a execução

de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal vem sendo objeto de questionamento, inclusive por este próprio Tribunal. Com efeito, confira-se trecho do voto proferido pelo ilustre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos autos da Reclamação nº 4.335-5/AC:

A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se quebrantassem a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de uma Emenda Constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes? A única resposta plausível nos leva a crer que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica<sup>16</sup>.

Dessa forma, adotando-se a teoria da transcendência em estudo, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no campo do controle difuso de constitucionalidade teriam efeitos vinculantes em relação à coletividade, independentemente da expedição de resolução pelo Senado Federal que, se editada, serviria apenas para conferir uma maior publicidade à decisão então proferida. Nesse sentido:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever

---

16 STF, Recl 4.335-5/AC, Rel. Min. GILMAR MENDES, julgado em 19.04.2007, DJ 27.04.2007, p. 45.

de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140,5 – publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã, art. 31, (2), publicação a cargo do Ministro da Justiça). Tais decisões proferidas em processo de controle de normas são publicadas no Diário Oficial e têm força de lei (Gesetzeskraft) [Lei do Bundesverfassungsgericht, §31, (2)]. Segundo Klaus Vogel, o §31, II, da Lei Orgânica da Corte Constitucional alemã faz com que a força de lei alcance também as decisões confirmatórias de constitucionalidade. Essa ampliação somente se aplicaria, porém, ao dever de publicação, porque a lei não pode conferir efeito que a Constituição não prevê<sup>17</sup>.

Percebe-se, pois, que há uma nítida mitigação do dispositivo inculcado no art. 52, X da Carta Federal, tornando, portanto, letra morta a norma segundo a qual proferida decisão declarando a inconstitucionalidade de lei em controle difuso de constitucionalidade, cabe ao Supremo Tribunal remeter tal *decisum* ao Senado Federal para que este suspenda (ou não) a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte Maior.

Nesse ponto, pode-se inferir que outra consequência da adoção da transcendência dos motivos determinantes é a transformação da Suprema Corte em criadora de normas legais e, ainda, a diminuição dos legitimados para fins de controle difuso, o que vai de encontro aos anseios do moderno constitucionalismo. Por fim, há de se frisar, novamente, que esse “super-poder” do STF, instituído pela adoção da teoria da transcendência, não lhe foi conferido pelo constituinte originário.

De fato, não existe como, pelo critério interpretativo, se modificar o estatuído pelo constituinte originário, que, bem ou mal, exigiu como condição para conceder eficácia *erga omnes*, a edição de Resolução pelo Senado Federal. Entendimento diverso, além de não encontrar eco na Constituição, desvirtuaria nosso controle misto de constitucionalidade, historicamente sedimentado, sepultando o controle difuso ou incidental. Com efeito, a transcendência dos motivos determinantes das decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade tanto concentrado como difuso de

17 NICZ, Alvacir Alfredo; JÚNIOR KOZIKOSKI, Antonio Cláudio. O papel do Senado Federal não jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes, p. 20. In: *Revista Forense*, São Paulo, ano 103, vol. 394, p. 20, novembro-dezembro 2007.

constitucionalidade tem o condão, ainda, de praticamente igualar esses dois instrumentos de controle judicial, sendo que, como já foi dito, não foi essa a vontade do Poder Constituinte Originário.

Por fim, outra conseqüência seria o engessamento dos demais Tribunais e Juízes, comprometendo a força inovadora de eventuais votos dissidentes (ou vencidos):

A mesma idéia de abertura deveria decidir o debate sobre se a eficácia vinculativa do art. 31 do LTCFA afeta apenas o acórdão ou também a ratio decidendi ou fundamentos jurídicos nos quais ele se apóia. O TCFA inclina-se para essa segunda postura na medida em que ele próprio alude muitas vezes (e de forma consciente) a sua função de 'intérprete determinante e guardião da Constituição' (E40, 88[93]). Essa 'canonização' da ratio decidendi deve ser recusada, segundo a tese aqui defendida de uma compreensão processual dinâmica da Constituição. Caso se estenda a força vinculativa das decisões também à ratio decidendi, o 'diálogo jurídico' seria afetado, os restantes tribunais perderiam a coragem para efetuar outras interpretações da Constituição e a força inovadora dos eventuais votos dissidentes seria minimizada. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição ficaria, pelo menos em parte, 'fechada'<sup>18</sup>.

Poderíamos, então, sintetizar as desvantagens da adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes assim: a) o desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente; tal conduta abriria um perigoso precedente porque a jurisprudência dos Tribunais Superiores estaria construindo um pensamento que contraria o texto constitucional; (b) uma conseqüente fragilização da Constituição Federal; c) um "super-poder" conferido a Suprema Corte, tendo em vista que esta passaria até mesmo a retirar do Ordenamento Jurídico leis devidamente formadas pelo órgão incumbido para tanto.<sup>19</sup>

18 HABERLE, Peter. *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*. In: *Direito Público*, Porto Alegre, ano 01, n. 02, p. 83-137, outubro-dezembro 2003.

19 "A primeira que vislumbramos é o desrespeito às competências estabelecidas constitucionalmente, o que abriria um perigoso precedente em que a jurisprudência estaria construindo um pensamento que contraria o texto constitucional, e se isso for admitido, por via de conseqüência, a própria Constituição estaria sendo fragilizada.(...) A hipertrofia do Poder Judiciário diante dos outros poderes da República, tendo em vista que praticamente o STF teria o poder de retirar do ordenamento jurídico uma proposição legislativa que foi transformada em lei, seguindo o devido processo legislativo constitucional, pela apreciação de qualquer processo subjetivo, por inconstitucionalidade na via incidental." (LIMA, **Jonatas** Vieira de. *A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro*. Teresina: Jus Navigandi, ano 11. [on line] Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 17 set. 2008.

Verificada, assim, as conseqüências e desvantagens da utilização da teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito do Poder Judiciário, tentarei, agora, fazer um estudo acerca das limitações que devem ser imposta a Suprema Corte, para que seja legítima a sua atuação quando ao caso for aplicável a transcendência.

A primeira limitação que vislumbro seria no sentido de que a aplicação da teoria em estudo só seria válida se externasse valores justos, fosse lastreada na equidade e, por fim, obedecesse ao princípio de razão pública insculpido por John Rawls e promovesse a integridade do Direito nos moldes descritos por Ronald Dworkin.

No que pertine ao presente artigo, será feita uma digressão acerca do que seria essa razão pública, suas características, seu objeto e conteúdo.

A forma como uma sociedade política articula seus planos, coloca seus fins em uma ordem de prioridade e toma suas decisões de acordo com esse procedimento é chamada de razão pública. A razão pública, segundo John Rawls, é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status da cidadania igual. O objeto da razão pública é o bem do público.

Ainda segundo John Rawls:

Portanto, a razão pública é pública em três sentidos: enquanto a razão dos cidadãos como tais, é a razão do público; seu objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental; e sua natureza e conceito são públicos, sendo determinados pelos ideais e princípios expressos pela concepção de justiça política da sociedade e conduzidos à vista de todos sobre essa base<sup>20</sup>.

Em uma sociedade democrática, a razão pública é a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar a Constituição.

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que os limites impostos pela razão pública apenas se aplicam às questões políticas que envolvem os elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Mas o que seriam esses elementos constitucionais essenciais e justiça básica? Primeiro, são os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria.

20 RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000. p. 262.

Segundo, são os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar.

Dessa forma, uma decisão só terá legitimidade, ou seja, só será aceita pela razão pública quando for tomada nos termos de uma Constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais. Assim, quando uma decisão judicial é sustentada por um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis, isto é, é considerada aceita por todos, pode-se afirmar que ela está calcada em uma razão pública.

O conteúdo da razão pública engloba a concepção política de justiça. Isso, ainda nos termos expendidos por John Rawls, significa três coisas:

- a) esse conteúdo leva em conta certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais;
- b) esse conteúdo considera esses direitos, liberdades e oportunidades como sendo prioritários, sobretudo no que diz respeito às exigências do bem-estar geral;
- c) esse conteúdo vem imbuído de medidas que garantem a todos os cidadãos os meios para tornar efetivo o uso de suas liberdades e oportunidades básicas.

O mais importante em uma decisão baseada nos ditames da razão pública é que ela deve conter princípios que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam. Para se chegar nesse consenso sobreposto é que John Rawls nos remete ao que denomina posição original.

Na posição original de Rawls, as partes encontram-se encobertas pelo “véu da ignorância”. Como corolário desse “véu”, não se permite que as partes conheçam suas posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. Dessa maneira, as partes se encontram em uma posição de igualdade que as permite estabelecer um consenso do que seja justo e razoável para uma determinada sociedade.

Nesses termos, a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública, ou seja, é função dos Juízes procurar desenvolver e expressar as melhores interpretações que puderem fazer da Constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem. Toda decisão da Suprema Corte deverá ser pautada, ainda, nos ditames prescritos pelo já citado consenso sobreposto, ou seja, toda

decisão deverá conter valores que se pode razoavelmente esperar que os outros cidadãos subscrevam.

Igualmente, ao decidir, os Juízes não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade em geral, nem suas visões religiosas ou filosóficas, nem as de outras pessoas. Devem, sim, decidir com base nos valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e de razão pública.

Segundo John Rawls:

A concepção de Constituição-garantia visa assegurar o direito de cada indivíduo realizar o seu projeto pessoal de vida através da constitucionalização das liberdades básicas. Embora os cidadãos tenham o direito de adotar uma concepção individual acerca do bem, também são capazes de endossar uma concepção política de justiça através do uso público da razão, decidindo questões constitucionais essenciais e de justiça fundamental a partir de valores exclusivamente políticos, vale dizer valores sobre os quais não há divergência possível. Em uma sociedade liberal o uso público da razão se reflete em valores políticos compartilhados por todos os seus cidadãos, implícitos na cultura política democrática, acordados por toda a sociedade. Isto posto, a Constituição é aquilo que o povo diz que é, e não o que a Suprema Corte decide. Então, a função da Suprema Corte é assegurar que a vontade democrática do povo, inscrita na Constituição, não seja desvirtuada por procedimentos majoritários que ultrapassam o âmbito do uso público da razão<sup>21</sup>.

Assim, segundo Rawls, a Suprema Corte pode atuar de duas formas: a) defensiva, quando utiliza o instituto do *judicial review* declarando a inconstitucionalidade de leis ordinárias incompatíveis com o ideal democrático; b) positiva, quando invoca valores políticos que embasam a Constituição através de seus julgamentos, esclarecendo o uso da razão pública, situando os valores políticos no centro do debate público.

É na atuação positiva da Corte Suprema que se situa a aplicação da teoria da transcendência. Dessa forma, como já foi dito, tal aplicação só será legítima se for respaldada nos princípios de razão pública.

Por outro lado, a aplicação da teoria da transcendência em estudo só será legítima se obedecer, também, ao princípio da integridade do

21 RAWLS, John. *Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000. p. 220.

direito, nos termos estudados por Ronald Dworkin. De fato, segundo Dworkin, devemos entender o Direito como integridade. Em outras palavras, homens livres e iguais dão-se normas para regular sua vida em sociedade, sendo que essas normas devem ser concebidas como um todo.

Não há, portanto, a faculdade do Magistrado “retalhar” as normas por ocasião da sua decisão; devem, ao contrário, decidir sempre concebendo o Ordenamento Jurídico como um conjunto coeso e coerente de normas. É necessário que o Juiz atente para a legislação, os princípios que a orientam e para os precedentes judiciais sobre a lide, buscando sempre manter a integridade/coerência do sistema.

A integridade a que se refere Dworkin significa, sobretudo, uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras legais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte do Direito<sup>22</sup>.

Ainda segundo Dworkin, o Direito deve ser visto como uma cadeia lógica de peças, onde as mesmas devem expressar um todo coerente e coeso. Nos termos ainda expendidos pelo citado doutrinador, vivemos em uma comunidade de princípios, sobretudo de princípios morais, consubstanciados através dos direitos fundamentais. Assim, na colisão entre argumentos de princípios e argumentos de política, o Magistrado deve sempre recorrer ao argumento de princípio.

Aqui reside uma das limitações ao princípio da transcendência: a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Sobre a questão, confira-se mais uma vez os ensinamentos de Dworkin:

O vício das más decisões são as argumentações e as convicções equivocadas; tudo que podemos fazer a respeito dessas más decisões é mostrar como e onde os argumentos eram ruins ou as convicções inaceitáveis. Também devemos evitar a armadilha em que têm caído tantos professores de direito: a opinião falaciosa de que, como não

---

22 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 121.

existe nenhuma fórmula mecânica para distinguir as boas decisões das más, e como os juristas e juízes irão por certo divergir em um caso complexo ou difícil, nenhum argumento é melhor do que outro, e o raciocínio jurídico é uma perda de tempo. Devemos insistir, em vez disso, em um princípio geral de genuíno poder: a idéia, inerente ao conceito de direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre a justiça e a equidade, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que tomam. A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste que a decisão judicial deve ser uma questão de princípio, não de conciliação, estratégia ou acordo político. Essa aparente banalidade é freqüentemente ignorada: a posição atual do Supremo Tribunal Federal sobre a questão politicamente delicada da ação afirmativa, por exemplo, não pode ser justificada a partir de nenhum conjunto coerente de princípios, ainda que extremamente conservadores. Em segundo lugar, como os juízes O'Connor, Kennedy e Souter enfatizaram em seu parecer sobre o caso Casey, a integridade se afirma verticalmente: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma horizontalmente: um juiz que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas.

Sem dúvida, nem mesmo a mais escrupulosa atenção à integridade, por parte de todos os juízes de todos os tribunais, irá produzir sentenças judiciais uniformes, assegurar decisões que você aprove ou protegê-lo daquelas que odeia. Nada poderá fazer tal coisa. O ponto central da integridade é o princípio, não a uniformidade: somos governados não por uma lista ad hoc de regras detalhadas, mas sim por um ideal, razão pela qual a controvérsia se encontra no cerne de nossa história<sup>23</sup>.

Assim, a adoção da teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito da Corte Suprema apenas será legítima caso

---

23 DWORIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 203-205.

seja apoiada na razão pública e obedeça, ainda, o princípio da integridade do Direito.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, podemos chegar a conclusão que a adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria da transcendência dos motivos determinantes em sede de controle de constitucionalidade realmente confere uma maior eficácia, segurança jurídica e celeridade ao Ordenamento Jurídico como um todo. Além disso, não podemos deixar de reconhecer que preserva, na sua integralidade, a força normativa da Constituição.

De fato, em um Estado Democrático de Direito, busca-se, acima de tudo, preservar a força normativa da Constituição, valorizando, por conseguinte, a integridade, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

Ocorre que inobstante todas as vantagens na adoção da teoria em estudo, não se pode olvidar das desvantagens em tal adoção. É que haveria, dentre outras desvantagens já elencadas, uma hipertrofia do Poder Judiciário, pois praticamente o Supremo Tribunal Federal teria o poder de retirar do Ordenamento Jurídico uma proposição legislativa que foi transformada em lei. Isso transforma a Corte Suprema em um “super-poder”, conferindo-lhe atribuições que não foram nem mesmo previstas pelo Poder Constituinte Originário.

Assim, para que a adoção da teoria já citada não transforme o Corte Maior em um órgão autoritário e portador de decisões ilegítimas é que creio ser primordial o estabelecimento de limites a esse “super-poder”. Tais limites seriam, como já foi mencionado, a razão pública e o princípio da integridade do direito.

Em suma, realmente a teoria da transcendência dos motivos determinantes no âmbito do Poder Judiciária se revela como um mecanismo vantajoso, mas apenas se a sua aplicação for respaldada na razão pública e visar preservar a integridade do direito como um todo.

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; PINHEIRO, Luciano José. *O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria\\_hermen\\_marcelo\\_labanca\\_e\\_luciano\\_barros.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2008.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. v. I, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *A separação dos poderes (funções) nos dias atuais*. Porto Alegre: *Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Disponível na internet via [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo\\_freire.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/americo_freire.htm) >. Consultado em 13.08.2008.

HABERLE, Peter. *O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional*. In: *Direito Público*, Porto Alegre, ano 01, n. 02, out./dez. 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Die Normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. v. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LIMA, Jonatas Vieira de. A tendência de abstração do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Teresina: *Jus Navigandi*, ano 11, n. 1320, 11 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9485>>. Acesso em: 17.09.2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: Comentários à Lei nº 9.868*. v. I, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. v. I, 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. v. I, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Os efeitos das decisões de inconstitucionalidade: técnicas de decisão em sede de controle de constitucionalidade. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 5, São Paulo, 2005.

NICZ, Alvacir Alfredo; JÚNIOR KOZIKOSKI, Antonio Cláudio. O papel do Senado Federal não jurisdição constitucional brasileira: algumas considerações sobre o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal à luz da doutrina dos efeitos vinculantes. In: *Revista Forense*, São Paulo, ano 103, v. 394.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000.

ROCHA, Patricia Barcelos Nunes de Mattos. *As Cortes Supremas e a interpretação constitucional*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/impressao.asp?id=1738>>. Acesso em: 16.09.2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias. *Do precedente judicial à Súmula Vinculante*. v. I, 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para a uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

AGRA, Walber de Moura. *Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

\_\_\_\_\_. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; BARROS, Luciano José Pinheiro. *O estreitamento da via difusa no controle de constitucionalidade e a comprovação da repercussão geral nos recursos extraordinários*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/teoria\\_hermen\\_marcelo\\_labanca\\_e\\_luciano\\_barros.pdf](http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/anais/recife/teoria_hermen_marcelo_labanca_e_luciano_barros.pdf)>. Acesso em: 15/01/2008.

ARRUDA, Paula Regina. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Algumas discussões contemporâneas do direito constitucional no Brasil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 46, 31/10/2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2424](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2424)>. Acesso em: 21/01/2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 19 dez. 2007.

BERNARDES, Juliano Tavieria. Efeito vinculante das decisões do controle abstrato de constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: *Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. Malheiros, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial da constitucionalidade das leis*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

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

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madri: Boletín Oficial del Estado, 1995.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas, 1989.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Valor da Constituição – Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Havard University Press, 1998.

FERRARI, Regina Maria Maceo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

GOMES, Natacha Nascimento. *Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LEAL, Roger Stiefman. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. São Paulo: RT, 1999.
- MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. Comentários à Lei n. 9.868, de 10/11/1999. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Da necessidade de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário. ((art. 102, §3º da CF/88))*. In: Revista Dialética de Direito Processual, v. 32, 2005.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. 2. ed. rev. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle da constitucionalidade das leis. *Revista da pós-graduação em direito da Unicap*, Recife, v.1, n. 1, jan. 2002.
- SIERRA, Raul Bocanegra. *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. Malheiros, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TAVARES, André Ramos. A repercussão geral no recurso extraordinário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro & Pietro de Jesús Lora. *Reforma do Judiciário (analisada e comentada)*. São Paulo: Método, 2005.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

---

# O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, A PROTEÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA E A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMENS QUE FAZEM SEXO COM OUTROS HOMENS: LEGITIMIDADE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA OU DISCRIMINAÇÃO?

---

*Soraya Marciano Silva de Carvalho  
Procuradora Federal*

*Coordenadora de Assuntos Judiciais da Procuradoria Federal junto à Anvisa*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Marco Regulatório e a Edição da Resolução-RDC 153/2004; 2 A Epidemia de Aids e o Dever de Proteção da Saúde da População pelo Poder Público; 3 O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade e e Restrição à Doação de Sangue Prevista no item B.5.2.7.2 da Resolução-RDC 153/2004; 4 Das Distinções Relativas Ao Comportamento Dos Hsh E Da Correlação Lógica Entre Esse Comportamento E A Medida Restritiva Imposta Pela Resolução-Rdc 153/2004; 5 Da Existência de Razão Valiosa para o Bem Público, à Luz do Texto Constitucional, para a Restrição Estabelecida pela Resolução-RDC 153/2004; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo se dispõe a analisar se a inabilitação temporária estabelecida pelas entidades de saúde pública para a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) está em consonância com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ou se, pelo contrário, a medida deve ser considerada de caráter discriminatório.

Como se demonstrará ao longo deste trabalho, os procedimentos de hemoterapia englobam o denominado risco transfusional de transmissão de doenças, entre as quais se inclui a AIDS. Estudos recentes revelam que, de fato, existem comportamentos e situações de risco acrescido para a transmissão da mencionada enfermidade, ainda sem cura conhecida.

Critérios legítimos autorizam seja conferido tratamento jurídico diverso a determinadas situações ou grupos sem violação ao princípio constitucional da isonomia. Há, portanto, discriminações juridicamente toleráveis, já que a igualdade não significa conferir tratamento idêntico a todos os homens, impondo-lhes os mesmos direitos e obrigações sem distinção alguma. Os requisitos delineados pelo eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do princípio da igualdade serviram de norte para este estudo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atividade regulatória. Direito sanitário. Doação de sangue. Aids. Comportamentos e situações de risco acrescido. Restrições. Princípio da igualdade.

**ABSTRACT:** The presente paper aims to examine whether the temporary prohibition established by public health authorities for blood donation by men who have sex with men (MSM) is in line with the legal content of the principle of equality, consecrated in *caput* of article 5 of the Federal Constitution or, rather, the measure should be considered discriminatory.

As demonstrated throughout this work, the procedures of hemotherapy involves transfusional risk of infection of diseases, including HIV transmission. Recent studies reveal that, in fact, there are some behaviors an situations of inscreased risk for transmission of HIV, even without known cure .

Some legitimate criteria authorize different legal treatment to certain situations or groups without violating the constitutional principle of equality. There is, therefore, discriminations legally acceptable, considering that equality does not mean giving equal treatment to all men by imposing on them the same rights and obligations without any distinction. The requirements outlined by Celso Antonio Bandeira de Mello about the principle of equality will be the north for this study.

**KEYWORDS:** Sanitary Regulation. Health law. Blood donation. HIV. Behavior and situations of increased risk. Restrictions. Principle of equality.

## INTRODUÇÃO

A legitimidade da atividade regulatória exercida pelas Agências Reguladoras tem sido freqüentemente questionada pelos diversos segmentos da sociedade alcançados pelas normas editadas por tais entidades.

Especificamente no que se refere à saúde pública, incumbe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa, nos termos do artigo 6º da Lei 9.782/99, a missão de zelar pela

proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

O controle sanitário da produção e comercialização de medicamentos é, certamente, o âmbito de atuação da Anvisa mais conhecido pela população. Entretanto, vários setores também são alcançados pela atividade de polícia sanitária, tais como alimentos, cosméticos, agrotóxicos, saneantes, produtos derivados do tabaco, produtos para a saúde, entre outros.

Para o presente trabalho, recobra especial importância outra dimensão da atividade de vigilância sanitária, qual seja, o controle sanitário da utilização de sangue humano, conhecido como hemovigilância. Esse controle é também exercido pelo Ministério da Saúde, na forma prevista no Decreto 5.045/2004, que conferiu a Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério a fixação e atualização das normas gerais relativas ao sangue, componentes e hemoderivados, assim como dos insumos e equipamentos necessários à atividade hemoterápica, conforme previsto no inciso II do artigo 16 da Lei n. 10.205/2001.

Pretende-se analisar se a inabilitação temporária estabelecida pela Resolução-RDC 153/2004 da Anvisa para a doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens (HSH) está em consonância com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, ou se a medida deve ser considerada de caráter discriminatório, como defende o grupo social atingido pela norma.

O item B.5.2.7.2 da mencionada resolução, que instituiu o Regulamento Técnico para Procedimentos de Hemoterapia, estabelece, entre outros aspectos, as situações de risco acrescido para transmissão do vírus HIV relativamente aos potenciais doadores, nas quais se incluem homens que tiveram relações sexuais com outros homens (HSH) nos últimos 12 meses e/ou as parceiras sexuais destes, além de outros segmentos da sociedade, como os profissionais do sexo, pessoas que mantiveram relação sexual com parceiros eventuais ou desconhecidos, entre outros.

Oportuno registrar que, recentemente, com a colaboração de especialistas da Hemorrede, da Anvisa e de órgãos do Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Hemoderivados - SINASAN, foi realizada a Consulta Pública n. 24/2010 pelo Ministério da Saúde com o objetivo de editar nova Portaria acerca do Regulamento Técnico de Procedimentos Hemoterápicos em substituição à resolução da Anvisa, ainda em vigor.

As medidas e critérios para seleção de doadores foram incluídas no artigo 31 da CP 24/2010 que, em seu parágrafo 11, inciso IV, letra “d”, assim dispõe:

Art. 31. Para a seleção de doadores devem ser adotadas medidas e critérios que visem à proteção do receptor.

[...]

§11. Em situações de risco acrescido vivenciadas pelos candidatos devem ser observados os seguintes critérios:

[...]

IV. considerar *inapto temporário por 12 meses* o candidato a doador de sangue que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo nos últimos 12 meses:

*d) homem que tenha tido relação sexual, oral ou anal, ativo ou passivo, com outro homem;*

*e) mulher que seus parceiros sexuais masculinos tenham tido relação sexual com outro homem nas condições do item anterior;<sup>1</sup>*

---

1 [http://200.214.130.94/consultapublica/display/dsp\\_print\\_completo.php?d=2168](http://200.214.130.94/consultapublica/display/dsp_print_completo.php?d=2168), acesso em 15/09/2010 às 15h33. Para melhor elucidar o contexto, vide a redação completa do art. 31 da CP 24/2010:

## Observa-ser, destarte, que a nova regulamentação a ser editada

Art. 31. Para a seleção de doadores devem ser adotadas medidas e critérios que visem à proteção do receptor.

§ 10. Quanto ao estilo de vida do candidato devem ser observados os seguintes critérios:

- I. uso de drogas ilícitas;
- II. história atual ou pregressa de uso de drogas injetáveis ilícitas é contra-indicação definitiva para a doação de sangue;
- III. deverão ser inspecionados ambos os braços dos candidatos à doação para detectar evidências de uso repetido de drogas parenterais ilícitas. A presença destes sinais determina a inaptidão definitiva do doador;
- IV. o uso de anabolizantes injetáveis sem prescrição médica, crack ou cocaína por via nasal (inalação) é causa de exclusão da doação por um período de 12 meses, contados a partir da data da última utilização;
- V. o uso de maconha impede a doação por 12 horas;
- VI. a evidência de uso de qualquer outro tipo de droga deve ser avaliada; e
- VII. no caso do uso de drogas ilícitas deve ser realizada também a avaliação criteriosa do comportamento individual do candidato e do grau de dependência, dando foco à exposição a situações de risco acrescido de transmissão de infecções por transfusão, e especial atenção deve ser dada a utilização compartilhada de seringas e agulhas no uso de substâncias injetáveis.

§11. Em situações de risco acrescido vivenciadas pelos candidatos devem ser observados os seguintes critérios:

- I. considerar inapto definitivo o candidato que apresente qualquer uma das situações abaixo:
  - a) ter evidência clínica ou laboratorial de infecções transmissíveis por transfusão de sangue;
  - b) ter sido o único doador de sangue de um paciente que tenha apresentado soroconversão para hepatite B ou C, HIV ou HTLV na ausência de qualquer outra causa provável para a infecção;
  - c) possuir piercing na cavidade oral e/ou na região genital, devido ao risco permanente de infecção. Poderá se candidatar a nova doação 12 meses após a retirada; e
  - d) ter antecedente de compartilhamento de seringas ou agulhas.
- II - considerar inapto temporário por 12 meses após a cura, o candidato a doador que teve alguma Doença Sexualmente Transmissível – DST.
- III - nos casos em que se evidenciem novas exposições às DST e conseqüente maior risco de re-infecção, o candidato a doador deverá ser considerado inapto definitivamente; e
- IV- considerar inapto temporário por 12 meses o candidato a doador de sangue que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo nos últimos 12 meses:
  - a) que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;
  - b) que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;
  - c) que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;
  - d) homem que tenha tido relação sexual, oral ou anal, ativo ou passivo, com outro homem;
  - e) mulher que seus parceiros sexuais masculinos tenham tido relação sexual com outro homem nas condições do item anterior;
  - f) que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea;
  - g) que possuem histórico de encarceramento ou em confinamento obrigatório não domiciliar durante os últimos 12 meses, ou os parceiros sexuais destas pessoas;
  - h) que tenha feito piercing ou tatuagem sem condições de avaliação quanto à segurança;
  - i) que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de hemocomponentes ou derivados; e
  - j) que teve acidente com material biológico e em conseqüência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico.

pela Pasta da Saúde a partir da CP 24/2010, ainda em fase de consolidação, manteve o mesmo conteúdo no que se refere ao item B.5.2.7.2 da Resolução –RDC Anvisa 153/2004, que tem o seguinte teor:

B.5.2.7.2 – Situações de Risco Acrescido

[...]

d) *Serão inabilitados por um ano*, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma das situações abaixo:

[...]

*Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes;*

[...] (grifo nosso).

A questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário por iniciativa do Ministério Público Federal no Estado do Piauí em 2006, quando da propositura da Ação Civil Pública 2006.40.00.001761-6, ajuizada em desfavor da União Federal, o estado do Piauí e a Anvisa.

A demanda visa exatamente à revogação do item B.5.2.7.2 da Resolução-RDC 153/2004, tendo sido deferida a liminar nos seguintes termos:

Em face do exposto, reconheço o caráter discriminatório contido na Resolução 153/2004 da Anvisa, considerando, portanto, os homossexuais/bissexuais legitimados a doar sangue. Assim, determino à Anvisa que oriente, no prazo de 30 (trinta) dias, todos os hemocentros do país que, na entrevista antes do processo de doação de sangue, se abstenham de fazer perguntas que visem a identificar a orientação sexual do doador, em especial aquela inserta no item B.5.2.7.2 – Situações de risco acrescido, contido da Resolução 153/2004, sob pena de multa diária (art. 451, §4º, CPC) [...]

A Anvisa interpôs agravo de instrumento contra a referida decisão, tendo sido dado provimento ao recurso pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, em acórdão ementado nos seguintes termos:

CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESOLUÇÃO 153/2004 ANVISA. DOAÇÃO DE SANGUE. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE DOADORES. CONSTITUCIONALIDADE. SUSPENSÃO. CARÁTER GERAL E ABSTRATO. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Ao determinar a suspensão, em caráter geral e abstrato, de hipótese de exclusão de doadores que se encontram no grupo de “risco acrescido”, definido em resolução da ANVISA, a decisão agravada usurpou competência do STF, único Tribunal competente para suspender cautelarmente a execução de ato normativo federal sob fundamento de inconstitucionalidade (CF, art. 102, I, letras “a” e “p”).

2. O objetivo dos critérios de seleção de doadores de sangue não é afirmar ou negar preconceitos, mas, com base em pesquisas científicas internacionalmente aceitas, cujo acerto não foi infirmado por prova inequívoca (CPC, art. 273, *caput*), buscar os meios mais eficazes de proteger a saúde pública.

3. Agravo de instrumento a que se dá provimento<sup>2</sup>

Sobreveio, então, sentença pela improcedência do pedido formulado pelo MPF, em 24/10/2008, na qual restou consignado que:

A referida norma faz diversas restrições à implementação da doação de sangue. Pois bem, reconheço que a discriminação e o pré-conceito inútil de qualquer natureza são atitudes contrárias aos ditames constitucionais. Entrementes, não vislumbro no conteúdo da resolução em comento esse sentido. Tenho que a Resolução RDC n. 153/2004 foi elaborada com base em “estudos científicos e na experiência internacional”, conforme, aliás, restou fundamentada a decisão proferida no agravo interposto neste processo.

O recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Federal está pendente de julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região desde 19/10/2009<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.030095-0/PI, Relatora Des. Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJU 29/01/2007.

<sup>3</sup> Consulta realizada no sítio eletrônico do TRF1 <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2010, às 22h30min.

## 1 O MARCO REGULATÓRIO E A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004

O reconhecimento pela Constituição de 1988 de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado representou um importante avanço na compreensão do direito à saúde, que tem desdobramentos políticos múltiplos. De fato, nos últimos vinte anos, amplo esforço de aperfeiçoamento do aparato legislativo tem sido levado a cabo pelas autoridades públicas, a fim de que o direito à saúde seja plenamente garantido.

O artigo 196 da Constituição Federal estabelece que

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Por sua vez, o artigo 197 da Lei Maior preceitua que

são de *relevância pública* as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (destaque não original).

Além das normas recepcionadas pelo texto constitucional, foram editadas novas leis para a consolidação do Sistema Único de Saúde – SUS, regulamentado pela Lei 8.080/90, que compreende o conjunto de ações e serviços de saúde, ao qual compete, nos termos do artigo 198 da Lei Maior, o controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde, além de promover ações de vigilância sanitária (art. 200,CF).

Para dar cumprimento às determinações constitucionais, veio a lume a Lei 9.782/99, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, cuja finalidade institucional é

a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos

processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (art. 6º).

Ao definir as competências dessa Agência Reguladora, o art. 7º, inciso III, do mencionado diploma estabelece que cumpre à Anvisa, entre outras atribuições, “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária”.

Denota-se, assim, que a autarquia especial goza de inegável papel normativo, por meio do qual são estabelecidos, na forma da lei, os critérios específicos a serem respeitados por cada ramo do setor regulado na produção e comercialização de bens e serviços sujeitos à vigilância sanitária.

O ente regulador, pois, desde que observe os limites legais e constitucionais existentes ao seu poder normativo, goza de discricionariedade técnica para a elaboração das normas de regulação, podendo estabelecer restrições e deveres inerentes ao exercício da atividade sujeita à fiscalização sanitária em prol do interesse público de proteção da saúde da população.

Com essas considerações, pode-se afirmar que a atividade regulatória não representa nenhuma afronta ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal), segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, visto que o ente regulador tem sua função regulamentadora e competências definidas em lei.

Observa-se, portanto, que a criação da Anvisa pela Lei 9.782/99 constituiu um marco significativo para o avanço da atividade de regulação sanitária, orientada para a prevenção e redução de riscos e agravos à saúde pública.

Como visto, a atividade regulatória da referida Agência é bastante diversificada, englobando também o sangue humano e hemoderivados, nos termos do inciso VII do §1º do artigo 8º de sua lei de criação:

Art.8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

[...];

*VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados;*

VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições;

[...] (grifo nosso)

Com esteio no dispositivo legal acima transcrito, bem como na Lei 10.205/01, foi editada a Resolução-RDC 153 de 2004. À luz do direito constitucional à vida, do qual deriva o direito à saúde, a norma visa a conferir, nos termos do artigo 3º, inciso VI, da Lei 10.205/01, proteção específica ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos nos procedimentos de hemoterapia, zelando, de modo particular, pela prevenção, triagem, diagnóstico e aconselhamento das doenças hemotransmissíveis.

Cabe indagar, nesse contexto, se a referida resolução está em conformidade com o princípio da igualdade ou se, ao revés, consiste em medida discriminatória ou preconceituosa e, por conseguinte, contrária à isonomia assegurada pela Constituição Federal.

Para tanto, inicialmente, é de mister tecer algumas considerações sobre a epidemia de AIDS.

## **2 A EPIDEMIA DE AIDS E O DEVER DE PROTEÇÃO DA SAÚDE DA POPULAÇÃO PELO PODER PÚBLICO**

É consabido que a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS ainda é uma doença incurável e com nefastos danos à saúde das pessoas infectadas. Tal constatação demanda rigoroso controle das situações de contágio pelas autoridades públicas, sob pena de responsabilização por sua omissão quanto à adoção de medidas para a contenção da doença.

Acerca da epidemia da enfermidade, Adriana Miranda pontua, com razão, que:

A história social da epidemia (de Aids) é marcada pelo preconceito e discriminação contra minorias. Desde a descoberta dos primeiros casos travou-se uma cruzada em busca do paciente zero e as causas de sua infecção. Os soropositivos foram divididos em inocentes (mulheres, hemofílicos e crianças) e culpados (homossexuais, usuários de drogas injetáveis, profissionais do sexo e haitianos), fortalecendo os estigmas em relação a esses grupos<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> MIRANDA, Adriana. AIDS, discriminação e os desafios para promoção da saúde. *Caderno mensal Constituição & Democracia*, n. 13, Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB. p. 20, maio de 2007.

Essa constatação demonstra a necessidade de se resgatar a dignidade de pessoas soropositivas, facilitando o exercício de sua cidadania e a sua participação nas diversas esferas da vida social, raciocínio que também se aplica aos portadores de necessidades especiais, aos negros e outros grupos socialmente excluídos ao longo da história.

Nesse sentido, parece acertada a afirmação da mencionada autora de que

ações eficazes de combate à doença passam necessariamente por informações corretas, desmistificação do medo, esvaziamento dos preconceitos e exercício constante da solidariedade.

Em vista da gravidade da AIDS, não se pode admitir, no entanto, que, em nome do esforço pela redução do preconceito sofrido pelos soropositivos, a proteção da saúde da coletividade também seja mitigada.

Segundo o Parecer Técnico n. 2, de 10/8/2006, da Gerência de Sangue, outros Tecidos, Células e Órgãos - GGSTO/Anvisa<sup>5</sup>, a forma mais eficiente de transmissão do vírus HIV é a via sanguínea, em razão da alta concentração viral presente no sangue dos infectados. Com efeito,

a chance de um receptor de sangue contaminado com o HIV ser infectado é bastante alta, atingindo de 70 a 90% dos casos. No Brasil, onde a legislação oficial tornou obrigatória a triagem do sangue com os testes anti-HIV internacionalmente recomendados desde 1986, notou-se um declínio, desde 1988, nas taxas de transmissão de HIV mediante essa via. Atualmente, observa-se uma taxa residual em torno de 0,8%.

Percentual cuja redução ainda é desejável, em se tratando de uma doença de inquestionável gravidade.

Embora seja pouco expressivo no Brasil o contágio de AIDS por transfusão, as medidas de segurança são imprescindíveis para que não se repita o que ocorreu na França, nos anos 80. O sangue contaminado pelo vírus HIV causou a morte de 250 hemofílicos que receberam fatores de coagulação, como ressalta o parecer técnico da Anvisa já mencionado.

---

<sup>5</sup> TANAKA, Mirtha Suzana Yamada. Médica, Mestre em doenças infecciosas e parasitárias e especialista em regulação e vigilância sanitária.

As medidas protetivas adotadas pelo Estado em favor da maior parcela da população - ainda não contaminada pelo vírus HIV - nem sempre implicará no desrespeito dos direitos dos soropositivos ou daqueles que se encontrem em situações de risco acrescido constatadas por estudos científicos de âmbito internacional.

A literatura científica tem comprovado que há relevantes motivos para a implantação de medidas de saúde pública que visem a contenção da referida epidemia, com a proteção da saúde dos não infectados.

Como se demonstrará ao longo deste trabalho, os estudos mais recentes revelam que, efetivamente, existem comportamentos e situações de risco acrescido para a transmissão do vírus da AIDS, entre os quais se incluem homens que fazem sexo com outros homens (HSH) e as parceiras sexuais destes. A pretexto da não discriminação, seria acertado que as autoridades públicas se omitissem ante essa constatação?

A resposta parece negativa. No Brasil, registra-se o caso emblemático do cartunista Henfil, falecido em 1988 em razão de ter sido infectado pelo vírus HIV numa transfusão de sangue. A família ingressou em juízo contra a União Federal e o estado do Rio de Janeiro e obteve o reconhecimento do direito à indenização por ato omissivo do Estado, que teria deixado de garantir a segurança do sangue oferecido à população.

É nesse sentido a orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade do Poder Público, conforme se depreende do julgado no RE 271.286-AgR em 12/9/2000 e publicado em 24/11/2000:

O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. *O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional* (grifo nosso).

A propósito, convém registrar que, no Relatório apresentado durante a Conferência Internacional sobre AIDS, ocorrida entre os dias 3 a 8 de agosto de 2008, o Programa das Nações Unidas para HIV/AIDS - UNAIDS ressaltou que

praticamente em todas as regiões do mundo, excetuando-se a África do Sul, infecções por HIV afetam sobretudo usuários de

drogas injetáveis, *homens que fazem sexo com homens* e os chamados profissionais do sexo<sup>6</sup>(grifo nosso).

Como visto, um dos meios de transmissão do vírus da AIDS e de outras enfermidades - embora não o principal - é o transfusional, em razão do qual devem ser excluídos como potenciais doadores pessoas que se encontrem em situações que configurem maior risco para a saúde dos receptores de transfusões.

É essencial que a questão seja analisada não apenas sob a ótica do potencial doador, mas, principalmente, sob a ótica do receptor do sangue doado. Uma pessoa que necessite de transfusão sangüínea, via de regra, está bastante vulnerável do ponto de vista de sua saúde física, que inevitavelmente estará exposta ao risco transfusional a seguir explicitado. O receptor do sangue a ser transfundido merece, portanto, especial proteção do Estado.

Nesse sentido, parece ter maior relevância a necessidade de minimização do risco a que será submetido o receptor da transfusão do que o pretense direito de alguém a ser doador. A esse respeito, J. P. Brooks, em artigo publicado no *Vox Sanguinis*, jornal oficial da Sociedade Internacional de Transfusão de Sangue, afirma que “*los servicios de hemoterapia deben basarse en la ciencia para decidir si una persona puede donar sangre, en lugar de basarse en los deseos del donante*”<sup>7</sup>.

### **3 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A RESTRIÇÃO À DOAÇÃO DE SANGUE PREVISTA NO ITEM B.5.2.7.2 DA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004**

A Constituição Federal de 1988 consagra, de modo especial, o princípio da isonomia como condição indispensável para uma sociedade democrática. Nesse sentido, consta do *caput* do artigo 5º:

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: [...]

6 UNAIDS. *Report on the global AIDS epidemic. Chapter 2. Status of the global HIV epidemic*, p. 30. Disponível em <[http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510\\_2008\\_global\\_report\\_pp29\\_62\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510_2008_global_report_pp29_62_en.pdf)>. Acesso em: 2008.

7 BROOKS, J. P. *Los derechos del receptor deben estar por sobre los del donante*. *Jornal Vox Sanguinis*, Blackwell Publishing, 2007, p. 1. Disponível em <<http://www.blackwellpublishing.com/journal.asp?ref=0042-9007>>.

A esse respeito, Gilmar Ferreira Mendes, valendo-se da lição de Canotilho, anota que “o princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário quanto como proibição de tratamento discriminatório”<sup>8</sup>.

Na realidade, a Constituição não apenas veda o tratamento discriminatório como permite e determina a utilização de medidas voltadas para a concretização da igualdade material, por meio de ações afirmativas, isto é, de políticas específicas que facilitem o acesso a bens, direitos e serviços por determinados grupos menos favorecidos ou que, historicamente, tiveram sua dignidade desrespeitada. Nesse contexto, o legislador ordinário tem colaborado para a implantação de políticas públicas de inclusão, a exemplo da reserva de 20% das vagas oferecidas em concursos públicos para portadores de deficiência.

O tratamento diferenciado conferido a determinados segmentos da sociedade revela que nem toda distinção ofende o princípio da isonomia, como bem lembrou Carlos Alberto Reis de Paula, na linha de renomados constitucionalistas:

o princípio da igualdade não exige que todos devam receber o mesmo tratamento do legislador. Todavia, nem por isso toda diferenciação está justificada; para ser acolhida, deve ter uma razão de ordem substancial. A desigualdade não é repelida, o que se veda é a desigualdade injustificada, que nada mais é que uma manifestação de arbitrariedade. [...] <sup>9</sup>

Nesse mesmo diapasão é posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do seguinte excerto do voto do Ministro Eros Grau ao apreciar a ADI 3.305, julgada em 13/9/2006 e publicada em 24/11/2006:

A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso

---

8 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

9 PAULA, Carlos Alberto Reis de. Ação afirmativa e a Constituição. *Caderno mensal Constituição & Democracia*, n. 18, Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB. p. 17. Dezembro de 2007.

do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.

Nos dias atuais, por exemplo, a já mencionada distinção de tratamento conferida aos portadores de necessidades especiais, visando à sua maior inclusão social, tem sido bastante aplaudida, sem que se cogite de eventual ofensa ao princípio isonômico.

Nesse contexto se situa a questão central tratada no presente artigo: a restrição à doação de sangue por homens que fazem sexo com outros homens também respeita o princípio da igualdade, ou, pelo contrário, comporta um tratamento discriminatório?

Para responder a essa indagação, serão utilizados, ao longo deste estudo, as balizas traçadas pelo eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello em seu substancioso opúsculo “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. Na referida obra, o autor afirma, com a precisão que lhe é peculiar, que

o alcance do princípio da igualdade não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia<sup>10</sup>.

Compreende-se, portanto, que não apenas deve ser respeitada a igualdade entre os indivíduos, mas que a própria lei deve ser um instrumento para implementação da igualdade material.

A esse respeito, o autor completa:

A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes<sup>11</sup>.

Não há como negar, entretanto, como bem observa o eminente jurista, a existência de critérios legítimos que autorizam seja conferido tratamento jurídico diverso a determinadas situações ou grupos sem quebra ou agressão ao princípio constitucional da isonomia. Há, portanto, discriminações juridicamente toleráveis, já que a igualdade

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 09.

11 MELLO, op. cit., p. 10.

não significa conferir tratamento idêntico a todos os homens, impondo-lhes os mesmos direitos e obrigações sem distinção alguma<sup>12</sup>.

Assentada essa premissa, o autor passa a delinear quatro requisitos que autorizam a adoção de tratamento diferenciado a determinado grupo social sem que isso signifique malferir o princípio da isonomia:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas residentes, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correção lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
- d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa - ao lume do texto constitucional - para o bem público<sup>13</sup>.

Esses critérios, por sua peculiar precisão lógica e metodológica, servirão de norte para demonstrar que a restrição temporária imposta pela Anvisa no tocante a doadores homens que mantém relação sexual com outros homens (HSH) não configura uma medida infundada, arbitrária ou discriminatória.

Com efeito, as determinações contidas na Resolução-RDC 153/2004 não estão embasadas numa ideologia preconceituosa, mas em

---

12 Nesse sentido Hans Kelsen afirma, na obra *Teoria Pura do Direito*, que “a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 11.

13 MELLO, op. cit., p. 41.

evidências científicas que revelam a necessidade de conferir tratamento distinto a homens que fazem sexo com outros homens - HSH, com o propósito de proteger a saúde dos receptores de transfusão sanguínea. Ademais, as referidas determinações são de caráter geral, pois alcançam todas as pessoas que se encontrem nessa situação de risco acrescido.

Assim, tem-se por atendido o primeiro requisito apresentado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, qual seja, que o discrimen “não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo”.

Vejam, então, se os demais critérios elencados pelo respeitável doutrinador também foram observados quando da imposição da medida restritiva aos HSH que pretendem doar sangue.

#### **4 DAS DISTINÇÕES RELATIVAS AO COMPORTAMENTO DOS HSH E DA CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE ESSE COMPORTAMENTO E A MEDIDA RESTRITIVA IMPOSTA PELA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004**

Oportuno observar que, nos Estados Unidos, assim como na Inglaterra, Canadá, Austrália e nos países-membros da União Européia, a proibição de doação de sangue por HSH é ainda mais restrita, na linha da recomendação da OPAS/OMS. Enquanto no Brasil a restrição inabilita para a doação apenas os homens que tenham mantido relações sexuais com homens no último ano, a vedação nos EUA, existente desde 1977, por exemplo, é permanente e independe do tempo de abstinência.

Diversos protestos ocorreram contra a medida nos Estados Unidos, especialmente no meio universitário, inclusive com boicotes a campanhas de doação de sangue, mas os órgãos sanitários americanos se mantiveram firmes por não haver respaldo técnico-científico que justifique o afastamento da restrição<sup>14</sup>.

Convém ressaltar que não é propriamente a orientação sexual em si que enseja a vedação à doação de sangue dos HSH, mas os riscos associados ao comportamento sexual de homens que fazem sexo com outros homens.

Tanto é assim que o questionário aplicado pelos hemocentros com base na Resolução-RDC Anvisa 153/2004 não indaga se o candidato a doador é homossexual, heterossexual ou bissexual, mas apenas se seu comportamento configura alguma das situações de risco acrescido para a transmissão do HIV e outras patologias. Veja-se:

##### **B.5.2.7.2 - Situações de Risco Acrescido**

<sup>14</sup> BROOKS, op. cit., p. 14-15.

a) Serão inabilitados de forma permanente como doadores de sangue os candidatos que tenham evidências clínicas ou laboratoriais de doenças infecciosas que sejam transmitidas por transfusão sanguínea.

b) Serão inabilitados de forma permanente os candidatos que tenham doado a única unidade de sangue transfundida em um paciente que tenha apresentado soroconversão para hepatite B ou C, HIV, ou HTLV, sem ter qualquer outra causa provável para a infecção.

c) Serão inabilitados por 12 meses após a cura, os candidatos a doador que tiveram alguma Doença Sexualmente Transmissível - DST.

d) Serão inabilitados por um ano, como doadores de sangue ou hemocomponentes, os candidatos que nos 12 meses precedentes tenham sido expostos a uma das situações abaixo:

Homens e ou mulheres que tenham feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas, e os parceiros sexuais destas pessoas.

Pessoas que tenham feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos, sem uso do preservativo.

Pessoas que foram vítimas de estupro.

Homens que tiveram relações sexuais com outros homens e ou as parceiras sexuais destes.

Homens ou mulheres que tenham tido relação sexual com pessoa com exame reagente para anti-HIV, portador de hepatite B, Hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea.

Pessoas que estiveram detidas por mais de 24 horas em instituição carcerária ou policial.

Pessoas que tenham realizado “piercing” ou tatuagem sem condições de avaliação quanto à segurança.

Pessoas que tenham apresentado exposição não estéril a sangue ou outro material de risco biológico;

Pessoas que sejam parceiros sexuais de hemodialisados e de pacientes com história de transfusão sanguínea;

Pessoas que tiveram acidente com material biológico e em consequência apresentaram contato de mucosa e ou pele com o referido material biológico.

A transfusão sanguínea é um procedimento que, mesmo realizado dentro das normas técnicas preconizadas, envolve risco sanitário. A população, por sua vez, tem uma expectativa de risco zero em tais procedimentos, que, infelizmente, não ocorre.

Por essa razão, a Resolução-RDC Anvisa 153/2004 estabelece, em seu Anexo I, item A, o primeiro princípio geral que deve considerado para os procedimentos de hemoterapia, a saber:

A.1 - Toda transfusão de sangue traz em si um risco, seja imediato ou tardio, devendo, portanto, ser criteriosamente indicada.

Segundo o já mencionado parecer Técnico n. 2 da GGSTO/Anvisa, a literatura epidemiológica ressalta que os incidentes transfusionais podem estar associados à incompatibilidade de grupos sanguíneos ou a reações imunológicas tardias, especialmente no que se refere à transmissão de doenças infecciosas pelo vírus da Hepatite B e Hepatite C, HIV/Sida, HLTV I/II, doença de Chagas, sífilis, malária, entre outras.

A hemovigilância tem, portanto, o importante papel de minimizar o risco transfusional acima descrito.

De acordo com o Manual Técnico para investigação da transmissão de doenças pelo sangue do Ministério da Saúde<sup>15</sup>, também mencionado no parecer da Anvisa, as medidas destinadas a evitar a transmissão das doenças infecciosas acima referidas consistem em testes laboratoriais diagnósticos e na triagem clínico-epidemiológica. A triagem é composta de um exame clínico e um questionário com perguntas relativas aos comportamentos de risco acrescido para diversas infecções, tais como as listadas anteriormente.

O item E.2 da Resolução-RDC 153/04, por sua vez, estabelece que há necessidade de realização de testes obrigatórios para doenças

15 Ministério da Saúde. *Manual Técnico para investigação da transmissão de doenças pelo sangue*. Série A. Normas e Manuais Técnicos. MS, Anvisa, DF/ Brasil, 2005, *apud* TANAKA, Mirtha Suzana Yamada, *Parecer Técnico n. 2*, de 10/8/2006, da Gerência de Sangue, outros Tecidos, Células e Órgãos-GGSTO/Anvisa.

transmissíveis em todas as doações, entre os quais se incluem os testes de HIV 1 e 2, sendo vedada a transfusão do sangue antes da obtenção de resultados finais não reagentes para a doença. Confirma-se:

## E.2 - Testes para Doenças Transmissíveis

### E.2.1 - Testes obrigatórios:

É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade em todas as doações, para identificação das doenças transmissíveis pelo sangue.

Estes exames devem ser feitos em amostra colhida da doação do dia e ser testada com conjuntos diagnósticos (kits) registrados na Anvisa, em laboratórios específicos para tal fim.

Fica vedada a realização de exames em 'pool' de amostras de sangue. Caso surjam novas tecnologias que tenham aplicação comprovada pela Anvisa para utilização em 'pool' essa proibição será reconsiderada.

O sangue total e seus componentes não podem ser transfundidos antes da obtenção de resultados finais não reagentes, nos testes de detecção para:

Hepatite B

Hepatite C

HIV-1 e HIV-2

Doença de Chagas

Sífilis

HTLV-I e HTLV-II

Diante dessas circunstâncias, poder-se-ia questionar se a triagem clínico/laboratorial, sem a realização de entrevista com o doador, não seria suficiente para mitigar o risco transfusional, ou seja, se não bastariam os exames no material biológico doado para identificar a

aptidão do doador de sangue, sem necessidade de investigação de seu comportamento sexual, o que, à primeira vista, preservaria a intimidade do doador.

Ocorre que, segundo a literatura médica mencionada no parecer da Anvisa, mesmo com a triagem clínico-laboratorial, se o doador contaminado pelo vírus HIV estiver no período de janela imunológica (lapso de tempo que decorre entre a contaminação do indivíduo e o aparecimento do marcador da infecção), o resultado negativo dos exames não acusará a infecção. Além disso, é bom que se diga que nenhum dos testes diagnósticos disponíveis no mercado internacional até o momento garante a identificação inequívoca do sangue infectado no período da janela imunológica.

A AIDS tem, tal como outras doenças infecciosas, uma janela imunológica ou período de incubação da doença (no caso das Hepatites Virais B e C, por exemplo), que não permite a detecção do vírus por meio de testes diagnósticos.

Acredita-se, assim, que a transfusão desse sangue contaminado certamente poderia ser evitada com a realização da entrevista, a partir da qual já seria possível excluir o doador se seu comportamento configurar uma das situações de risco acrescido previstas na Resolução-RDC Anvisa 153/2004.

Oportuno esclarecer, ademais, também na linha do referido parecer técnico já citado, que os serviços de hemoterapia não são especializados em diagnóstico do HIV ou de outras patologias, pois todos os exames realizados no sangue doado prestam-se somente à triagem, visando a evitar que patologias sejam repassadas aos possíveis receptores desse sangue. Para a finalidade de diagnóstico, as pessoas devem procurar as demais unidades da rede pública de referência em DST/HIV/Sida.

Curiosamente, o parecer técnico menciona que uma pesquisa realizada em 2003 sobre o comportamento sexual de homens que fazem sexo com homens (HSH) no Distrito Federal revelou que os HSH procuraram os serviços de saúde especializados em 46,6%, os serviços privados em 42%, serviços não especializados em 14,7% e os hemocentros em 13,8%, para realização dos testes sorológicos para diagnóstico de HIV<sup>16</sup>.

Verifica-se, portanto, que diversos cidadãos recorrem aos hemocentros com intuito diverso do de doar sangue, ou seja, com finalidade diagnóstica. Este comportamento incrementa sobremaneira

16 Universidade de Brasília. *Comportamento sexual e cidadania junto à população de homens que fazem sexo com homens do Distrito Federal*. Núcleo de Estudos de Saúde Pública, UnB, Brasília, 2005. *Apud* Parecer n. 02/2006 – GGTPS/Anvisa.

o risco transfusional, pois, consoante mencionado, muitos dos HSH podem estar em fase de janela imunológica.

Dessa forma, é possível afirmar que os exames sorológicos não asseguram risco zero para o sangue a ser transfundido e, por conseguinte, quanto mais eficiente for a triagem epidemiológica, menor será o risco residual do sangue doado, associado aos comportamentos ou situações de risco que poderão ser identificados.

De outra parte, cumpre consignar, ao contrário dos que sustentam ser discriminatória a restrição imposta pela norma da Anvisa, que embora não seja possível atualmente especificar “grupos de risco”, ainda existem comportamentos humanos ou situações de risco acrescido para infecção e transmissão do vírus HIV.

O Parecer Técnico n. 2 da GGSTO/Anvisa anteriormente citado, com base em informações da Organização Mundial de Saúde (OMS), esclarece que, especificamente no que se refere aos homens que fazem sexo com outros homens – HSH, é possível assegurar que continuam tendo comportamento de risco para aquisição de HIV em razão de suas práticas sexuais.

A esse respeito, permita-se transcrever importantes esclarecimentos constantes do referido parecer:

Tal constatação se deve à maior frequência de relações sexuais anais que originam lesões dérmicas, consideradas pela medicina como porta de entrada para o vírus; ao risco aumentado de Doenças Sexualmente Transmissíveis – DSTs, que facilitam a transmissão do HIV, e ao número maior de parceiros sexuais.

O risco de transmissão do HIV através de coito anal (o sexo anal pode também realizar-se entre um homem e uma mulher, mas ocorre com maior frequência entre os homossexuais masculinos) é especialmente elevada quando não se utiliza preservativo. O risco para o parceiro receptor no coito anal sem proteção é várias vezes maior que para aquela mulher que realiza o coito vaginal sem proteção com um homem infectado pelo HIV. A razão desse maior risco na penetração anal é que a mucosa do reto é fina e pode rasgar-se facilmente, e, assim, até as pequenas lesões na mucosa são suficientes para facilitar a entrada do vírus. Mesmo sem tais lesões, afirma-se que pode haver uma imunidade menor nas células da mucosa retal para resistir ao HIV do que nas células da mucosa vaginal.

O sexo anal receptivo sem preservativo é a prática sexual de maior risco, tanto para homens como mulheres. O sexo insertivo anal ou vaginal representa risco para ambos os parceiros, embora a relação sexual vaginal-peniana seja uma forma de transmissão menos eficiente da mulher para o homem que o contrário. O sexo oral não parece ser uma importante forma de transmissão embora tenha sido registrado como via de contaminação, em diferentes estudos, envolvendo diferentes populações.

Estudos indicam que o risco de transmissão do HIV com sexo anal receptivo varia entre 1:100 e 1:30, enquanto que com sexo anal insertivo ou sexo oral receptivo com ejaculação, o risco diminui para 1:1000, e com sexo vaginal insertivo cai ainda mais para 1:10.000. Desta forma, estas estimativas reforçam ainda mais a tese de maior risco para as relações entre HSH que as realizadas entre heterossexuais.

Estudos realizados na África e nos Estados Unidos demonstram que as doenças sexualmente transmissíveis–DST, especialmente as que causam ulcerações nas regiões genital e perianal, como sífilis, cancroide e herpes, atuam como facilitadores da infecção pelo HIV (5, 12). As DST não-ulcerativas, como a gonorréia ou as infecções por clamídia, também estão associadas a um aumento de risco de infecção pelo HIV (32). *Estudos mostram a maior incidência de DST entre HSH que no restante da população, pelo que se deduz que este grupo pode ter o risco incrementado de infecção pelo HIV também por ter maior chance de infectar-se por DST.*

Embora campanhas de ‘sexo seguro’ tenham diminuído muito as taxas de soroconversão (indivíduo com resultado negativo apresenta posterior resultado positivo) em HSH - homens que fazem sexo com outro homem -, estudos recentes realizados nos EUA, na Austrália e no oeste europeu mostram um incremento nas taxas de práticas sexuais sem proteção. Este incremento provavelmente é relacionado à crença de menor possibilidade de adquirir HIV devido a uma maior e mais eficiente terapêutica antiretroviral e a fadiga em seguir as recomendações. Estudos realizados no Brasil corroboram esta recaída para práticas não seguras em HSH .

Portanto, todos estes estudos apontam que a prática sexual entre HSH, está associada a um risco acrescido, ou maior, de contaminação pelo HIV. Por isso, a exclusão de HSH na doação de sangue é uma medida

necessária para a proteção dos receptores das transfusões sanguíneas, ao diminuir o risco de transmissão do HIV e outras doenças.

Não há como negar que, a partir das informações prestadas pelo candidato a doador, os hemocentros efetivamente realizam uma seleção dos doadores. Essa discriminação, entretanto, não está embasada numa postura preconceituosa, mas em critérios técnicos sobejamente comprovados por estudos internacionais ainda não superados.

O preconceito, diversamente, consiste em:

um juízo preconcebido, manifestado geralmente na forma de uma atitude discriminatória que se baseia nos conhecimentos surgidos em determinado momento, como se revelassem verdades sobre pessoas ou lugares determinados. Costuma indicar desconhecimento pejorativo de alguém ao que lhe é diferente<sup>17</sup>.

No caso, não se trata de uma discriminação preconceituosa, mas de uma discriminação técnica indispensável até o momento, e não justificada pela opção sexual do doador, mas pelo risco acrescido ainda existente em decorrência de determinado comportamento sexual.

Convém registrar, nesse passo, que a Consulta Pública 24/2010, a qual se encontra em fase de consolidação das contribuições recebidas de toda a sociedade, explícita, no parágrafo 12 do próprio artigo em que são estabelecidos os critérios de seleção de doadores, que a orientação sexual, *per se*, não deve ser considerada como critério de seleção por não constituir risco em si própria, se a pessoa não teve o comportamento sexual descrito no item IV, “d”, do parágrafo 11, qual seja, homens que mantiveram, nos últimos 12 meses, relação sexual, oral ou anal, ativo ou passivo, com outro homem<sup>18</sup>.

Destarte, o estudo realizado pela Anvisa, ancorado na literatura científica existente, demonstra que, comprovadamente, existe uma situação de risco acrescido para transmissão do HIV que justifica a diferenciação de tratamento dos HSH em relação aos homens que mantêm exclusivamente relações heterossexuais.

Em vista desse panorama, retomando os critérios de análise do princípio da igualdade delineados por Celso Antônio Bandeira de Mello,

---

17 FERRARI, Ana Paula. *Beleza à venda*: auto-estima não tem preço. Brasília: Thesaurus, 2008, p. 13.

18 § 12. Orientação sexual (heterossexualidade, bissexualidade, homossexualidade) não deve ser usada como critério para seleção de doadores de sangue, por não constituir risco em si própria.

pode-se afirmar que a norma da Anvisa sob análise também atende o segundo requisito que autoriza o *discrímen*, isto é, “que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, nelas existentes, diferenciados”.<sup>19</sup>

Assim, verifica-se que há relevantes motivos que justificam a diferenciação de tratamento para HSH no que se refere à aptidão para doação de sangue, ou seja, resta evidente a correspondência lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* (comportamento dos homens que fazem sexo com outros homens – HSH) e a discriminação legal decidida em função dele (restrição à doação de sangue estabelecida pela resolução da Anvisa).

Nesse contexto, com fundamento na lição citada de Celso Antônio Bandeira de Mello, denota-se que também foi satisfeito o terceiro requisito para que a restrição estabelecida pela norma sanitária seja convivente com o princípio constitucional da isonomia, qual seja, “*que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica*”.

##### **5 DA EXISTÊNCIA DE RAZÃO VALIOSA PARA O BEM PÚBLICO, À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL, PARA A RESTRIÇÃO ESTABELECIDADA PELA RESOLUÇÃO-RDC 153/2004:**

Conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, não basta estabelecer racionalmente um nexos entre o *discrímen* e o tratamento diferenciado. É de mister que o vínculo demonstrado seja constitucionalmente pertinente. Sobre o tema, asseve o autor:

as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.<sup>20</sup>

Nessa vereda, é curial observar que o *caput* do artigo 5º da Constituição consagra tanto o princípio da igualdade quanto a inviolabilidade do direito à vida, do qual o direito à saúde é consequência imediata.

---

19 Op. cit., p. 41.

20 Op. cit., p. 42.

O artigo 196 da Lei Maior, por sua vez, assim dispõe:

Art. 196. *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*” (grifo nosso)

Por conseguinte, vale dizer que a proteção da saúde pública ancora-se no princípio da precaução, com base no qual devem ser adotadas pelo Poder Público medidas eficazes para a mitigação dos riscos de danos à saúde dos indivíduos, especialmente quando se trata do controle da epidemia de uma doença como a AIDS. Acerca do tema, Hélio Pereira Dias afirma que:

De acordo com o princípio da precaução, quando evidências científicas razoáveis de qualquer tipo nos dão boas razões para acreditarmos que uma atividade, tecnologia ou substância podem ser nocivas, devemos agir no sentido de prevenir o mal. Se esperarmos sempre pela certeza científica, haverá gente sofrendo e morrendo, e os danos ao mundo natural podem ser irreversíveis.<sup>21</sup>

Oportuno ressaltar, nesse passo, que não existe no ordenamento jurídico pátrio o direito de doar sangue. Qualquer pessoa física tem o direito de se candidatar a ser doador. Ocorre, no entanto, que a sua aceitação depende de uma série de fatores, que levam em conta o risco que a doação pode representar para a saúde do receptor. Nessa ordem de idéias, qualquer pessoa pode ser considerada inapta para doar sangue.

Destarte, o que é relevante, à luz do Direito brasileiro, é que a seleção de doadores de sangue não seja baseada em uma visão preconceituosa, mas em um juízo técnico fundamentado em estudos científicos. Vale dizer: a discriminação deve, necessariamente, basear-se em critério técnico objetivo. Assim, não se rejeita o indivíduo temporariamente como doador (por um ano, conforme a Resolução da Anvisa) por motivos relacionados à sua orientação sexual, mas, isto sim, pelo motivo objetivo de ter sido identificada uma situação de risco acrescido para a contaminação pelo vírus do HIV.

Há, portanto, um único e claro propósito a ser alcançado pela Resolução-RDC Anvisa 153/2004: assegurar o direito à saúde de todos

---

21 DIAS, Helio Pereira. *Direitos e obrigações em saúde*. Brasília: Anvisa, 2002, p. 128.

os cidadãos, bem jurídico de valor inestimável albergado pelo texto constitucional.

Posta assim a questão, nos termos da lição citada de Celso Antônio Bandeira de Mello, também restou comprovada a observância pela norma sanitária do quarto e último elemento para que o referido *discrímen* seja compatível com o princípio da isonomia, qual seja, a existência de razão valiosa para o bem público, à luz do texto constitucional, para a restrição estabelecida pela Resolução-RDC Anvisa 153/2004.

## 6 CONCLUSÃO

Com a realização de testes diagnósticos para o HIV em doadores de sangue, houve um grande avanço na prevenção da transmissão da AIDS pelas transfusões de sangue.

No entanto, embora tais testes tenham sido aperfeiçoados com grande aumento da sua sensibilidade, ainda existe um lapso de tempo desde o tempo da contaminação do indivíduo até o aparecimento do marcador da infecção conhecido como janela imunológica, período este em que a presença do vírus não é detectada. Desta forma, ainda persiste o risco de transmissão da AIDS pelas transfusões, caso realizada apenas a triagem sorológica.

A triagem clínico-epidemiológica, isto é, a entrevista com o candidato a doador nos hemocentros, conforme prevê a Resolução-RDC Anvisa 153/2004, visa a impedir a doação de sangue de pessoas que se expuseram a situações de risco de contaminação pelo HIV, sendo, por via de consequência, uma medida preventiva e complementar à triagem sorológica, o que aumenta a segurança transfusional.

A referida resolução, que regulamenta os procedimentos da hemoterapia brasileira, considera que homens que fizeram sexo com outros homens (HSH) nos 12 meses que antecedem a triagem clínica devem ser considerados inaptos temporariamente para a doação de sangue e têm relevantes razões de ordem técnica para fazê-lo.

As entidades e associações de defesa das minorias, que reclamam o direito à doação de sangue dos HSH, sustentam tratar-se de medida discriminatória. Isto ocorre no Brasil e em outros países. A questão foi submetida à apreciação do Poder Judiciário por iniciativa do Ministério Público Federal em 2006, tendo sido reconhecida por sentença a legitimidade da atividade normativa da Anvisa. O processo judicial ainda está pendente de julgamento final.

Acrescente-se que, conforme informações trazidas em parecer técnico da Anvisa, “estudos recentes nos Estados Unidos mostram que

o risco de transmissão de HIV incrementaria 60% se a correspondente norma fosse relaxada para a exposição de HSH no período dos últimos 12 meses, como é a norma atual brasileira, e este risco incrementaria para 500% se fosse excluída tal seleção<sup>22</sup>.

O princípio da proteção da saúde pública, que tem reflexos diretos na saúde individual de cada indivíduo, requer a adoção de medidas eficazes por parte do Estado para evitar a transmissão da AIDS pelos serviços de hemoterapia e a conseqüente responsabilização estatal pela omissão.

Não se pode admitir, portanto, que, a partir de uma equivocada compreensão do princípio da igualdade, seja afastada a restrição à doação de sangue por HSH prevista na Resolução-RDC 153/2004 da Anvisa. Como visto, a vedação à doação de sangue por HSH é adotada em diversos países e está amparada por estudos científicos internacionais ainda não contestados.

À luz dos critérios perfilados por Celso Antônio Bandeira de Mello, evidencia-se que a norma restritiva não ofende a isonomia e se fará necessária até que sejam descobertas formas de detecção da presença do vírus HIV 100% eficazes, o que, como visto, ainda não ocorre. Não se trata, portanto, de uma imposição definitiva, pois a comunidade científica deverá alcançar, — espera-se que com a maior brevidade possível —, mecanismos de controle da doença cada vez mais eficientes.

Diante dessas considerações, parece evidente que a medida adotada pela Anvisa, em nome da proteção da saúde pública, e, conseqüentemente, da saúde de cada um dos brasileiros, está em consonância com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, qual seja, de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por

---

22 TANAKA, op. cit., p. 11.

censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. RE-AgR 271286/RS – Rio Grande do Sul. Município de Porto Alegre e Diná Rosa Vieira. Relator: Ministro Celso de Mello, 12 set. 2000, DJ de 24.11.2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais. 4. Os atos normativos podem, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. ADI 3.305/DF – Distrito Federal. Partido Liberal-PL e Congresso Nacional. 13 set. 2006, DJ de 24/11/2006.

BROOKS, J. P. *Los derechos del receptor deben estar por sobre los del donante*. *Jornal Vox Sangüinis*, Blackwell Publishing, 2007, Disponível em: <<http://www.blackwellpublishing.com/journal.asp?ref=0042-9007>>.

DIAS, Helio Pereira. *Direitos e obrigações em saúde*. Brasília: Anvisa, 2002.

FERRARI, Ana Paula. *Beleza à venda: auto-estima não tem preço*. Brasília: Thesaurus, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Manual Técnico para investigação da transmissão de doenças pelo sangue. Série A. *Normas e Manuais Técnicos*. MS, Anvisa, DF/ Brasil, 2005.

MIRANDA, Adriana. AIDS, discriminação e os desafios para promoção da saúde. *Caderno mensal Constituição & Democracia* n. 13. Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB., maio de 2007.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Ação afirmativa e a Constituição. *Caderno mensal Constituição & Democracia*, n. 18, Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito da Faculdade de Direito da UnB. Dezembro de 2007.

TANAKA, Mirtha Suzana Yamada. Parecer Técnico n. 2, de 10/08/2006, da Gerência-Geral de Sangue, outros Tecidos, Células e Órgãos – GGSTO/Anvisa.

UNAIDS. *Report on the global AIDS epidemic. Chapter 2. Status of the global HIV epidemic*, p. 30. Disponível em: <[http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510\\_2008\\_global\\_report\\_pp29\\_62\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/GlobalReport/2008/jc1510_2008_global_report_pp29_62_en.pdf)> 2008.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *Comportamento sexual e cidadania junto à população de homens que fazem sexo com homens do Distrito Federal*. Núcleo de Estudos de Saúde Pública, UnB, Brasília, 2005. *Apud* Parecer n. 02/2006 – GGSTO/Anvisa.