

Publicações da Escola da AGU

2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee volume 1

n. 29 julho 2013 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 29	p. 1-276	julho 2013
---------------------------------	----------	-------	----------	------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

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

ESCOLA DA AGU

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

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Eugênio Battesini
Juliana Sahione Mayrink Neiva
André Luiz de Almeida Mendonça

CONSELHO EDITORIAL

Ana Paula Passos Severo
Eugênio Battesini
Gregore Moreira de Moura

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Glúcia Pereira

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: 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione
Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee - Escola da Advocacia-Geral
da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 29, v. 1 (jul. 2013).

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral e a partir do ano IV, n° 14
periodicidade mensal

ISSN 2236-4374

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

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

Apresentação	5
O Contencioso Administrativo Italiano e a Justiça Federal Brasileira <i>The Italian Administrative Justice and the Brazilian Federal Justice</i> <i>Alexandre Barbosa Lemes</i>	7
Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos: da experiência italiana à realidade brasileira <i>Judicial Review of Administrative Acts: from italian experience to brazilian reality</i> <i>Aline Machado Weber</i>	17
O Estado Laico na Itália e no Brasil: breve histórico e análise de decisões judiciais acerca da exposição do crucifixo em locais públicos <i>Lo Stato Laico in Italia e in Brasile: breve storia e analisi della giurisprudenza sull'esposizione del crocifisso nei luoghi pubblici</i> <i>Ana Paula Ferreira Serra Specie</i> <i>Ana Paula Passos Severo</i>	49
Repressão ao Abuso de Direito. uma Breve Comparação entre os Sistemas Jurídicos do Common Law e Civil Law. As Hipóteses de Abuso de Direito no Ordenamento Comunitário Europeu. Abordagem do Ordenamento Jurídico Brasileiro <i>Abuse of Rights. A Brief Comparative Analysis Between the Conceptions of Abuse of Rights in Common Law and Civil Law. A Brief View of the Brazilian Law</i> <i>André Luiz Alves Ligeiro</i>	75
Transconstitucionalismo na União Européia e no Mercosul: sobre a solução de problemas constitucionais que perpassam o âmbito da soberania da ordem jurídica interna na experiência brasileira e italiana <i>Transcostituzionalismo Nell'unione Europea e Il Mercosur: sulla soluzione dei problemi che superi del quadro costituzionale della sovranità della esperienza giuridica nazionale in brasiliano e italiano.</i> <i>Chiara Michelle Ramos Moura da Silva</i>	95
Aspectos Gerais dos Contratos Públicos na Itália e no Brasil <i>General aspects of public contracts in Italy and Brazil.</i> <i>Christianny Gomes Jorge</i>	119

A Demora na Tramitação do Processo Administrativo e Judicial <i>Brasil, Itália, o Silenzio Assenso e a Legge Pinto</i> <i>The delay in handling administrative and legal proceedings. Brazil, Italia Silenzio Assenso e a Legge Pinto</i> <i>Daniela Cristina Moura Gualberto</i> <i>Rodrigo Frantz Becker</i>	141
A Responsabilidade Objetiva pelo Risco da Atividade em Perspectiva Comparativa <i>Strict Liability for the Risk of the Activity in Comparative Perspective</i> <i>Eugênio Battesini</i>	165
Conflito de Decisões e Harmonização na Proteção aos Direitos Humanos no Âmbito Supranacional Europeu e na Corte Administrativa Italiana <i>Conflitto di Decisioni e Armonizzazione</i> <i>Sulla Tutela Dei Diritti Umani Entro Sopranazionale Europea e Consiglio Di</i> <i>Stato Italiano</i> <i>Glauco Vasconcelos Ribeiro Junior</i>	199
Uma Visão Comparada da Advocacia de Estado: Brasil x Itália <i>A Vision of Comparative Law in Public Advocacy: Brazil x Italy</i> <i>Grégore Moreira de Moura</i>	215
Breve Análise dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade no Brasil e na Itália em suas Modalidades Difusa e Concentrada. Paralelo entre a Tendência de Abstrativização do Controle Difuso no Brasil e a Introdução de Aspectos Difusos no Controle Tipicamente Concentrado Italiano <i>Brief Analysis of Control of Constitutionality Systems in Brazil and Italy in their</i> <i>Modalities Diffuse and Concentrated. Parallel Between the Trend Abstraction of</i> <i>Diffuse Control in Brazil and the Introduction of Diffuse Control Aspects in the</i> <i>Italian Typically Concentrated Control</i> <i>Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda</i>	231
Breve Descrição do Controle de Constitucionalidade na Corte Constitucional Italiana e no Supremo Tribunal Federal Brasileiro <i>Short Description About the Constitutional Control in the Italian Constitutional</i> <i>Court and Brazilian Supreme Court.</i> <i>Ivan Magalhães Francisco</i>	259

APRESENTAÇÃO

A Escola da Advocacia-Geral da União, na realização de sua missão institucional de promoção da pesquisa básica e aplicada e de aperfeiçoamento e atualização técnico-profissional dos membros das carreiras que compõe a Advocacia Pública Federal, realizou, no ano de 2013, em parceria com a Università di Roma “Tor Vergata”, o 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: “Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee”.

De 30 de junho a 12 de julho de 2013, Advogados da União, Magistrados, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais cumpriram intenso programa de atividades acadêmicas na sede da Università di Roma “Tor Vergata”, vivenciando conteúdos nas áreas de direito comparado, sistema jurídico italiano e sistema jurídico da União Européia. Além do que, foram realizadas proffcuas visitas institucionais à Corte di Cassazione, ao Consiglio di Stato, à Avvocatura di Stato e à Corte Costituzionale.

A presente obra coletiva publicada pela Escola da Advocacia-Geral da União reúne, em dois volumes, os artigos elaborados pelos participantes do 2º Curso de Introdução ao Direito Europeu: “Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee”. Em perspectiva juscomparativa, são abordados temas como a advocacia de Estado, o controle de constitucionalidade, a responsabilidade civil do Estado e o controle judicial dos atos administrativos, entre outros temas afeitos à advocacia pública.

A Escola da Advocacia-Geral da União se congratula com os autores e convida a comunidade jurídica a degustar este excelente material de estudo e pesquisa em direito comparado.

Eugênio Battesini
Procurador Federal
Procuradora Regional Federal da 4ª Região



O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ITALIANO E A JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA

*THE ITALIAN ADMINISTRATIVE JUSTICE AND THE BRAZILIAN
FEDERAL JUSTICE*

*Alexandre Barbosa Lemes
Procurador Federal
Mestre em Direitos Supraindividuais
Professor Universitário*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistemas Judiciários: Jurisdição Una; a Revolução Francesa e o Contencioso Administrativo; 2 Sistemas Judiciários Italiano e Brasileiro; 3 Justiça Federal brasileira; 4 Distinções e semelhanças; 5 Conclusão; referências.

RESUMO: Os sistemas jurisdicionais contemporâneos podem ser classificados em duas espécies. Embora cada Estado possua suas próprias características, em linhas gerais é possível enquadrá-los no sistema de jurisdição una ou no sistema do contencioso administrativo. Aquele se caracteriza pela existência de uma estrutura judiciária única, distinta dos Poderes Executivo e Legislativo, podendo falar-se em “três poderes”. O contencioso, por sua vez, ocorre em países que escolheram criar um Poder Judiciário próprio, distinto da “Justiça Comum”, para tratar de ações em que a Administração Pública tenha interesse. O Brasil enquadra-se no primeiro sistema, a Itália no segundo. Apesar disso, a Justiça Federal brasileira, em regra, tem atribuição de atuar (na esfera cível) em causas em que o Poder Público (federal) esteja envolvido, assemelhando-se ao sistema do contencioso. O trabalho busca traçar algumas características comuns entre os sistemas (que convergem na teoria do regime jurídico administrativo), indicando também suas dessemelhanças.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Comum. Contencioso Administrativo. Justiça Federal. Regime Jurídico Administrativo. Sistemas Jurisdicionais Brasileiro e Italiano.

ABSTRACT: The actual jurisdictional systems can be classified in two species. Despite each State has your own characteristics, in general it is possible get then in the unique system jurisdictional or in the administrative litigation. In that one it is a structure of judges, different of Executive and Legislative, and can say “three powers”. The administrative litigations, in your turn, exists in states choose to get another Justice, different of the “Common Justice”, to take the cases with the State has interests. Brazil is in the first system, Italy in second. Despite, the Brazilian Federal Justice, generally, gets attribution to take the cases that interests to (federal) Administration, look like the administrative litigation. The article will look for some common characteristics between the systems (that take the theory of juridical administrative regimen), indicating also its differences.

KEYWORDS: Common Jurisdiction. Administrative litigation. Juridical Administrative Regimen. Brazilian and Italian Systems of Justice.

INTRODUÇÃO

O motivo pelo qual o conhecimento humano chegou à atual conclusão de que a melhor forma de administrar o Estado é com a divisão das funções estatais em organismos distintos é a tentativa de evitar a concentração do poder. Além disso, havendo mais de um organismo responsável pelo exercício das potestades públicas, o autocontrole do Estado se torna mais crível do que se fosse exercido por apenas um.

É nesse contexto que se observa que, hoje, a grande maioria dos países conta com a existência dos chamados Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Ao Poder Legislativo incumbe, como principal função, a criação das leis. Composto por representantes do povo, o Legislativo traduz a ideia democrática de que é o próprio cidadão, em assembleia, que decide os limites da sua própria liberdade. Dada a impossibilidade de reunião de todos os cidadãos, elabora-se um sistema em que seus representantes falem por todo o grupo social.

Ao legislador cabe a regulação normativa do Estado e da vida em sociedade. Os limites à liberdade apenas surgem dos comandos normativos criados pelo próprio povo; isto é, por seus representantes.

O Poder Executivo, por sua vez, existe para administrar o Estado (daí ser o principal representante da expressão “Administração Pública”), para prestar os serviços públicos necessários ao país e à sociedade. É de sua alçada a segurança pública, a prestação da saúde pública, a concretização de políticas públicas educacionais, ambientais, etc.

Comparado com os Poderes Judiciário e Legislativo, o Executivo é um gigante. É nele que está concentrado a competência para execução da grande maioria dos serviços públicos de interesse social. Portanto, da maior parte da estrutura estatal.

Por fim, o Poder Judiciário. Diz-se que a Justiça existe para aplicar a lei. Mas dessa conclusão não se diferenciaria do Poder Executivo, que afinal das contas apenas pode fazer o que a lei autoriza ou determina. Ou seja, o Executivo também aplica a lei. O que caracteriza o Judiciário é o fato de apenas ele aplicar o direito no caso concreto em caráter de definitividade.¹

Sendo vedada, em regra, a autotutela, o Judiciário existe para a resolução dos conflitos de interesse que possam surgir no meio social.

Para que se obtenha a esperada paz social, para haver confiança na solução dada ao conflito de interesses, é necessário garantias de

1 GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 148-150.

um Judiciário independente, imparcial, e que aplique as leis que foram elaboradas pelo Legislativo de forma justa.

A expressão Estado de Direito traduz a ideia de que o próprio Estado está submetido à lei. O Estado não é a lei; a ela deve obediência. Portanto, inclusive os conflitos de interesse que a sociedade possa ter com o Estado estão sujeitos ao controle do Poder Judiciário. A Administração Pública, violando o Direito, está sujeita ao controle jurisdicional.

É a partir desse conceito – Estado de Direito – que o artigo desenvolverá sua análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e italiano, em especial no que pertine à Justiça Administrativa.

1 SISTEMAS JUDICIÁRIOS: JURISDIÇÃO UNA, A REVOLUÇÃO FRANCESA E O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Embora cada país tenha sua configuração jurídica e judicial próprias, específicas, que lhe constituem sua identidade e registram suas características políticas, sociais, econômicas e históricas, é possível, como demonstra a doutrina², dividi-los entre dois sistemas distintos: a chamada Jurisdição Una, em que cabe a um único Poder Judiciário a atribuição de resolver todos os conflitos de interesse; e o sistema do Contencioso Administrativo, em que se cria uma segunda estrutura judiciária, desvinculada do Poder Judiciário “comum”, específica para funcionar nas causas em que a Administração Pública esteja envolvida.

A grande dificuldade desse processo de classificação é que, em verdade, cada Estado possui identidade e características próprias, muitas vezes diferentes de todas as demais. Mas, para efeitos didáticos, é possível vislumbrá-los conjuntamente por suas características principais comuns.

O sistema brasileiro, por exemplo, não se amolda exatamente em nenhum desses sistemas (jurisdição una ou dúplice), porquanto existem várias “Justiças”: federal e estadual, trabalhista, militar e eleitoral. Apesar do Brasil ser considerado pela doutrina como de “Jurisdição Una”, a Justiça Federal assemelha-se ao Contencioso Administrativo italiano (*rectius*: francês, porquanto a Itália hauriu desse país sua inspiração judiciária administrativa).

Cabe apenas a observação de que à Justiça Federal brasileira compete apenas as lides de interesse federal, recaindo para a Justiça Comum estadual as os casos que envolvem as administrações públicas estaduais e municipais.

2 Dentre os autores que fazem essa divisão entre países do Contencioso Administrativo e da Jurisdição Una estão: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268-269; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 624-627.

Há ainda uma outra classificação dos sistemas jurídicos, que os categoriza em “Common Law” (dos países de origem anglo-saxã) e “Civil Law” (decorrentes do Direito Romano).

A origem do atual Poder Judiciário³ do sistema anglo saxão remonta à Magna Charta, imposta pelos nobres ingleses ao rei inglês João, no ano de 1215. Esse documento limitou os poderes dos monarcas da Inglaterra, impedindo o exercício do poder absoluto, o que não ocorreu nos sistemas continentais da época. Essa limitação ocorreu com o dever de obediência a determinados procedimentos (que culminou no atual conceito do *due process of Law*), bem como o reconhecimento de que a vontade do rei (*rectius*: Estado) está sujeito à lei.

Num de seus dispositivos, dispõe-se que “nenhum homem será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem se agirá contra ele ou mandar-se-á alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra (*law of the land*).”

Essa a justificativa pela qual a monarquia grã-bretã ainda existe, e a monarquia francesa acabou drástica e violentamente. Dir-se-ia que demorou ao povo não aguentar mais os abusos de um sistema que permitia o despotismo ilimitadamente em França.

Já com o sistema jurídico francês, a história deu-se de maneira bastante distinta: o monarca não tinha limites (monarquia absolutista), e isso levou os revolucionários, ao depor Luís XVI, em 1789, a rechaçarem todo o sistema existente. Quando instalam a estrutura da nova república, ainda não confiavam na imparcialidade dos juízes comuns, para julgar o Estado. A justificativa é válida, na medida em que, até então, a Justiça não tinha competência, imparcialidade ou independência em relação ao Poder Estatal. Os revolucionários vedaram, expressamente, que o juiz influísse, de qualquer forma, na Administração Pública.

Criou-se, então, uma estrutura própria, também Poder Judiciário (aplicam o direito no caso concreto em caráter de definitividade), mas diferente e destacada do Judiciário tradicional, com competência para julgar os casos em que a Administração Pública esteja envolvida. O que se costumou chamar de Contencioso Administrativo.

2 SISTEMAS JUDICIÁRIOS ITALIANO E BRASILEIRO

A Itália seguiu esse sistema francês. Antes mesmo de sua unificação, o Reino da Sardenha, em 1831, instituiu o *Consiglio di Stato*,

3 No sentido de submissão do Rei (Estado) à lei.

como órgão consultivo do rei e auxiliar das decisões reais.⁴ Depois da unificação da Itália, mais precisamente a partir de 1889, o Conselho de Estado passa a exercer papel jurisdicional nas lides entre os cidadãos e a Administração. Nasce o contencioso administrativo italiano, nos moldes do Conselho de Estado francês.

A atual Constituição italiana, de 1948, cria a Justiça Administrativa, em seu art.103⁵. O primeiro grau de jurisdição do Contencioso Administrativo é desempenhado pelos *Tribunali Amministrativi Regionali*, distribuídos pelo país, e o segundo grau pelo *Consiglio di Stato*, com sede em Roma.

Acima desse Conselho de Estado, para julgar os conflitos de competência entre a Justiça Comum e a Administrativa, como na França, existe um tribunal chamado *Corte de Cassazione*.

No sistema italiano, a existência de um regime jurídico administrativo (Estado agindo enquanto Poder Público), com princípios fundantes distintos do chamado direito comum, justifica a existência de juízes especializados.

Ao lado do Contencioso Administrativo, existe toda uma estrutura de Poder Judiciário, própria e distinta, com competência para processar e julgar as causas que não sejam de atribuição da Justiça Administrativa.

O Brasil não conhece esse sistema de dualidade de Jurisdição. A atual Constituição brasileira, de 1988, confirmando a tradição do sistema nacional, dispõe no inciso XXV do seu art. 5.º que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”.

Ou seja, os conflitos de interesse, os litígios jurídicos, seja entre particulares, seja envolvendo o Estado, estão em regra submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Ocorre que o Brasil não tem *uma* Justiça. Ainda que a Jurisdição seja representação do Estado, ela possui repartições: as Justiças “especializadas” (militar, eleitoral e trabalhista), e as Justiças “comuns” (federal e estadual). Todas essas “Justiças” são estrutural e funcionalmente autônomas, o que caracteriza a jurisdição brasileira como *sui generis*.

4 DE LISE, Pasquale. *La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità*. In Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia. Torino: Zanichelli Editore, 2011, p. XXVII; apud CASTRO JUNIOR, Wilson de. Justiça Administrativa – uma breve comparação entre as experiências do Brasil e da Itália. In Publicações da Escola da AGU: 1.º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione Del Diritto nelle Corti Europee, v. 2, n. 21, p. 296, ano 2012.

5 Costituzione della Repubblica Italiana. Titolo IV – La Magistratura. Art. 103. Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi. A Justiça Comum é prevista no art. 104: La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Não há contencioso administrativo no Brasil. Todos os órgãos do Judiciário são classificados num mesmo conceito.

3 JUSTIÇA FEDERAL BRASILEIRA

No atual regime jurídico, a Justiça Federal é criada pela Constituição de 1988 (artigos 106 e seguintes), que também lhe atribui, como primeira e precípua competência, o processamento e julgamento das causas em que a União, direta ou indiretamente, tiver interesse.

Historicamente, a estrutura judiciária federal foi criada logo depois da Proclamação da República, através do Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, ainda pelo governo provisório, o que foi confirmado pela primeira constituição republicana, em 1891. A Constituição de 1934 manteve-a, e a de 1937 extinguiu a primeira instância. Contudo, quando a União tinha interesse, as causas continuavam sendo processadas e julgadas por um órgão especializado das justiças estaduais.

A Constituição de 1946 restabelece a Justiça Federal de primeira instância, e cria o Tribunal Federal de Recursos - TRF, subtraindo do Supremo Tribunal Federal - STF a competência de conhecer das apelações das causas de interesse da União. É o embrião da estrutura do atual Superior Tribunal de Justiça - STJ.

A Lei n.º 5.010, de 30 de maio de 1966, regulamenta essa nova Justiça Federal, com cada estado constituindo uma Seção Judiciária, divididos em cinco regiões judiciárias.

A Constituição de 1967 também manteve a Justiça Federal de primeira e segunda instâncias, e desde então ela vem sendo implementada e ampliada para alcançar todo o território nacional. O primeiro concurso público para juiz federal substituto ocorreu apenas em 1974; até então os magistrados federais eram nomeados pelo Presidente da República.

Em 1988, a nova ordem constitucional extingue o TFR e cria em seu lugar o STJ. Cria também cinco Tribunais Regionais Federais, que passam a funcionar como órgão de segunda instância da Justiça Federal, processando e julgando os recursos das Seções Judiciárias a eles vinculados, além de alguma competência originária.

Ainda que o movimento de ampliação da Justiça Federal tenha se iniciado nas décadas de 1970 e de 1980, foi depois da Constituição de 1988 que ela realmente cresceu, se interiorizou, deixando de funcionar apenas nas capitais dos estados. Principalmente com a criação dos Juizados Especiais Federais (Lei n.º 10.259/2001), em que o acesso do cidadão a esta Justiça se tornou muito mais fácil, a Justiça cresceu a ponto de existirem poucas regiões em que não há subseção judiciária.

A Justiça Federal é estruturada em primeira (Varas Federais) e segunda (Tribunais Regionais Federais) instâncias. No procedimento dos Juizados Especiais Federais, há também a primeira instância seguida pelas Turmas Recursais, órgãos distintos dos tribunais e que têm a atribuição de conhecer dos recursos dos Juizados.

A Constituição Federal atribui à Justiça Federal, em primeiro lugar (inciso I do artigo 109), a competência para processar e julgar as causas em que a União, suas autarquias ou empresas públicas, forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, excepcionando-se apenas as causas de falência, às de acidente de trabalho, e às causas das Justiças do Trabalho e Eleitoral.

Além dessa competência precípua, o constituinte atribuiu-lhe também outras competências originárias, como o processamento e julgamento de causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa com domicílio no Brasil; causas cujo fundamento sejam tratados ou contratos da União com Estados estrangeiros ou organismos internacionais; crimes; certas causas relativas a direitos humanos; disputas sobre direitos indígenas; e ainda uma relação de crimes, em geral relacionados com o interesse federal.

Denota-se, até agora, que a Justiça Federal, em especial na seara não-criminal, tem competência para processar e julgar causas em que a Administração Pública tenha interesse. Pode-se afirmar que é uma justiça especializada no direito que rege as relações da Administração Pública (Direito Público, Direito Administrativo), pois o Estado, no mais das vezes, estará em um dos polos da relação processual, chamando à causa a necessidade de conhecimento do Regime Jurídico Administrativo.

Ainda que não esteja fora da estrutura do Poder Judiciário, não se confunde tampouco com a “Justiça Comum” (estadual), que tem a competência ampla para julgar *todas as causas* que não forem de outras Justiças. Equipara-se, quanto ao conteúdo, ao Contencioso Administrativo.

4 SISTEMAS JUDICIÁRIOS ITALIANO E BRASILEIRO – DISTINÇÕES E SEMELHANÇAS

Quanto ao conteúdo de direito não-penal, o Contencioso Administrativo italiano e a Justiça Federal brasileira assemelham-se: ambas têm a competência para processar e julgar lides que envolvam a Administração Pública.

Mas a competência da Justiça Federal brasileira é restrita, em geral e em princípio, à Administração Pública Federal.

Ambas são Justiças especializadas no Regime Jurídico Administrativo. Mas no Brasil, diferente da Itália, a competência não é exclusivo. Quanto às Administrações Públicas estaduais e municipais, a competência recai na Justiça Comum Estadual.

Uma grande diferença entre uma e outra é seu tamanho. Enquanto no Brasil a Justiça Federal é composta por cerca de 1.800 magistrados de primeira instância⁶, na Itália há cerca de 300, distribuídos pelos 20 *Tribunali Regionali Amministrativi* existentes no país.⁷

A justificativa para tal diferença é que, enquanto no Brasil existe a regra de um prazo prescricional de 5 anos⁸, para o ajuizamento de ação contra o Poder Público, na Itália a regra geral é o prazo decadencial de 60 dias.⁹

Como no Brasil, o juiz não pode interferir na discricionariedade do ato administrativo, apenas anulá-lo no caso de ilegalidade ou abuso de poder. Contudo, lá existe um instituto (*ragionevolezza*), incidente quando o ato, apesar de anulado pelo Judiciário (Contencioso Administrativo), é repetido pela Administração. Quando isso ocorre, o Judiciário pode anular este ato da Administração e praticar o ato correto.

Ressalte-se que essa situação é excepcional, pois o entendimento geral é de que o Contencioso Administrativo não substitui a Administração Pública. É apenas o juiz natural das causas que a envolvem (*tutela dei interesse legittimi*).¹⁰

Algo que também merece destaque do sistema italiano é a Sentença 500, da Corte de Cassação, que em 1999 mudou o entendimento segundo o qual o ato administrativo anulado não acarretava o direito de indenização em favor do cidadão. Em razão da Diretiva 665/89 da União Europeia, o Estado italiano recepcionou o entendimento da possibilidade da demanda ressarcitória.

5 CONCLUSÃO

A grande importância da divisão das funções públicas primárias é o equilíbrio no exercício do poder, bem como o autocontrole no exercício estatal. E a relevância do Poder Judiciário, nesse contexto, é o de resolver os conflitos de interesse, aplicando a lei no caso concreto, em caráter de definitividade.

6 Fonte: site do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/>>. Acesso em: 16/09/2013.

7 Fonte: site da Justiça Administrativa italiana: Disponível em: <<http://www.giustizia-amministrativa.it/>>. Acesso em: 16/09/2013.

8 Art. 1º - C da Lei 9.494/97: Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

9 Art. 29 do Codice Del Processo Amministrativo: *Capo II - Azioni di cognizione*. 29. Azione di annullamento - 1. L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni.

10 O tema foi abordado pelo *leading case* que culminou na Sentença 204/2004, da Corte Constitucional italiana.

Em ambos os sistemas adotados, verifica-se que as garantias conferidas ao Poder Judiciário no exercício de suas funções, seja na chamada Justiça Comum como no Contencioso Administrativo, estão presentes. A independência funcional dos membros do judiciário comum e administrativo garante-lhes a imparcialidade no julgamento das causas em que o próprio Estado é interessado.

Dessa característica em comum é que pode concluir-se que não há um sistema melhor que outro. Difícil definir dessa forma. São diferentes; na estrutura principalmente. No conteúdo, ambas as Justiças (contencioso administrativo italiano e justiça federal brasileira) têm a mesma origem (direito administrativo francês pós-revolucionário), e os mesmos fundamentos (decorrentes do regime jurídico administrativo).

Ainda que existam diferenças decorrentes do pensamento político atual de cada Estado, são filhos dos mesmos pais.

Essas diferenças, ainda que possam ser significativas (por exemplo, como em relação ao tratamento do direito de ação contra a Administração, que na Itália a regra é que o prazo seja decadencial de sessenta dias e no Brasil, prescricional de cinco anos), não as distanciam tanto uma da outra, porquanto os fundamentos baseiam-se, ambos, na teoria do regime jurídico administrativo.

REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et alli*. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CASSETTA, Elio. *Compendio di Diritto Amministrativo*. 12. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2012.

DE LISE, Pasquale. La giustizia amministrativa fra tradizione e modernità. *In Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia*. Torino: Zanichelli Editore, 2011.

CASTRO JUNIOR, Wilson de. Justiça Administrativa – uma breve comparação entre as experiências do Brasil e da Itália. *In Publicações da Escola da AGU: 1.º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione Del Diritto nelle Corti Europee*, v. 2, n. 21, 2012.

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: DA EXPERIÊNCIA ITALIANA À REALIDADE BRASILEIRA

JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTS: FROM ITALIAN EXPERIENCE TO BRAZILIAN REALITY

Aline Machado Weber

Especialista em Direito Ambiental pela UFRGS. Especialista em Direito Previdenciário pela PUC-Minas. Procuradora Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Linhas gerais da Administração Pública italiana; 2 Atuais contornos da Administração Pública brasileira; 3 Critérios de repartição de competências jurisdicionais na Itália; 4 Repartição de competências jurisdicionais no Brasil; 5 Alcance e limites do controle jurisdicional dos atos administrativos na Itália; 6 O amplo controle jurisdicional sobre os atos administrativos no Brasil; 7 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Do ponto de vista constitucional, a mais importante das tarefas do Poder Judiciário é o exercício do controle da legalidade dos atos administrativos e da produção normativa dos governantes. A grande concentração de poderes no Executivo, típica do Estado contemporâneo, encontra seu balanceamento na função de controle externo exercida pelos diferentes órgãos judiciários, aos quais incumbe a tutela do cidadão em face da atuação estatal. Quando o Judiciário se mostra incapaz de absorver essa demanda, contudo, a forma de exercício do controle sobre os atos administrativos passa a merecer nova reflexão. Com o presente trabalho de comparação jurídica, objetiva-se cotejar a experiência italiana de tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos do cidadão frente à atuação da Administração com a atual realidade brasileira. Para tanto, parte-se da verificação da estrutura da Administração Pública brasileira e italiana; a seguir, procede-se a uma análise não apenas da repartição de competências jurisdicionais em matéria administrativa, mas dos critérios para tanto e dos efeitos diretos da opção constitucional pela jurisdição una, porém repartida, existente em ambos os países. Uma terceira parte, enfim, dedica-se ao exame do controle jurisdicional dos atos da Administração em cada ordenamento jurídico, no intuito de refletir sobre uma possível relação entre o alcance do livre convencimento do juiz singular no Brasil e o fenômeno da litigiosidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito comparado. Administração Pública. Atos Administrativos. Controle Jurisdicional. Poder Judiciário. Competências.

ABSTRACT: From a constitutional point of view, the most important task of the judiciary is to exercise control of the legality of administrative acts and normative production of the rulers. The large concentration of power in the Executive, typical of the contemporary State, finds its balance in the external control exercised by different judicial courts, which are responsible for the protection of the citizen against the state action. When the judiciary is unable to absorb this demand, however, the way of exercising control over administrative acts should receive further reflection. With this work of juridical comparison, the objective is to compare the Italian experience of judicial protection of rights and legitimated interests of citizens against the actions of the Administration with the present Brazilian reality. For this, it starts checking the structure of Italian and Brazilian Public Administrations, then proceeds to an analysis not only of the division of jurisdiction in administrative matters, but also of the criteria and the direct effects of an constitutional option of a single jurisdiction, although divided, that exists in both

countries. A third part, finally, is devoted to the examination of judicial review of administrative acts in each legal system in order to think about a possible relation between free conviction of individual judges in Brazil and the phenomenon of litigation.

KEYWORDS: Comparative Law. Public Administration. Administrative Acts. Jurisdictional Control. Judiciary. Jurisdiction.

INTRODUÇÃO

Diversamente do que entendiam os clássicos, o Poder Judiciário se encontra atualmente no cerne do sistema jurídico. Judiciários são componentes essenciais do funcionamento das modernas democracias representativas. Do ponto de vista constitucional, a mais importante de suas tarefas é a de exercer o controle da legalidade dos atos administrativos e da produção normativa dos governantes.¹ A grande concentração de poderes no Executivo, típica do Estado contemporâneo, encontra seu balanceamento na função de controle externo exercida pelos diferentes órgãos judiciários, aos quais incumbe a tutela do cidadão em face da atuação estatal. Quando as instituições postas e as respostas existentes para problemas afetos à jurisdição já não se afiguram satisfatórias, porém, o panorama se afigura propício para o direito comparado.

É o que ocorre hoje no Brasil. Passados vinte e cinco anos do advento da Constituição da República, questiona-se com veemência a capacidade de o Poder Judiciário, da forma até então estruturada, absorver com eficiência uma “litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito”.² O número de demandas judiciais em curso no país, a presença constante do Poder Público, em todas as suas esferas, como parte em ações judiciais³, e as recentes discussões afetas à morosidade do Poder Judiciário dão azo

1 ROCHA, Antônio Sérgio Carvalho. Ingovernabilidade versus Estado Constitucional: Judiciário e crise dos poderes numa perspectiva política. In: BITTAR, Eduardo C. B. (org.). *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 388-411.

2 Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

3 Recentes pesquisas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça demonstram que, em 2010, ingressaram 24,2 milhões de processos nas três esferas da Justiça Brasileira, sendo que já havia, no mesmo período, 59,2 milhões de processos pendentes. Desse total, por exemplo, 27 milhões referiam-se a processos de execução fiscal. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2010: Indicadores do Poder Judiciário, Panorama do Judiciário Brasileiro, Resumo Executivo*. Brasília, 2010. Outro estudo, também do CNJ, atestou que, ao lado dos

a que se perquiria, para além dos limites do direito brasileiro, sobre a existência de soluções diversas para problemas comuns.

Por este prisma, valer-se das experiências do ordenamento jurídico de outro país com raízes na tradição romano-germânica, atentando para particularidades normativas e sociais de cada sistema, pode se afigurar extremamente útil. Daí por que deitar olhos na experiência italiana, país que possui, em linhas gerais, uma jurisdição una, com órgãos especializados para as demandas em face da Administração Pública, uma Advocacia de Estado estruturada para sua defesa em juízo, uma forma específica de controle de constitucionalidade incidental e, ainda, índices semelhantes aos do Brasil relativamente ao excesso de litigiosidade e consequente congestionamento do Judiciário.⁴

Uma análise comparada poderia tomar diversos rumos. No que toca a este trabalho, intenta-se confrontar a estruturação e os limites do controle jurisdicional sobre os atos administrativos no Brasil e na Itália, com ênfase, quanto àquele, na esfera federal. Para tanto, em um primeiro momento, explicitam-se a engenharia institucional da Administração Pública brasileira e os atuais contornos da Administração Pública italiana, bem assim os critérios de distribuição das competências dos diversos ramos da Justiça em ambos os países. A seguir, parte-se para uma reflexão sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos no Brasil, com o objetivo específico, em cotejo com a experiência italiana, de verificar a possibilidade de estabelecer alguma relação entre a forma e o alcance desse controle e o fenômeno da litigiosidade.

O que se pretende, pois, é trazer a lume, por meio de um breve comparativo entre duas propostas institucionais absolutamente diversas de jurisdição e controle sobre a Administração Pública, uma análise crítica quanto a possíveis ou desejáveis limites de atuação do Poder Judiciário em demandas que versem sobre direito administrativo.

1 LINHAS GERAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ITALIANA

Remontando a 1948, a Constituição italiana reflete, com clareza, o contexto histórico de superação do Estado Liberal em favor do Estado Social. Situado no segundo pós-guerra, o texto constitucional italiano busca comprometer os poderes públicos diretamente na satisfação de

bancos, a presença no setor público em 2011, apenas no primeiro grau, representou aproximadamente 34,4% do total de processos. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília, 2012.

4 Também de acordo com estudos do CNJ, a taxa de congestionamento do Judiciário na Itália seria de 52% e a do Brasil, 70%. Conselho Nacional de Justiça. Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília, 2011.

uma série de interesses gerais, com vista a uma igualdade substancial entre os cidadãos.

O desenho de um Estado de Direito do tipo intervencionista e garantidor dos direitos fundamentais impôs, em contrapartida, a correspondente organização dos poderes públicos. Como salientam Caretti e De Siervo, a estrutura estabelecida na Constituição de 1948 representou uma tentativa de construir um sistema capaz de superar os limites inerentes à democracia representativa, que, por definição, é fundada na centralidade de alguns órgãos.⁵ Como consequência, vê-se, para além da tradicional separação de poderes nos moldes de um sistema de governo parlamentarista clássico, também um articulado e forte sistema de autonomias regionais e locais, o qual, nos últimos anos, tem sido cada vez mais valorizado. Assim, ao lado de um sistema político central, existem sistemas políticos regionais e locais, introduzidos tanto para adequar melhor a Administração Pública às exigências locais como para enriquecer o quadro institucional através da formação de locais de mediação mais próximos dos cidadãos.

À Administração Pública são dedicados os art. 97 e 98 da Constituição italiana. Ainda assim, não há delineação específica de sua organização estrutural; o aumento da complexidade da organização administrativa e de suas funções no Estado Social deu azo tão-somente a que, em nível constitucional, fossem estabelecidos alguns critérios de distribuição das suas funções. A pouca consistência dos dispositivos constitucionais italianos relativos à Administração Pública deriva, de um lado, da convicção, à época, de que não seria oportuno assumir conteúdos demasiados na disciplina constitucional, pelo risco de lhes conferir disciplina excessivamente rígida e, de outro, da tradicional ideia de que a disciplina administrativa, dado seu caráter especial e concreto, pouco teria relação com o direito constitucional.⁶

De todo modo, a Constituição italiana insere a Administração Pública no título atinente ao Governo⁷, prevendo, no segundo parágrafo do art. 97, que os órgãos públicos são organizados segundo disposição de lei, de modo que lhes sejam assegurados os predicados do bom andamento e da imparcialidade. A reserva de lei em matéria de organização pública obedece, ainda, à forma de organização da República disposta no art. 5º, do qual decorre o respeito às autonomias locais e a descentralização

5 CARETTI, Paolo; DE SIERVO, Ugo. *Diritto Costituzionale e Pubblico*. Torino: G. Giappichelli, 2012. p. 83-86.

6 CARETTI; DE SIERVO, op. cit., p. 295-296.

7 O qual, juntamente com o Parlamento, o Presidente da República, e a Corte Constitucional, compõe os órgãos constitucionais da República italiana.

administrativa, e à redação atual do art. 118, que consagra, na repartição das funções administrativas, três princípios fundamentais: subsidiariedade, diferenciação e adequação.

De notar, desde logo, que referido art. 97, em sua atual redação, faz menção a Administrações Públicas, no plural. Quer parecer que a opção do constituinte seja corolário da forma regional do Estado italiano, em razão da qual se reproduzem, nos níveis inferiores, a mesma divisão de poderes do Estado. De fato, se “o Estado italiano se constitui na contraposição entre governo central e governo local”, como quer Betti, é relevante o fato de que o poder dessas administrações locais, além de não ter qualquer distinção relativamente ao poder administrativo do Estado, tem sido potencializado com ênfase. Por outro viés, a referência constitucional ao termo *Pubbliche Amministrazioni* também indica a diversidade de órgãos e entidades que a compõem. A Administração Pública italiana, como no Brasil, subdivide-se à vista dos diversos fins a serem perseguidos. Daí por que, como refere Corso, seria lícito na Itália falar-se somente de Administrações Públicas: uma categoria abstrata que engloba inumeráveis espécies,⁸ na mesma esteira da conclusão de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, para quem não existe, em realidade, uma Administração Pública, mas uma pluralidade de administrações - órgãos autônomos, agências setoriais e entes locais, todas elas dotadas de personalidade jurídica e atuantes no âmbito do direito administrativo.⁹

A articulação da Administração italiana se baseia nos entes territoriais (Estado, Regiões, Províncias e Comunas) e, ainda, em outros entes públicos. Os entes territoriais (políticos) possuem estrutura associativa.¹⁰ Os entes públicos, por sua vez, em geral estruturados como fundações, foram criados, em grande medida, antes da Constituição de 1948. Seu surgimento decorre da descentralização das funções administrativas, fenômeno que, na Itália, teve curso a partir do início do século passado.

Foi durante o fascismo que o número de entes públicos na Itália aumentou de modo expressivo. As razões para tanto são similares

8 CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 5-8.

9 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T.1. 5. ed. Madrid: Civitas, 1990. p. 44-45.

10 Ibidem. A forma associativa aqui referida é coerente com o caráter democrático da República, de modo que, como membros da respectiva associação - Estado, Regiões, Províncias e Comunas -, os cidadãos têm o direito de utilizá-la como instrumento para a satisfação de seus interesses. Por sua vez, os entes públicos não territoriais, ou seja, diversos dos entes locais, destes se distinguem por serem monofuncionais e, em geral, adotarem estrutura jurídica de fundações.

àquelas que ensejaram a criação de autarquias e fundações públicas no Brasil durante o regime militar: questões operacionais, para assegurar uma gestão mais simplificada, e a relevância social do fim específico perseguido, associadas, ainda, a pressões de grupos interessados na estatização. Nesse período deu-se a passagem, para a esfera pública, de funções e serviços até então prestados pelo setor privado, tais como aquelas relativas a previdência e assistência social.¹¹

O sistema italiano de descentralização através da criação de dezenas de milhares de entes públicos prosperou até os anos 70, quando atingiu seu máximo desenvolvimento. A partir daí, iniciou-se um drástico redimensionamento do sistema, seja porque as Regiões passaram a desempenhar inúmeras funções administrativas, na forma do art. 117 da Constituição, seja porque houve profunda reflexão quanto ao interesse público que a seu tempo era invocado para instituir tais entes e, mais do que isso, conferir-lhes personalidade de direito público.

A transformação teve importante participação da Corte Constitucional, que, em diversas decisões, assinalou limites constitucionais à instituição de entes públicos. Há de se considerar, ainda, o influxo do direito comunitário, já que, à vista do livre mercado e da livre circulação de bens e pessoas, os Estados membros da União Europeia tiveram de dismantelar situações de monopólio público, abrindo seus mercados. A fim de atingir objetivos de estabilidade e crescimento, reduzir os gastos e melhorar os serviços, os entes públicos têm sido extintos ou convertidos em pessoas jurídicas de direito privado. A manutenção do estatuto publicístico, se já foi regra, torna-se exceção, limitada a setores de primário interesse nacional ou para os quais o regime privado é inadequado à prestação do serviço. Em linhas gerais, somente quando o mercado se afigura inidôneo para prestar o serviço é que se legitima a conservação da estrutura pública.

A matriz europeia de privatizações e liberalizações - ou, nos dizeres de Irelli, o “retorno ao direito privado” da Administração Pública italiana - demonstra a relevância das normas europeias para o direito administrativo desse país, cuja influência afetou não apenas o conteúdo das leis internas, mas também a própria feição das atividades administrativas.¹²

11 Idem, p. 76.

12 IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Amministrazione Pubblica e Diritto Privato*. Torini: G. Giappichelli, 2011. p. 4-8. De registrar que o fundamento de eficácia das normativas comunitárias no ordenamento italiano reside no art. 11 da Constituição italiana, que atesta a prevalência do direito comunitário sobre a lei interna. De fato, as normas comunitárias são de eficácia obrigatória e aplicação direta em todos os Estados membros, sem necessidade de leis de recepção: sua prevalência se dá mediante a colocação do direito interno e do direito

De fato, com o processo de integração europeia uma parte significativa do Estado hoje se vê vinculada a decisões tomadas em nível comunitário. Essa influência direta, todavia, não depende apenas do regime jurídico das fontes comunitárias, mas também, em larga medida, do âmbito material da competência das instituições comunitárias, o qual coincide com aquele tradicionalmente regulado pela legislação administrativa. Hoje, na Itália, setores importantes são substancialmente regulados pelo direito comunitário. Daí poder-se afirmar que a disciplina da Administração Pública italiana, conquanto ainda encontre na Constituição e nas leis (estatais ou regionais) seus princípios fundamentais e nos regulamentos o seu conteúdo, tem sido profunda, direta e constantemente influenciada pelo direito comunitário. Assim, “assiste-se um crescente fenômeno pelo qual os órgãos administrativos (estatais, regionais, provinciais ou comunais) operam não mais em atenção a uma lei do Estado ou da Região, mas sim em atenção a um regulamento ou a uma diretiva comunitária.”¹³

Como consequência do processo de integração, matérias tradicionalmente deixadas à discricionariedade administrativa são redimensionadas. Além disso, a partir dos anos 90 aparece um novo esquema de organização administrativa: a autoridade administrativa independente, ou autoridade de regulação, cuja função é a de garantir o funcionamento das regras de mercado, especialmente aqueles abertos à concorrência depois de anos estruturados em termos de monopólio público. Trata-se, pois, de uma nova forma, via regulação, de controle administrativo do mercado.

Em última análise, a opção constitucional por um Estado devedor de prestações aos cidadãos importou em uma profunda transformação na Administração Pública italiana, quer do ponto de vista das suas dimensões quantitativas e do seu modelo de organização, quer quanto ao modo de exercício da sua atividade. De uma administração até então entendida como poder (*amministrazione autoritativa*), foi-se progressivamente delineando uma administração como função (*amministrazione di prestazione*), chamada a desenvolver uma atividade concreta de realização do interesse público. O panorama, enfim, sofre nova alteração em decorrência do processo de integração europeu, com o que diminui o âmbito de atuação direta do Estado e de regramento das relações do Estado com o particular pelo

comunitário em dois diversos âmbitos de competência, ou seja, o direito interno se retrai frente ao direito comunitário, em satisfação à exigência da União Europeia de uma aplicação uniforme e contextual deste último no ordenamento jurídico interno de cada um dos países membros.

13 CARETTI; DE SIERVO, op. cit., p. 112.

viés do direito administrativo. Os efeitos sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos são diretos.

2 ATUAIS CONTORNOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

No Brasil, a par da opção pela forma federativa de Estado estabelecida no art. 1º da Constituição da República, o art. 2º institui, como cláusula pétrea, a independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, ou, nos dizeres de Tércio Ferraz Jr., o Poder geral (Legislativo), o especial (Executivo) e o singular (Judiciário).¹⁴ De fato, o princípio da separação de poderes e a própria democracia impõem a dissociação das competências estatais entre estruturas orgânicas diversas.

O exercício de competências administrativas materiais e legislativas é disciplinado pela Constituição brasileira em diversos dispositivos. Da combinação do modelo clássico com o do constitucionalismo social do pós-guerra resulta, como afirma José Afonso da Silva, uma complexa repartição de competências, na qual há intensa interseção de atuação das distintas esferas federativas.¹⁵ Em todas elas, porém, a maioria das atividades administrativas estatais se concentra no âmbito do Poder Executivo.

A operação do regime democrático potencializa o crescimento quantitativo e qualitativo das funções administrativas do aparelho estatal, que é intensamente demandado no sentido de atender aos anseios sociais da população.¹⁶ Daí que o Poder Executivo, concentrando a função administrativa e a função de governo, tem para a realização daquela uma intrincada engenharia administrativa.¹⁷ Na esfera federal brasileira, essa engenharia institucional se assentou fundamentalmente sobre a descentralização. Com efeito, o Brasil adota um modelo descentralizado de Administração, que contempla entidades e órgãos com competências diferenciadas para a realização das específicas atividades administrativas.

Tomando lugar bem mais tarde do que na Itália, no Brasil o crescimento da Administração indireta foi intenso durante o regime

14 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito constitucional*. Barueri: Manole, 2007. p. 428.

15 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 476.

16 TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 33.

17 Aliás, a extensão desse Poder é que, diversamente do que ocorreu no Brasil, fez com que a Constituição italiana tenha substituído tal denominação pelas de *Governo e Administração*, esta última de caráter subordinado, hierarquizado e não-militarizado, acompanhando a execução ou executando por si leis e outras resoluções políticas, as quais não toma, já que os fins e meios são escolhidos politicamente.

militar, fruto da tentativa de modernização da Administração Pública por meio da técnica da descentralização administrativa e corolário de um modelo de Estado Social que optou pela intervenção direta na economia, criando, então, um sem número de entidades especialmente para tal fim.¹⁸ Como resultado desse processo, ainda hoje o conceito de Administração Pública federal engloba, além da Administração direta, mais de cento e cinquenta autarquias e fundações públicas espalhadas pelo território nacional, as quais compõem a Administração indireta.

De outra parte, a reforma do aparelho do Estado promovida pela Emenda Constitucional 19/98 e que envolveu múltiplos aspectos procurou, em linhas gerais, realizar, por meio do que se denominou processo de publicização¹⁹, um rearranjo das estruturas administrativas, devolvendo à iniciativa privada o protagonismo econômico e social, opção própria do Estado regulador, e instituindo princípios e inovações consentâneos com o modelo de Administração Pública gerencial. Com a reforma, contudo, não houve redução das competências do Estado, haja vista o subsequente aumento do controle e da fiscalização sobre as atividades privadas. Como consequência, vivencia-se hoje verdadeira hiperprodução legislativa de parte do Poder Executivo, especialmente pelo viés da regulamentação. Aqui, como lembra Martins, se, em termos conceituais, a Administração somente regulamenta à proporção que a lei lhe autoriza, a definição dos limites entre a lei e o regulamento está longe de ser uma questão de fácil resolução.²⁰

À vista disso, o Brasil possui hoje uma forma administrativa peculiar, porque sua organização administrativa convive com influxos de todos os modelos de Administração Pública. Ainda assim, pode-se afirmar que o atual paradigma constitucional brasileiro de Administração Pública se insere no tipo ideal conformado pelo Estado Democrático de Direito: a Constituição atual prevê diversos meios de inclusão dos administrados no âmbito da esfera consultiva e decisória da Administração Pública e, mais que isso, instrumentos de verdadeiro controle social sobre seus atos. Ademais, um grande esforço tem sido feito nos últimos anos no

18 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 20. De acordo com Figueiredo Dias, tal fenômeno ensejou uma diferenciação muito prejudicial que até hoje não foi superada, no sentido de que a multiplicação de órgãos descentralizados implicou a segregação da Administração Pública em dois grandes segmentos absolutamente desiguais e sem comunicação ou intersecção: a administração direta e a indireta. op. cit., p.151-159.

19 Denominação utilizada pelo PDRAE. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995. p.12-13.

20 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de Administração Pública e os critérios de sua atuação*. Brasília: Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, 2008. p. 4.

sentido de conferir transparência aos atos da Administração Pública. No entanto, a coexistência entre os institutos fundamentais da burocracia na acepção weberiana e as inovações gerenciais trazidas pela reforma de 1998, somadas, ainda, a resquícios de um arcaico modelo patrimonialista, trazem, como resultado, atritos e interferências no modo de administrar a coisa pública.²¹

A estrutura orgânica da Administração Pública federal brasileira já ensinaria, dadas as suas proporções, um amplo espectro a ser objeto de controle externo e, mais especificamente, jurisdicional. Para além da questão organizacional, porém, há de se sublinhar, ainda, a face complexa e simultaneamente constituída por regras e princípios do direito no Estado Democrático. A assertiva ganha importância porque, se é incontestável a submissão da Administração Pública à lei, também não há dúvida de que a legalidade, no Estado Democrático de Direito, é ressignificada, podendo ser entendida, contemporaneamente, como uma atuação constitucional, e não apenas legal. Logo, a Administração Pública deixa de estar submetida apenas a comandos legais expressos, passando a ter dever de obediência à Constituição e a seus princípios. Daí advém, por conseguinte, um problema interpretativo: o da determinação dos comandos advindos das normas a que deve se ater a Administração.

Assim, se tanto a Administração quanto a jurisdição cuidam da aplicação da legislação a casos concretos, é no distanciamento quanto à interpretação dessa legislação que reside, enfim, uma das causas centrais da conversão do Judiciário brasileiro em ator relevantíssimo em matéria administrativa.

3 CRITÉRIOS DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS JURISDICIONAIS NA ITÁLIA

Na Itália, a forma de repartição das competências jurisdicionais no que diz respeito à tutela do cidadão em face da Administração Pública tem fundamento histórico. Nos Estados pré-unitários, vigorava o sistema dualístico, com a existência de um contencioso administrativo. Com a unificação do país, o Parlamento italiano viu-se diante da necessidade de optar pela manutenção do sistema de contencioso administrativo ou, de outra parte, devolver ao juiz ordinário as controvérsias nas quais fosse parte a Administração Pública. A opção pela segunda alternativa veio com um temperamento que, conquanto tenha sido alterado no

²¹ ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, 2008. p. 30.

tempo, objetivou manter a experiência, e a cultura, do contencioso administrativo.²²

A abolição do contencioso administrativo data de 1865, quando se afirmou a competência do juiz ordinário para todas as matérias nas quais se questionasse, em face da Administração, um direito civil ou político; nos demais casos, ou seja, quando os litígios não envolvessem direitos, sendo, então, reconduzidos a situações de mero interesse, restava a tutela perante a própria Administração Pública, através dos mecanismos de tutela contenciosa. Nesse período, como assevera Corso, é que principia a distinção entre direito e interesse: estaria em jogo interesse, e não direito, quando contestado o mérito, a oportunidade ou a justiça de um provimento administrativo discricionário; haveria direitos civis e políticos quando se estivesse diante de um ato de gestão, e não um ato de império, da Administração.²³

A restrição do âmbito da jurisdição ordinária e a subsequente insuficiência da proteção ao cidadão ensejou o surgimento, em 1889, da IV Seção do Conselho de Estado, uma seção de justiça administrativa criada para apreciação das controvérsias sobre a violação de um interesse do indivíduo não incluídas na competência do judiciário ordinário. É daí que advém o modelo atualmente em vigor e que a Constituição italiana de 1948, alterando em definitivo o panorama precedente, logrou constitucionalizar: uma dúplice e diferenciada tutela relativa aos atos ilegítimos da administração, na qual a repartição das competências jurisdicionais se funda na distinção - cara ao direito italiano - entre direito subjetivo e interesse legítimo.

É o art. 113 da Constituição italiana que prevê que contra os atos da Administração Pública é sempre garantida a tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa. Trata-se, pois, de uma jurisdição una e de uma articulação descentralizada dos órgãos do Poder Judiciário, a qual, à semelhança de boa parte dos ordenamentos jurídicos europeus, pauta-se pelo princípio da unidade da jurisdição.²⁴

Ao juiz ordinário é atribuída, com base nas regras do código de processo civil, a cognição sobre as demandas nas quais se discute a lesão a um direito subjetivo; ao juiz administrativo, pautado pelo código de processo administrativo, incumbem as causas nas quais se discute a lesão a um interesse legítimo, e ainda, nas matérias indicadas pela lei, também

²² CORSO, op. cit., p. 462.

²³ Ibidem, p. 463.

²⁴ Conforme art. 102 da mesma Constituição. GUZZETTA, Giovanni; MARINI, Francesco Saverio. *Diritto Pubblico italiano ed europeu*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2008. p. 414.

a direitos subjetivos. Dito de outro modo, a competência para o controle jurisdicional dos atos administrativos, na Itália, se funda sobre a *causa petendi*.

Em linhas gerais, por direito subjetivo se entende uma situação subjetiva de vantagem reconhecida pelo legislador como autonomamente digna de tutela. Por sua vez, o interesse legítimo pode ser tido como a situação subjetiva de vantagem reconhecida pelo legislador como intimamente conexa a uma norma que garante, em via primária, o interesse geral, ou seja, que garante a primazia do interesse público e, por conseguinte, dá ensejo a exercício de poder por parte da Administração Pública.

A complexidade da repartição da jurisdição fundada na *causa petendi* deriva da frequente confusão entre as duas categorias. Não raras vezes, há dificuldade em se individualizar em concreto uma ou outra situação. A incerteza deu ensejo a uma lenta elaboração jurisdicional, hoje consolidada, no sentido de estender a noção de controvérsia sobre interesse legítimo a todas as situações em que, no âmbito de uma relação jurídica de direito público, esteja envolvido um exercício de poder por parte da Administração, protegido pelo ordenamento jurídico. Dito de outro modo, a jurisprudência italiana reconstrói os casos concretos à base da existência ou não de uma posição de supremacia da Administração Pública sobre a situação subjetiva concreta, a fim de fixar a competência de um ou outro juízo para apreciação do caso.²⁵

Assim é que a Corte Constitucional individualiza a competência do juiz administrativo, tido como *giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*, quando *la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo*.²⁶ Em apertada síntese, portanto, pode-se afirmar que as lides com a Administração Pública que versem sobre atos consistentes em exercício de poder com base no direito público são de competência da jurisdição administrativa. Fora dele, opera a jurisdição comum a que se refere a garantia de tutela do próprio direito prevista no art. 24 da Constituição. Em última instância, arbitra sobre a definição da competência a Corte de Cassação, a quem incumbe solver os conflitos de competência entre juiz ordinário e juiz administrativo.

A jurisdição administrativa, nas matérias expressamente previstas na lei, estende-se também à tutela dos direitos subjetivos. Trata-se da chamada jurisdição exclusiva. Em verdade, verifica-se uma tendência de alargamento das suas competências, aproximando a repartição de

²⁵ Valendo-se do critério do maior ou menor grau de vinculação do poder da Administração no caso específico. IRELLI, op. cit., p. 205.

²⁶ Idem, p. 208.

competências italiana da tradição europeia, ou seja, com base na matéria, e não nas situações subjetivas.²⁷ Ainda assim, recaí sobre a jurisdição ordinária uma série de controvérsias com a Administração Pública, ora por expressa previsão legislativa, ora em razão da cláusula geral do já citado art. 24 da Constituição. Quando a lei confere a competência somente à justiça ordinária, outrossim, fala-se então em jurisdição plena do juiz ordinário.

A seu turno, a defesa das Administrações Públicas em juízo é confiada a um corpo especializado de funcionários estatais. Trata-se, pois, de uma defesa direta por parte das próprias estruturas públicas: a Advocacia do Estado (*Avvocatura dello Stato*), órgão que, com base no princípio da universalidade de patrocínio, representa, perante as diversas jurisdições, ordinárias ou especiais, todos os órgãos do Estado, inclusive entes políticos regionais, entes públicos institucionais e, enfim, o próprio Estado italiano no âmbito da jurisdição comunitária e internacional. Relativamente às causas do Estado patrocinadas pela Advocacia do Estado, outrossim, vige a regra do *foro erariale*: a competência territorial para processamento da ação em que é parte a Administração Pública se determina com relação ao tribunal ou à corte de apelo do local onde há sede da Advocacia do Estado, no distrito onde se encontra o juiz que, pelas normas ordinárias, seria competente para a causa.²⁸

4 REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS JURISDICIONAIS NO BRASIL

Diferença básica entre a organização judiciária na Itália e no Brasil diz com a premissa de que, nos Estados federais, a organização da justiça implica no mínimo uma duplicação, ou seja, a coexistência de órgãos federais, com competência limitada aos litígios afetos a direitos da União, e de órgãos estaduais, estes voltados para a aplicação das leis dos Estados. Com efeito, no Estado federal há mais de uma ordem jurídica incidente sobre um mesmo território e sobre as mesmas pessoas, impondo-se, por conseguinte, a repartição de competências entre suas esferas.

No Brasil, especificamente, a forma federativa de Estado e sua divisão entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios,

27 A doutrina ressalta, contudo, que a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade de norma que estendeu tal jurisdição também a controvérsias afetas a direito civil, como em matéria de serviços públicos, a evidenciar a existência de limites a esta ampliação.

28 A legislação específica traz exceções a este princípio, como hipóteses de facultatividade da representação da Advocacia do Estado, de contratação de profissionais liberais e mesmo a possibilidade desta delegar causas que se processem fora da sua sede. PIERGIGLI, Valeria. *Avvocatura dello Stato e conflitti di attribuzioni*. Trento: CEDAM, 1991. p. 38-40.

todos autônomos, teve consequências diretas na complexa forma de repartição das competências de cada esfera do Poder Judiciário delineada pela Constituição da República. Se o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais superiores têm jurisdição em todo o território nacional, o mesmo não ocorre relativamente à justiça federal e estadual, especialmente porque a elas se somam justiças especializadas, ou seja, aquelas cuja competência não compreende mais do que uma matéria determinada com exclusividade.

Relativamente às demandas em que são parte entes públicos da esfera estadual e municipal, a competência para processar e julgar é da justiça estadual comum, ou seja, aquela organizada pelos próprios Estados, na forma do art. 125 da Constituição. Nessa linha de raciocínio, a justiça federal seria então, por definição, o órgão judicial competente para as causas que tenham como partes a União, suas autarquias e empresas públicas, ou seja, os entes públicos da esfera federal.

Como lembra Ferreira Filho, porém, se a Constituição de 1946 identificava justiça comum com justiça estadual e justiça especializada com justiça federal, tal critério, nos termos da Constituição vigente, é insuficiente. É que, ainda no regime militar, foi criada uma organização judiciária federal não especificada por natureza, mas sim especializada no sentido de que sua competência se limita às matérias taxativamente enumeradas pela Constituição. Tais contornos foram, em essência, mantidos pela Constituição de 1988.²⁹

Por este prisma, a Justiça Federal comum, na forma do art. 109 da atual Constituição, tem competência para processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas. Trata-se, pois, de competência *ratione personae*, ou seja, fixada em razão da presença do ente federal. Para além dela, porém, é ampla e variada a competência da justiça federal, na medida em que abrange também causas fundadas nas relações internacionais, causas relativas à tutela da nacionalidade e outras causas de interesse especial da federação.

A par das variadas matérias previstas expressamente na Constituição como de competência da justiça federal, também a própria competência *ratione personae* comporta inúmeras exceções, ora constitucionais, ora legais. A primeira delas diz com as justiças especializadas por matéria, a saber, a justiça militar, a justiça do trabalho e a justiça eleitoral. A segunda, decorrente de exceção constitucional expressa, refere-se às causas que envolvem acidentes de trabalho e que,

29 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 246-254.

por conseguinte, são movidas em face do Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal. A competência para tais demandas é, por força constitucional, absoluta da justiça estadual comum.

Há outra exceção, outrossim, que, ao menos em termos quantitativos, afigura-se relevante: aquela decorrente da delegação de competência, ou seja, causas cuja competência para apreciação, a rigor, seria da justiça federal, mas que é, no entanto, delegada à justiça estadual comum. É o que ocorre nas demandas previdenciárias na hipótese de inexistência da justiça federal no domicílio do cidadão e em se tratando de execuções fiscais dos créditos públicos federais, a primeira por força constitucional e a segunda, legal.³⁰

As ressalvas quanto à competência da justiça federal e a taxatividade das matérias de sua esfera ensejam inúmeros questionamentos. Como advertem Mendes *et. al.*, “a inexistência de regras de coalisão enseja insegurança, em determinadas situações, quanto à competência da jurisdição estadual ou federal”.³¹ Tais controvérsias têm raízes históricas, sendo possível fixar seu termo inicial na extinção da justiça federal em 1937, quando coube aos juízes do Poder Judiciário dos Estados julgar as ações envolvendo interesses da União. As causas haviam de ser propostas nas capitais dos Estados, onde se criaram varas especializadas para tanto; os recursos, por sua vez, eram julgados diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Curiosamente, a experiência brasileira mais similar àquela da justiça administrativa italiana pode ser tida justamente como aquela havida no período de vigência da Constituição de 1946, quando, a despeito da inexistência de justiça federal de primeiro grau, criou-se uma segunda instância especializada em demandas movidas em face da União: o Tribunal Federal de Recursos, que, na dicção de Vladimir Passos de Freitas, “teve um papel muito importante na afirmação do Direito Administrativo, atuando nos moldes do Conselho de Estado da França”.³² Nesse período, havia efetivamente varas especializadas no âmbito da justiça comum dos estados e um tribunal especializado no julgamento dos recursos de tais causas. A situação perdurou até

30 Sobre os impactos da competência delegada, v. estudo específico do CNJ: Competência delegada: impacto nas ações dos tribunais estaduais. Brasília, 2013.

Existe, finalmente, previsão legal da chamada intervenção anômala da União nas causas em que figurem, como autor ou réus, antes da administração indireta, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência para a justiça federal, ela é considerada parte.

31 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1305.

32 FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 49.

1965, quando, sob o governo militar, reimplantou-se a justiça federal de primeira instância e aquele tribunal acabou sendo desmembrado no que hoje são os cinco tribunais regionais federais. No entanto, a partir daí a competência da reinstituída justiça federal já se assemelhou àquela hoje existente, e não à de verdadeira justiça administrativa, na medida em que juntamente com sua expansão houve a ampliação de suas competências.

Assim, a despeito da existência de uma denominada justiça federal, não se pode conceituá-la como o órgão jurisdicional que se atém, com exclusividade, às questões afetas à Administração Pública federal. Bem ilustra tal conclusão a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o interesse da União a ensejar a competência da justiça federal deve ser direto e específico, e não meramente genérico; é dizer: não basta a presença do ente na lide para a fixação da competência federal.

Em todos os juízos, outrossim, a representação da União e de suas autarquias e fundações públicas, nos termos do art. 131 da Constituição, é atribuição da Advocacia-Geral da União. De acordo com a área de atuação, o ente federal é representado por Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional ou Procuradores Federais, podendo ser demandado, a depender da matéria, em qualquer dos órgãos do Poder Judiciário, ora na esfera federal, ora na estadual. Como consequência, e de forma bem diversa do que ocorre na Itália, onde vige a regra do *foro erariale*, verifica-se a necessidade de constante interiorização da instituição, na medida em que as causas não se cingem à competência federal; a absoluta variedade de procedimentos e decisões, haja vista a diversidade de juízos competentes para apreciação das lides movidas em face da Administração; e, enfim, o assoberbamento dos tribunais superiores, em decorrência de sua competência para uniformização da interpretação do direito administrativo.

5 ALCANCE E LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NA ITÁLIA

“In ogni ordinamento giuridico di uno Stato di diritto contemporaneo, nel quale esista un diritto speciale per l’amministrazione pubblica, sorge il problema di come garantire, in sede giurisdizionale, um efficace ed idoneo controllo di legittimità sugli atti amministrativi”.³³ Daí por que, como refere Corso, em quase todos os ordenamentos contemporâneos há um juiz também especial chamado a resolver as

33 CARETTI, DE SIERVO, op. cit., p. 361.

controvérsias entre o privado e a Administração Pública, munido do poder de anular os atos ilegítimos desta última e, assim, reintegrar o privado na situação em que se encontrava antes da lesão a seu direito ou seu interesse.³⁴

De fato, a grande concentração de poderes típica do Estado contemporâneo encontra seu balanceamento no papel autônomo e nas funções dos órgãos judiciários. A Constituição italiana introduziu, tal como no Brasil, as garantias de independência da magistratura e de proibição de tribunais de exceção, reforçando, pois, a efetiva imparcialidade do juiz e reduzindo o risco de disfunções em um sistema judiciário complexo e setorializado. Na mesma linha, o texto constitucional consagrou, em seu art. 24, o amplo acesso ao judiciário, no sentido de que todos podem recorrer em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos.³⁵

Na Itália, todavia, se afigura mais nítida a noção de que a imparcialidade do Judiciário e a possibilidade de recorrer a ele em caso de lesão a direito ou interesse não implica a ausência de limites à sindicância judicial das opções do legislador e do administrador. De modo implícito, tais limitações decorrem do princípio da separação de poderes; de modo explícito, o art. 113 da Constituição dispõe, no parágrafo terceiro, que *a lei* determina quais órgãos de jurisdição podem anular os atos da Administração Pública, nos casos e com os efeitos nela previstos.

Referido dispositivo relaciona-se com o fato de que com a repartição de competências jurisdicionais muda, de forma correlata, a tutela que o ordenamento jurídico italiano oferece ao sujeito lesado em sua esfera jurídica: estando-se diante de lesão a direito subjetivo, garante-se o retorno ao *status quo* anterior e, não sendo possível, o ressarcimento dos danos; havendo lesão a interesse legítimo, garante-se a eliminação do ato da Administração Pública que a ensejou. Aqui, pois, reside uma fundamental diferença entre o sistema de controle jurisdicional dos atos administrativos italiano e brasileiro: resguarda-se um sucessivo exercício do poder administrativo na matéria, que deverá, por certo, adequar-se ao cânone de legalidade indicado pelo juiz para melhor persecução do interesse público.

Por esse viés, a competência do juiz ordinário é mais restrita: limita-se à decisão sobre a lesão a um direito subjetivo em decorrência da decisão ou do ato ilícito da Administração. O juiz ordinário, em casos tais, é chamado a decidir se o ato ou o comportamento é conforme à

34 CORSO, op. cit., p. 459 et. seq.

35 Sobre a relevância das garantias constitucionais relativas ao processo, v. MENGOZZI, Marta. *Giusto Processo e processo amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2009. p. 3 et. seq.

lei e, por conseguinte, se há ou não algum vício de legitimidade. No entanto, como afirma Temistocle Martins, a avaliação desses defeitos tem natureza instrumental e incidental, no sentido de que dela depende o julgador para decidir sobre a ilicitude da conduta. Dito de outro modo, a valoração da legitimidade ou não do ato constitui pressuposto da decisão, de maneira que, conquanto conclua pela ilegitimidade do ato administrativo em questão, o juiz ordinário não tem o poder de anulá-lo, mas sim e tão-somente de deixar de aplicá-lo naquele caso específico.³⁶

A limitação do controle jurisdicional ordinário sobre os atos da Administração tem suas bases na lei abolitiva do contencioso administrativo, segundo a qual o ato administrativo não pode ser revogado ou modificado senão pelas competentes autoridades administrativas. Em geral, aliás, os poderes do juiz ordinário relativamente aos atos administrativos são determinados especificamente por lei, no intuito de excluir qualquer forma de intromissão da autoridade judiciária ordinária no âmbito próprio da Administração Pública. Daí deriva a impossibilidade de o juiz ordinário anular, revogar, reformar ou suspender a eficácia de um ato administrativo: tal poder recai somente sobre a autoridade administrativa. Em última análise, no confronto com a Administração Pública, incumbem ao juiz civil apenas as ações que não impõem diretamente a emanção de um ato administrativo, e que, portanto, cingem-se às ações declaratórias (*azioni di mero accertamento*) e as ações condenatórias de pagar quantia certa ou de ressarcimento do dano.³⁷ Tais limitações, contudo, não valem quando a administração atua sem base em seu poder administrativo, isto é, quando age segundo as normas de direito privado.³⁸

Por este prisma, à justiça administrativa³⁹ incumbe a jurisdição geral de legitimidade dos atos administrativos da Administração Pública, verificando a ocorrência de vícios decorrentes de violação da lei, incompetência e excesso de poder. Em algumas limitadas hipóteses

36 MARTINES, Temistocle. *Diritto Pubblico*. 7. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2009. p. 460.

37 Assim, não são proponíveis perante o juiz ordinário ações condenatórias a um fazer (*facere*) ou a um dar (*dare*), ações constitutivas ou ações possessórias, assim como não se fazem cabíveis, em princípio, as tutelas de urgência.

38 MARTINES, op. cit., p. 461. Ressalte-se que, conquanto Temistocle Martins refira que é subtraído do juiz ordinário qualquer controle de mérito e das várias figuras de excesso de poder que importam no exercício discricionário da autoridade administrativa, parte da doutrina refere que a tradicional posição segundo a qual o juiz pode conhecer da violação da lei, mas não do excesso de poder, foi há muito superada pela jurisprudência italiana.

39 Por meio dos Tribunais Administrativos Regionais (TAR) em primeira instância e do Conselho de Estado em sede jurisdicional, este funcionando como corte de apelo.

estabelecidas pela lei, cabe-lhe também a chamada *giurisdizione di merito*, ou seja, o poder de averiguar não apenas a legitimidade, mas também a oportunidade do provimento administrativo impugnado, em face do qual pode não apenas anulá-lo, mas reformá-lo.

Antigas limitações de tutela no âmbito dessa jurisdição, com o atual código de processo administrativo italiano, foram em boa parte superados. Daí se afirmar que o juiz administrativo, que tem poder de anular o ato ilegítimo, é que serve, com ênfase cada vez maior, à defesa do privado.⁴⁰ A assertiva, ademais, vem confirmada por uma tendência, derivada da convergência europeia, de alargar a competência da jurisdição administrativa e, com isso, garantir uma tutela mais eficaz dos direitos e interesses dos particulares. Assim, se, por um lado, diversas controvérsias antes afetas à jurisdição administrativa exclusiva foram redirecionadas ao juiz ordinário em razão da intensa privatização do setor público⁴¹, por outro, a legislação tende a ampliar a competência do juiz administrativo via enumeração de matérias de sua exclusiva competência.

A tendência é de ampliação também da seara de controle do juiz administrativo.⁴² Suas decisões têm força executiva e vinculam a sucessiva ação da Administração, em virtude do princípio da *sottoposizione dell'amministrazione alla giurisdizione*. Em verdade, o atual código de processo administrativo manifesta a intenção do legislador de reforçar o poder do juiz administrativo de estabelecer as consequências derivadas da sentença de mérito, limitando contextualmente a autonomia do administrador na fase de reexercício do poder. Ainda assim, ressalte-se, não tem ele, em regra, a possibilidade de proceder ao exercício mesmo do poder administrativo necessário para o cumprimento da decisão proferida.⁴³ Somente em casos em que se constate o não-cumprimento da decisão por parte da Administração é que os interessados podem recorrer aos juízes administrativos para obter, por meio de um juízo específico – o *giudizio di ottemperanza* – o cumprimento da obrigação da autoridade administrativa de se conformar à decisão judicial.⁴⁴

Em última análise, e diversamente do que ocorre no Brasil, ao juiz das instâncias ordinárias cabe a proteção do particular à vista de ato

40 CORSO, op. cit., p. 193.

41 IRELLI, op. cit., p. 235.

42 Recentemente, acresceu-se à sua competência também a possibilidade de decidir sobre ressarcimento do dano, na forma do recente Código de Processo Administrativo.

43 Conquanto haja exceções legais a tal afirmação, em regra é a Administração que dará cumprimento à sentença ou atuará em coerência a ela. CARETTI, Paolo; DE SIERVO, Ugo. op. cit., p. 363.

44 Este juízo, de competência do juiz administrativo, pode chegar ao próprio exercício de poder substitutivo da atividade da administração pública inadimplente.

ilícito da Administração, com as limitações inerentes a essa perspectiva da jurisdição, ao passo que o instrumento de garantia fundamental de respeito à legalidade constitucional é a Corte Constitucional Italiana. Introduzida com a Constituição da República e destacada do Poder Judiciário, é a Corte, e não o juiz do caso concreto, que detém o poder de julicar sobre a legitimidade constitucional das leis dos Estados e Regiões e de resolver os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado ou entre este e as regiões.

Assim, incumbe, na Itália, a um órgão constitucional específico a tarefa de garantir, de modo independente e imparcial, a observância da Constituição. “Controlar a constitucionalidade da lei não é o mesmo que controlar a legalidade de um ato do Poder Executivo: muitas normas da Constituição são genéricas, e aplicar a Constituição não é nunca um operação meramente técnico-jurídica.” Em síntese, se esse controle não poderia ser confiado ao mesmo Parlamento que delibera a lei, porque o controlado não pode ser também o controlador, também não o foi ao Poder Judiciário em suas instâncias ordinárias. A este último, porém, coube a importante tarefa de servir de via de acesso para as controvérsias constitucionais.⁴⁵

Pelo sistema de controle de constitucionalidade italiano, as dúvidas quanto à constitucionalidade de uma lei somente podem ser levadas à Corte por ocasião da sua aplicação por parte dos juízes comuns, ordinários e especiais. Assim, quando um juiz, ao decidir, põe em dúvida a conformidade de uma lei à Constituição, tem ele o poder-dever de propor a questão – de forma fundamentada, ou seja, embasada em argumentos de *rilevanza* e *fondatezza* – perante o único órgão que tem autoridade para solvê-lo. Trata-se, pois, de um controle concentrado, porém incidental, de constitucionalidade, na medida em que a questão da constitucionalidade da lei surge como incidente no âmbito de um processo comum.

Por este prisma, também o princípio do livre convencimento motivado, na Itália, tem dimensão absolutamente distinta da brasileira: se nenhum juiz é obrigado a aplicar uma lei de cuja constitucionalidade duvide, somente a Corte Constitucional pode liberá-lo definitivamente do vínculo, declarando a inconstitucionalidade. Na imagem usada por Calamandrei, o juiz tem o papel de “porteiro” do juízo de constitucionalidade.⁴⁶

De fato, o problema de constitucionalidade das leis não se reduz a um simples confronto entre a lei e as normas constitucionais, mas no modo

45 Corte Costituzionale. *Che cosa è la Corte Costituzionale*. 3. ed. Roma, 2009.

46 Idem.

como os princípios constitucionais se concretizam em cada disciplina legal e na sua aplicação. Daí decorre o delicado equilíbrio italiano entre o papel de cada juiz na proteção do interesse de um particular e na sua função de veículo das questões constitucionais; o subsequente papel da Corte, de resguardar os limites da Constituição; e a coexistência dos dois primeiros com a necessidade de respeito ao direito do legislador de fazer as escolhas políticas, nas quais não cabe nem ao juiz ordinário, nem à Corte se imiscuir, ainda que, por hipótese, possam considerá-las inoportunas. Aqui talvez resida, pois, um fator relevantíssimo a ser considerado, como parâmetro, na análise do atual contexto jurisdicional brasileiro.

6 O AMPLO CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

A partir da Constituição da República de 1988, buscou-se incrementar o controle social sobre a Administração Pública; no entanto, o controle social previsto e esperado para a fiscalização das políticas públicas prevê um nível de organização e mobilização social que, a bem da verdade, a sociedade brasileira ainda não alcançou. Como os instrumentos e as instituições de controle interno do poder, na realidade brasileira, foram relegados a segundo plano, esse incremento findou por se dar via controle externo, e, especificamente, pela via judicial.⁴⁷

O atual modelo brasileiro consagra o livre acesso ao Judiciário, dadas as garantias fundamentais da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV), do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) e do devido processo legal (art. 5º, LV). Está-se, portanto, diante de um sistema de jurisdição única, o qual, como leciona Moraes, “tem como característica básica a possibilidade de pleno acesso ao Poder Judiciário, tanto dos conflitos de natureza privada, quanto dos conflitos de natureza administrativa”.⁴⁸ Por este prisma, compete ao Poder Judiciário exercer, no Brasil, o controle último da atividade estatal, não havendo matéria a ele vedada.

O princípio da inafastabilidade do controle judicial tem sua origem na Constituição de 1946, derivando do receio existente, à época, quanto ao ressurgimento do regime do Estado Novo. Daí sua redação em fórmula excessivamente ampla, da qual decorre, na lição de Pontes de Miranda, o fato de que “em todo caso, no sistema jurídico brasileiro,

47 TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2004. p. 82.

48 MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 777.

o controle judicial vai muito mais longe do que nos outros sistemas jurídicos, inclusive no dos Estados Unidos da América.⁴⁹

*Desde então, o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição tem ensejado o que recente estudo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para o Conselho Nacional de Justiça denominou de sistema de duplicidade de instâncias: a garantia concomitante do cidadão de valer-se livremente da complexa instância administrativa brasileira e, ao mesmo tempo, encetar ex novo o contencioso com a Administração Pública, por sua iniciativa, frente ao Poder Judiciário.*⁵⁰

A existência de esferas diferenciadas pode ser tomada como a outorga ao lesado de uma dupla proteção.⁵¹ Ocorre, porém, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição não tem ensejado apenas o desejável controle da atividade administrativa na forma de controle-fiscalização, ou seja, mediante verificação, pelo Judiciário, da atuação administrativa concreta, a fim de apurar sua compatibilidade com as normas gerais e os valores fundamentais;⁵² mais do que isso, tomada como cláusula pétrea, sua ampla redação tem obstado qualquer reflexão sobre o tema e, nessa linha, funcionado como permissivo para a reinterpretação, pelo Judiciário, de critérios intrinsecamente políticos.

De se destacar, aqui, o fato de, no sistema jurídico ora vigente, coexistirem duas formas de controle de constitucionalidade. É que, no Brasil, o controle de constitucionalidade não é, como na Itália, reservado a um Tribunal Constitucional, pois ao juiz ordinário, na forma de controle de constitucionalidade difuso, é atribuído o poder de não aplicar a lei aos fatos se a lei contrariar a Constituição.

No âmbito específico do direito administrativo, a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade foi, em grande medida, ampliada pela constitucionalização dos seus princípios com a Constituição Federal de 1988, o que, como refere Moraes, não encontra paralelo no direito comparado.⁵³ Assim, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma especificidade relativamente a outros países adeptos do sistema de jurisdição única, a qual, como aponta Carmen Lucia Antunes Rocha,

49 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I de 1969*. T. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 106.

50 Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal), a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa*. Relatório Final. Porto Alegre, 2011.

51 MENDES, *et. al.* Op. cit., p. 1306.

52 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 740.

53 MORAES, op. cit., p. 774.

[...] obedece, em parte, a uma tendência verificada, qual seja, a de erigir em matéria constitucional a disciplina da Administração Pública em seus princípios e, em outra parte, a uma necessidade de o Estado brasileiro, pouco afeito, especialmente no desempenho daquela atividade, circunscrever-se, na prática, ao Direito.⁵⁴

Com efeito, o artigo 37 da atual Constituição explicita os princípios que regem a Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Como consequência, houve alargamento da função jurisdicional sobre os atos da Administração, dada a plena incidência do controle de constitucionalidade sobre a matéria, e o Poder Judiciário, no exercício do controle horizontal do poder, passou a exercer verdadeira função de legislador negativo também em relação às principais normas de direito administrativo.

O papel de legislador negativo foi importantíssimo em vários aspectos relacionados à Administração Pública, especialmente porque a constitucionalização do direito administrativo lhe trouxe a influência dos métodos de hermenêutica constitucional. Todavia, como Ferreira Filho bem salienta, “os princípios constitucionais a serem observados pela Administração Pública direta, indireta e fundacional em sua atividade são generalíssimos”, pelo que, acrescente-se, o controle judicial, hoje, não é meramente legal, consistindo em verdadeiro controle de legitimidade. Por isso, “no fundo é o juiz que determina, no caso concreto, o seu alcance. Ou seja, é este que vai especificar, no caso concreto, o seu conteúdo. Assim, já não basta ao administrador cumprir formalmente a lei”.⁵⁵

Por esse viés, a constitucionalização das normas básicas do direito administrativo no Brasil permite ao Judiciário impedir que o Executivo molde a Administração Pública em discordância a seus princípios e preceitos constitucionais básicos, cumprindo ele, pois, seu papel protagonista no controle da função administrativa. Ao revés, não cabe ao Judiciário moldar a Administração Pública discricionariamente. Por isso, questões de ponderação de conveniência ou utilidade, nas quais a decisão recai sobre o administrador, estariam fora do seu campo de apreciação, desde que não haja lesão a direito subjetivo ou violação aos princípios constitucionais afetos à atividade administrativa, porque as escolhas realizadas pelo agente administrativo no exercício de competência discricionária, sob pena de supressão da sua autonomia, são subordinadas a controle de legalidade, mas não de mérito. Como refere Justen Filho,

54 ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 64.

55 FERREIRA FILHO, op. cit., p. 239.

A instituição do controle externo não significa a supressão da separação dos poderes nem importa a redução da autonomia no exercício de competências próprias. Isso significa a vedação a que, a pretexto de exercitar controle-fiscalização, um órgão pretenda assumir o exercício de competências reservadas a outrem pela Constituição ou pela lei.⁵⁶

Entretanto, no Brasil vigora uma interpretação absolutamente estendida do princípio do livre convencimento motivado, com base na qual se permite ao juiz, partindo da Constituição, aplicar, no lugar da lei, outro parâmetro de nível e força legal construído a partir de princípios abstratos e gerais ao fato ou à situação em julgamento.⁵⁷ Por sua vez, e a despeito da ressignificação do princípio da legalidade, a Administração segue atuando, em geral, de forma vinculada a uma determinada interpretação da norma. O que se vê, então, é uma verdadeira atividade de substituição a que se refere a moderna doutrina processual ao caracterizar a função jurisdicional, no sentido de a decisão do juiz suprir integralmente o ato, o critério ou a decisão administrativa toda vez que o juízo administrativo divergir do seu próprio.

As consequências dessa contraposição são uma regulação judicial singular que, em matéria administrativa, finda por diferenciá-la dos demais casos submetidos à Administração, e, no espectro maior, uma jurisprudência excessivamente dispersa, que acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria ideia de Estado Democrático de Direito. Em síntese, como alerta o referido estudo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para o Conselho Nacional de Justiça,

À Administração é vedada, como deve ser, declaração de inconstitucionalidade e, máxime, construções constitucionais. Sendo, porém, tais poderes admitidos, em nossa cultura jurídica atual, ao juiz ordinário, mesmo em primeiro grau, cria-se, desde logo, um espaço real e efetivo que tende a opor, crescentemente, a instância administrativa à instância judicial.⁵⁸

⁵⁶ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 745.

⁵⁷ Como referido no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, “se todos têm que agir em conformidade com a lei, ter-se-ia, *ipso facto*, respeitada a isonomia. Essa relação de causalidade, todavia, fica comprometida como decorrência do desvirtuamento da liberdade que tem o juiz de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma.”

⁵⁸ Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *op. cit.*

De outra banda, se, em princípio, o âmbito do controle jurisdicional se dava em concreto, consistindo num controle afeto a um direito subjetivo ou a um interesse jurídico do cidadão e ensejando, por parte do Poder Judiciário, uma atividade de fiscalização propriamente jurídica, o crescente exercício de poder regulamentar pelo Poder Executivo tem dado novo caráter ao controle judicial dos atos administrativos. As inúmeras regulamentações da lei via atos normativos secundários, por passarem ao largo do Legislativo, findam por se submeter apenas ao controle judicial. Geram-se, assim, dois problemas: de um lado, o executivo regulamentando de forma descontrolada, frequentemente à revelia da lei; e de outro, o Judiciário criando uma norma distinta para cada caso.

Assim, no atual panorama brasileiro, do controle difuso de constitucionalidade e da constitucionalização do direito administrativo decorre, por um lado, a expressiva litigiosidade *em face da e de responsabilidade da* Administração Pública, e por outro, o distanciamento cada vez maior entre as esferas administrativa e judicial, cada qual atuando de forma independente e desarticulada. A isso, soma-se, como agravante, uma cultura jurídica consolidada de contraposição de uma à outra, explicada, em alguma medida, pela confusão entre Administração e Governo. O processo, alfim, ocasiona insegurança jurídica à atuação administrativa e ineficiência à máquina judiciária, em detrimento do Estado Democrático de Direito, cuja existência depende, para a efetividade dos direitos e garantias sociais, do bom funcionamento de ambos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Qualquer estudo afeito à comparação jurídica encontra seus limites no próprio observador que se propõe à difícil tarefa de descrever o fenômeno objeto da comparação. Nesse sentido, os limites do presente trabalho se encerram na dificuldade de narrar com a exatidão e a profundidade necessárias a experiência italiana de controle jurisdicional dos atos administrativos e, de forma mais ampla, a intrincada relação entre Administração Pública, Poder Judiciário e cidadão.

É assente, contudo, a importância da proteção do cidadão em face de possíveis abusos da Administração Pública e, por conseguinte, a necessidade de cada ordenamento jurídico prever instrumentos de efetiva tutela jurisdicional no embate entre o particular e o Poder Público. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências delas decorrentes. Daí advém, em grande

medida, o atual protagonismo do Poder Judiciário no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Na Itália, como em outros países de tradição jurídica continental, essa tutela plena e efetiva se dá sobretudo pela via de um juiz especializado – o juiz administrativo –, o qual detém poderes específicos para satisfazer a pretensão do cidadão em face do Estado. Num espectro mais amplo, ela se concretiza, ainda, à vista do constante diálogo constitucionalmente previsto entre o juiz e a Corte Constitucional, na medida em que é através daquele que esta recebe as controvérsias sobre a constitucionalidade das leis.

Por esse viés, a garantia constitucional do amplo acesso ao Judiciário coexiste, no ordenamento jurídico italiano, com verdadeiros limites ao controle jurisdicional dos atos da Administração. Trata-se de limites que não se cingem à antiga discussão quanto à possibilidade ou não de sindicância do mérito do ato administrativo, especialmente porque tanto o princípio da separação de poderes como a própria legalidade, por influxo da Constituição, hoje são ressignificados. Afeiçoam-se, em verdade, a uma necessidade de sopesar a proteção a direitos e interesses do cidadão, a expressão de poder consubstanciada na atuação concreta da Administração Pública e, ainda, a própria racionalidade da estrutura não apenas do Judiciário, mas de todos os poderes da República. Assim é que há, inclusive expressos na Constituição, temperamentos ao amplo e irrestrito recurso ao Judiciário, sem que importem eles em negativa de tutela.

É certo que, com os atuais influxos do direito comunitário, a feição do direito administrativo italiano se alterou de forma substancial, o que condiciona algumas das ponderações trazidas neste trabalho. Ainda assim, a experiência italiana, sobretudo quanto à preservação da cultura derivada do sistema dualístico pretérito, demonstra que as lides afetas à matéria administrativa podem ser absorvidas por uma jurisdição una, porém suficientemente setorizada para atentar para as especificidades ínsitas à presença do ente público num de seus pólos. A existência mesma de um código de processo administrativo, aliás, está a demonstrar a importância da relação entre o direito material envolvido e o procedimento a ser adotado. A concentração do controle de constitucionalidade em um órgão específico, outrossim, imprime uma racionalidade ao sistema da qual, atualmente, o Brasil se ressentente.

Com efeito, no Brasil vige uma interpretação irrestrita tanto da inafastabilidade da jurisdição como do livre convencimento do juiz, que chega, em numerosas matérias, ao extremo da desnecessidade da prévia provocação da Administração ou da existência mesma de um ato

ou omissão administrativos. De um lado, basta a pretensão do cidadão em face do Estado; de outro, há uma disseminada convicção de que, no contraste de intelecções entre a Administração e o Judiciário, prevalece, de forma substitutiva, a opção do órgão controlador, independentemente de a interpretação do controlado ser ou não conforme ao direito.

Para além disso, a possibilidade de controle jurisdicional pelo juiz singular tanto da legalidade dos atos da Administração como da constitucionalidade das leis que pautam sua atuação enseja, em última análise, profundo distanciamento entre as esferas administrativas e judiciais. Questões da rotina administrativa são postas ao Judiciário com frequência, a fim de que se decida se estão em conformidade não apenas com sua lei de regência, mas com os respectivos princípios constitucionais. Dadas as vastas possibilidades de interpretação próprias das normas abertas e a amplíssima competência dos diversos órgãos jurisdicionais de primeiro grau para apreciação dos litígios, a consequência é uma jurisprudência heterogênea, em que cada caso tem uma regulação judicial singular e distinta dos parâmetros adotados pela Administração.

Nenhum juiz é obrigado a aplicar uma lei de cuja constitucionalidade duvide. A solução constitucional para esta questão, contudo, é que diferencia sobremaneira os ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano: na Itália, somente a Corte Constitucional pode liberá-lo definitivamente do vínculo com a lei posta, declarando sua inconstitucionalidade; no Brasil, a mesma decisão sobre a constitucionalidade pode-se dar por obra do julgador, de forma difusa, em cada caso singular. Num contexto em que cada uma dessas decisões afeta a seu modo a atuação da Administração Pública em nível federal, o resultado é o assoberbamento dos tribunais superiores, porque lhes incumbe a uniformização da interpretação da legislação e a última palavra quanto à conformidade da lei à Constituição.

A insegurança jurídica é sempre fonte de litigiosidade. Somada às proporções estruturais de uma Administração Pública ainda principiante em termos gerenciais e a uma cultura de desconfiança quanto à lisura dos atos administrativos e de confusão entre Administração e Governo, tem-se como resultado a expressiva presença dos entes públicos nos litígios. Assim, conquanto a Constituição de 1988 tenha pretendido um Poder Judiciário eficiente e legítimo, vive ele uma contradição interna: prevê-se e estimula-se sua provocação como corolário de uma garantia constitucional ilimitada e, em contrapartida, sua estrutura não tem condições de absorver a demanda a contento.

De todo modo, a democracia e, mais especificamente, o controle social são sempre a solução mais eficiente para o controle do poder. Não afastam, porém, a necessidade de um Judiciário legítimo, imparcial e

eficiente: o controle jurisdicional se fará necessário, em maior ou menor medida, como garantia do cidadão. Aí reside, pois, a importância de, lançando olhos sobre experiências jurídicas diversas, trazer à reflexão a amplitude, a eficiência e os limites do modelo jurisdicional brasileiro ora existente.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição: a democracia, o federalismo e a crise contemporânea*. Fortaleza: EUFC, 1985.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2013.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 02 set. 2013.

_____. *Competência delegada: impacto nas ações dos tribunais estaduais*. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel2013_comp_delegada.pdf>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>. Acesso em: 2 set. 2013.

_____. *Justiça em Números 2010: Indicadores do Poder Judiciário, Panorama do Judiciário Brasileiro, Resumo Executivo*. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf>. Acesso em: 30.08.2013.

BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em:

<<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>>. Acesso em: 2 março 2012.

BRASIL. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *As inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal), a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa*. Relatório Final. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2013.

CARETTI, Paolo; DE SIERVO, Ugo. *Diritto Costituzionale e Pubblico*. Torino: G. Giappichelli, 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Direito Constitucional*. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

GUZETTA, Giovanni; MARINI, Francesco Saverio. *Diritto Pubblico italiano ed europeu*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2008.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Amministrazione Pubblica e Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli, 2011.

ITÁLIA. Camera dei Deputati. *Costituzione dela Repubblica Italiana*. Roma, 2012.

ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Che cosa è la Corte Costituzionale*. 3. ed. Roma, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINES, Temistocle. *Diritto Pubblico*. Milão: Giuffrè, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e a Constituição*. Brasília: Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, 2008.

_____. *A noção de Administração Pública e os critérios de sua atuação*. Brasília: Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

MENGOZZI, Marta. *Giusto Processo e processo amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I de 1969*. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIERGIGLI, Valeria. *Avvocatura dello Stato e conflitti di attribuzioni*. Trento: CEDAM, 1991.

ROCHA, Antônio Sérgio Carvalho. Ingovernabilidade versus Estado Constitucional: Judiciário e crise dos poderes numa perspectiva política. In *História do Direito Brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 388-411.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.



O ESTADO LAICO NA ITÁLIA E NO BRASIL: BREVE HISTÓRICO E ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DA EXPOSIÇÃO DO CRUCIFIXO EM LOCAIS PÚBLICOS

*LO STATO LAICO IN ITALIA E IN BRASILE: BREVE STORIA E ANALISI
DELLA GIURISPRUDENZA SULL'ESPOSIZIONE DEL CROCIFISSO NEI
LUOGHI PUBBLICI*

*Ana Paula Ferreira Serra Specie
Procuradora Federal*

*Ana Paula Passos Severo
Procuradora Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Influência da religião no Estado italiano – breve histórico; 2 A influência da religião na formação do Estado brasileiro; 3 Itália e Brasil como Estados laicos; 4 O caso Lautsi; 5 A jurisprudência brasileira; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A evolução dos estados modernos, com a incorporação nas cartas constitucionais de direitos e garantias individuais e coletivos, não permite mais a interferência da Igreja na atuação estatal. A liberdade de religião é reconhecida como um direito fundamental e abrange inclusive a liberdade que o cidadão tem de não seguir qualquer religião, ou mesmo de não acreditar em Deus (agnosticismo e ateísmo). A par disso, a presença da Igreja Católica em toda a formação dos Estados italiano e brasileiro explica a exposição, até os dias de hoje, de símbolos religiosos em órgãos públicos. Essa situação, contudo, suscita enorme discussão jurídica, em razão da laicidade do estado. Com esse estudo tentamos apresentar, em uma análise comparativa, essa discussão jurídica acerca do tema nos dois países.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Religião. Estado Laico. Estudo Comparado. Brasil e Itália. Crucifixo em Locais Públicos.

RIASSUNTO: L'evoluzione degli Stati moderni, che incorporano nelle carte costituzionali diritti e garanzie individuali e collettive, non consente più l'ingerenza della Chiesa nelle azioni dello Stato. La libertà di religione è riconosciuta come un diritto fondamentale e riguarda anche la libertà dei cittadini di non seguire una religione, o di non credere in Dio (ateismo e agnosticismo). La presenza della Chiesa cattolica in tutta la formazione dello stato in Italia e in Brasile spiega l'esposizione, fino ad oggi, di simboli religiosi nei luoghi pubblici. Questa situazione, tuttavia, solleva enormi problemi legali a causa della laicità dello Stato. Con questo studio si cerca di presentare, in un'analisi comparativa, questa discussione giuridica sulla questione nei due paesi.

PAROLE CHIAVE: La libertà di Religione. Stato Laico. Confronto. Brasile e Italia. Crocifisso nei Luoghi Pubblici.

INTRODUÇÃO

O conceito de estado moderno, no qual podemos inserir o Brasil e a Itália, é desenhado através da superação do absolutismo, e baseado em princípios de garantias individuais e reconhecimento de uma larga esfera de direitos e garantias, não só abstratamente, mas primordialmente com a efetivação dessas garantias.

Primeiramente podemos fazer referência ao princípio da igualdade e da liberdade, bem como a participação direta e indireta do indivíduo no poder estatal.

Em segundo lugar, emergem múltiplas soluções organizativas, limitando os poderes estatais.

A atenção ao sistema de garantias, posto na constituição, faz com que a relevância da qualificação do estado, definido como *estado constitucional*, se traduza em expressão de uma sociedade aberta, caracterizada pela coexistência de valores diversos, mas principalmente destinada à convivência em um ambiente de tolerância.

Dentre as garantias constitucionais do indivíduo, podemos destacar a garantia de manifestação religiosa existente em um estado laico. Pode-se assim definir, em abstrato, a separação entre estado e religião.

Tanto a Constituição da Itália, quanto a Constituição do Brasil, estabelecem a independência do estado em relação à Igreja e asseguram a liberdade de religião aos respectivos cidadãos.

A Itália e o Brasil são, portanto, estados laicos, conforme estabelecido nas suas respectivas constituições.

Pretende-se, no presente trabalho, apresentar um breve histórico acerca da influência da religião nos estados brasileiro e italiano, para depois analisar algumas decisões judiciais dos dois países que tratam da questão da exposição do crucifixo em locais públicos.

1 INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NO ESTADO ITALIANO – BREVE HISTÓRICO

A religião do Estado, como sendo a Católica Apostólica Romana, perdeu por toda a formação do Estado Romano.

O processo de formação do estado italiano e a consolidação da monarquia absolutista foram decisivos na organização institucional do estado, a partir do qual se configurou um regime de intolerância em relação à liberdade de religião individual e coletiva. Com a utilização da figura do cisma da Igreja Católica Romana, a coroa do soberano não renunciou à organização religiosa como fonte de consagração da sua própria investidura.

Ao mesmo tempo em que foi um período de formação da monarquia nacional, que conseguiu uma emancipação temporal da igreja romana, reconheceu-se oficialmente a *religione di stato*, o que fez com que a igreja católica desfrutasse de posição privilegiada em relação às demais religiões.

O poder da Igreja na Itália decorre em grande parte do fato dessa instituição ter adquirido, desde a Idade Média, uma grande área de terras no centro do país.

Além disso, o sentimento católico de grande parte do povo italiano garantia a liberdade e a independência do Pontífice, soberano, que tinha, inclusive, uma representação diplomática própria.

Mas a ligação entre o Estado e a Igreja na Itália vai se modificando radicalmente com o desenvolvimento e a consolidação da burguesia, que vai substituindo, no controle econômico e político, a aristocracia, com a formação de um estado liberal - que se baseia em uma constituição escrita, no âmbito de uma monarquia que não é mais absoluta, mas sim constitucional. O Estado italiano se laiciza progressivamente, separando-se do Estado pontifício e eliminando o privilégio que o clero detinha no âmbito de uma sociedade ainda feudal.

A ligação entre a Igreja e o estado italiano vai se complicando, principalmente na época do *risorgimento*, movimento na história italiana que buscou, entre 1815 e 1870, unificar o país, que era composto por pequenos estados.

Em pleno período de “risorgimento”, época de grandes atividades revolucionárias e atividades diplomáticas por uma Itália unida, a igreja dominava grande parte da Itália central e era contra qualquer propósito de unidade nacional.

O estado pontifício foi um dos maiores obstáculos no processo de unificação da Itália. O Papa era contra a unidade e o princípio liberal, sustentado pela unificação, que representava um grave perigo para a sobrevivência do poder temporal.

O Papa Pio IX condenava, sobretudo, o espírito laico e a liberdade religiosa. Essa dura intransigência provocou, até entre os católicos, um contraste: o entusiasmo dos católicos mais conservadores e a perplexidade dos católicos liberais.

A existência do estado pontifício terminou quando, em 1870, o Rei Vitor Emanuel II entrou em Roma e incorporou no Reino da Itália essa parte do território, até então de propriedade da Igreja. Em 1871 Roma era capital da Itália. Iniciou-se uma difícil relação entre o Estado e a Igreja, que durou até 1929.

Quando da incorporação de parte do território da igreja ao Reino da Itália, como compensação, foi oferecido ao Papa Pio IX uma

indenização e o compromisso de mantê-lo como Chefe do Estado do Vaticano, um bairro de Roma onde ficava a sede da Igreja.

Em 1871 foi aprovado a *legge delle Guarentigie*, que se inspirava no princípio da separação entre Estado e Igreja, mas que reconhecia a religião católica como religião de estado.

Em 1874 foi criada uma organização católica, cuja missão era defender a fé católica, combatendo o liberalismo, reivindicando a liberdade da igreja e sustentando o poder do Papa.

Em 1878 morre o conservador Papa Pio IX, sendo sucedido pelo Papa Leone XIII, esse politicamente mais hábil. O novo Papa percebe logo que a massa popular pode agir em seu favor na transformação que está por vir, a serviço da Igreja tanto no campo social como no campo político.

A encíclica *Rerum novarum*, de 1891, pela primeira vez na história das encíclicas, trata abertamente de questões sociais, impondo sua doutrina, condenando os sistemas capitalistas e socialistas. A igreja admite a constituição dos trabalhadores em associações, mas sempre com inspiração católica. Desse modo, se afasta do socialismo na defesa do proletariado e ao mesmo tempo combate o liberalismo.

A relação da igreja católica com o Estado italiano segue hostilizada e, aos poucos, o Estado vai se laicizando. Como exemplo, pode-se citar uma lei de 1877, que limitou o ensino da religião nas escolas públicas.

O processo de separação entre o Estado e Igreja, nessa época, está longe de se completar – podendo até mesmo não estar completo nos dias de hoje.

Durante o final do século XIX nasce um grande movimento social católico, criando-se obras assistenciais e de caridade. As atitudes de isolamento da Igreja, contrária à integração com o Estado, não favoreciam o desenvolvimento de uma consciência civil na população, sobretudo no povo do campo.

Mas por outro lado, essas atitudes eram coerentes com a concepção que a Igreja tinha dos cidadãos católicos, que buscavam um mundo ideal em confronto com o mundo real. O cidadão era posto na religião.

Depois de onze séculos, o poder do Papa vai diminuindo. O Papa Leone XIII decide inserir a Igreja na sociedade que se moderniza. Assim, a Igreja passa a responder às reivindicações da classe operária, e ao mesmo tempo vai obtendo controle sobre as manifestações populares, tentando reequilibrar a relação com o Estado.

Nessa época, o objetivo a se alcançar é o equilíbrio, uma vez que a esquerda estava inserindo na sociedade seus valores, atingindo a massa operária.

A intenção clara do Papa Leone XIII é não só evangelizar, mas também apoiar os movimentos sociais católicos.

A Igreja atribui ao movimento dos católicos o objetivo de dar uma resposta ao socialismo, combatendo os “males” do capitalismo e do liberalismo.

No começo do século XX, os ideais do Papa Leone XIII se expandem por toda a Europa, através de manifestações católicas. Cresce a separação entre duas tendências: a dos católicos, que pregavam a ajuda dos mais ricos aos menos favorecidos, e a de esquerda, que sustentava a defesa dos trabalhadores frente à exploração, pregando uma “democracia social”.

O Papa Pio X, sucessor de Leone XIII, continuou o seu legado, mas de uma forma mais conservadora: a democracia cristã não podia agir de modo politicamente autônomo, mas apenas com o controle do clero. Ele não era a favor de uma luta de classes, mas sim favorável à conciliação entre os trabalhadores e patrões, apoiando os liberais nas eleições do começo do século.

A religião católica na escola foi estruturada, basicamente, pela lei Casati, de 1859, e que perdurou até 1929. O sistema era fortemente hierárquico, baseado em uma escola controlada sob o ponto de vista político e ideológico, com ensinamento religioso desde o nível elementar até o superior.

No início do século XX, foi aumentando a convergência entre a direita liberal e os católicos compromissados com a sociedade civil conservadora, esses com a clara intenção de frear a força da esquerda. Nessa situação política complexa, onde os liberais, perseguindo a laicidade do Estado, buscam o apoio popular dos católicos, emerge a posição burguesa dos liberais.

A Igreja reconheceu o Estado italiano somente com o Tratado de Latrão, em 1929. Até então, admitia-se do cidadão apenas o poder de agir pelo interesse da sociedade como um país católico.

Os católicos, pelo menos até a Primeira Guerra Mundial, sequer tentaram se introduzir na sociedade italiana. Não havia uma noção de Estado desvinculada da Igreja, no exato momento em que era necessário construir o país. Quando o Estado era recém-criado e ainda longe dos cidadãos, a igreja, com o seu clero, fez a ponte entre o povo e o Estado.

Nesse tempo, as organizações católicas fazem de tudo para promover a Igreja, organizando obras assistenciais e instituindo escolas concorrentes com as escolas públicas estatais, tudo para difundir a religião católica. Em poucas palavras: a igreja se contrapunha ao Estado.

Embora inicialmente tenha se oposto à proposta do governo italiano, a Igreja acabou aceitando as condições do Tratado de Latrão, em 1929. Por meio desse tratado criou-se um novo estado, o Estado do Vaticano, ou cidade do Vaticano, Estado soberano, inviolável e neutro, sob a autoridade do Papa, com os privilégios de extraterritorialidade do Palácio de Castelgandolfo e das três basílicas: São João de Latrão, Santa Maria Maior e São Paulo Extramuros. Assim, a Santa Sé renunciou aos territórios que havia adquirido desde a Idade Média e reconheceu Roma como a capital da Itália.

O acordo garantiu ao Vaticano uma indenização financeira pelas perdas territoriais durante o movimento de unificação da Itália, reconheceu o catolicismo como religião oficial do país, instituiu o ensino confessional obrigatório nas escolas italianas, conferiu efeitos civis ao casamento religioso, proibiu o divórcio e a admissão em cargos públicos dos sacerdotes que abandonassem a batina, e concedeu numerosas vantagens ao clero.

O Tratado de Latrão foi incorporado à Constituição italiana de 1947, condicionando o Papa a jurar neutralidade em termos políticos. O Papa deveria atuar como mediador em assuntos internacionais, mas só quando fosse solicitado.

Em 1978, os termos do acordo foram reformulados e o catolicismo deixou de ser a religião oficial da Itália, que se tornou um Estado Laico. Nesse mesmo ano, a relação do Estado Italiano com o Vaticano piorou em decorrência da aprovação do divórcio.

Em 1984, houve nova alteração no Tratado de Latrão, e foi abolida a obrigatoriedade do ensino religioso, que passou a ser oferecido somente a pedido de pais de alunos.

A Itália tornou-se um estado laico, portanto, bem tardiamente, apenas em 1978.

2 A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Tanto o Estado (Portugal) como a Igreja foram responsáveis pela colonização do Brasil.

A chegada de membros do clero católico ao território brasileiro foi simultânea ao processo de conquista das terras do Brasil, já que o reino português tinha estreitas relações com a Igreja Católica Apostólica Romana.

Vale lembrar, ademais, que em seus primórdios, o Brasil foi chamado de “Terra de Santa Cruz” e teve como primeiro ato solene a celebração de uma missa realizada em 26 de abril de 1500 pelo Frei Henrique de Coimbra.

A presença da Igreja Católica começou a se intensificar a partir de 1549 com a chegada dos jesuítas da Companhia de Jesus, que formaram vilas e cidades - o caso mais célebre é a cidade de São Paulo.

A religião oficial do Estado era a Católica, devendo ser essa a fé profetizada pelos membros da sociedade.

Na colonização, houve uma divisão de tarefas entre a Igreja e o Estado: a este coube o papel de garantir a soberania de Portugal sobre a Colônia, o que se deu por meio de uma política de povoamento e com a instituição de uma administração.

A Igreja, por sua vez, ficou responsável pela educação das pessoas, ou “controle das almas”. Tratava-se de um instrumento eficaz de obediência ao Estado. Além disso, a Igreja também estava presente nos momentos de nascimento, casamento e morte.

Na história do mundo ocidental, as relações entre Estado e Igreja variaram muito de país para país. No caso de Portugal, ocorreu o que se chama de “padroado real”. Esse mecanismo de subordinação da Igreja ao Estado consistia em ampla concessão da Igreja Católica ao Estado Português, com a garantia de que a Coroa Portuguesa promoveria e asseguraria os direitos e a organização da Igreja em todas as terras descobertas por Portugal.

Enquanto o Brasil permaneceu colônia de Portugal, o controle da Coroa sobre a Igreja sofreu algumas restrições. Além da Companhia de Jesus ter influenciado sobremaneira a Corte, era difícil enquadrar as atividades do clero secular, disperso por todo o território. Por outro lado, as ordens religiosas conseguiram alcançar maior grau de autonomia, pois adquiriram terras e passaram a não mais depender da Coroa.

Diuturnamente, a Igreja foi cumprindo a missão de converter índios e negros. Foram inseridos na população os preceitos católicos, assim como os preceitos do Estado.

A entrada do clero no território, simultaneamente à conquista do Brasil, explica porque a maioria das cidades brasileiras foi construída em volta de uma igreja. Explica também por que grande parte dos feriados é dedicada a santos católicos.

A Constituição Imperial de 1824, em seu artigo 5, manteve e oficializou a religião Católica Apostólica Romana como a religião do Estado:

Art. 5 – A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem a forma alguma exterior do Templo.

Já nesse período, porém, havia intelectuais e políticos que criticavam a união entre o Estado e a Igreja, tendo se sobressaído o jurista Rui Barbosa, que a partir de 1876 passou a defender a ideia de um Estado laico.

Os republicanos sempre foram favoráveis à separação entre Estado e Igreja - o que se explica facilmente, uma vez que a religião do Estado legitimava o poder imperial. Uma das primeiras medidas do governo provisório republicano foi extinguir o padroado. Em janeiro de 1890, dois meses após a Proclamação da República, o governo provisório de Deodoro da Fonseca editou o Decreto nº 119-A, que extinguiu o padroado, proibiu a intervenção da autoridade federal e dos estados federados em matéria religiosa, além de consagrar a plena liberdade de culto.

Essa diretriz também foi estabelecida na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, em seu artigo 11: “É vedado aos Estados, como à União: estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”.

A partir daí, todas as constituições brasileiras estabeleceram o princípio da separação entre Estado e Igreja, resguardada a colaboração com o interesse público - apenas a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, não mencionou expressamente a colaboração em favor do interesse público.

Verifica-se, portanto, na história das constituições brasileiras, uma tradição de separação entre Estado e religião, com a clara intenção de proteger o Estado da interferência da Igreja Católica.

Contudo, ainda no começo do século XXI, dentre as religiões professadas pela população brasileira, o catolicismo continua a ter o maior número de seguidores entre os habitantes do país. Tal predominância é decorrente da presença da Igreja Católica em toda a formação histórica brasileira.

3 ITÁLIA E BRASIL COMO ESTADOS LAICOS

Essa breve exposição acerca da influência da Igreja na formação dos estados italiano e brasileiro explica porque o catolicismo está tão presente na vida dos cidadãos desses dois países ainda nos dias de hoje.

A atual Constituição Italiana, em seus artigos 7 e 8, dispõe sobre a separação entre Estado e Igreja, *in verbis*:

Art. 7

Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel próprio ordine, indipendenti e sovrani.

I loro rapporti sono regolati dai Patti Lateranensi, Le modificazione dei Patti, accettate dalle due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

Art. 8

Tutte le confessioni religiose sono igualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

Na Constituição do Brasil, em seu artigo 5, inciso VI, está assegurada a liberdade de religião:

Art. 5. 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:

[...]

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

O princípio constitucional da separação entre Estado e religião (ou como mais comumente se diz, entre Estado e Igreja), não se traduz apenas na neutralidade ou agnosticismo público em matéria religiosa, mas pressupõe também o respeito em relação à prática das diversas religiões.

No estado laico, há uma separação entre Estado e Igreja. O poder do Estado é legitimado pelo povo e não pela vontade divina.

A doutrina apresenta, contudo, dois modelos de estado laico: o modelo de separação e o modelo de gestão da relação estado-igreja.

No primeiro modelo, ou modelo de separação, a neutralidade do Estado em relação à religião se traduz na impossibilidade da exposição de

qualquer símbolo religioso em espaços públicos, ainda que tais símbolos decorram da tradição histórica e cultural do país. A liberdade de religião é reconhecida, mas há uma tendência ao confinamento ao espaço privado. Esse é o modelo adotado nos países mais secularizados, como França e Alemanha. Há uma indiferença do Estado em relação ao fenômeno religioso. A França proibiu, em atenção ao princípio da laicidade do Estado, a exposição de símbolos religiosos nas escolas públicas e o uso do véu inteiro nos espaços públicos. Há uma tendência, portanto, de delimitar o espaço ocupado pela religião à esfera privada.

No segundo modelo de estado laico, de gestão de relação entre estado-igreja, encontramos aquelas cartas constitucionais que conferem uma relevância pública ao interesse religioso dos cidadãos. Nesse modelo, o fenômeno religioso é tido como um elemento de integração social. Não se busca afastá-lo por completo do espaço público. Admite-se uma exceção à neutralidade do Estado em favor da religião historicamente majoritária na tradição nacional. Reconhece-se, portanto, que há um “regime preferencial” por alguma religião, em decorrência de sua influência histórica e cultural na formação do país. É o que ocorre em maior grau na Itália, mas também no Brasil. Os dois países rejeitaram a retirada de símbolos religiosos católicos de espaços públicos, conforme será visto a seguir.

Não há como negar que a Constituição italiana foi inspirada em princípios cristãos. E também a Constituição do Brasil sofreu influência dos valores católicos – vale lembrar que consta do preâmbulo a promulgação “sob a proteção de Deus”.

Embora o preâmbulo da Constituição não possua força cogente, a referência a Deus reflete a influência da religião na sociedade.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2076 – AC, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido formulado pelo Partido Social Liberal – PSL contra o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre, em que se alegava a inconstitucionalidade por omissão da expressão “sob a proteção de Deus”. Considerou-se que as invocações da proteção de Deus no preâmbulo da Constituição não teriam força normativa, afastando-se a alegação de que a expressão em causa seria norma de reprodução obrigatória pelos estados membros. *In verbis*:

[...] tomado em seu conjunto, esta locução ‘sob a proteção de Deus’ não é uma norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigação para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato – como afirmou Clemente Mariane, em 1946, na observação recordada pelo eminente Ministro Celso de Mello – jactansiosa e

pretensiosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do Brasil. De tal modo, não sendo norma jurídica, nem princípio constitucional, independentemente de onde esteja, não é ela de reprodução compulsória aos Estados-membros».

O trecho reproduzido acima não deixa quaisquer dúvidas de que, em virtude da ausência de caráter normativo do preâmbulo constitucional, a cláusula “sob a proteção de Deus” ali contida não pode servir a qualquer propósito interpretativo. E dessa forma consagra-se a plena liberdade de religião ou de crença do Estado brasileiro estabelecida em vários outros dispositivos constitucionais: art. 5.º, inc. VI, art. 19, inc. I, art. 150, inc. IV, b.

Na Itália, mais até que no Brasil, onde podemos afirmar a adoção do segundo modelo de gestão – com adoção de um “regime preferencial” - a religião católica está muito enraizada na sociedade.

Como exemplo, cita-se a questão da contracepção. Segundo um estudo de 2011, realizado pela ONG *Save The Children*, o bem-estar de mães e crianças na Itália teve um decréscimo, passando de 17º para o 21º lugar entre os países industrializados, em decorrência da condição da mulher e a prática da contracepção¹.

Somente 16% das italianas em idade fértil utilizam pílula anticoncepcional, contra mais de 50% em outros países da Europa, como Portugal, França e Alemanha.

Essa estatística demonstra como a influência da Igreja Católica ainda é forte na Itália. Apesar de haver a liberação de métodos contraceptivos há décadas no país, eles não são utilizados na mesma escala que em outros países da Europa em razão da posição contrária da Igreja.

A Itália é uma das nações com o maior percentual de católicos. Mais de 96% dos cristãos do país - que chegam a 80% da população - se definem católicos. A exposição de crucifixos em escolas se tornou obrigatória com duas leis datadas de 1920, no período fascista - mas, desde 1984, quando o catolicismo deixou de ser a religião oficial, têm sido cumpridas com menos rigor.

Essa situação não impediu, contudo, a posição contrária tanto da Administração, quanto do Poder Judiciário, em relação à retirada dos crucifixos das escolas públicas, como será visto adiante.

No Brasil, as expressões de religiosidade em espaços públicos são chanceladas de diversos modos, como o favorecimento de capelanias

1 Referência: <<http://impegnolaico.blogspot.com.br/2011/05/nella-contraccezione-litalia-e-piu.html>>

religiosas em corporações estatais, como presídios, e o uso de símbolos religiosos (católicos) em órgãos públicos.

4 O CASO LAUTSI

Em abril de 2002, a italiana de origem finlandesa, Soile Lautsi, requer administrativamente a remoção dos crucifixos da escola pública onde seus filhos estudavam.

O pedido é indeferido, por uma decisão proferida por 10 votos a 2, no Conselho da Escola.

Em junho do mesmo ano, a Sra. Lautsi recorre ao Tribunal Administrativo do Veneto, alegando violação ao princípio da laicidade do Estado. Invoca, para fundamentar o recurso, os seguintes dispositivos da Constituição italiana:

Art. 3

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Art. 19.

Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.

Art. 97

[...]

I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

[...]

Tais dispositivos constitucionais consagram o princípio da igualdade, da liberdade religiosa, e a imparcialidade da administração pública.

Paralelamente a esse processo, em outubro de 2002, o governo edita circular em que orienta os diretores de escola a manterem expostos os crucifixos.

Em 2004 a questão é levada à Corte Constitucional por suposta violação ao princípio da laicidade. A Corte, contudo, entende não ter jurisdição sobre o assunto, por não se tratar de impugnação a ato normativo primário.

Em 2005, o Tribunal Administrativo rejeita o recurso da Sra. Lautsi. Os juízes acolhem argumentação do estado, no sentido de que o crucifixo não tem significado apenas religioso, mas também histórico e cultural, tendo importante valor para a identidade do povo italiano (§8.1 da sentença 110/2005).

A Sra. Lautsi recorre, então, ao Conselho de Estado, que confirma a decisão do Tribunal (sentença 556, de abril de 2006)

Esgotadas as vias judiciais italianas, a Sra. Lutsi recorre à Corte europeia em Estrasburgo, argumentando que a exposição dos crucifixos nas escolas conflita com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH (art. 9 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e art. 2 do Protocolo Adicional).

Em novembro de 2009, a Segunda Seção da Corte de Estrasburgo, em decisão unânime, dá provimento ao recurso, condenando o estado italiano.

Consta na decisão que “a presença de crucifixos poderia ser interpretada por alunos de todas as idades como um sinal religioso; eles sentiriam como se estivessem sendo educados em um ambiente escolar que carrega a marca de determinada religião”.

O órgão reconheceu que a exposição de símbolos católicos configuraria uma “violação [dos direitos] dos pais de educar seus filhos segundo suas próprias convicções” e uma “violação da liberdade de religião dos alunos”. Segundo o Tribunal europeu, a presença do símbolo poderia “causar desconforto para alunos praticantes de outras religiões ou ateus”.

Além da retirada dos crucifixos, a Corte Europeia condena a Itália a pagar 5 mil euros de indenização à italiana.

O Governo Italiano, então, recorre à Grande Câmara, que acolhe o recurso em março de 2011, por quatro votos a dois.

A fim de melhor entender as decisões da Corte europeia, seguem os principais argumentos invocados pelas partes:

A Sra. Lautsi sustenta que a exposição do crucifixo, determinada por lei, confere à Igreja Católica uma posição de privilégio. Seria uma indevida interferência estatal no exercício da liberdade de consciência,

religiosa e de pensamento. Além disso, impediria os cidadãos de educarem seus filhos segundo suas próprias convicções religiosas. Haveria, portanto, um conflito com a ideia de estado constitucional, que deve ser equidistante de qualquer credo.

O principal argumento de defesa do governo italiano no primeiro recurso foi o de afastar o significado religioso do crucifixo, atribuindo-lhe ao invés, um significado cultural, relacionado à história e à tradição do país. A cruz representaria, nesse sentido, valores como a tolerância, igualdade e dignidade do ser humano, justiça, amor ao próximo, valores comuns a todos os cidadãos italianos, mesmo aos não cristãos.

Além disso, o governo sustenta dois pontos: (a) inexistência de um consenso no âmbito da comunidade europeia acerca do tema, e (b) estado laico não necessariamente deve se considerar neutro, na acepção francesa de laicidade excludente que veda a exposição de símbolos religiosos nos espaços públicos.

O que se indaga na ação é se o estado observou o limite estabelecido na Convenção europeia, no art. 2 do Protocolo Adicional:

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, *respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.* (grifo nosso)

O direito à educação seria esvaziado de seu significado se não fosse visto à luz do respeito à vida privada e familiar, da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade religiosa.

A intervenção da Corte europeia no estado deve se ater ao estritamente necessário para assegurar que o núcleo do direito seja protegido, respeitando, ao mesmo tempo, a tradição história, cultural e jurídica próprias do país.

Nessa ótica, seria possível relativizar, ou sustentar um conceito diferente de estado laico, fundado na importância de se preservar valores históricos e culturais de um país, ainda que relacionados a uma única religião?

A Corte europeia parte do pressuposto de que o caso apresenta um problema de tutela da liberdade de educação, sendo a liberdade religiosa condição da liberdade de educação.

O art. 2 do protocolo Adicional da Convenção estabelece que o estado deve assegurar o direito de educação respeitadas as convicções religiosas e filosóficas dos genitores.

A finalidade da escola pública, segundo a Corte, é a de estabelecer programas didáticos objetivos, críticos e plurais, de modo a promover a inclusão das diversas correntes culturais.

A recorrente e o estado discordam em um ponto central: a Sra. Lautsi acusa o estado de favorecer os católicos, porque o crucifixo teria significado religioso. Para o estado italiano, ao contrário, a cruz representaria mais a tradição histórica e cultural, exprimindo valores comuns a todos os cidadãos do país.

Nesse primeiro julgamento, portanto, a discussão gira em torno do significado que se atribui ao símbolo.

E a Corte dá razão à recorrente, pois entende que não há como desvincular o crucifixo de seu significado religioso.

Mas o que levou o juízo da Grande Câmara a mudar a decisão da Segunda Seção?

A defesa italiana sustenta que a Segunda Seção incorreu em erro de valoração, que se funda na confusão entre um conceito inclusivo de neutralidade e um conceito excludente de secularização, o que conduziu a um conceito de laicidade militante, ao invés de valorizar a coexistência de múltiplos credos religiosos.

Essa posição foi defendida por alguns estados intervenientes na ação. Eles insistem em dois pontos: (a) a Corte europeia é obrigada a considerar tanto a liberdade individual de religião, quanto a identidade coletiva de cada um dos estados membros, (b) é preciso ter uma correta compreensão do conceito de neutralidade. Haveria, portanto, a necessidade de conciliar a proteção da liberdade religiosa em sentido individual com o valor que o símbolo representaria na construção da identidade do estado.

A Corte de Estrasburgo, na segunda decisão, entendeu que a exposição do crucifixo não indicaria, por si só, uma confusão entre Estado e Igreja. Aduzem que a aula de religião não é obrigatória e que é possível que alunos não católicos usem símbolos das suas respectivas religiões, como o véu dos islâmicos.

O problema se coloca em um plano diverso: é preciso aferir se foi observada a garantia de que a escola pública não ocupe o lugar dos pais na educação religiosa de seus filhos.

A análise segue, então, novamente, para o significado do símbolo exposto nas escolas e se ele teria o condão de influenciar os alunos pelo simples fato de estar exposto.

Ao argumento da recorrente, no sentido de que o crucifixo constitui um meio de condicionamento, a Corte contrapõe a ideia de que o símbolo é exposto de forma passiva, não tendo o condão de impor ou de influenciar os alunos.

O requisito mínimo a ser respeitado, nesse caso, seria a existência de um pluralismo confessional e religioso que, segundo a Corte europeia, o ambiente escolar italiano não afetou.

Essa segunda decisão da Corte europeia contou com o apoio da população italiana: 84% da população era contra a retirada dos crucifixos, 14% a favor e 2% sem opinião definida².

Do primeiro julgamento para o segundo, houve uma mudança na defesa apresentada pelo estado italiano. Inicialmente, o estado defende o significado cultural ao invés de religioso do crucifixo. No recurso à Grande Câmara, ao contrário, o estado reconhece o significado religioso, mas argumenta que a exposição do crucifixo não prejudica a posição dos não católicos de sustentar suas próprias ideias.

O verdadeiro elemento de diferenciação entre os dois julgamentos é a atribuição de uma particular força ativa ou passiva ao crucifixo. A Segunda Seção reconheceu seu poder de “doutrinação”. A Grande Câmara, ao contrário, entendeu que o crucifixo não seria capaz de catequizar os alunos, pelo simples fato de estar exposto.

No primeiro julgamento foi adotado conceito francês de laicidade e no segundo foi dada a possibilidade de cada estado adotar um modelo próprio de laicidade?

A Corte europeia não se propôs a delinear um conceito de laicidade segundo a CEDH. Apenas analisou se a exposição do crucifixo afrontava a liberdade de educação à luz da salvaguarda do pluralismo religioso, valor fundamental do ordenamento democrático.

É possível, contudo, inferir uma resistência na adoção do modelo francês de laicidade.

5 JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, a discussão acerca da exposição do crucifixo em espaços públicos vem sendo realizada há algum tempo.

O entendimento que vem prevalecendo é o mesmo utilizado pela Grande Câmara da Corte Europeia, ou seja, de que a exposição do principal símbolo da Religião Católica nos espaços públicos não afetaria o pluralismo religioso, por refletir a história e tradição do país.

Os dispositivos constitucionais invocados nas decisões são os seguintes:

² Informação divulgada por Walter Fanganiello Maierovitch, em: <<http://terramagazine.terra.com.br/semfronteiras/blog/2009/11/15/crucifixos-em-salas-de-aula-de-escolas-publicas-recorso-da-italia-vai-insistir-que-nao-e-estado-confessional-e-o-simbolo-e-historico-cultural/>>/

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:

[...]

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

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

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

A seguir segue o relato de algumas dessas decisões.

No ano de 1991, o Tribunal de Justiça de São Paulo apreciou mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Assembleia Legislativa do estado, que determinou a retirada dos símbolos religiosos da casa legislativa. Segue a decisão:

MANDADO DE SEGURANÇA – Autoridade Coatora – Presidente da Assembleia Legislativa do Estado – Retirada de crucifixo da sala da Presidência da Assembleia, sem aquiescência dos deputados – Alegação de violação ao disposto no artigo 5º, inciso VI da Constituição Federal, eis que a aludida sala não é local de culto

religioso – Carência decretada. Na hipótese não ficou demonstrado que a presença ou não de crucifixo na parede seja condição para o exercício de mandato dos deputados ou restrição de qualquer prerrogativa. Ademais, a colocação de enfeite, quadro e outros objetos nas paredes é atribuição da Mesa da Assembleia (Artigo 14, inciso II, Regulamento Interno), ou seja, de âmbito estritamente administrativo, não ensejando violência a garantia constitucional do artigo 5º, VI da Constituição da República.

(TJ/SP, Mandado de Segurança nº 13.405-0, Relator Desembargador Rebouças de Carvalho, julgado em 02.10.1991 -0).

Em 2007, a Organização não Governamental Brasil para todos, enviou representações ao Ministério Público e ao Conselho Nacional de Justiça questionando a exposição de símbolos religiosos em tribunais e assembleias legislativas.

A Justiça Federal de São Paulo rejeitou pedido do Ministério Público Federal para a retirada dos símbolos religiosos dos prédios públicos, sob o argumento de que a presença de tais símbolos não ofenderia os princípios constitucionais da laicidade do estado nem de liberdade religiosa.

Cabe destacar os seguintes trechos da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2009.61.00.017604-0, proferida em 26/11/12:

As normas constitucionais refletem a e são refletidas pela sociedade, pelo concreto, pela identidade nacional e pelos padrões gerais de comportamento construídos e sedimentados ao longo dos tempos. Com o princípio do Estado laico não será diferente. Nada há que imponha uma leitura específica apartada da teoria geral do Direito Constitucional, como exceção conceitual.

[...]

Não há falar, portanto, com base no artigo 19, inciso I, da Constituição da República, em provimento jurisdicional que determine a retirada de todos e quaisquer símbolos religiosos de repartições públicas federais no Estado de São Paulo. Pedido por demais genérico, que nem sequer permite discutir e avaliar quais os símbolos e a relevância de sua expressão histórico-cultural e a necessidade de sua preservação. Ora, *a laicidade do Estado brasileiro, como visto, não se traduz em oposição ao fenômeno religioso*. Ao contrário, ele é garantido

no texto constitucional como direito fundamental de liberdade de consciência, de liturgia e de culto. Mais, é resguardado como valor em si, inclusive sob a perspectiva da expressão cultural do povo brasileiro. Daí a possibilidade de convivência do Estado laico com símbolos religiosos - crucifixos, imagens, monumentos, nomes de logradouros ou de cidades etc. - ainda que em locais públicos, pois refletem a história e a identidade nacional ou regional.

[...]

A existência de símbolos religiosos em prédios públicos não pode ser tida como violação ao princípio da laicidade ou como indevida postura estatal de privilégio em detrimento das demais religiões, mas apenas como expressão cultural de um país de formação católica, que também deve ser protegida e respeitada. A separação Estado-Igreja não resta afetada. Tampouco a prestação de serviço público, para a qual é irrelevante a opção religiosa dos cidadãos ou usuários. Destarte, não se verifica a apontada afronta a princípios da administração pública, como impessoalidade ou moralidade, porque o desempenho da função pública é orientado pela igualdade de tratamento.

[...]

Não se está a tratar, somente, da laicidade do Estado como garantia da própria liberdade religiosa, que deve ser assegurada com igualdade para todas as crenças. *A solução da demanda, em essência, passa pela tolerância em face de expressões histórico-culturais de uma sociedade predominantemente católica.* Não se nega a vocação cosmopolita e pluralista de São Paulo, concretizada pela plena integração de imigrantes de todas as origens e credos, que muito contribuíram e contribuem para o desenvolvimento e a prosperidade da sociedade paulista, não só tolerante, mas largamente receptiva à diversidade cultural e religiosa. Contudo, impõe-se considerar que a identidade paulista não prescinde de suas raízes jesuítas, fundadas em 1554, na Vila de São Paulo de Piratininga, que, ao longo dos séculos, sofreu forte influência católica durante toda a sua formação. Entre separatistas radicais e culturalistas tolerantes (André Ramos Tavares), minha convicção acompanha a segunda corrente de pensamento, que prestigia valores histórico-culturais, também amparados pela Constituição, sem descuidar da liberdade religiosa. Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO FEDERAL. (grifos nossos)

Da leitura da sentença, depreende-se a opção pela defesa de um modelo de estado laico que se aproxima do modelo de gestão da relação estado-igreja, abordado na terceira parte deste trabalho.

O processo aguarda julgamento da apelação no Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Representação similar foi oferecida ao Ministério Público Estadual. O pedido foi a intervenção do *Parquet* para compelir o Presidente da Câmara Municipal de São Paulo a retirar o crucifixo existente em seu plenário. A representação foi arquivada, sendo a decisão confirmada pelo Conselho Superior do Ministério Público em 2007.

Também foram protocolados pedidos junto ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ (pedidos de providências nº 1344 - Requerido Presidente do TJCE, nº 1345 - Requerido Presidente do TJMG, nº 1346 - Requerido Presidente do TRF 4ª Região e nº 1362 - Interessado TJ Santa Catarina).

O representante do MPF sustentou que a conduta de afixar símbolos religiosos em locais públicos desrespeitava o princípio da laicidade do Estado, da liberdade de crença, da isonomia, bem como o princípio da impessoabilidade da Administração Pública e o princípio processual da imparcialidade do Poder Judiciário.

Alegou, em síntese, que quando o Estado ostenta um símbolo religioso está discriminando as demais religiões professadas no Brasil, afrontando a Constituição Federal, em especial o disposto no artigo 5º, *caput*, e inciso VI, e também o artigo 19, inciso I.

O relator, conselheiro Paulo Lobo, sugeriu aos demais integrantes do Conselho a abertura de uma consulta pública pela *internet*, durante dois meses, para aprofundar o debate sobre o assunto. A proposta, contudo, foi rejeitada.

Os pedidos foram todos julgados improcedentes nos termos do voto do Conselheiro Oscar Argollo, em decisão proferida em julho de 2007. Seguem alguns trechos:

A cultura e tradição - fundamentos de nossa evolução social - inseridas numa sociedade oferecem aos cidadãos em geral a exposição permanente de símbolos representativos, com os quais convivemos pacificamente, v.g.: o crucifixo, o escudo, a estátua, etc. [...] Entendo, com todas as vênias, que manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado - ou o Poder Judiciário - clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF, art. 19, I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional, como

é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade. Por outro lado, não há, data vênua, no ordenamento jurídico pátrio qualquer proibição para o uso de qualquer símbolo religioso em qualquer ambiente de órgão do Poder Judiciário, *sendo da tradição brasileira a ostentação eventual, sem que, com isso, se observe repúdio da sociedade, que consagra um costume ou comportamento como aceitável.* [...] Por assim ver, na medida em que não vislumbro a invocada inconstitucionalidade na prática apontada, muito menos qualquer ilegalidade, dada a ausência de norma jurídica específica em vigor, contendo obrigação de fazer ou de não fazer, considerando que o interesse público primário (a sociedade), por sua legítima representação, o Poder Legislativo, nenhuma norma jurídica expediu sobre a matéria, e assim, por entender que essa matéria não se comporta no controle exercido pelo Egrégio Conselho, sendo de competência única, exclusiva, interna e totalmente autônoma dos Tribunais de Justiça, detentores do interesse público secundário; e por considerar que a presença de um símbolo religioso, *in casu*, o crucifixo, numa dependência de qualquer órgão do Poder Judiciário não viola, agride, discrimina ou, sequer, “perturba ou tolhe os direitos e ação de outrem ou dos outros” (sic), são razões para não acolher a pretensão. (grifos nossos).

O entendimento do CNJ, portanto, foi no sentido de que os crucifixos são muito mais símbolos culturais e tradicionais do que representantes de uma religião específica.

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), entre outros, têm crucifixos expostos em seus plenários.

Em fevereiro de 2009, o presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro determinou a retirada dos crucifixos da corte e desativou a capela existente.

Em março de 2012, o Conselho Estadual de Magistratura do Rio Grande do Sul, órgão administrativo do poder judiciário estadual, acolheu pedido formulado por associação civil, e determinou a retirada dos crucifixos das salas de audiências e demais dependências dos prédios judiciais. A decisão foi unânime e partiu da interpretação de que, sendo a República Federativa do Brasil um estado laico por força da Constituição (artigo 19), não poderia, em nenhuma dimensão de sua estrutura, privilegiar manifestação religiosa específica ou, inclusive, genérica, porquanto também os ateus precisam ser respeitados.

Ainda não houve manifestação do STF sobre o assunto, embora o Ministro Celso de Mello já tenha se manifestado favoravelmente à decisão do TJRS³. Seguem alguns dos argumentos apresentados:

3 Artigo publicado no site Consultor Jurídico em 10/03/12: “O Estado laico e os crucifixos na Justiça gratuita”.

A laicidade do Estado brasileiro reveste-se de natureza eminentemente constitucional e traduz natural consequência da separação institucional entre Igreja e Estado.

O caráter laico da República atua, nesse contexto, como pressuposto essencial e necessário ao pleno exercício da liberdade de religião, que assegura a qualquer pessoa, dentre as diversas projeções jurídicas que dela resultam, o direito de professar ou de simplesmente não professar qualquer fé religiosa!

É por isso que o *direito de ser ateu* (como, também, o direito de ser adepto de qualquer corrente religiosa) *qualifica-se como direito fundamental*, cujo exercício se mostra insuscetível de ser obstruído ou embaraçado por autoridades e agentes estatais.

[...]

O Estado laico (que não se confunde com o Estado ateu, este, sim, de índole confessional) não tem (nem pode ter) aversão ou preconceito em matéria religiosa, tanto quanto não se acha constitucionalmente legitimado a demonstrar preferência por qualquer denominação confessional, ao contrário do Estado monárquico brasileiro, cuja Carta Política (1824) consagrava o catolicismo como religião oficial do Império!

Parece-me justificável, desse modo, a resolução tomada pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul. *Nem hostilidade oficial a qualquer religião nem ostentação, nos edifícios do Fórum* (que são espaços de atuação do Poder Público), de quaisquer símbolos religiosos, como o crucifixo, a estrela de David ou o crescente islâmico! (grifos nossos)

Por fim, é importante também citar o Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos. Esse Decreto incluiu como ação programática, relacionada ao objetivo estratégico “respeito às diferentes crenças, liberdade de culto e garantia da laicidade do Estado”, a de “desenvolver mecanismos para impedir a ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos da União” (Anexo, Diretriz 10, Objetivo estratégico VI, Ação programática ‘c’). Tal dispositivo, contudo, foi revogado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010.

O que se percebe, portanto, é que a polêmica está longe de ter chegado ao fim.

6 CONCLUSÃO

Embora tanto a Itália quanto o Brasil sejam estados laicos, há discussão na doutrina e jurisprudência acerca do conceito de laicidade adotado nos dois países.

É inegável a enorme influência histórica da religião Católica nos dois países, mas principalmente na Itália, onde o estado laico foi reconhecido apenas em 1978.

Na Itália, à época do julgamento do caso Lautsi pela Corte europeia, pesquisas apontaram o apoio da população em relação à manutenção dos crucifixos nas escolas públicas.

No Brasil, o relator do processo no CNJ que tratou da questão chegou a sugerir a realização de uma consulta pública, mas a proposta não foi acolhida.

É fato que a religião católica possui enorme importância histórica e cultural no Brasil. Tal fato não justifica, contudo, a manutenção dos crucifixos em órgãos públicos.

O Brasil é um estado laico e a nossa Constituição assegura a liberdade de crença e de religião (art. 5º VI). O Estado deve garantir que todas as religiões tenham liberdade para exercer seus cultos, tenham seus templos, igrejas e terreiros e ostentem seus símbolos. Mas é preciso também respeitar o direito daqueles que não tem religião.

Conforme sustentou o Ministro Celso de Mello⁴, “o direito de ser ateu qualifica-se como direito fundamental” e o estado laico não pode, sob pena de afronta à Constituição, demonstrar preferência por uma religião, ainda que seja a religião historicamente mais importante do País.

Vale lembrar, também, que a Igreja Católica é parte interessada em várias polêmicas judiciais, como as pesquisas com célula-tronco e o aborto.

⁴ MELLO, op cit.

REFERÊNCIAS

- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. São Paulo: EDUSP, 1998.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; NOBRE, Milton Augusto de Brito. *O Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. São Paulo: LTR, 2011.
- MELLO, José Celso de. *O Estado laico e os crucifixos na Justiça gaúcha*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-10/estado-laico-crucifixos-justica-rio-grande-sul>>.
- MONTES, Maria Lucia. *As Figuras do Sagrado. Entre o público e privado na religiosidade brasileira*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: RT, 2009.
- SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *A liberdade de organização religiosa e o estado laico brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007.
- _____. O modelo de laicidade estatal na Constituição brasileira e sua repercussão na hermenêutica do direito fundamental à liberdade religiosa. In: ZAVASKI, Liane Tabarelli. *Diálogos Constitucionais de Direito Público e Privado*: Livraria do Advogado, 2011.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova: CEDAM, 2011.
- _____. <<http://impegno-laico.blogspot.com.br/2011/05/nella-contraccezione-litalia-e-piu.html>>.
- TANZARELLA, Palmira; WITTE JR, John. *Il caso Lautsi c. Italia in tema di simboli religiosi*. In: CARTABIA, Marta (Org). *Dieci casi sui diritti in Europa*. Bologna: Il Mulino Itinerari, 2011. p. 79-94



REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO. UMA BREVE
COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS
DO COMMON LAW E CIVIL LAW. AS HIPÓTESES
DE ABUSO DE DIREITO NO ORDENAMENTO
COMUNITÁRIO EUROPEU. ABORDAGEM DO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

*ABUSE OF RIGHTS. A BRIEF COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN
THE CONCEPTIONS OF ABUSE OF RIGHTS IN COMMON LAW AND
CIVIL LAW. A BRIEF VIEW OF THE BRAZILIAN LAW*

André Luiz Alves Ligeiro

Procurador da Fazenda Nacional em Ribeirão Preto (SP)

Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito comparado; 2 A oposição entre os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*; 3 A repressão ao abuso de direito; 4 A repressão do abuso de direito no âmbito dos sistemas jurídicos caracterizados no *civil law*; 5 O tratamento do abuso de direito no sistema jurídico definido pelo *common law*; 6 O abuso de direito no ordenamento jurídico comunitário europeu; 7 A repressão ao abuso de direito no ordenamento jurídico brasileiro; 8 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo leva em consideração que o direito está em constante evolução para acompanhar as mudanças sociais, de costumes e econômicas em determinado país ou em determinado grupo de países. O estudo do direito comparado permite a difusão de regras jurídicas entre os países. Apesar da tendência de surgimento de sistemas jurídicos mistos, persiste a oposição entre common law e civil law. Foi realizada uma avaliação sobre como esses dois principais sistemas jurídicos definem o abuso de direito. Também é realizada uma análise do tratamento do abuso de direito no ordenamento comunitário europeu. Ao final, é mostrado um quadro atual do ordenamento jurídico brasileiro com relação ao abuso de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Abuso de Direito. Definição *Civil Law*. Common Law. Direito Comparado. Comparação Jurídica. Direito Comunitário Europeu. Ordenamento Jurídico Brasileiro.

ABSTRACT: This article takes into account that the law is constantly evolving to keep up with social change, customs and economic conditions in a particular country or a particular group of countries. The study of comparative law allows the dissemination of legal rules across countries. Despite the trend of emergence of mixed legal systems, there is the opposition between common law and civil law. An evaluation was performed on these two major legal systems define the abuse of rights. It is also an analysis of the treatment of abuse of rights in European Community law. At the end, is shown a picture of the current Brazilian law regarding abuse of rights.

KEYWORDS: Abuse of Rights. Conceptions. Civil Law. Common Law. Comparative Law. European Comunitary Law. Brazilian Law.

INTRODUÇÃO

A convivência humana vem se tornando mais complexa.

Conseqüentemente, o direito está em constante mutação influenciado por aspectos culturais, políticos, sociais, econômicos, éticos, religiosos etc.

Surgiu a necessidade de melhor avaliar as situações nas quais o titular de um direito poderá exercê-lo sem acarretar prejuízo ou dano a outrem, ou seja, sem que o exercício de um direito extrapole os limites impostos pela sociedade em constante evolução ou os limites estabelecidos pelo legislador.

Em outras palavras, está cada vez mais freqüente a necessidade de apurar os limites da autonomia privada em várias situações e em distintos ramos do direito, como o direito de propriedade, a autonomia contratual, a liberdade de expressão, a liberdade econômica e a livre iniciativa.

O Direito é um instrumento destinado a regular a vida em sociedade e para que esse instrumento possa ser utilizado de forma eficaz e prática deve ser amoldado à realidade social em que aplicado ou utilizado.

A respeito da praticabilidade do Direito, Alfredo Augusto Becker¹ ensina:

O direito positivo não se mantém em estado de “ideal descarnado”, pois o direito positivo só existe referindo-se à realidade social. A regra jurídica nasce da oportunidade de conflitos e situações sociais em que o Estado quer intervir. A regra jurídica deve ser, construída, não para um mundo ideal mas para agir sobre a realidade social. Não se pode conceber outro direito positivo a não ser aquele destinado para este mundo onde nós vivemos.

[...]

O direito positivo foi elaborado para este mundo habitado pelo Homem [...]

Esta visão do direito positivo não resulta da maldade ou deficiência dos legisladores; foi a maldade e deficiência dos homens que tornou necessário criar o direito positivo. O esquecimento deste simples fato conduz a erros teóricos e práticos muito graves.

1 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 72-73.

Com efeito, deste esquecimento resultará um direito positivo destinado exclusivamente a uma sociedade formada por indivíduos Santos e Geniais ou onde, ao menos aqueles incumbidos de interpretá-lo e defender a sua eficácia, reúnam estas duas virtudes integrais.

Ora, quando os homens, em sua maioria, forem Geniais e Santos, todo o direito positivo não terá mais razão de existir.

Por isto, esta Teoria Geral do Direito Tributário não se destina àqueles raros e privilegiados indivíduos que já atingiram o grau de Santidade ou Genialidade, mas ao homem que – como nós mesmos – ainda participa das servidões e grandezas da condição humana.

No cenário mundial é nítida a maior aproximação entre os países do ponto de vista cultural, social e, principalmente econômico, o que leva à celebração de tratados ou acordos internacionais tendentes à formação de grupos de nações visando a facilitar a circulação de bens e pessoas.

Assim, ganha força o direito comunitário, embora ainda seja perceptível a dicotomia existente entre os sistemas jurídicos do civil law e de outro lado o chamado common law.

É evidente o esforço dos países da atual União Européia na busca de uma aproximação dos respectivos sistemas jurídicos, considerando, principalmente, a existência de uma corte de justiça supranacional, a Corte de Justiça da União Européia.

Dessa forma, surge a necessidade de estudar como determinados institutos ou conceitos jurídicos, como é o caso do abuso de direito, são tratados no ordenamento jurídico de diversos países, bem como a possível dificuldade de sua assimilação em decorrência da existência desses dois principais sistemas jurídicos.

1 O DIREITO COMPARADO

O estudo comparativo de sistemas jurídicos proporciona a visualização não apenas as diferenças, mas especialmente das semelhanças existentes entre normas jurídicas elaboradas por diferentes grupos humanos ou, mais especificamente, entre os países.

Um mesmo instituto jurídico pode apresentar-se de maneira diferente nos ordenamentos jurídicos de variados países. Sendo assim, a apuração de semelhanças e distinções entre diferentes ordenamentos jurídicos permite o aprimoramento da formação do jurista e possibilita a revisão legislativa do direito nacional por meio da adoção de determinado instituto jurídico que existia apenas no ordenamento estrangeiro.

É inegável a influência de um ordenamento jurídico de um determinado país sobre o ordenamento jurídico de outro.

Così, ad esempio, il diritto italiano legale dal 1865 al 1930 era derivato da modelli francesi, ma la dottrina giuridica italiana dal 1900 in poi era largamente influenzata dalla scienza tedesca (di cui la presenza delle parole negozio giuridico, fattispecie, ecc., nel linguaggio del giurista italiano, nonostante l'estraneità de questi termini al linguaggio legislativo). Um idêntico fenômeno se è verificato anche in altri importanti paesi del mondo².

A comparação entre ordenamentos jurídicos permite a escolha do modelo jurídico mais apropriado para determinado país, principalmente em decorrência de aspectos culturais, históricos e políticos.

O direito comparado também assume papel importantíssimo na construção do direito comunitário, como exemplo o Direito da Comunidade Européia.

É importante levar em consideração que o comparatista muitas vezes se debruça sobre o estudo de um sistema jurídico cujas normas foram elaboradas em idioma que não é o seu, o que torna difícil a comparação, pois frequentemente uma palavra não encontra vocábulo equivalente em outro idioma. Pode ocorrer, também, que uma palavra exista em diferentes idiomas, mas com significados distintos.

Até mesmo se a comparação abrange ordenamentos jurídicos de países que falam a mesma língua poderá haver vocábulos jurídicos diferentes, contudo indicando institutos jurídicos semelhantes.

Per affrontare i problemi che tutto ciò pone, bisognerà tener presente che il vocabolo giuridico appartiene contemporaneamente sia ad un sistema linguistico sia ad um sistema giuridico che si esprime con parole sue proprie.

Tenendo presente questo dato, possiamo comprendere come paesi che parlano la stessa língua possano avere vocaboli giuridici differenti. Così, ad esempio, il francese e l'italiano utilizzati per verbalizzare il diritto svizzero usano il termine *possession*, *posse* per indicare il potere de fatto sulla cosa scompagnato dall'intento de considerarsi proprietario, mentre in Francia e in Itália questo potere viene chiamato, per lo più, *détention* e *detenzione*³.

² GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3. ed. Torino: UTET Giuridica, 2008. p. 24.

³ *Ibidem*, p. 8

Para resolver essas dificuldades de ordem lingüística, o comparatista utiliza a tradução necessária ao jurista não somente no estudo do direito comparado, mas também, por exemplo, no direito internacional para elaboração de tratados internacionais celebrados em múltiplos idiomas conforme os países signatários ou na formação do direito comunitário.

Entretanto, mesmo a tradução de termos ou vocábulos jurídicos pode acarretar dificuldades ao comparatista.

La parola francese *contrat* fa pensare alla parola inglese *contract*, e molte volte si potrà tradurre un vocabolo con l'altro, senza inconveniente maggiori. Però, in Inghilterra non se chiamano *contracts* gli accordi di tipo liberale (cioè le donazioni), e non si chiamano *contracts* gli accordi volti a operare il trasferimento di una proprietà. Il concetto di *contrat* non corrisponde dunque al concetto de *contract*. E non esiste in inglese un vocabolo che corrisponda pienamente a *contrat*, nè esiste in francese un vocabolo che corrisponda pienamente a *contract*⁴.

Na solução de problemas relacionados à tradução, o jurista utiliza critérios como o da correspondência conceitual, pois:

Talora un reticolato di vocaboli, più o meno ampio e dotato de coerenza, viene introdotto in una lingua per inserirvi un reticolato concettuale proveniente da una cultura che si esprime in un'altra lingua. La uniformità concettuale è allora assicurata. Il giurista del rinascimento si esprimeva in latino. Quando si formarono le lingue giuridiche francese, tedesca, italiana, neerlandese, spagnola, ecc., ognuna di queste versioni assegnò a vocaboli scelti a questo fine il compito di tradurre le corrispondenti espressioni latine, e questa circostanza assicurò l'omogeneità dei termini appartenenti alle varie lingue⁵.

Em determinadas circunstâncias, o estudioso do direito comparado poderá utilizar o neologismo para trazer para o seu idioma vocábulos jurídicos encontrados na língua do ordenamento jurídico estudado.

Realizando a comparação, o jurista tende a agrupar os diversos sistemas jurídicos conforme suas semelhanças.

4 GAMBARO; SACCO, op. cit., p. 9.

5 Ibid., p. 10.

Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco, citando R. David, mencionam os sistemas romano-germânicos que se desenvolveram no continente europeu, os sistemas socialistas existentes na antiga União Soviética que acabou difundido para alguns países europeus e asiáticos como China e Vietinã, o sistema do common law originariamente inglês mas espalhado por antigas colônias inglesas como Estados Unidos, Canadá, Índia, Austrália, Nova Zelândia e alguns países africanos.

Por outro lado, independentemente dos sistemas jurídicos que estão sendo comparados, constata-se que o direito está em constante mutação influenciado por aspectos culturais, políticos, sociais, econômicos, valores éticos ou religiosos etc.

A vida em sociedade está em constante mutação, o que implica em ajustes na aplicação da regra jurídica tributária, sobre o que Alfredo Augusto Becker discorre de forma brilhante⁶:

A vida social é complexíssima. O ideal seria adaptar o direito a esta matéria diversa, de um tal modo que cada caso de cada espécie poderia encontrar sua solução específica previamente preparada e perfeitamente adequada aos caracteres próprios e únicos do caso individual. Mas não existe autoridade pública, nem mesmo inteligência humana, capaz de prever e resolver o número infinito de casos gerados pela fecundidade da vida social.

O legislador, dando preferência a um ou outro elemento, não exclui a possibilidade de soluções de equilíbrio, dosando (o legislador; não o juiz) o sacrifício segundo as contingências, segundo o tempo e o lugar.

A regra jurídica é o instrumento para obter-se a solução que o legislador impõe ao problema prático gerado pelo conflito de interesses de diversas categorias, socialmente relevantes, porém de múltiplas categorias.

[...]

A construção da regra jurídica importará sempre em maior ou menor deformação e transfiguração do fenômeno real, gerando conseqüentemente uma tensão entre a regra jurídica (“construído”) e a realidade social (“dado”). A natureza essencial do direito positivo é ser instrumento; como instrumento deverá ser praticável; sem aquela maior ou menor (conforme o caso) deformação e transfiguração

6 BECKER, op. cit., p. 77-79.

do fenômeno real (“dado”), a regra jurídica (“construído”) será impraticável e conseqüentemente não será regra jurídica. A regra jurídica é o instrumento para resolver um problema deste mundo que, num determinado tempo e lugar, salta à frente do legislador, pedindo uma solução mediante um instrumento praticável. Toda e qualquer regra jurídica nunca é a simples consagração ou “canonização” de uma diretriz fornecida pelas ciências pré-jurídicas, porém é sempre o resultado de uma escolha premeditada, de um equilíbrio e de uma verdadeira construção.

Por outro lado, a mutação do direito ocorre também pelo que Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco chamam de difusão (*diffusione*) de normas de um determinado sistema jurídico de um certo país sobre o sistema jurídico de outro e citam como exemplos: “*Il diritto romano si è diffuso in Germania, modelli francesi si sono diffusi in Italia, in Russia, in Africa, modelli inglesi si sono diffusi in America*”⁷.

Segundo esses renomados comparatistas, o fenômeno da difusão decorre da imitação, que pode ser espontânea ou imposta, como no caso de uma conquista militar ou dominação política de um país por outro.

Essa difusão de regras jurídicas leva à uniformização do direito entre os países, o que pode ser considerado benéfico no sentido de facilitar, por exemplo, o comércio internacional, o trânsito de pessoas, a alienação ou aquisição de bens, o ingresso de pessoas no mercado de trabalho, etc.

2 A OPOSIÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Considerando que a comparação entre sistemas jurídicos leva ao agrupamento desses sistemas conforme suas afinidades ou semelhanças, o estudo do direito comparado abrange dois principais grupos (ou tradições jurídicas – *tradizioni giuridiche* na definição de Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco) denominados *common law* e *civil law*.

Assim, a comparação jurídica abrange constantemente a oposição entre esses dois principais sistemas jurídicos.

O primeiro surgiu na Inglaterra e espalhou-se pelas antigas colônias inglesas, Canadá – exceto Quebec – Austrália, Estados Unidos,

7 GAMBARO; SACCO, op. cit., p. 27.

Nova Zelândia, entre outros países que sofreram influência inglesa ainda que em menor período de tempo.

Por sua vez, o civil law deriva do direito romano praticado na Europa continental, tendo sofrido mutações ao longo da história, alcançou países da América Latina e outros que aproveitaram esse modelo, como Turquia e Japão.

O direito comparado aponta certas diferenças entre os mencionados sistemas jurídicos. O civil law seria um sistema de direito codificado e escrito, enquanto o common law seria consuetudinário e não escrito.

Todavia, conforme bem esclarecem Antonio Gambaro e Rodolfo Sacco, atualmente essas diferenças entre os dois principais sistemas jurídicos não são mais perceptíveis. A lei em sentido formal não é a única fonte do direito e o código civil não é considerado o alicerce do sistema de civil law. Com relação aos sistemas amparados no common law as regras jurídicas derivam também da legislação elaborada pelo parlamento não se podendo caracterizá-los como estritamente de direito consuetudinário. Além disso, e tendo como exemplo a Corte de Cassação (Cassazione) francesa, os precedentes jurisprudenciais vinculantes adquirem cada vez mais destaque em sistemas fundamentados no civil law.

Concluem esses dois renomados comparatistas que atualmente existem sistemas jurídicos mistos, que possuem características oriundas tanto do civil law quanto do common law. Isso decorre da constitucionalização (constituzionalizzazione) dos ordenamentos jurídicos de muitos países europeus – Portugal, Austria, Itália, Alemanha, Espanha –, que permitiu o controle de constitucionalidade das normas jurídicas realizado por Cortes Constitucionais conforme princípios jurídicos e valores expostos na Constituição, tais como a democracia representativa, a igualdade, a liberdade de expressão, o Estado laico, a proteção do meio ambiente, os direitos das mulheres etc, aos quais está sujeito o exercício do poder legislativo infraconstitucional. A constatação de que esses princípios jurídicos e valores são muito semelhantes na maioria dos países, aproxima os sistemas de civil law e common law, perdendo importância as diferenças entre eles.

Dessa forma, é reconhecida a existência de uma tradição jurídica ocidental sendo que “concettualmente si definisce una tradizione giuridica l’insieme dei modi di pensare, applicare, insegnare il diritto, che siano storicamente condizionati e profondamente radicati nella mentalità giuridica”.

3 A REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO

Antes de prosseguir, é necessário apresentar uma definição de abuso de direito.

“Le droit cesse où l’abus commence” ou “il diritto cessa dove comincia l’abuso”⁸.

O abuso de direito pode ser definido como o desvio de finalidade no exercício de um direito subjetivo previsto em lei ou contrato. Ou seja, o abuso de um determinado direito consiste em extrapolar a finalidade para a qual esse direito foi assegurado, bem como exercitar o direito com finalidade totalmente diversa daquela que levou o legislador a estabelecê-lo. Esse desvio de finalidade na realização do direito subjetivo consistirá em ato ilícito e acarretará o dever de indenizar os danos que forem causados.

Maria Helena Diniz⁹, utilizando o conceito de Antunes Varela, define abuso de direito como “o mau exercício dos direitos subjetivos” e mostra que, de uma forma geral, a doutrina aponta três critérios caracterizadores de atos abusivos:

- a) intenção de lesar outrem, ou seja, no exercício de um direito com o intuito exclusivo de prejudicar, que deverá ser provado por quem o alega; b) a ausência de interesse sério e legítimo; c) o exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social.

[...]

Vicenzo Liprino expõe resumidamente as distinções entre abuso de direito e outras figuras, como: fraude à lei, abuso de formas jurídicas e simulação. Em comparação à simulação, enquanto esta cria uma aparência para ocultar uma situação diferente ou mesmo inexistente, o abuso de direito implica na prática de um ato real (exercício do direito pelo seu titular) com resultado real e efetivo contrário ao ordenamento jurídico. Enquanto o abuso de direito pode ser caracterizado como comportamento (exercício de um direito) com finalidade de causar dano ou prejuízo a outrem, a fraude à lei proporciona uma vantagem ao agente e por reflexo, mas sem que seja a intenção principal, causa dano a outro.

8 PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris, p. 337, 1949. Citado por LOSURDO, Federico. *Il divieto dell’abuso del diritto nell’ordinamento europeo* – Storia e giurisprudenza. 1. ed. Torino. G. Giappichelli, 2011. p. 1.

9 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* 7º v. Responsabilidade civil. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 478-479.

A caracterização do abuso de direito é muito mais genérica e ampla que o abuso de formas jurídicas.

4 A REPRESSÃO DO ABUSO DE DIREITO NO ÂMBITO DOS SISTEMAS JURÍDICOS CARACTERIZADOS NO CIVIL LAW

Estudo realizado por Federico Losurdo¹⁰ mostra que a proibição do abuso de direito foi codificada nos ordenamentos jurídicos da Alemanha e da Suíça nos primeiros anos de 1900; na Grécia nos anos quarenta; em Portugal e Espanha nos anos setenta; na Holanda nos anos noventa. Nos países em que não há previsão expressa por meio de codificação, como França, Bélgica e Itália, a proibição do abuso de direito é aceita como princípio não escrito¹¹.

Porém, Vincenzo Liprino¹² entende que parte da doutrina italiana rejeita a existência de uma figura ou conceito geral de abuso de direito sob o argumento de que o legislador cuidou de estabelecer situações ou hipóteses específicas, como:

Il dovere di correttezza previsto dal citato art. 1175 c.c.; il dovere di buona fede che trova applicazione durante tutto l'iter che porta alla conclusione del contratto, dalle trattative (art. 1337 c.c.), alla pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), all'interpretazione (art. 1366 c.c.) fino all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.); la non contrarietà all'ordine pubblico e al buon costume. In particolare si sottolinea che dire ad un soggetto di non comportarsi abusivamente, dato che la doppia negazione afferma, equivale a dirgli di comportarsi secondo correttezza, buona fede e pù in generale nel rispetto dei principi che il legislatore ha posto. In dottrina si evidenzia ancora che il riferimento all'abuso di diritto può avere una sua utilità a livello linguistico-espressivo per indicare l'accresciuto peso del controllo giurisdizionale sull'operato dei privati, ma ben difficilmente può avere una qualche utilità pratica: da ciò consegue che appare preferibile il ricorso alle figure positivizzate sopra citate.

La giurisprudenza italiana sembrava assumere una posizione negativa circa la configurabilità dell'abuso, almeno fino alla svolta in

10 LOSURDO, Federico. *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*. 1. ed. Torino: G. Giappichelli, 2011. p. 26.

11 LOSURDO, op. cit., p. 26-27.

12 LIPRINO, Vincenzo. *L'abuso di diritto nell'esperienza tributaria francese ed italiana*. Bologna: Alma Mater Studiorum-Università di Bologna, 2009. p. 9-11. (Dissertação, doutorado em Direito Tributário Europeu).

ambito fiscale. Invero i casi in cui i giudici hanno fatto applicazione dell'abuso sono rarissimi. Il più noto e tendenzialmente rimasto isolato risale forse agli anni '60: la Corte di Cassazione há stabilito che il mancato esercizio di um diritto può costituire um abuso là dove dia luogo all'inosservanza di norme de condotta previste a tutela di diritti altrui. [...]

[...]

Negli altri casi in cui richiama la figura dell'abuso, la giurisprudenza lo fa congiuntamente ad altre clausole generali che, a differenza della prima, trovano un espresso riconoscimento nell codice, como correttezza e buona fede e non ne trae alcuna conseguenza quanto alla soluzione del caso concreto, sicché tale riferimento rimane un mero obiter dictum”.

Também no relato de Federido Losurdo, na Europa, as codificações francesa e austríaca de 1804 e 1811, respectivamente, excluíram a proibição de abuso de direito de seus ordenamentos jurídicos, sendo que o instituto somente reapareceu em 1900 na Alemanha¹³.

Na codificação Alemã, a proibição do abuso de direito foi estabelecida em duas hipóteses previstas nos parágrafos 226 e 242 do BGB: a primeira estabeleceu que “l'esercizio del diritto è inammissibile se può avere soltanto no scopo de provocare danni ad altri” mas teve escassa aplicação, pois a doutrina optou pela aplicação do princípio da boa-fé (do § 242 do BGB) evitando ter de avaliar o critério subjetivo do animus nocendi; a segunda hipótese (do § 242 do BGB) tem o parâmetro objetivo da conformidade do comportamento segundo a boa-fé, mas tendo a proibição do abuso de direito como meio de controle do exercício do direito subjetivo¹⁴.

O estudioso italiano destaca a previsão da proibição do abuso de direito no Código Civil da Suíça, de 1907, o qual estabelece que “ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'essercizio dei propri diritti come nell'adempimento degli obblighi. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge”¹⁵.

A detalhada pesquisa de Federico Losurdo aponta a semelhança entre o Código Civil greco, de 1946 e o espanhol, este de 1974. O primeiro estabelece que “l'esercizio di um diritto è vietato qualora

13 LOSURDO, op. cit., p. 27-28.

14 LOSURDO, op. cit., p. 27-28.

15 LOSURDO, op. cit., p. 29.

ecceda manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume e dalla finalità socioeconomica del diritto”. O outro prevê que “i diritti devono essere esercitati in conformità alle esigenze della buona fede. La legge non protegge l’abuso del diritto o l’esercizio antisociale dello stesso”. Portanto, em ambos os códigos houve a previsão de que o exercício de um direito deve atender a uma finalidade socio-econômica¹⁶.

Federico Losurdo mostra que a proibição do abuso de direito consta inclusive no ordenamento jurídico de países socialistas do leste europeu e da União Soviética, todavia com características políticas e sociológicas perceptíveis na previsão de que o exercício de um direito deve atender a uma finalidade econômico-social. Foi o que ocorreu nos Códigos Civis da Polônia, da Hungria, da antiga Tchecoslováquia. O Código Civil da União Soviética, de 1923, contém a seguinte previsão: “i diritti civili sono protetti dalla legge, salvo nei casi in cui essi sono esercitati in un senso contrastante com la loro funzione economica e sociale”. Inclusive, mesmo tendo ocorrido mudanças nos regimes políticos de alguns desses países, a proibição do abuso de direito foi mantida nos respectivos ordenamentos jurídicos¹⁷.

Vicenzo Liprino¹⁸ menciona, em síntese, que na Itália e na Áustria o abuso de direito é reconhecido se houver intenção de prejudicar ou causar dano; que Alemanha, Suíça, Grécia, Portugal e Espanha utilizam um conceito objetivo bastante próximo do conceito de ato ilícito; que na França e na Bélgica para caracterizar o abuso de direito às vezes exigem a intenção de causar dano ou que o sujeito do direito tivesse, na mesma circunstância, um comportamento diverso.

O artigo 833 do Código Civil italiano é visto pela doutrina daquele país como a comprovação de que em seu ordenamento jurídico existe uma previsão geral de hipótese caracterizadora do abuso de direito decorrente do exercício do direito apenas com a finalidade de prejudicar ao outro¹⁹, sendo definido o ato emulativo da seguinte forma:

Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

(o proprietário não pode praticar atos que não tenham outra finalidade senão a de prejudicar ou molestar aos outros).

16 LOSURDO, op. cit., p. 29-30.

17 LOSURDO, op. cit., p. 31-33.

18 LIPRINO, op. cit., p. 5, 2009.

19 LIPRINO, op. cit., p. 15.

O mesmo estudioso aponta que no âmbito da definição do abuso de direito como desvio de sua finalidade social, a Constituição da República Italiana contém o art. 42 sobre a função social da propriedade, bem como os artigos 2º e 3º da mesma Constituição²⁰.

5 O TRATAMENTO DO ABUSO DE DIREITO NO SISTEMA JURÍDICO DEFINIDO PELO COMMON LAW

A proibição do abuso de direito também está presente no ordenamento jurídico inglês, atualmente.

Entretanto, a noção de abuso de direito era tradicionalmente rejeitada no direito inglês, pois não se admitia a idéia de investigação da eventual malícia do titular do direito, bem como havia o receio de que não fosse garantido o direito de propriedade e, principalmente, a liberdade contratual.

Embora não admitida na esfera do direito de propriedade, a proibição do abuso de direito no direito inglês acabou aceita no âmbito da responsabilidade civil por meio da figura do *tort of nuisance*, segundo a qual o proprietário que causar dano ao vizinho em decorrência do uso *irragionevole* (absurdo, infundado, excessivo, exagerado, exorbitante) da propriedade deverá indenizá-lo. Por outro lado, não se pode dizer que existe no direito inglês um princípio geral de proibição do abuso de atos emulativos.

6 O ABUSO DE DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO COMUNITÁRIO EUROPEU

Tendo em vista a oposição entre sistemas jurídicos do common law e civil law e, conseqüentemente, suas distintas concepções sobre abuso de direito (não obstante a mencionada aproximação entre esses dois principais sistemas e o surgimento de sistemas jurídicos mistos), torna-se interessante avaliar de que forma o direito comunitário europeu trata ou define os atos abusivos.

O direito comunitário surge da necessidade de maior integração e cooperação entre os países e tem como principal fonte os tratados internacionais.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDU –, de 1950, prevê em seu art. 17:

²⁰ LIPRINO, op. cit., p. 21.

Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione.

Importante mencionar as disposições da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que em seus artigos 17 e 54 estabelece, respectivamente²¹:

Diritto di proprietà

1. Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale.

Divieto dell'abuso di diritto

Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta.

Além das disposições contidas nas convenções de direitos fundamentais, pode-se encontrar previsão de situações consideradas como exercício abusivo de direito nas Diretivas, como, por exemplo, a de nº 38/04/CE, do Parlamento e Conselho europeus, relativa ao direito de circulação e permanência nos Estados-Membros:

Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto convertito dalla presente direttiva, in caso de abuso de diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio. Qualsiasi misura de questo tipo è proporzionata ed è soggetta alle garanzie procedurali previste agli artt. 30 e 31.

²¹ Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, 18.12.2000, p. C 364/1

Segundo Federido Losurdo²², a jurisprudência comunitária europeia tem se formado sobre a proibição ao abuso de direito comunitário em três situações básicas: a) contornar normas estatais por meio do uso artificial de prerrogativas concedidas pelo ordenamento jurídico comunitário; b) fraude ao direito comunitário, que se verificaria nos casos de elaborações fictícia de condições estabelecidas em norma comunitária; c) abuso de direito comunitário, em sentido estrito, pelo exercício de um direito fundado em disposição comunitária em desconformidade com sua finalidade. Ainda de acordo com o estudioso italiano, a Corte de Justiça Europeia tende a utilizar quase como sinônimos os termos abuso (“abuse”), fraude (“fraud”), elisão (“circumvention”) e a costruzione di puro artificio (“artificial arrangement”); em muitos casos um cidadão ou empresa exercita a liberdade de circulação ou uma prerrogativa comunitária para contornar de forma imoral uma norma interna de um Estado-membro; a apuração da hipótese de abusividade ocorre segundo critérios objetivos e teleológicos, bem como segundo a vontade ou intenção do agente.

7 A REPRESSÃO AO ABUSO DE DIREITO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Código Civil brasileiro de 2002 contém regra que admite a existência de atos abusivos da seguinte maneira:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Antes, não havia no direito brasileiro uma norma expressa que rejeitasse ou admitisse a possibilidade de tais atos.

Entretanto, Maria Helena Diniz²³ não deixou de perceber no Código Civil anterior, de 1916, certas regras implícitas destinadas a impedir o mau exercício de um direito, tais como as previstas nos artigos 554, 564, 1.530, 1.531, tendo indicado que:

Todavia, há no ordenamento jurídico brasileiro normas que, implicitamente, são contrárias ao exercício anormal de certos direitos.

O art. 100 do Código Civil, ao prescrever que “não se considera coação a

²² LOSURDO, op. cit., p. 135.

²³ DINIZ, op. cit., p. 476-477.

ameaça do exercício normal de um direito...”, está considerando como coação a ameaça do exercício anormal de um direito, para extorquir de alguém uma declaração de vontade, logo, com maior razão está reprovando o efetivo exercício anormal desse direito. No art. 160, ao arrolar as causas excludentes da ilicitude, dispõe, dentre outros, que “não constituem atos ilícitos... os praticados... no exercício regular de um direito reconhecido”, de forma que a contrario sensu serão atos ilícitos os praticados no exercício irregular de qualquer direito.

Mesmo anteriormente ao advento do atual Código Civil de 2002, a Constituição Federal, de 1988, já estabelecia que a propriedade deveria atender a uma função social (art. 170) e que a República Federativa do Brasil tem entre seus objetivos fundamentais a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inciso I) tendo como fundamentos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, inciso IV), o que mostra que poderia ser considerado abusivo o exercício de um direito com afronta ao seu fim social.

Aliás, não obstante a existência de uma regra geral atualmente prevista no mencionado art. 187 do Código Civil, esse mesmo diploma legal veicula norma especial, como a prevista em seu art. 50, que prevê a caracterização do abuso de direito na formação de pessoas jurídicas e, também, por exemplo, as regras dos artigos 421, 422 e 1.277, do mesmo Código.

No ordenamento jurídico brasileiro, não apenas no Código Civil são encontradas regras destinadas a coibir o abuso de direito, como são exemplos o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional e art. 18 da Lei nº 8.884/1994.

8 CONCLUSÃO

A contrariedade ao abuso de direito ou ao menos o reconhecimento da existência de hipóteses de exercício de um direito de maneira abusiva, difundiu-se de forma codificada por diversos ordenamentos jurídicos da Europa que adotam sistemas jurídicos com índole de civil law, alcançando inclusive o Brasil.

Por outro lado, no direito inglês, qualificado como sistema jurídico integrante do common law, não há um princípio geral tendente a coibir atos abusivos ou emulativos, muito menos uma previsão codificada dos atos assim considerados. Apesar disso, o abuso de direito encontrou obstáculo no ordenamento jurídico inglês por meio da responsabilidade civil decorrente do mau exercício do direito.

Os critérios ou aspectos caracterizadores dos atos considerados abusivos são bastante semelhantes nos diversos ordenamentos jurídicos, abrangendo a intenção única de causar dano a outrem, a afronta à finalidade econômico-social do direito exercido; a ausência de um fim específico e sério (que não apenas o de causar dano a outrem); a ofensa aos bons costumes e à boa-fé.

A definição dos atos abusivos ou emulativos não parece encontrar obstáculo decorrente das diferenças idiomáticas ou de tradução. Aliás, “a compreensão inicial do abuso de direito não se situa, nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supra legal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana”²⁴.

Da mesma forma, a dicotomia entre os principais sistemas jurídicos não causa dificuldade ao reconhecimento dos atos que impliquem em exercício abusivo do direito, pois as definições das hipóteses em que se considera ocorrido o abuso são muito próximas em ambos os sistemas do common law e do civil law.

Ao contrário do ordenamento jurídico italiano, no Brasil o Código Civil veicula uma norma geral para reconhecer situações ensejadoras do exercício abusivo de um direito, que foi tratado pelo legislador brasileiro como ato ilícito. Na Itália, o que poderia ser considerado como um conceito geral de ato abusivo foi inserido no Código Civil daquele país na parte que trata do direito de propriedade, o que levou parcela da doutrina a considerá-lo como norma específica e não um princípio geral. Assim, na Itália, o princípio geral anti-abusivo seria não escrito.

Entretanto, ambos os ordenamentos jurídicos contêm normas esparsas e que definem atos abusivos decorrentes do mau uso do direito.

Ainda com relação ao Brasil e à Itália, cabe mencionar que as respectivas Constituições apresentam normas tendentes a fortalecer o reconhecimento das situações ensejadoras de abuso de direito, especialmente por meio da definição de função social da propriedade, além de princípios e objetivos fundamentais que servem de garantia aos direitos sociais dos cidadãos.

Na esfera do direito comunitário europeu há previsões gerais de impedimento ao abuso de direito e a Corte de Justiça Européia vem formando jurisprudência reconhecendo de forma ampla e em várias situações os atos abusivos ou emulativos impedindo que o direito comunitário seja utilizado para obter vantagem indevida ou que sejam burladas as normas internas dos Estados-membros. Assim, a previsão de situações consideradas como mau exercício do direito pelo direito comunitário e a jurisprudência da Corte de Justiça supranacional

24 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral*. v. 1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 602.

contribuem para reduzir as dificuldades de repressão ao abuso de direito decorrentes das distinções entre common law e civil law.

O direito comunitário e a jurisprudência supranacional poderão contribuir para o fenômeno da difusão da norma jurídica de coibição dos atos abusivos entre os países membros da União Europeia.

Pode-se concluir que a noção de mau ou bom exercício de um direito é de fácil percepção pelo legislador ou pelo juiz, e também pelo cidadão comum, por tratar-se de um conceito “supra legal” que decorre da “condição humana”, fazendo com que as diferenças entre sistemas jurídicos não sejam tão relevantes para que se possa definir e impedir as situações de abusividade.

REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* 11. ed. 7º v. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Código Civil Anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistemi Giuridici Comparati*. 3. ed. Torino: UTET Giuridica, 2008.

LIPRINO, Vincenzo. L'abuso di diritto nell'esperienza tributaria francese ed italiana. Bologna: Alma Mater Studiorum-Università di Bologna, 2009. 306 p. (Dissertação, doutorado em Direito Tributário Europeu).

LOSURDO, Federico. *Il divieto dell'abuso del diritto nell'ordinamento europeo. Storia e giurisprudenza*. Torino: G. Giappichelli. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil* 19. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral* 3. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.



TRANSCONSTITUCIONALISMO NA UNIÃO EUROPÉIA E NO MERCOSUL: SOBRE A SOLUÇÃO DE PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS QUE PERPASSAM O ÂMBITO DA SOBERANIA DA ORDEM JURÍDICA INTERNA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA E ITALIANA

*TRANSCOSTITUZIONALISMO NELL'UNIONE EUROPEA E IL
MERCOSUR: SULLA SOLUZIONE DEI PROBLEMI CHE SUPERI DEL
QUADRO COSTITUZIONALE DELLA SOVRANITÀ DELLA ESPERIENZA
GIURIDICA NAZIONALE IN BRASILIANO E ITALIANO*

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva

Procuradora Federal. Mestre em Teoria Geral do Direito – UFPE

SUMÁRIO: Introdução: pressupostos metodológicos para definição de constitucionalismo e transconstitucionalismo; 1 Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo; 1.1 Constitucionalismo antigo; 1.2 Constitucionalismo liberal; 1.3 Constitucionalismo social; 1.4 Neoconstitucionalismo; 2 Harmonização do direito; 3 Transconstitucionalismo; 4 Exemplificação de casos transnacionais na experiência comparada entre Itália (União Europeia) e Brasil (Mercosul): 4.1 O caso Lautsi; 4.2 O caso pneumático; 5 Considerações finais. Referências.

RESUMO: A integração comunitária traz consigo uma nova ordem de problemas constitucionais, que entendemos não serem solucionadas pelas concepções constitucionais clássicas, pautadas em uma racionalidade formal e ontológica. A pretensão de integração política, econômica e social de comunidades como a União Europeia e o Mercosul, faz com que os problemas constitucionais perpassem as fronteiras dos Estados Membros, tornando-se questões de relevância para diversas ordens constitucionais, que proferem decisões que se sobrepõem, ao mesmo tempo em que não se reconhece uma ordem hierárquica apriorística entre elas.

Nossa problemática gira em torno, portanto, de uma questão principal: “quando a mesma discussão de cunho constitucional for tratada de maneira diferente por cortes de ordens diversas. Como, então, resolver a questão?” Nesse diapasão, a proposta teórica de Marcelo Neves, denomina Transconstitucionalismo, parece-nos confortável para lidar a problematização apresentada. Contudo, antes de delimitá-la teoricamente, pretendemos apresentar revisitar as concepções clássicas de constitucionalismo, bem como as propostas de harmonização pretendidas pela União Europeia.

Por fim, como forma de exemplificar a proposta, analisaremos dois casos de transconstitucionalismo: um envolvendo o Brasil, no contexto do Mercosul (Caso dos Pneumáticos) e outro envolvendo a Itália, no contexto da União Europeia (Caso Lautsi), de maneira a comparar as soluções dadas pelos dois sistemas jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Transconstitucionalismo. Mercosul. União Europeia.

SINTESI: L'integrazione della comunità porta un nuovo ordine di problemi costituzionali, non significa essere risolto da concezioni costituzionali classiche, guidate dalla razionalità e ontologia formale. La pretesa di comunità politiche, economiche e sociali, come l'Unione europea e il Mercosur, rende i problemi costituzionali attraversano i confini degli Stati Uniti, diventando temi di rilevanza per diversi ordini costituzionali, pronunciando decisioni che si sovrappongono, il mentre non riconoscere un ordine gerarchico priori tra loro.

Il nostro problema ruota intorno, in modo da una domanda fondamentale: “quando la stessa discussione di natura costituzionale è trattato diversamente dai giudici di diversi ordini. Come, allora, per risolvere il problema?” In questo senso, la proposta teorica di Marcelo Neves, chiamato transcostituzionalismo, sembra comodo per gestire la problematica presentata. Tuttavia, prima racchiuso in teoria, abbiamo intenzione di presentare rivisitare le concezioni classiche del costituzionalismo e l'armonizzazione proposta si prefigge l'unione europea.

Infine, al fine di esemplificare la proposta, transconstitucionalismo analizzare due casi: uno coinvolgono il Brasile, nel contesto di Mercosul (causa pneumatici) e un'altra coinvolge Italia, nel contesto dell'Unione Europea (causa Lautsi) per comparare le soluzioni fornite dai due sistemi giuridici.

PAROLE CHIAVE: Transcostituzionalismo. Unione Europea. Mercosur.

INTRUDUÇÃO: PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA DEFINIÇÃO DE CONSTITUCIONALISMO E TRANSCONSTITUCIONALISMO

A busca pela verdade, como descoberta da realidade em si, apresenta-se, pois, como mola propulsora do agir científico ocidental. Seja na cultura cosmocêntrica da Escola de Mileto, na qual as construções teóricas a respeito da *nomos* desenvolviam-se com base nas leis da natureza; seja nos pressupostos do conhecimento desenvolvidos pelos socráticos; na fundamentação teológica da escolástica; ou mesmo na reafirmação da concepção humanista a partir da Renascença, o pensar científico buscou conceitos representativos de uma verdade absoluta, universal e estática.

Neste contexto, entendemos que a tradição essencialista permanece pautando diversos ramos das ciências, marcadamente a do direito, mesmo quando retoricamente se defende o contrário. Não é difícil verificar que a dogmática jurídica atual, mesmo mencionando as mudanças promovidas pelo giro hermenêutico, continua a sua busca pela “natureza” do direito, ou pela “essência” das normas, construindo dicotomias do tipo: direito objetivo/direito subjetivo, direito público/direito privado, regras/princípios, dentre tantas outras.

Ocorre que, não mais podendo recorrer a fundamentos metafísicos (“natureza”, “Deus”, “Razão”), o direito passa a exigir novas formulações que atendam à necessidade de certeza, sem, contudo, recair no formalismo extremado do positivismo exegético, cujos pressupostos não se adequariam à complexidade social da dita “pós-modernidade” ou mesmo aos anseios de uma reaproximação entre direito e justiça, proposta pelos pós-positivistas.

A questão nos parece de extrema complexidade quando analisada no contexto dos Estados ditos pós-nacionais, pois ao mesmo tempo em que se almeja um sistema jurídico local que se adeque às necessidades sociais regionais, com fundamento no conceito clássico de soberania, também se busca delimitar um padrão ético-moral mínimo, que possa atender aos anseios de certeza e verdade, com fundamento num conceito de justiça com pretensões universais, gerando diversos paradoxos que estagnam a ciência jurídica.

Dito de outra forma, continuamos buscando verdades imutáveis, pois não sabemos lidar com as incertezas da dita pós-modernidade. Procuramos um mínimo de essência na qual possamos nos agarrar, de forma a superar o abismo gnosiológico, que nos separa da “verdade”. Tal pretensão, contudo, nos parece fadada ao insucesso no contexto hipercomplexo da sociedade contemporânea, que rompe paradigmas e

quebra dicotomias com uma velocidade inimaginável, fazendo com que a “verdade” descoberta dure ínfimos instantes.

Por essa razão, reconhecendo a contingência que envolve o saber científico atual, propomos que as verdades científicas sejam compreendidas como circunstanciais, históricas e reconstruídas intersubjetivamente. Superando a perspectiva ontológica da busca pela verdade, pela compreensão pós-linguística da construção de verdades.

A partir desses pressupostos, objetivamos inicialmente contextualizar os diversos constitucionalismos, que se desenvolveram no Ocidente. Claro que não se pretende fazer um amplo estudo histórico, mas apenas ressaltar alguns aspectos que julgamos relevantes para a compreensão do transconstitucionalismo como proposta teórica para compreender/solucionar os embates entre as diversas ordens constitucionais sobrepostas, no contexto de comunidades transnacionais.

Por fim, como forma de exemplificar a proposta, analisaremos dois casos de transconstitucionalismo: um envolvendo o Brasil, no contexto do Mercossul (Caso dos Pneumáticos) e outro envolvendo a Itália, no contexto da União Europeia (Caso Lautsi), de maneira a comparar as soluções dadas pelos dois sistemas jurídicos.

1 DO CONSTITUCIONALISMO¹ AO NEOCONSTITUCIONALISMO²

1.1 CONSTITUCIONALISMO ANTIGO

O movimento denominado Constitucionalismo, embora de difícil delimitação teórica, costuma ser caracterizado por duas ideias principais,

-
- 1 Sobre o constitucionalismo e sua evolução histórica: BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013.
 - 2 Sobre o Neoconstitucionalismo: CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo es un labirinto. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007. pp. 9 a 12; SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2000. p. 132; FERRJOLI, Luigi, in: *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 15 e ss; ÁVILA, HUMBERTO. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17, 19pp. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>. Acesso em: 08/09/2013. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Nesse livro, conferir sobre o neoconstitucionalismo: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil*, p. 203-249; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 08/09/2013.

quais sejam: exercício limitado do poder e a garantia de direitos fundamentais.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso afirma existir três ordens de limitações trazidas pelo constitucionalismo: limitações materiais, que diriam respeito aos valores e direitos fundamentais que adentram as constituições, tais como as ideias de direitos naturais ou dignidade da pessoa humana; limitações orgânicas, materializadas pela distribuição de atribuições estatais por distintos órgãos (tripartição dos poderes); e limitações processuais, sobretudo com a adoção do devido processo legal (formal e substancial), que submete o Estado às suas próprias leis.³

Sendo, pois, o constitucionalismo compreendido como um ideal de limitação do exercício do poder pela supremacia da lei, alguns teóricos defendem a existência de constitucionalismo antes mesmo das primeiras constituições escritas, remontando à antiguidade clássica o nascedouro do movimento.

Embora alguns se refiram a um constitucionalismo primitivo no Egito (2.600 a.c.), ou mesmo na Babilônia (1.700 a.c), com a sistematização das punições estatais promovida pelo Código de Hamurabi, é com os Hebreus que a lei passa a ter dimensão simbólica. A *Torah* (Lei escrita) e o *Talmud* (Lei Oral), ao expressarem as regras morais, sociais e religiosas que deveriam ser observadas pelo povo de Deus, representariam uma primeira limitação sistemática ao exercício do poder político, caracterizando um modelo constitucionalista de sociedade.

Mas foi a tradição grego-romana que melhor caracterizou um constitucionalismo antigo, sendo Atenas apontada como a primeira grande experiência de limitação ao poder do Estado.⁴ Conhecida como berço da democracia, a Grécia desenvolveu um governo das leis, cujo processo de elaboração se legitimaria pela participação popular. Além disso, distribuiu o exercício do poder político por distintos órgãos, dentre os quais destacamos: a Assembleia, na qual deliberam os cidadãos; o Conselho, responsável pela execução das atividades administrativas cotidianas; e as Cortes, responsáveis pelos grandes júris populares.

O helenismo produziu, sem dúvida, reflexos nas instituições e política romana, que absorveram a noção de democracia e de exercício limitado do poder. É sabido que Roma vivenciou quase todas as formas de governo, mas foi na Roma Republicana que se desenvolveu o ideal de governo limitado, sendo o poder político exercido pela Assembleia

3 BARROSO, op. cit., p. 5-6.

4 Fazemos uso do conceito amplo de Estado, entendido como sociedade política organizada, e não o conceito moderno, que o reduz ao que seriam seus elementos essenciais: povo, território, governo (soberania interna) e finalidade.

(legislativo), pelos Cônsules (executivo), Pretores, Questores e Tribunus da Plebe, além do Senado (órgão consultivo) e do Júri.

Com a queda do império Romano do Ocidente, houve um “hiato constitucional”⁵, que só teria fim com a construção do Estado Moderno.⁶ Em quase mil anos de história, portanto, o ideal de governo limitado pelas leis esteve soterrado, com algumas aparições esporádicas, a exemplo da Magna Carta Inglesa de 1215, que, apesar de representar muito mais um pacto do que propriamente uma constituição, previu em seu texto direitos e garantias fundamentais de extrema relevância, como o devido processo legal.

1.2 CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

Após o desmoronamento do sistema pluralista medieval, nasce o Estado Moderno, fundado na ideia de soberania, qualificada por Jean Bodin como absoluta, indivisível e permanente. Dessa ideia básica derivam o reconhecimento da supremacia da ordem jurídica interna, bem como a independência dos Estados Soberanos no plano internacional.

Inicialmente absolutista, o Estado-nação atendeu aos anseios burgueses de unificação, indispensável ao desenvolvimento do capitalismo, ao mesmo tempo em que afastou a Igreja do poder temporal, distinguindo o sistema jurídico do sistema religioso. Nesse contexto, implementa-se o paradigma do monismo jurídico⁷, identificando o Estado como única fonte produtora do direito, ao mesmo tempo em que não o distinguia da figura do próprio monarca soberano (“*L’Étatc’est moi*”, Luís XIV).

Como é sabido, o paradigma absolutista foi suplantado pelo liberal, tendo a Revolução Francesa de 1789 sido o grande marco do triunfo burguês. Nesse contexto, o conceito de soberania permaneceu legitimando o monismo jurídico estatal, sendo identificada agora não mais com a figura do soberano, mas sim com o conceito de nação.

Para sedimentar a vitória da Revolução, precisava-se de um direito fundado em princípios universais, válido para qualquer tempo e espaço, devendo tais princípios serem deduzidos da razão humana, numa concepção individualista que preponderava na filosofia social da época.

5 Expressão no sentido utilizado por DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2 ed. São Paulo: Saraíva, 1998. p. 72.

6 Importante ressaltar que alguns autores defendem a existência de constitucionalismo durante o medieval. Dentre eles, destacamos FIORAVANTI, que reconhece no caráter fragmentado do poder político da Era Medieval, uma forma de limitação recíproca de poder, caracterizando uma espécie de constitucionalismo. . FIORAVANTI, Maurizio, p. 35.

7 Sobre as fases do Monismo Jurídico: WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

Desse modo, as bases do direito natural (antes de origem teológica) passam a serem colocadas no indivíduo, evoluindo, posteriormente para uma concepção positivista do direito, que reduz a noção de justiça à noção de validade, identificada com o direito legislado, posto pelo Estado.

Surge, pois, a necessidade de positivação e sistematização do direito estatal, inaugurando a segunda fase do monismo jurídico. Nesse contexto, nascem as primeiras constituições escritas (a Constituição dos EUA de 1787 e a Constituição Francesa de 1791), que caracterizam o chamado constitucionalismo clássico ou liberal.

Nesse primeiro momento, com exceção da experiência Americana, a Constituição não foi encarada como norma jurídica fundamental, sendo percebida como um documento de cunho meramente político, que não normatizava a vida em sociedade. Tal papel foi assumido, no contexto francês, pelo Código Civil de 1804, protagonista do sistema jurídico da época, o que demonstra uma prevalência do chamado direito privado sobre o direito público, conforme preconizado pela Escola da Exegese.⁸

Podemos destacar, ainda, outras características do constitucionalismo liberal, dentre as quais: a supremacia do parlamento; o juiz como “a boca da lei”; a prevalência do método de interpretação por subsunção lógica, utilizando os elementos gramatical e lógico-sistemático, apenas; a garantia dos direitos de liberdade formais, também chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão; a oposição de tais direitos ao Estado, que ganha caracteres de Estado negativo (eficácia vertical dos direitos fundamentais) e a tripartição do exercício das funções estatais.

1.3 O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

O ultraindividualismo proposto pelo liberalismo clássico, bem como as pretensões holísticas da Escola da Exegese, foram postos à prova pela própria realidade social. A Revolução Industrial permitiu o fortalecimento de uma nova classe social, o proletariado, que possuía demandas específicas não resguardadas pela garantia de liberdade formal do Estado Burguês. Além disso, o próprio liberalismo econômico de Adam Smith foi derrotado pela “mão invisível do mercado”, como demonstrou a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929.

8 A tese fundamental dessa escola é a de que o Direito é revelado pelas leis, sendo um sistema sem lacunas reais. Assim, o verdadeiro jurista deve procurar dentro da lei positiva as respostas para solução dos conflitos sociais. Surge, nesse contexto, a ideia de uma dogmática conceitual, cabendo ao jurista fazer uso apenas das interpretações lógica, gramatical e sistemáticas. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 415-416.

Nessa conjuntura, a figura da soberania do Estado, agora identificada com a ideia de “povo” e não mais com a “nação”, volta a ser fortalecida pela necessidade de intervenção social, política e econômica. Eis o apogeu do monismo jurídico, no qual o Estado Social de Direito assume importante papel na prestação de serviços básicos à população, por meio do reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que são os direitos sociais e econômicos.

As Constituições do México de 1917 e a da República de Weimar de 1919 foram as primeiras a inaugurarem textualmente o Constitucionalismo Social, seguidas por diversas outras, a exemplo da Constituição Brasileira de 1934. Em comum, todas possuem um caráter de dirigismo social, de “Constituição Programa”, impondo ao Estado alguns objetivos fundamentais a serem alcançados, fazendo renascer consigo a promessa de vida boa da modernidade.

Contudo, diversos foram os entraves para concretização do dirigismo social, podendo ser ressaltado o inchaço da máquina estatal e o aumento exacerbado da despesa pública como aspectos negativos desse modelo, que, sobretudo em países ditos “periféricos”, como o Brasil, tornaram distante a concretização das promessas sociais.

Além disso, a própria ciência do direito permanecia presa a paradigmas formais, inadequados para solucionar os conflitos hipercomplexos da nova estrutura social. O positivismo jurídico, agora sistematizado pela Teoria Pura do Direito, concebeu o direito como “uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens”⁹, dito de outra forma, o direito seria um ordenamento coercitivo da conduta humana

Mas por que a norma jurídica valeria? Segundo Kelsen: “Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é ‘vigente’), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma”.¹⁰ Objetivando afastar qualquer influência metafísica, econômica ou sociológica da explicação científica do direito, Kelsen complementa que “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma”.¹¹ O que Kelsen quer dizer é que uma norma inferior busca sua validade numa norma que lhe é superior, e esta, superior a primeira, busca sua validade numa norma que lhe é superior também, e assim sucessivamente.

9 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 215.

10 Idem.

11 Ibidem.

Ocorre que essa digressão não pode ser infinita, por isso Kelsen faz uso da ideia de que devemos *pressupor* uma *norma fundamental* (*Grundnorm* - constituição no sentido lógico-jurídico), última e mais elevada do ordenamento. Tal norma não poderia ser uma norma posta por uma autoridade, uma norma positiva, isto porque, para ser uma norma posta, deveria existir uma norma ainda mais elevada que conferisse competência a uma determinada autoridade, não resolvendo a questão da regressão ao infinito.¹²

A norma fundamental hipotética não teria, segundo Kelsen, nenhum conteúdo ético, moral, religioso, na realidade, não possuiria nenhum conteúdo predeterminado. Ou seja, a norma que constitui o ponto de partida do ordenamento jurídico não vale por força do seu conteúdo, da mesma forma que “uma norma pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque é criada pela **forma** determinada através dessa norma fundamental – e não porque tem um determinado *conteúdo*”.¹³ Com isso, o positivismo Kelseniano passa a admitir que “todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”¹⁴, afastando qualquer explicação axiológica do fenômeno jurídico.

Dito de outra forma, na pressuposição da norma fundamental não se questiona justiça ou injustiça, pelo contrário, a teoria pura do direito busca conduzir a uma interpretação do ordenamento jurídico que seja livre de autoridades metafísicas, como Deus ou a natureza, bem como de divagações conteudísticas de justo ou injusto.

Logo abaixo da constituição no sentido lógico-jurídico, a pirâmide Kelseniana prevê a Constituição no sentido jurídico-positivo, norma positiva suprema, que regula a produção de normas gerais, podendo também determinar o conteúdo das novas leis, prescrevendo ou excluindo determinados conteúdos. Com esse escalonamento normativo, Kelsen afirma a supremacia formal da constituição, que passa a ser parâmetro para controle da produção normativa do Estado, dando origem ao modelo de controle de constitucionalidade Austríaco (concentrado).

Nesse diapasão, a Constituição passa a ser caracterizada norma jurídica fundamental, produzida pelo Estado no exercício da sua soberania, prevendo para a sua modificação um processo mais exigente, com um *quorum* mais elevado, diferente do processo legislativo comum (Constituição Rígida), tendo papel precípua de dirigir a vida social e

12 KELSEN, op. cit., p. 217.

13 Ibidem, p. 220.

14 Ibidem, p. 221.

política do Estado, sem recorrer, contudo, a fundamentos axiológicos/metafísicos.

1.4 NEOCONSTITUCIONALISMO

A separação entre direito e valores, promovida pelo positivismo jurídico, além de impossibilitar soluções adequadas às contradições culturais e materiais, tão comuns no contexto hipercomplexo da dita “pós-modernidade”, tornou válidas as atrocidades cometidas por regimes autoritários, cobrindo de juridicidade episódios como o holocausto nazista.

Com isso, sobretudo após a segunda guerra mundial, cresceu em importância um movimento teórico que objetivou reaproximar direito e valores, pressupondo a dignidade da pessoa humana como fundamento último do direito. Assim, nos últimos 50 (cinquenta) anos cresceu em importância o que se convencionou chamar de Neoconstitucionalismo, movimento jurídico de difícil delimitação teórica, em razão da mais variada gama de teóricos que se intitulam ou são intitulados como seus representantes.

Mesmo diante da dificuldade de caracterização do movimento, costuma-se atribuir ao Neoconstitucionalismo, dentre outras particularidades: a reaproximação entre direito e justiça, fundada na filosofia pós-positivista; o reconhecimento da força normativa da constituição; a centralidade da Constituição, com a consequente constitucionalização do direito; a prevalência dos princípios sobre as regras; a substituição da subsunção pelo sopesamento; a prevalência da justiça particular sobre a justiça geral; o protagonismo do judiciário, destacando-se o seu papel no controle de constitucionalidade.

Muito embora se reconheçam alguns benefícios trazidos pelo modelo proposto pelos chamados neoconstitucionalistas, diversas são as críticas que vêm sendo levantadas ao movimento no Brasil. Uma delas merece especial atenção, qual seja: o agravamento do problema da consistência do sistema jurídico (já tão característico da história constitucional brasileira), sobretudo, em razão do uso abusivo dos princípios e da aplicação da “ponderação desmedida”. Tal prática gera o risco de construirmos um modelo no qual a consistência jurídica acabe por se diluir no social, permitindo que os princípios sejam articulados para encobrir favorecimentos a interesses particularistas envolvidos na solução do caso.¹⁵

15 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. p. 190-191.

Apesar da relevância de tais críticas, o aprofundamento desse debate nos levaria para longe do nosso objeto principal, qual seja: os conflitos entre ordens constitucionais transnacionais. A crítica que nos interessa fazer, portanto, restringe-se a incapacidade da teoria neoconstitucional de superar o conceito clássico de soberania, o que limita suas propostas teóricas a circunscrição dos Estado-nacionais, tornando-a insuficiente para atender as demandas de uma sociedade globalizada.

A integração comunitária traz consigo uma nova ordem de problemas constitucionais, que entendemos não serem solucionadas pelas concepções de Constitucionalismo até aqui apresentadas. A pretensão de integração política, econômica e social de comunidades como a União Europeia e o Mercosul, faz com que os problemas constitucionais perpassem as fronteiras dos Estados Membros, tornando-se questões de relevância para diversas ordens constitucionais, que proferem decisões que se sobrepõem, ao mesmo tempo em que não se reconhece uma ordem hierárquica apriorística entre elas.

Nossa problemática gira em torno, portanto, de uma questão principal: “quando a mesma discussão de cunho constitucional for tratada de maneira diferente por cortes de ordens diversas. Como, então, resolver a questão?” Nesse diapasão, a proposta teórica de Marcelo Neves, denomina Transconstitucionalismo, parece-nos confortável para lidar a problematização apresentada. Contudo, antes de delimitá-la teoricamente, pretendemos apresentar algumas outras soluções para os conflitos entre ordens jurídicas soberanas.

Para tanto, utilizar-mos-emos dos conhecimentos adquiridos durante o curso de Direito Europeu “*Tradizionecivilistica e Armonizzazione del diritto nelle Corti Europee*”, sobretudo das anotações da aula do Professor RICARDO CARDILLI, intitulada “*Fondamentideldirittoeuropeo*”.

2 HARMONIZAÇÃO DO DIREITO¹⁶

Como já afirmado, o panorama social e econômico sofreu profundas modificações com a estruturação de sociedades regionais, contudo a visão jurídica não acompanhou a evolução social, com isso permanecemos analisando problemas jurídicos mundiais com base em direito ainda nacional.

¹⁶ Utilizaremos como suporte as anotações pessoais, bem como as transcrições de aula da colega Aline Weber, que foram fundamentais para esse trabalho.

Várias foram as propostas teóricas para solução dessa moderna problemática no âmbito da União Europeia, as quais passaremos a apresentar de forma sistematizada:

A - A primeira tentativa de solução consistiu em buscar uma unificação do direito supranacional, no âmbito do Direito Internacional Público, via tratados e acordos entre os Estados Membros da União Europeia. Assim, os Estados signatários de tratado, poderiam ceder parte de sua soberania, visando construir um direito internacional, que solucionasse os conflitos entre si. A Convenção Vienade 1980 representou a principal tentativa nesse sentido. Para sua formulação, previu-se que cada Estado-membro enviaria um jurista como representante para compor uma comissão responsável pela elaboração do tratado. Tal pretensão esbarrou, contudo, nas grandes diferenças entre os Estado envolvidos, sobretudo entre os sistemas jurídicosdo *Civil Law* edo *Common Law*.

B - O Direito internacional privado representou outra tentativa de solução para os problemas transnacionais. Contudo, o direito internacional privado é, por definição, a negação de um direito uniforme. É a utilização de direito nacional para negócio internacional, esbarrando, portanto, nas mesmas limitações da proposta anterior.

C - A terceira tentativa diz respeito aos projetos de unificação do direito, não mais por meio de convenções ou tratados, mas por atuação de especialistas de diversos países, que ficariam responsáveis por elaborar projetos de unificaçãodas legislações nacionais. Interessante ressaltar que tais projetos não são formulados pelo Estado, mas por Institutos de pesquisa, como o UNIDROIT (*InternationalInstitute for theUnificationof Private Law*), com sede em Roma, cuja finalidade é a unificação do direito mundial, e não do direito europeu apenas.

D - Por fim, propôs-se um Parlamento Europeu para construção de uma constituição transnacional. A proposta inicial previa a elaboração de um projeto por grandes juristas de cada um dos países com o objetivo de unificar os direitos nacionais. Tal projeto seria, então, apresentado em cada país, nas cortes e nas universidades. Tal pretensão também não obteve sucesso em razão das diferenças jurídicas, sociais e culturais entre os países membros da União Europeia.

Após tantas falhas na tentativa de unificação, a solução foi alterar o objetivopara a tentativa de *harmonização do direito*, que consistiria na descrição de regras e princípios que fossem comuns a todos os Estados, impondo a esses a elaboração de uma legislação nacional coerente com esses princípios. Ocorre que alguns países não elaboraram a legislação local em conformidade com o Direito Comum Europeu, tendo que recorrer à técnica de harmonização promovida pela Corte Europeia, que, em seus mais de 30 (trinta) anos de atividade, terminou por criar um catálogo de *topoi* para solucionar os problemas transnacionais, dentre os quais destacamos os princípios da boa-fé, da concorrência e do contraditório substancial.

Além dessas perspectivas de soluções substancialistas, que buscam delimitar um conteúdo mínimo universal e apriorístico para o direito europeu, existem, ainda, as propostas procedimentalistas, que pretendem reconhecer uma hierarquia da Corte Europeia sobre as Cortes Locais, solucionando os conflitos transnacionais por meio de regras de autoridade.

Entendemos, contudo, que todas as soluções apresentadas ignoram um aspecto de extrema importância para a superação dos problemas constitucionais envolvendo mais de uma ordem jurídica, qual seja: a necessidade de diálogo transversal entre elas. Por isso, entendemos o transconstitucionalismo como proposta adequada para trabalhar os problemas transnacionais.

3 TRANSCONSTITUCIONALISMO¹⁷

O próprio constitucionalismo, como vimos, foi erigido a partir da lógica do Estado Soberano, que, sob o paradigma do monismo jurídico, seria detentor do monopólio da jurisdição, não reconhecendo qualquer poder superior ao seu. Ocorre que, cada vez com mais frequência, um mesmo problema constitucional passa a ter importância para duas ou mais ordens jurídico-estatais distintas.

Para solucionarmos tais problemas transconstitucionais, necessário se faz desenvolver métodos, que ultrapassem a noção clássica de soberania, prevendo a necessidade de diálogos transversais entre as ordens constitucionais que possuam interesse na solução da demanda.

Entendemos que tal solução não se faz possível com a imposição unilateral de uma ordem sobre a outra, sendo necessário uma fusão de horizontes de compreensão para superar os “pontos cegos” existentes em cada uma das visões de mundo. Neste sentido, Neves esclarece que:

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

[...] todo observador tem um limite de visão no ponto cego, aquele que o observador não pode ver em virtude da sua posição ou perspectiva de observação. [...] cabe observar que o ponto cego de um observador pode ser visto pelo outro. Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites da observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.¹⁸

Com isso não se pretende defender o fim do direito constitucional interno, fundado na lógica da soberania. Muito pelo contrário, entendemos que o modelo constitucional clássico é capaz de solucionar a maioria dos conflitos cotidianos em sociedade. Contudo, cada vez mais os problemas transconstitucionais estão se afirmando como qualitativamente relevantes, sobretudo no âmbito dos debates acerca dos direitos humanos, das intolerâncias religiosas e étnicas, das questões econômicas, dentre tantas outras.

Apresentando-se uma questão transnacional, entendemos que as teorias clássicas não são suficientes para a sua solução das demandas. Para tanto, entendemos ser indispensável uma atuação coordenada dos sistemas jurídicos envolvidos, e não a subordinação de um deles, ou de ambos, a um modelo único de solução apriorística.

O que se propõe, portanto, não é apenas uma simplesmente abertura cognitiva do sistema jurídico nacional para absorver a comunicação desenvolvida pelo seu entorno, mas sim um verdadeiro acoplamento estrutural, que pressupõe uma atuação coordenada entre as ordens jurídicas sob a ótica da racionalidade comunicativa, com objetivo de buscar uma solução adequada do problema.

A ideia de acoplamento estrutural, desenvolvida pela teoria dos sistemas sociais de Luhmann, pressupõe que as operações do sistema dependem das condições do entorno, que se mediam por estes acoplamentos. Em suas palavras:

[...] os limites de um sistema não bloqueiam as influências em nenhuma direção. Uma comunicação faz vibrar o ar ou colore o papel, muda os estados eletromagnéticos dos aparatos correspondentes aos estados dos sistemas de consciência que participam; isto afeta aos meios respectivos, que passam de um acoplamento frouxo a um acoplamento temporalmente firme (LUHMANN, 2007:96-97).¹⁹

18 Idem, p. 297-298.

19 LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana. MAINGUENEAU, Dominique. *Gênese dos discursos*. Curitiba: Criar, 2007. p. 96-97.

Com isso, entende-se que a pluralidade de ordens jurídicas implica numa relação de complementariedade entre *alter* e *ego*, pressupondo a questão da dupla contingência e das pretensões de validade recíproca entre os dois sistemas. Daí por que, em vez da busca de uma Constituição Supranacional, composta de regras hercúleas, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfrentamento dos problemas “hidraconstitucionais mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.”²⁰ (NEVES, 2009, p. XXV).

A teoria habermasiana da racionalidade nos ajuda a melhor explicar o que propomos, pois se apresenta-se como uma tentativa generalizante de abarcar todas as manifestações racionais do sujeito. Qualquer asserção ou ação poderá ser tida como racional, desde que suscetível de criticismo e fundamentação, ou seja, desde que possa fornecer razões e fundamentos. Segundo Habermas:

[...] uma expressão satisfaz a pré-condição de racionalidade, se e na medida em que corporifica conhecimento falível e, portanto, tem uma relação com o mundo objetivo (isto é, uma relação com os fatos) e está aberta ao julgamento objetivo.²¹

A racionalidade se produz graças a uma relação dialógica prévia e não se move no vazio de uma interioridade constituída à margem de toda comunicação, como querem os filósofos da tradição da filosofia da consciência.²² Nesta perspectiva, uma pessoa (no nosso caso, um tribunal ou um organismo internacional) se expressa racionalmente à medida que se guia, relativamente, por pretensões de validade, ou seja, pressupõe uma relação reflexiva da personalidade com aquilo que crê, faz ou diz.

Isto não implica que as crenças racionais e as convicções sejam sempre compostas de juízos verdadeiros, dito de outra forma, a racionalidade de um juízo não implica sua verdade, mas apenas sua aceitabilidade fundamentada num contexto dado. Em contra partida, irracional é aquele que defende dogmaticamente suas crenças e que a elas se prende apesar de não as poder fundamentar.²³

20 NEVES, op. cit., 2009, p. XXV

21 HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.9.

22 HABERMAS, Jürgen. Individuación por vía de socialización. In: *Pensamiento postmetafísico*. Madrid: Taurus, 1990, p. 188-190.

23 HABERMAS, Jürgen. *Verdade y justificación: ensayos filosóficos*. Tradução de PereFabra e LuisDíez. Trottaa., 2001, p. 90.

Do posto de vista pragmático, adotado por Habermas, a linguagem assume relevância enquanto elemento mediador das relações que os falantes estabelecem entre si, quando se referem a algo no mundo. Quando assim o fazem, assumem os papéis dialogais de *ego* e *alter*; em que *ego* se utiliza de um ato de fala para expressar um estado de coisas referentes ao mundo, para o qual busca a anuência do *alter*.²⁴Cada *ego* se utiliza, então, de um ato de fala, o qual traz em si implicitamente a pretensão de ser verdadeiro e poder ser reconhecido como tal pelo *alter*. O *alter* vai adotar, por sua vez, uma posição de concordância em relação à pretensão de validade embutida no conteúdo do proferimento do *ego*.

Dessa forma, uma asserção pode ser dita racional somente se o falante satisfizer as condições necessárias para alcançar um entendimento sobre algo no mundo com pelo menos um outro participante na comunicação, buscando o reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis (consenso).²⁵

Dito isso, passaremos a analisar dois casos que exemplificariam problemas transconstitucionais: o Caso Lautsi e o Caso Pneumáticos. Ressaltamos, contudo, que a análise não entrará na descrição detalhada de cada um dos casos, pois a nossa pretensão é apenas exemplificar situações transconstitucionais envolvendo o Brasil e a Itália.

4 EXEMPLIFICAÇÃO DE CASOS TRANSNACIONAIS NA EXPERIÊNCIA COMPARADA ENTRE A ITÁLIA (UNIÃO EUROPEIA) E O BRASIL (MERCOSUL)

4.1 O CASO LAUTSI²⁶

Os pais de duas crianças italianas (Dataico e SamiAlbertin) pleitearam, junto à Administração da Escola Pública na qual os filhos estudavam, a retirada dos crucifixos presentes na sala de aula, sob o fundamento de que presença do símbolo cristão estaria ferindo a liberdade religiosa de sua família, bem como estaria em contradição com o princípio da laicidade.

Tal requerimento foi negado pela diretoria da escola, passando, ainda, pelo Conselho Escolar, Tribunal Administrativo de Veneza, e Conselho de Estado, que mantiveram o indeferimento do pedido. Diante disso, a Soile Lautsi, mãe das crianças, propôs recurso à Corte Europeu

24 ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 28.

25 HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. São Paulo: Edições 70, 1988. p. 96.

26 Acórdão disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 01/08/2013.

de Direitos Humanos, que, por unanimidade, julgou que a conduta do governo italiano violou o art. 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos - CEDH²⁷, cumulado com o art. 2º do Protocolo nº 1 da mesma Convenção²⁸. Nesse sentido, o acórdão do Tribunal conclui que:

La presenza del crocifisso, che è impossibile non notare nelle aule scolastiche, potrebbe essere facilmente interpretata dagli studenti tutte le età come un simbolo religioso, che avvertirebbero così di essere educati in un ambiente scolastico che ha il marchio di una data religione.

Tutto questo, potrebbe essere incoraggiante per gli studenti religiosi, ma fastidioso per i ragazzi che praticano altre religioni, in particolare se appartengono a minoranze religiose, o che sono atei. La Corte non è in grado di comprendere come l'esposizione, nelle classi delle scuole statali, di un simbolo che può essere ragioneevolmente associato con il cattolicesimo, possa servire al pluralismo educativo che è essenziale per la conservazione di una società democratica così come è stata concepita dalla Convenzione europea dei diritti umani, un pluralismo che è riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana.

L'esposizione obbligatoria di un simbolo di una data confessione in luoghi che sono utilizzati dalle autorità pubbliche, e specialmente in classe, limita il diritto dei genitori di educare i loro figli in conformità com asue convicções e il diritto dei bambini di credere o non credere

Diversas foram as críticas da sociedade italiana, bem como de políticos e juristas de diversos países, à decisão da Corte Europeia, a maioria delas alega a intolerância de tal decisão com a tradição cristã,

27 Artigo 9º- *Liberdade de pensamento, de consciência e de religião*

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

28 Artigo 2º (do Protocolo nº 1) *Direito à instrução*

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

ou mesmo uma imposição do “laicismo” aos Estados membros da União Europeia. Além disso, argumentou-se que houve a prevalência do interesse individual da senhora Lautsi frente ao interesse social de referencia histórico-cultural da comunidade italiana e europeia.²⁹

Inconformado, o governo italiano requereu a reanálise da matéria pela Grand Chambre da Corte de Estrasburgo, participando como *Amicus Curiae* outros dez países membros da União Europeia: Armênia, Bulgária, Chipre, Grécia, Lituânia, Malta, Mônaco, San Marino, Romênia e a Federação Russa. A participação de outros Estados na causa, demonstra por si só a relevância transconstitucional do caso Lautsi, “pois, em geral, os Estados membros privam-se de intervir ou intervêm somente quando o caso afeta um cidadão de seu Estado”³⁰

Em síntese, a Itália alegou que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos não teria competência para impor o laicismo a um país, em particular para a Itália, caracterizada por sua majoritária prática religiosa e identidade católica. Considerando as críticas e alegações levantadas, por 15 (quinze) votos a 2 (dois), a Corte de Estrasburgo decidiu que a presença de símbolo cristão em escola pública não violaria os direitos humanos, considerando o seu valor cultural e histórico na Itália.

Como se percebe, estamos diante de um caso clássico de transconstitucionalismo, ou seja, de ordens constitucionais se deparam com problemas que não podem ser solucionados pelos critérios do constitucionalismo tradicional, pois decorrem do entrelaçamento de ordens jurídicas. O presente caso é extremamente emblemático ao demonstrar ser impossível uma solução satisfatória a partir de uma imposição unilateral, de quaisquer das partes.

4.2 O CASO PNEUMÁTICO

No contexto da tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o Brasil procura adotar uma política social e econômica que vise a reduzir os riscos de doenças oriundas de problemas sanitários e ambientais. E é nesse contexto que se inclui a proibição de importação de pneus usados e recauchutados.

Contudo, por trazer diversos reflexos econômicos no contexto regional e internacional, a vedação de importação dos pneus usados se caracteriza como mais um caso de transconstitucionalismo, pois envolveu, como veremos, não apenas as Decisões do Supremo Tribunal

29 PUPPINCK, Grégor. Il caso Lautsi control'Italia. *Rivista telemática*. 13/02/2012. Disponível em: <www.statoechiase.it>. Acesso em: 01/09/2013.

30 Ibidem.

Federal, mas chegou a ser o centro dos debates no âmbito do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul e do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.³¹

Em 2000, a Portaria 8/00 SECEX proibiu toda concessão de licença para importação de pneus usados e recauchutados. Contra essa medida restritiva, insurgiu-se o Uruguai, que levou o caso para o Tribunal Arbitral do Mercosul, o qual decidiu ser a atitude do Governo brasileiro contrária aos princípios fundamentais do Mercosul, uma vez que os argumentos levantados pelo governo Brasileiro restringia-se a aspectos comerciais, não se aventando a questão ambiental e de saúde pública que envolviam a importação de pneus usados.

A questão também foi levada à OMC em razão das restrições ao mercado internacional. Em sua defesa, o governo brasileiro mudou o discurso e incluiu o elemento ambiental como justificativa para as restrições empreendidas. Analisando os argumentos de tutela ao meio ambiente e de garantia da saúde pública, a OMC concluiu que a medida restritiva brasileira poderia justificar-se como uma medida “necessária” para proteger a saúde ou vida humana, animal ou vegetal, mas não deveria subsistir em razão das importações permitidas via decisões liminares, que se multiplicavam no ordenamento jurídico interno. Sendo assim, a restrição, que apenas recaía sobre alguns, foi entendida como discriminação “arbitrária e injustificada” e uma restrição “disfarçada” ao comércio internacional.³²

Buscando solucionar a controvérsia das liminares, a Presidência da República propôs ADPF junto ao Supremo Tribunal Federal, que terminou por decidir pela inconstitucionalidade de se importar pneus usados. Em seu relatório, a Ministra do Carmen Lúcia Antunes Rocha esclareceu que:

[...] a questão deve ser solucionada com base na Constituição Federal, que garante o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] a dificuldade na decomposição dos elementos que compõem o pneu e de seu armazenamento, os problemas que advém com sua incineração, o alto índice de propagação de doenças, como a dengue, decorrente do acúmulo de pneus descartados ou armazenados a céu aberto, o aumento do passivo ambiental –

31 SAVIO, Adriana Macena S. *O caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul*. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, p. 349-370, jan./jun. 2011, 351.

32 MOROSINI, Fábio. *A disputa dos pneus no MERCOSUL e na OMC*: Reabilitando a Competição Regulatória na Regulamentação do Comércio Internacional e Meio Ambiente. Centro Brasileiro de Relações Internacionais. Disponível em: <<http://www.cebri.org>>. Acesso em: 09/08/2013.

principalmente em face do fato de que os pneus usados importados têm taxa de aproveitamento para fins de recauchutagem de apenas 40%, constituindo o resto matéria inservível, ou seja, lixo ambiental –, considerou demonstrado o risco da segurança interna, compreendida não somente nas agressões ao meio ambiente que podem ocorrer, mas também à saúde pública, e inviável, por conseguinte, a importação de pneus usados.³³

Percebe-se com essa decisão um claro diálogo entre as decisões das cortes locais, regional e internacional, em mais um caso que exemplifica o transconstitucionalismo. Ressaltamos que o Supremo Tribunal Federal, embora tenha argumentado com base na lógica da soberania interna, reconheceu a necessidade de se adequar à decisão da OMC. Neste sentido, outro trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia, que bem explicita o problema de consistência jurídica gerado pela profusão de decisões liminares concedidas pela justiça brasileira:

Essa a razão fundamental de cá estarmos reunidos hoje, a resolver definitivamente sobre uma pendência que, conforme o resultado a que chegarmos, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas proibitivas sobre a importação de pneus usados, pois, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da vigência das normas postas, é porque os objetivos apresentados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as justificariam e fundamentariam. Fosse o contrário, sendo uma única e mesma Constituição a do Brasil e tendo eficácia plena e efetividade jurídica incontestável a matéria, não haveria as frestas judiciais permissivas do que nelas se veda.

Percebe-se, portanto, o entrelaçamento entre as diversas ordens normativas para solução de problemas constitucionais comuns. No caso brasileiro, diferente do que ocorreu com o caso Lautsi na Itália, a ordem interna reconheceu como válidas as considerações do Organismo Internacional, no que diz respeito ao tratamento isonômico nas relações de comércio internacional, conformando-se, em partes, ao que lhe foi recomendado.

33 ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-3-2009, Plenário, Informativo 538. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>>

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, nossa proposta foi a de apresentar um panorama do Constitucionalismo Contemporâneo, demonstrando de maneira crítica a ineficiência dos modelos constitucionais clássicos, fundados na ideia tradicional de soberania, para solucionar os conflitos entre ordens constitucionais transnacionais, quando estas proferem decisões divergentes sobre um mesmo caso concreto.

Entendemos que tais problemas não podem ser solucionados por uma tradição jurídica formalista, pautada na busca de certeza e de verdades universais, mas sim através do reconhecimento de que todo ato de fala deve ser proferido apenas com pretensão de validade, que pode ser revista a partir do reconhecimento recíproco entre *altere ego*. Dito de outra forma, a solução para os conflitos entre ordens jurídicas transnacionais seria possível através de um agir comunicativo dos países e organismos internacionais envolvidos, produzindo um verdadeiro acoplamento estrutural para uma atuação coordenada entre diversos sistemas jurídicos para solução de problemas constitucionais comuns.

Neste contexto, reconhecendo a inexistência de hierarquia formal entre as diversas ordens transnacionais, a solução que nos parece mais adequada é a de reconhecer a necessidade de diálogo transversal entre elas, propondo o transconstitucionalismo como modelo teórico adequado para analisar os fenômenos transconstitucionais que crescem tanto quantitativa quanto qualitativamente, no contexto das sociedades regionais.

O que pretendemos, contudo, não foi apresentar uma solução teórica com pretensões de verdade absoluta. Ou seja, não atuamos aqui como o personagem de Bosh, lembrado por Maturana e Varela, que tenta aprisionar o Cristo na obra “Cristo coroado de espinhos”, fixando sua perspectiva, com a tentação da certeza. Tal compromisso, sabemos, não representa tarefa das mais fáceis, vez que tendemos a viver num mundo de certezas e de solidez, “em que nossas convicções provam que as coisas são somente como as vemos e não existe alternativa para aquilo que nos parece certo. Essa é nossa situação cotidiana, nossa condição cultural, nosso modo habitual de ser humanos”.³⁴

Com se observa destes escritos, procurou-se mais fomentar a discussão e gerar questionamentos, que se chegar a respostas absolutas, numa catalogação ingênua de “certos” e “errados”. Pretendeu-se demonstrar a necessidade de se repensar o modelo de ciência jurídica

34 MATURANA, Humberto R; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athenas, 2001. p. 22.

atual e sua capacidade de lidar com os problemas hipercomplexos da pós-modernidade. E assim concluímos, parafraseando Luciano Oliveira, um tanto inclusivamente.³⁵

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. *Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ÁVILA, HUMBERTO. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, 19p. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2013.

BARROSO. Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraíva, 2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil*, p. 203-249; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filiação constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 08 set. 2013.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su labirinto. In: *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoría geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraíva, 1998.

FERRJOLI, Luigi. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____. Individuación por vía de socialización., em: *Pensamiento post metafísico*. Madrid: Taurus, 1990.

35 OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 69.

_____. *Verdade y justificación: ensayos filosóficos*. Tradução de Pere Fabra e Luis Díez. Trotta, 2001.

_____. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e comunicação*. São Paulo: Edições 70, 1988.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana. MAINGUENEAU, Dominique. *Gênese dos discursos*. Curitiba: Criar, 2007.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J.. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOROSINI, Fábio. *A disputa dos pneus no MERCOSUL e na OMC: Reabilitando a Competição Regulatória na Regulamentação do Comércio Internacional e Meio Ambiente*. Centro Brasileiro de Relações Internacionais. Disponível em: <<http://www.cebri.org>>. Acesso em: 09 ago. 2013.

OLIVEIRA, Luciano. *Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PUPPINCK, Grégor. Il caso Lautsicontrol'Italia. *Rivista telemática*. 13 fev. 2012. Disponível em: <www.statoechiese.it>. Acesso em: 01 set. 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANCHÍS PRIETO, Luis. *Justicia constitucional y derechosfundamentales*. Madrid: Trotta, 2000.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SAVIO, Adriana Macena S. *O caso dos pneus perante a OMC e o Mercosul*. Univ. Rel. Int., Brasília, v. 9, n. 1, p. 349-370, jan./jun. 2011.

STF. ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11-3-2009, Plenário, Infor- mativo 538. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201814>> Acesso em: 01 ago. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS PÚBLICOS NA ITÁLIA E NO BRASIL

GENERAL ASPECTS OF PUBLIC CONTRACTS IN ITALY AND BRAZIL

*Christianny Gomes Jorge
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves Linhas sobre a Administração Pública no Direito Italiano; 2 A Influência do Direito Comunitário; 3 A Atividade Contratual da Administração Pública Italiana – Código de Contratos Públicos; 4 Aspectos Gerais dos Contratos Celebrados pela Administração do Direito Brasileiro; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar aspectos gerais sobre o intrincado tema da contratação pública, de modo a propiciar breves noções sobre aspectos da licitação e contratação pública no âmbito do direito italiano e brasileiro, com peculiaridade da aplicação do direito comunitário. O tema já foi objeto de muitas controvérsias e debates, com posições que divergem sistematicamente. Faremos uma sucinta abordagem sobre o direito administrativo em ambos Estados, seguindo-se um breve estudo da atividade contratual da Administração italiana, trazendo-se as principais características da sistemática italiana e da brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Contratos Públicos. Aspectos Gerais. Sistema Italiano e Brasileiro.

ABSTRACT: This article aims to present general aspects of the intricate subject of public contract, in order to provide brief notions about aspects of bidding and procurement under the Italian law and the Brazilian law, peculiarity with the application of european law. The issue was the subject of much controversy and debate, with positions that differ systematically. We will make a brief approach to administrative law in both States, followed by a brief study of the Italian administrative contracting activity, bringing up the main characteristics of the Italian and Brazilian systematic.

KEYWORDS: Administrative Law. Contracts. General. System in Italy and Brazil.

INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente artigo uma breve análise de direito comparado, seguindo-se com o estudo da forma utilizada pela administração pública italiana para escolher seus contratantes, apresentando as principais características da sistemática italiana em contraponto com a brasileira.

Cabe registrar que a utilização maciça de instrumentos privatísticos nos contratos públicos é um fenômeno que vem ocorrendo atualmente com bastante frequência, e coloca em questão a própria identidade dos contratos administrativos. O tema, historicamente, sempre gerou grande controvérsia, quanto à utilização de normas privadas em seara de contratos públicos, sem que houvesse ruptura dos fundamentos publicísticos.

O fato é que tanto no Brasil, como no exterior, cada vez é mais frequente a utilização de instrumentos privatísticos de ação.

O direito italiano tem disciplinado especificamente a categoria dos contratos públicos. A primeira e mais importante lei sobre o assunto é a Lei 2248/1865, relativa aos contratos de *lavori pubblici*. Também o RD 2240/1923 que traz disposições sobre administração do patrimônio e sobre a contabilidade geral do Estado italiano, previa regras para seleção das ofertas, critérios de adjudicação, elevando a hasta pública a princípio geral para a adjudicação.

Em 2006, entrou em vigor o Codice dei Contratti Pubblici (CCP), relativo às contratações de obras, serviços e fornecimento (DLgs 163/2006), que incorporou as diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, que tiveram impacto significativo sobre as transações além das fronteiras do Estado italiano.

Longe de soluções definitivas, procura-se com o presente artigo trazer algumas breves reflexões sobre a problemática da tutela dos contratos públicos no direito italiano e no direito brasileiro.

1 BREVES LINHAS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO ITALIANO

O direito administrativo italiano tem origem peculiar se contrastado com outros ordenamentos jurídicos, com uma associação de duas tradições distintas: a francesa e a alemã. Numa primeira fase, sofreu influência da doutrina francesa e paralelamente se inspirou nos esquemas de direito privado. Na segunda fase, passou a assumir caráter científico, com sistematização própria, embora com influência estrangeira, especialmente do direito alemão.

No período após a Primeira Guerra, alargam-se as bases sociais do Estado italiano, com ampliação dos poderes de gestão e de controle, bem como com aumento de suas atribuições institucionais, modificando-se o plano do direito utilizado pela Administração pública. É nesse contexto que o Código Civil cede passo ao direito administrativo.

A Constituição italiana, entre outros propósitos, indica certas funções públicas (e as qualifica como de interesse público) – saúde, educação, previdência, assistência social, etc., mas reconhece aos indivíduos, ao mesmo tempo, a liberdade da atividade privada ou o direito de alcançá-la. Em decorrência, admite que os interesses públicos possam ser satisfeitos por entidades privadas, e, portanto, com instrumentos de direito privado. (Exemplo, art . 38, último parágrafo, artigo 41, parágrafo terceiro).

Portanto, se os interesses públicos podem ser satisfeitos por entidades privadas, é evidente que podem ser igualmente satisfeitos por entidades públicas mediante instrumentos do direito privado.

Na expressão do Prof. Sabino Cassese, referindo-se predominantemente à Itália,

a definição de Administração Pública e o reconhecimento de seus confins, que não suscitavam dúvidas até alguns decênios atrás, tornaram-se notavelmente incertos. Para compreender-se a causa de tal incerteza, considerem-se somente dois aspectos. Por um lado, as dimensões atingidas pela Administração Pública em seu conjunto (não menos de cinco milhões de servidores). Por outro lado, a variedade das figuras organizativas que abrangem a extrema diversificação das disciplinas, ao ponto em que há entes públicos cuja atividade é regulada quase integralmente pelo Direito Privado (celebram contratos como os particulares, não dispõem dos poderes impositivos que usualmente caracterizam a Administração Pública etc.). Nesta realidade multiforme, a pesquisa de um conceito unívoco de Administração Pública é problemática e sua delimitação depende essencialmente dos critérios que, em relação a certa finalidade (de ordem jurídica, econômica ou estatística), se deseja seguir.¹

E prossegue Eduardo Lobo Botelho Gualazzi fazendo um confronto tópico dos vários institutos da Administração Pública do Brasil e da Itália, para realçar as semelhanças e as diversidades:

1 Sabino Cassese, *IL Sistema Amministrativo Italiano*, Bolonha, II Mulino, 1983, p. 15, apud Administração Pública – Comparação entre a Administração Pública da Itália e do Brasil. GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Revista dos Tribunais*, v. 645, p. 236, jul./1989 DTR/1989/116.

“Entre o Estado (stricto sensu, consoante os “tipos organizativos” de Sabino Cassese) da Administração Pública italiana e a Administração direta ou centralizada da Administração Pública brasileira há semelhança, virtual identidade, somente no tocante aos ministérios. Porém, há diversidade profunda de categorias e regime jurídicos no tocante aos outros entes e órgãos. Com efeito, o Estado italiano tem dois “tipo organizativos” (administrações e gestões autônomas) que exercem atividade pública, com regime jurídico misto e personalidade semipública, ao passo que todos os entes e órgãos da Administração direta ou centralizada do Brasil, ao contrário do que ocorre no âmbito do Estado italiano, no tocante às administrações (monopólios e correio) e gestões autônomas (ferrovias, estradas, telefones e intervenções sobre os mercados agrícolas).

Por outro lado, no tocante à maioria dos entes públicos italianos não há paralelismo ou correlação, necessária ou incidental, entre a forma do ente, quase sempre pública, e o regime jurídico de execução da atividade, quase sempre privado ou misto, ao contrário do que caracteriza as empresas públicas e as sociedades de economia mista do Brasil, ou seja, a correlação necessária, paralela, entre a forma jurídica privada e o regime jurídico privado daqueles entes de intervenção econômica do Estado.

Por fim, verifica-se haver parcial semelhança de categorias jurídicas, institutos e regimes jurídicos no tocante aos entes excedentes da Administração direta e indireta do Brasil e os “entes públicos” da Itália, com exceção das corporações públicas de profissionais liberais do Brasil: há saliente semelhança, formal e substancial, entre os “entes hospitalares” da Itália e muitas organizações de serviço público-social do Brasil, como contribuições parafiscais.²

Atualmente, a questão ganha maior relevo, uma vez que as normas de direito administrativo se inserem cada vez mais num direito “global”, com a integração cada vez mais intensa entre as administrações nacionais e supranacionais. As relações internacionais estão cada vez mais ativas, com o advento de um direito comunitário, que supervisiona a independência das autoridades reguladoras, com disciplina sobre as mais variadas matérias administrativas, como também ocorre na temática dos contratos.

² GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Administração Pública: Comparação entre a Administração Pública da Itália e do Brasil. *Revista dos Tribunais*, v. 645, p. 236, jul/1989 DTR/1989/116, p. 03.

O direito administrativo italiano antes restrito ao âmbito estatal, está hoje afeto a uma pluralidade de ordenamentos jurídicos do direito comunitário. Entretanto, isto não quer dizer que o mercado doméstico de produção e aplicação normativa foi extinto. Talvez a experiência europeia possa servir de paradigma no âmbito do Mercosul, de modo a promover maior integração e desenvolvimento aos Países integrantes do mesmo.

Provavelmente, algumas bases do direito administrativo teriam que ser repensadas, como, por exemplo, o princípio da legalidade, haja vista os distintos níveis normativos – nacionais e supranacionais. Da mesma forma, a aplicação dos princípios gerais do direito ganham um novo contorno diante da diversidade de normas Estatais, devendo ser feita uma comparação e harmonização do direito existente nos diversos Países.

2 A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMUNITÁRIO

A natureza supranacional da Comunidade Europeia gerou, sobretudo no passado, inúmeras dificuldades nas relações entre o ordenamento nacional e o comunitário. Após anos de intensas divergências entre a Corte Consitucional italiana e a Corte de Justiça da Comunidade Europeia, restou reconhecida a primazia do direito comunitário, com a conseqüente não aplicação da norma nacional contrastante com o direito comunitário. De fato, os princípios comunitários são diretamente aplicáveis aos ordenamentos dos Estados membros, sem necessidade de recebimento formal.

Como qualquer outra ordem jurídica, também a Comunitária não pode ser constituída apenas por normas escritas, haja vista que todas as ordens jurídicas têm lacunas que deverão ser preenchidas pelo direito não escrito. Os princípios gerais do direito são fontes não escritas do direito Comunitário. Trata-se de normas que traduzem conceitos fundamentais de direito e de justiça, às quais a ordem jurídica está obrigada.

Portanto, na ausência de ordenamento escrito, também o direito comunitário se socorre dos princípios gerais, que são uma das fontes mais importantes do direito comunitário. É que os referidos princípios permitem preencher as lacunas existentes ou desenvolver de forma mais justa o direito estabelecido através da interpretação, recorrendo-se à equidade, ou mesmo à jurisprudência, que, no âmbito de suas atribuições, garante o respeito do direito na aplicação do Tratado.

Também o tema referente aos contratos públicos sofreu marcante influência do direito comunitário. O tratado estabeleceu o objetivo de garantir a livre circulação de bens e serviços e à liberdade de estabelecimento de sociedades, na sua essência.

Mesmo antes do ato único europeu de 1986, modificando o Tratado de Roma (art. 130 f), visando garantir as empresas explorar plenamente o potencial do mercado interno, os organismos comunitários preocupavam-se em abrir a concorrência os setores de obras públicas, de serviços e de fornecimento (Diretivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 80/767/CEE.)

Acreditando insuficientes as proibições impostas aos Estados no sentido de limitar a circulação de bens, serviços, pessoas, capitais, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram diretivas, visando à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados Membros (assim, hoje, o art. 114 TFUE), para assegurar a instauração e o funcionamento do mercado interno.

Com a normatização comunitária, a disciplina legislativa visa assegurar às empresas um mercado competitivo, de modo que a concorrência em nível europeu traga ao consumidor um benefício em termos de qualidade e preço.

A comunidade europeia regula apenas a celebração (*affidamento*), mas não a execução do contrato. A execução dos contratos vai ser regulada pelo direito italiano, no caso, pelo Código de Contratos Públicos – DLgs 163/2006 (*codice dei contratti pubblici*).

Existe uma diferença de procedimento na celebração dos contratos, haja vista que enquanto a comunidade europeia elege um modelo mais flexível, concedendo muita discricionariedade ao administrador, mais liberdade de escolha, a legislação italiana elege um modelo mais rígido, ou seja, um modelo pré-fixado na lei.

O legislador italiano optou pelo sistema rígido. Perde-se eficiência, todavia, em tese, pretende-se a diminuição da corrupção. A Lei 109/1994 é uma lei extremamente rígida e vinculante.

Entretanto, hoje, busca-se uma modelo mais flexível, uma combinação de elementos, visando o preço e a qualidade. No passado, buscava-se essencialmente o preço.

3 A ATIVIDADE CONTRATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ITALIANA – CÓDIGO DE CONTRATOS PÚBLICOS

AUTONOMIA CONTRATUAL

Hoje, a complexa disciplina da matéria está unificada no DLgs 163/2006 (*código dei contratti pubblici*).

O sistema de contratação administrativa italiana se baseia num sistema misto, uma atuação administrativa híbrida, em que o processo de formação contratual apresenta uma fase de decisão, que pertence ao

direito administrativo, e uma fase de execução, que se desenvolveria segundo o direito privado.

Assim, uma primeira fase de escolha (“scelta”) do contratante, se considera aplicável o direito público, tendo em vista a supremacia da Administração Pública; e um segundo momento, que tem início com a estipulação contratual e se segue até a sua extinção, caracterizada pelo fato de que as partes se encontram em condições de paridade, todas titulares de direitos e obrigações.

Pode-se dizer que o critério primordial para identificação dos contratos típicos da administração pública italiana é formal-procedimental.

Todavia, é preciso salientar que há um sistema de sobreposições contínuas e recíprocas entre as duas fases: procedimental e executória, pública e privada.

Cabe destacar que o Decreto 163/2006, define contrato público no parágrafo terceiro, do artigo 3º como, verbis:

3-. «contratti» o i «contratti pubblici» sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l’acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l’esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori.

Aplicam-se às disposições gerais do Codice Civile italiano à Administração Pública, e, portanto, também o artigo 1322, que autoriza as partes celebrarem contratos não explicitamente disciplinados pelo mesmo código.

A Administração Pública italiana pode celebrar todo tipo de contrato reconhecido no ordenamento jurídico. Em tese, não existem restrições de ordem geral a realização dos contratos.

Nos últimos anos, as novas normas sobre a atividade administrativa reconhecem à Administração a capacidade de utilizar instrumentos contratuais de maneira geral, visando racionalizar e melhorar a eficiência de todo o sistema.

Embora o direito privado seja aplicado na seara dos contratos públicos, a administração também tem necessidade de aplicar uma específica disciplina na negociação dos contratos, o que significa dizer que embora os contratos concluídos pela Administração sejam essencialmente remetidos ao direito privado, o fato é que também se socorre de normas de direito administrativo, visando resguardar o interesse público.

Assim, em matéria contratual tanto se aplicam os princípios e disciplinas do direito administrativo, como princípios do direito privado, como, por exemplo, o da boa-fé.

Por conseguinte, segundo as fases da contratação pública, os contratos seguem um padrão duplo: a seleção dos concorrentes segundo as regras do direito público, enquanto o direito privado se aplica na fase de execução do contrato.

A autonomia contratual, reconhecida no ordenamento legal se manifesta de várias maneiras, três dos quais são essenciais: A liberdade de contratar (e portanto também de não contratar, ou seja, de não celebrar o contrato); a liberdade de escolher a outra parte; a liberdade de pactuar as condições contratuais.

Em todos os três aspectos a autonomia da administração é limitada. Isto ocorre para evitar que existia um conluio nas relações entre os agentes públicos e contratantes.

Há uma regra que remonta à norma de contabilidade das origens do Estado italiano: a regra que tende a subtrair da administração e dos seus agentes a escolha do contraente, confiando-a, ao invés, a mecanismos objetivos, que são a hasta pública ou a licitação.

As regras sobre a escolha do contratante encontram-se, em termos gerais, na legislação dos anos 20 (Lei de contabilidade n. 2440/1923; reg cont. 827/1924). Todos os contratos resultantes das despesas e das receitas do Estado – se regem pelo art. 37 da lei de contabilidade – devem ser precedidos da hasta pública, exceto os casos indicados em lei especial e aqueles previstos nos artigos seguintes (contratação direta, arts. 38 e 39; concurso, art. 40; negociação privada, art 41). Todavia, na década de 70 (art. 2, DPR 627/1972), a disposição foi modificada de modo que para os contratos que derivam da despesa a escolha entre hasta pública e a contratação direta é remetida ao juízo discricionário da administração pública.

Também é de se destacar que a contratação direta é permitida somente em casos excepcionais, como, por exemplo, nos casos de urgência ou quando o produto é de único produtor.

Como já foi dito, o processo de formação do contrato é então dividido em duas fases, uma pública, que envolve medidas administrativas, e uma privada, que corresponde ao caso descrito no art. 1326 do código civil italiano.

Podemos elencar alguns princípios gerais para a escolha do contratante, que se encontram cristalizados no artigo 2º do Dlgs 163/2006 (Código de Contratos Públicos): livre concorrência; paridade de tratamento; não discriminação; transparência; proporcionalidade; publicidade e mútuo reconhecimento.

A livre concorrência (*par conditio*) significa que todos os sujeitos que participam de uma concorrência pública, devem ter a mesma

possibilidade de vencê-la. As regras devem ser claras e não se deve criar estados diferenciados entre os concorrentes.

DELIBERAÇÃO DE CONTRATAR (ART. 25 LEGGE 62/2005 E ART. 3, COMMA 17, DLGS 163/2006)

A deliberação de contratar é formalizada pela administração pública. Trata-se de um ato interno da Administração pública, ato de validade interna, que tem por finalidade o interesse público.

O ato deve conter o objeto do contrato, o edital e a escolha pela modalidade de concorrência. À deliberação de contratar segue-se a publicação do Edital, as ofertas das empresas, que serão julgadas por uma Comissão, que graduará as ofertas apresentadas.

Sob o pálio do direito comunitário que tutela a promoção da concorrência, a imposição da obrigatoriedade de transparência no agir da administração, visa garantir o desenvolvimento de uma dinâmica de concorrência de mercado. Na verdade, existe uma preocupação de evitar a violação às regras da competitividade de mercado, através da violação aos princípios da *par conditio*, imparcialidade, não discriminação por nacionalidade, entre outros.

PUBLICAÇÃO DO AVISO PÚBLICO – BANDO DI GARA

A determinação de contratar se exterioriza com a publicação do edital.

É um ato que a doutrina entende que se assemelha a oferta pública (art. 1336 c.c italiano). É um convite a fazer uma oferta. A proposta vem da contraparte e a administração pública ao aceitá-la dá ensejo à conclusão do contrato.

Cabe registrar que a norma europeia requer seja dada a máxima publicidade ao edital, também com a publicação na gazeta oficial da comunidade europeia, de modo que seja conhecido pelas empresas interessadas e, conseqüentemente, possam concorrer. (art. 66, Dlgs 163/2006).

O edital deve conter informações essenciais à formulação das ofertas, tais como: quantidade, duração, critérios de adjudicação, documentação, condições, requisitos de participação, etc. Em linhas gerais está regulado no art 64, do Dlgs 163/2006. Entretanto, a Administração pode introduzir cláusulas específicas, que, nesse caso, vinculam o administrador.

No caso de existir uma cláusula ilegítima, contrária aos preceitos legais, ou que restrinjam a concorrência, as empresas interessadas podem impugnar o edital.

LEGITIMADOS À OFERTA

Na Itália vigia uma regra de 1962, que limitava a participação às empreitadas de valor superior a certo limite as empresas registradas num cadastro nacional de fabricantes: inscritas por um certo período de tempo e por uma certa especialização. Isto resultava não só na exclusão das empresas estrangeiras, mas também uma segmentação das ofertas por valor e por especialidade, o que reduzia sobremodo a concorrência.

Com o advento do Direito Comunitário, inspirado nos princípios da liberdade de circulação das mercadorias, liberdade de prestação dos serviços, liberdade de estabelecimento, liberdade de circulação do capital, esta estrutura foi modificada. De fato, os princípios do direito comunitário resultaram na alteração das normas internas italianas, que restringiam a concorrência.

Sob esta perspectiva, tornou-se essencial que as contratações fossem concedidas mediante procedimentos competitivos, adequadamente publicados (no diário europeu), e que o edital não contenha cláusulas discriminatórias, etc.

Assim, ao invés de inscrição em cadastro, a empresa participante deve apresentar capacidade econômica, financeira e técnica adequada a natureza e ao conteúdo da contratação.

Art.41.Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi (art. 47, direttiva 2004/18; art. 1,3 d.lgs. n. 157/1995; art. 13, d.lgs. n. 358/1995)

1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

a) idonee dichiarazioni bancarie;

b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa;

c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.

Um dado interessante é que visando aumentar a participação de empresas nas contratações, o direito europeu introduziu o instituto da associação temporária de empresas ou agrupamento temporário de empresas, de modo a poder participar da competição e conseguir obter a adjudicação do contrato, ao qual não poderia aspirar individualmente (art. 37).

CRITÉRIO DA ADJUDICAÇÃO

Tem se atribuído muita relevância ao critério do menor preço, prescindido de qualidade, correndo o risco de um produto ou uma prestação ruim. Existem dois modos de minimizar os riscos, um é a qualificação das empresas que são permitidas a formular a oferta, e outra forma, é combinar o critério do preço com outro critério do tipo qualitativo. Esta situação se assemelha ao direito brasileiro.

O direito europeu está hoje assentado em dois critérios: o critério do menor preço e o critério da oferta economicamente mais vantajosa.

Quando o critério é o da oferta economicamente mais vantajosa, o edital estabelece os elementos de valoração como, por exemplo, o preço; a qualidade; valores técnicos; características estéticas e funcionais; características ambientais; custo de utilização e manutenção, assistência técnica, entre outros (os critérios para escolha da melhor oferta encontram-se descritos nos artigos 81 e seguintes do Dlgs 163/2006).

Uma das questões tormentosas em matéria de licitação e contratação pública é a questão atinente à necessidade de se impedir “acordos” entre as empresas participantes, que consentem que outras ganhem a contratação, com o objetivo de um tratamento recíproco em uma concorrência futura, outras deixam de participar para deixar livre para outra empresa, etc.

DA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Segue-se o início da execução do contrato, regulada pelo direito civil.

Na execução do contrato as partes tem direitos e obrigações caracterizadas por uma relação sinalgmática, enquanto no procedimento de adjudicação, a administração pode exercer poderes administrativos.

Em decorrência, atividade contratual da administração pode ser dividida em duas fases, a primeira, do direito administrativo, e a segunda do direito privado.

A influência marcante do direito comunitário vem acarretando transformações no direito administrativo italiano, atingindo o problema dos contratos da administração, também no que diz respeito a repartição entre os momentos público e privado.

A regulação comunitária sobre contratos administrativos não visa uma harmonização integral de diretivas nacionais sobre a matéria, mas sim a coordenação dos procedimentos de formalização de contratos públicos, introduzindo um mínimo de normas comuns sobre critérios de adjudicação, publicidade dos certames, especificações técnicas utilizadas em documentos contratuais, entre outros.

Como já foi dito alhures, dois aspectos principais são visados pelo direito comunitário em sede de contratação pública: a abertura dos processos de seleção à ampla concorrência e a adequação dos ordenamentos nacionais às Diretivas da UE.

Nos últimos anos, diante dos problemas financeiros na Europa, tem ocorrido um financiamento privado de obras públicas, cujo principal modelo é o contrato de concessão, que é um tipo de contrato em que o agente privado realiza um fazer, é um direito que é dado ao particular de gerir o serviço (*lavori e servizi*).

Nos contratos de empreitada o agente privado constrói e a administração pública paga o correspondente. Na concessão, o agente privado constrói e a administração pública concede o direito de gestão.

Na concessão existe uma transferência do risco do contrato ao setor privado. Normalmente, as concessões apresentam normas bastante vantajosas para justificar a transferência do risco do contrato.

A Diretiva 93/37/CEE conceitua a concessão como um contrato de direito público.

Artículo 1

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) contratos públicos de obras: los contratos de carácter oneroso, celebrados por

escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador definido en la letra

b), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución

y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II

o de una obra definida en la letra c), bien la realización, por cualquier medio, de una

obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador;

Artigo 1o

Para efeitos da presente directiva:

a) Os contratos de empreitada de obras públicas são contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um empreiteiro, por um lado, e uma entidade adjudicante, definida na alínea b), por outro, que tenham por objecto quer a execução quer conjuntamente a execução e concepção das obras relativas a uma das actividades referidas no anexo II ou de uma obra definida na alínea c), quer a realização, seja por que meio for, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade adjudicante;

De todo modo, é bastante problemático definir a natureza a os limites da ação privada no âmbito dos contratos públicos. É que a distinção entre direito privado e público na execução dos contratos não é assim tão precisa, haja vista que existem diversas interferências entre as disciplinas, pois a administração pública mantém alguns poderes unilaterais, como, por exemplo, o de resolver o contrato por culpa do contratante.

Nesse contexto, as interseções entre direito público e privado devem ser verificadas caso a caso.

4 ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como ensina Odete Medauar³

O módulo contratual da Administração desdobra-se em alguns tipos, que pode ser enfeixados do seguinte modo: a) contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões; b) contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados semipúblicos, como a locação, em que o poder público é o locatário; b) contratos regidos parcialmente pelo direito privado, também denominados contratos semipúblicos, como

³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. RT, 11.2 – Tipologia, p. 242.

a locação, em que o poder público é o locatário; c) figuras contratuais recentes, regidas precipuamente pelo direito público; exemplo: convênios, contratos de gestão.

O regime especial de direito público dos contratos administrativos confere ao poder público uma plêiade de prerrogativas a revelar a participação no contrato com supremacia de poder. O regime exorbitante decorre não só das estipulações contratuais expressas, como é também consectário das determinações legais.

Portanto, quando a Administração se relacionar contratualmente com particulares, poderão existir contratos onde haverá uma participação maior de cláusulas de natureza pública, mas sempre haverá uma conjugação de direito público e privado. Na verdade, tal fenômeno também vem ocorrendo entre os contratos de órbita particular, com a submissão destes a preceitos de ordem cogente.

É possível dizer que no Brasil ocorre uma ampliação das chamadas vinculações públicas, que é o da unificação do regime contratual público. Se entre os italianos permanece um momento privado subjugado por uma fase publicística anterior, no Brasil prevalece a tendência de que toda a base da atividade administrativa estaria sujeita ao direito público.

No ordenamento brasileiro esse regime jurídico está contido na Lei 8666/93. Já para as concessões, permissões de serviço público vigora a Lei 8987/95; as duas leis foram alteradas pela Lei 9648/98.

A conceituação pode ser encontrada na própria lei 8666/93, no parágrafo único do 2º, verbis: “Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Quanto ao regime jurídico dos contratos administrativos clássicos, ensina Odete Medauar:

Sendo o órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. Isso porque os contratos celebrados por órgãos ou entes estatais direcionam-se ao atendimento do interesse público e este prepondera sobre os interesses privados. Daí ser inaplicável aos contratos firmados por órgãos estatais a plena igualdade entre as partes e a imutabilidade do que foi inicialmente pactuado. A preponderância e defesa do interesse público levaram à atribuição de prerrogativas à Administração que é parte do contrato, sem sacrifício de direitos

pecuniários do particular contratado. Os contratos administrativos são norteados, assim, por um regime público dinâmico.⁴

De fato, a Lei 8666/93 considera todos os contratos firmados pela Administração como sendo administrativos, que carregam implicitamente as cláusulas exorbitantes, cuja sede legal encontra-se consignada no artigo 58 da Lei de Licitações.

Nas últimas décadas surgiram novas figuras contratuais, regidas precipuamente pelo direito público, instrumentalizadas por técnicas contratuais, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, parcerias entre a administração e particulares ou entre órgãos e entidades estatais.

Assim como no direito italiano, a Administração brasileira não pode contratar livremente. Entre a verificação da necessidade de contratar e a celebração do contrato, realiza-se a licitação, que é um processo administrativo que visa selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer a oferta mais vantajosa ao interesse público, e que tem por princípio a igualdade de condições aos participantes (inciso XXI do art. 37 da CFRB). Em casos excepcionais, permite-se a Administração pública a contratação direta, o que é mencionado no próprio inciso XXI do art. 37 da CFRB:

Por seu turno, o art. 173, par. 1º, III, da CFRB, na redação dada pela EC 19/98, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, na licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observarão os princípios da Administração pública, o que sugere um regime mais flexível, diferente do regime das estatais prestadoras de serviços públicos.

A prática pretoriana recente vem admitindo um movimento de aproximação com o direito privado, para manter a autonomia negocial e da regular atuação aos critérios prefixados contratualmente, de modo a prestigiar a segurança jurídica, num modelo que contradiz as bases do regime publicístico dos contratos administrativos.

Tendo em vista que a Lei 8666/93 é minuciosa passaremos a expor em linhas gerais questões atinentes à licitação no direito brasileiro. O artigo 3º da Lei 8666/93 estabelece que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Também elenca os princípios que devem ser observados.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa

4 SOTO KLOSS, op. cit., p. 578, in *Direito Administrativo Moderno*, 9. ed. p. 247)

para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

Tal qual no direito italiano, o brasileiro visa a isonomia de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendem participar da licitação, vedada qualquer discriminação. O princípio da igualdade e o da competitividade encontram-se insculpidos nos incisos I e II do par. 1º do art. 3º da Lei 8666/93. Tais dispositivos tem por finalidade vedar condições que restrinjam o caráter competitivo e estabeleçam distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes; e proibem tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Como já foi visto, o tema referente aos contratos públicos no direito italiano sofreu profunda influência do direito comunitário, de modo que a disciplina legislativa, hoje, visa assegurar às empresas um mercado competitivo, afastando as normas que limitavam a concorrência, legando ao consumidor um benefício em termos de qualidade e preço.

O artigo 34 da Lei 8666/93 prevê, para os órgãos e entidades que realizam licitações com frequência, a manutenção de um registro cadastral para efeito de habilitação, válido, no máximo, por um ano, como um meio de atestar a regularidade da empresa para participar da licitação, bem como controlar o desempenho do inscrito na execução do contrato, pois sua atuação será anotada no respectivo registro (par 2º do art. 36).

Cabe aqui uma pequena referência ao direito italiano, influenciado pelas normas comunitárias, que estabelece que a empresa participante comprove sua capacidade econômica e financeira, através de declaração bancária idônea, balanços ou extratos de balanços, faturamento ou qualquer outro documento considerado idôneo para a contratação, nos moldes do art. 41, par. 3º do DLgs 163/2006.

O processo licitatório brasileiro tem início com a publicação do edital, que é a lei interna da licitação. O artigo 40 da Lei 8666/93 estabelece os dados que obrigatoriamente devem integrar o texto do edital, como, por exemplo, objeto da licitação, prazo e condições para assinatura do contrato, critério de julgamento, entre outros.

A divulgação do edital efetua-se pela publicação de aviso com resumo do mesmo, nos seguintes veículos: Diário Oficial da União (órgãos ou entidades federais); Diário Oficial do Estado ou do Distrito

Federal (órgão ou entidade estadual, municipal, ou do Distrito Federal; em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será executado o objeto do contrato. Outros meios também poderão ser utilizados (art. 21).

O Edital poderá ser impugnado pelo licitante ou por qualquer cidadão (art. 41, par. 1º e par. 2º).

Segue-se a habilitação dos licitantes (arts 27 e segs da Lei 8666/93), fase em que a administração pública verificará quem reúne condições para celebrar e executar o futuro contrato. É na fase da habilitação que a Administração verificará a capacidade jurídica, técnica e econômico-financeira das empresas participantes do certame. Também é nesta fase que a administração constatará a regularidade fiscal do licitante, ou seja, que está em dia com as obrigações tributárias (art. 29 da Lei 8666/93).

Nessa fase, há uma peculiaridade do direito nacional que é a exigência ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do artigo 7º, da CFRB, que impõe que o licitante demonstre não empregar, em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de 18 anos, e, em qualquer trabalho, menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos (a exigência foi inserida no art. 27 da Lei 8666/93 pela Lei 9854/99)

Quando for permitida a participação de consórcios, Odete Medauar apresenta alguns preceitos que devem ser observados:

- a) comprovação do compromisso público ou particular de formação do consórcio; b) indicação da empresa responsável pelo consórcio; c) apresentação por parte de cada consorciado, dos documentos exigidos nos arts 28 a 31 da lei, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica e de qualificação econômica-financeira, o somatório dos valores de cada um, na proporção da respectiva participação; d) impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; e) responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio; f) no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá à empresa brasileira (art. 33, incisos e parágrafos)⁵.

Após a fase da habilitação, segue-se a classificação das propostas e o consequente julgamento, de acordo com os critérios previstos no ato convocatório, que podem ser os seguintes: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e de maior lance ou oferta.

⁵ MEDAUAR, op. cit., p. 225.

Cabe destacar que os critérios devem ser objetivos, indicados no ato convocatório, que, por seu turno, segue as normas e princípios da lei licitatória (arts 44 e 45). Também é vedada a utilização de qualquer elemento sigiloso, secreto, subjetivo, que vá elidir a igualdade entre os participantes, tal qual ocorre no direito italiano.

Assim como no direito italiano (CCP – Dlgs 163), a Lei de Licitações 8666/93, no seu artigo 3, entre outros princípios, determina a observância do princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado, e a oferta mais vantajosa para a administração.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

Aqui cabe também um comentário no que diz respeito aos critérios de desempate, uma vez que o parágrafo 2, do art. 3, da Lei de licitações inicialmente estabelecia preferência à empresa brasileira de capital nacional, que restou incompatível, por inconstitucional, diante do advento da EC 15/95, que revogou integralmente o art. 171 da CFRB. Com a edição da Lei 12349/2010, o mencionado parágrafo foi revogado, diante do seu evidente conteúdo discriminatório.

A Lei de licitações brasileira prevê em alguns casos excepcionais, que não se realize o processo licitatório, por meio de dispensa ou inexigibilidade, ambas denominadas de contratação direta. Via de regra, a dispensa abrange os casos em que é possível a competitividade, mas a lei elenca algumas hipóteses, taxativas (*numerus clausus*), no art. 24 da lei de licitações, como, por exemplo, os casos de urgência, calamidade, entre outros. Já a hipótese de inexigibilidade, elencada no art. 25 da citada lei, ocorre nos casos em que a competição é inviável, como, por exemplo, de bens que possuem produtor exclusivo, e o rol estabelecido pela lei 8666/93.

Cabe uma observação no sentido de que em todos os casos em que não se realiza licitação, se for comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano à Fazenda Pública, o contratado e o agente público, sem prejuízo de outras sanções legais (parágrafo 2 do art. 25).

Por fim, cabe dizer que o controle da administração pública no Brasil pode ser feito internamente mediante a interposição de recursos

administrativos, e externamente, sendo os principais, o controle realizado pelo Tribunal de contas e o controle jurisdicional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou demonstrado o quão é difícil definir a natureza e as limitações das ações privatísticas na seara dos contratos públicos, seja na Itália ou no Brasil.

A inserção do direito interno numa órbita comunitária, a mitigação da supremacia do Estado e a própria dicotomia direito administrativo/direito comum são questões que exsurgem da seara publicística contemporânea.

Com efeito, constata-se da análise dos contratos públicos na Itália o quanto está enfraquecida a dicotomia entre direito público e privado, haja vista que a jurisprudência, cada vez mais, cede à construção de momentos privatísticos na fase procedimental. Além disso, a inserção da Itália na órbita de um direito administrativo comunitário, acarretou uma nova dinâmica de sobreposições constantes entre institutos públicos e privados.

Podemos concluir que o Brasil e a Itália encontram-se em fases distintas quanto às vinculações jurídico-públicas aplicáveis aos contratos públicos, na medida em que entre os italianos prevalece uma fase regulada pelo direito privado, embora precedida por uma fase publicística; enquanto no Brasil existe uma tendência à unificação do regime sobre uma base de direito público, inclusive o que pode ser constatado pela Lei de Licitações (Lei 8666/93, art. 62, par. 3).

De todo modo, também restou claro que a distinção entre direito administrativo e o direito privado não é tão precisa em matéria de contratação pública, porque existem diversas interferências entre estas disciplinas. Se por um lado a Administração pública recorre à disciplina do direito privado, também é certo dizer que se utiliza de poderes unilaterais, cláusulas exorbitantes, durante a execução do contrato, mesmo no regime italiano.

A título de encerramento, sublinhamos que o presente estudo visa uma breve síntese quanto aos aspectos gerais do processo de contratação pública na Itália e no Brasil, com vertentes do direito comunitário, não tendo sido possível abarcar com a profundidade que o tema merece, servindo apenas para registrar parte das atividades realizadas no curso de Introdução ao Direito Europeu – “Trazione civilistica e armonizzazione del diritto nelle corti Europee”, como um meio de integração entre os Países.

REFERÊNCIAS

CENTURIONE, Alfredo Mirabelli. *Instituzioni di Diritto Amministrativo*. 2. ed. Guiffré Editore, 2000.

CIRILLO, Gianpiero Paolo. *I Contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*. Disponível em: <[www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cirillo I Contratti delle amministrazione pubbliche.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Cirillo_I_Contratti_delle_amministrazione_publiche.htm)>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. Atlas.

GAMA E SILVA, José Saldanha da. Dos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, v.1, n. 2, 1945.

GIAPPICHELLI, G. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Guido Corso, 6. ed. Editore –Torino.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Administração Pública: comparação entre a administração pública da Itália e do Brasil*. RT, v. 645, p. 236, jul/1989 DTR/1989/116.

IRELLI, Vincenzo Cerulli. *Corso di Diritto Amministrativo*. G. Giuappichelli Editore: Torino, 1994.

MASSERA, Alberto; DOTTESSA Marta Simoncini. *Fondamenti dei contratti Pubblici in Italia*. Report Annuale, Itália: 2011, Febbraio 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. RT.

SANDULLI, Aldo. *Corso di Diritto Amministrativo: Diritto Processuale Amministrativo*. 2. ed. Guiffré Editore



A DEMORA NA TRAMITAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. BRASIL, ITÁLIA, O SILENZIO ASSENSO E A *LEGGE PINTO*

THE DELAY IN HANDLING ADMINISTRATIVE AND LEGAL PROCEEDINGS. BRAZIL, ITALIA SILENZIO ASSENSO E A LEGGE PINTO

*Daniela Cristina Moura Gualberto
Advogada da União em exercício na
Consultoria Geral da União.*

*Rodrigo Frantz Becker
Advogado da União em exercício na
Procuradoria Geral da União.*

SUMÁRIO : Introdução; 1 Demora no processo administrativo e judicial; 2 O silenzio assenso no processo administrativo italiano; 3 A falta de uma regra clara no brasil no âmbito administrativo. Algumas leis esparsas; 4 lei italiana sobre a demora no processo judicial; 5 **A falta de uma lei no Brasil semelhante à LEGGE PINTO** 6 conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo descrever sucintamente o conteúdo do direito fundamental à duração razoável do processo, e apresentar medidas adotadas no direito pátrio que visam a sua concretização, seja no âmbito administrativo e judicial. Pretende, ainda, observar que a Itália, preocupada com a demora dos processos, previu o instituto do *silenzio assenso*, para o âmbito administrativo, e editou a *legge pinto*, para prever a indenização pela demora do processo judicial. Finalmente, objetiva questionar se os institutos italianos servem de exemplos à realidade brasileira.

PALAVRAS CHAVES: Direito Fundamental. Duração Razoável do Processo. *Silenzio Assenso*. *Legge Pinto*.

ABSTRACT: This article aims to describe, briefly, the content of the fundamental right to reasonable duration of the process, and provides forms adopted in Brazilian law aimed at its implementation, either in the administrative and judicial. It proposes, also, to note that Italy, concerned at the delay of the proceedings, predicted the institute of *silenzio assenso* to the administrative sphere, and edited the *legge pinto*, to provide compensation for the delay of the legal proceedings. Finally, it intends to question whether the Italian institutes serve as examples to the Brazilian reality.

KEYWORD: Fundamental Right. Reasonable time of proceeding. *Silenzio Assenso* e a *Legge Pinto*.

INTRODUÇÃO

A duração excessiva do processo é fonte de angústia para as partes, e tem efeitos sociais graves, na medida em que as pessoas se veem desestimuladas a cumprir a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente, e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas, dentre elas, a lentidão da justiça, que pode levar a não satisfação do direito pleiteado.

Ademais, a demora do processo desprestigia o Poder Judiciário e desvaloriza todos os envolvidos na realização do direito (juízes, promotores de justiça, procuradores e advogados).

Não se pode olvidar, ainda, da questão econômica, pois, como afirma Paulo Henrique Lucon (2007, p. 369), são favorecidas a especulação e a insolvência, acentuando-se as diferenças entre aqueles que podem esperar (e tudo têm a ganhar com a demora da prestação jurisdicional) e os que têm muito a perder com a excessiva duração do processo. Entre adimplir com pontualidade e esperar a decisão desfavorável, ao devedor passa a ser muito mais vantajoso, patrimonialmente, a segunda opção na esteira do que foi dito acima.

Pode-se dizer, desse modo, que a demora na prestação jurisdicional “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”.¹ Destarte, a rapidez da atividade jurisdicional constitui aspecto fundamental para o acesso à justiça e para a promoção da igualdade social, porquanto a demora exagerada na solução dos litígios atinge muito mais aqueles que não têm recursos para suportar a espera.

1 DEMORA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO E JUDICIAL

O art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88, introduzido pela EC n.º 45/2004, erigiu o direito à duração razoável do processo à categoria de direito fundamental, ao dispor que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Tal disposição Constitucional coaduna-se ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil, que, em seu art. 8º, prescreve:

¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração Razoável e Informatização do Processo Judicial. *Revista Panóptica*, ano 1, n. 8, maio/jun. 2007. p. 369.

Art. 8º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com suas devidas garantias e *dentro de prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal e de qualquer outra natureza.

Não é por demais registrar que os direitos fundamentais, inclusive o da razoável duração do processo tem aplicação imediata, em razão do disposto no § 1º do art. 5º, CRFB/88, que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, assim sendo, prescinde de qualquer regulamentação para produzir efeitos.

Afirma SOUZA,² que “este novo direito fundamental tem como destinatário o legislador, para que crie normas que visem assegurar a razoável duração do processo, e também os aplicadores do direito, como os juízes e os próprios agentes públicos de modo geral, no sentido de dar maior eficácia à norma constitucional, conduzindo o processo da forma mais eficiente possível, e sem dilações indevidas”.

Segundo MENDES, COELHO e BRANCO,³ “o direito à razoável duração de processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica”.

Pode-se afirmar que o direito à duração razoável do processo, apesar de inserido na Constituição Federal apenas no ano de 2004, pela Emenda Constitucional n.º 45, ali já estava dispostos, tendo em vista que decorre do princípio da eficiência e do devido processo legal.

O princípio da eficiência, que está previsto na CRFB/88, no art. 37⁴, abarca a ideia de celeridade e simplicidade na prática dos atos, de

2 SOUZA, Márcio Luís Dutra de. *Direito à razoável duração do processo administrativo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10056>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

3 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 546.

4 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifo nosso)

forma a fazer com que o processo cumpra, dentro do prazo razoável, a sua função: a decisão do seu objeto. CARVALHO FILHO, afirma que:⁵

No processo administrativo, o princípio da eficiência há de consistir na adoção de mecanismos mais céleres e mais convincentes para que a Administração possa alcançar efetivamente o fim perseguido através de todo o procedimento adotado. [...] A eficiência é, pois, antônimo de morosidade, lentidão, desídia. A sociedade de há muito deseja rapidez na solução das questões e dos litígios, e, para tanto, cumpre administrar o processo administrativo com eficiência.

O princípio do devido processo legal, por sua vez, está prescrito no art. 5º, inc. LIV, da CRFB/88, que dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Segundo leciona Nelson Nery Jr., “trata-se de um princípio base, sobre o qual todos os outros se sustentam”.

Este princípio, originário da expressão *due process of law*, teve origem no direito inglês, no texto da Magna Carta de João Sem Terra, publicada em 1215, que em seu artigo 39, apesar de não fazer remissão expressa a este princípio, exigiu que o processo tivesse a formalidade necessária para imposição de penas.

Confira-se o texto:

Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra. (Magna Carta, 1215)

Atualmente, entende-se que este princípio busca garantir resultados efetivos ao processo e proteção ao jurisdicionado, ao configurar “uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se consideramos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material (princípio da proporcionalidade/direito substantivo)”⁶

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança n.º 26358/DF, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, consignou que:

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 60.

6 MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 686.

O exame da garantia constitucional do “due proces of law” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) *direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas*; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em lei “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamentos em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a auto-incriminação); e (l) direito à prova. (grifo nosso)

Assim sendo, constata-se que, à duração razoável do processo, apesar de inserida de forma expressa na Constituição Federal apenas recentemente pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, já integrava o ordenamento constitucional pátrio em decorrência dos princípios da eficiência, art. 37, *caput*, e do devido processo legal art. 5º, inc. LIV.

Não é demais salientar que essa duração é ínsita ao processo a ideia de concatenamento de atos que desenvolvem em direção a um fim, qual seja, o pronunciamento estatal acerca do pedido (objeto do processo). Tal desenvolvimento requer, naturalmente, um tempo para sua conclusão final, tendo em vista que, no seu decorrer, uma série de atos serão praticados dentro dos respectivos prazos específicos previamente previstos na legislação.

Desse modo, conforme afirma, TUCCI,⁷ os atos processuais, “embora tenham uma determinada ocasião para serem realizados, normalmente não perfazem de modo instantâneo, mas, sim, desenrolam-se em várias etapas ou fases”.

Segundo afirmam LOPES Jr. e BADARÓ,⁸ o processo:

Trata-se de um instituto essencialmente dinâmico, não exaurindo o seu ciclo vital em um único momento. Ao contrário, destina-se a desenvolver-se no tempo, possuindo duração própria. Em outras palavras, é característica de todo processo durar, não ser

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

8 LOPES Jr., Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006. p. 6.

instantâneo ou momentâneo, prolongar-se. O processo implica um desenvolvimento sucessivo de atos no tempo. Daí porque o tempo está arraigado na sua própria concepção, enquanto concatenação de atos que se desenvolvem, duram e são realizados numa determinada temporalidade.

Por outro lado, revela-se inadmissível, a luz do direito fundamental à duração razoável do processo, a decisão em tempo longínquo, pois, como afirmou Rui Barbosa, a “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade*”. Segundo SOUZA, é necessário:⁹

[...] compatibilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa com as expectativas razoáveis de efetividade processual. Assim é importante fixar um necessário equilíbrio entre a celeridade do processo administrativo e a observância dos direitos processuais do administrado. Na lição de André Luiz Nicolit (2006, p. 8), aplicável plenamente ao processo administrativo, “uma decisão justa não pode ter o açodamento e irreflexão incompatíveis com a atividade jurisdicional, tampouco pode ter a morosidade destrutiva da efetividade da jurisdição”. Deste modo, é imprescindível encontrar o razoável, o equilíbrio, a fim de que o processo seja um instrumento de justiça.

Assim sendo, como pode ser definida a razoável duração do processo?²

Afirma SILVA:¹⁰ :

Processo com razoável duração já não significa necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deve andar com certa rapidez, de modo que as partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil. Poder-se-ia dizer, portanto, que bastava o dispositivo garantir uma razoável duração do processo para que o acesso à justiça não se traduzisse no tormento dos jurisdicionados em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional que não apenas é irrazoável, como profundamente irracional.

9 SOUZA, op. cit.

10 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 176.

É certo que as legislações que disciplinam os processos preveem prazos para a prática dos respectivos atos. Os prazos legais visam assegurar a estabilidade e a agilidade do processo, pois, conforme já dito, é inerente a idéia de processo a progressão, o avanço de fases. E, uma vez praticados os devidos atos dentro dos prazos legais, atendida estará, em princípio, a duração razoável do processo.

Além disso, outras variáveis do processo devem ser analisadas, tais como a complexidade da causa, o comportamento das partes, o comportamento dos agentes públicos com atribuição para análise e decisão do processo.

Segundo TUCCI,¹¹ o Tribunal Europeu de Direitos Humanos na apreciação do tempo razoável de duração do processo, adota três principais critérios que devem ser apreciados em conjunto diante de cada caso concreto:

Complexidade da causa;

Comportamento das partes e de seus procuradores, ou, no caso do processo administrativo, *comportamento dos administrados ou interessados no processo*;

Atuação do órgão jurisdicional, ou, no caso do processo administrativo, *atuação do agente público na condução do processo*.

Parece decorrer do direito fundamental ora analisado o direito de reclamar, pela via do mandado de segurança, a conclusão de processos administrativos demasiadamente morosos, bem como o direito à indenização pelos danos decorrentes da irrazoável duração do processo.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) deferiu alguns Mandados de Segurança relativamente à excessiva mora, no Ministério da Justiça, do andamento de processos administrativos de anistia política. Observe:

1. Concedida a anistia política, encontra-se pendente de solução, por mais de quatro anos, recurso administrativo que busca a indenização com proventos de Capitão-de-mar-e Guerra.
2. Em que pesem o grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e o fato dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, atuarem pro bono, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro

11 TUCCI, op. cit., p. 68.

de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução em prazo razoável.

3. Não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, ex vi dos arts. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 9.784/99.

4. O prazo a ser fixado para o julgamento do pedido de anistia pela autoridade coatora, na linha da orientação firmada por esta Terceira Seção, deve ser de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, desde que expressamente motivado, conforme estabelecido no art. 4º da Lei 9.784/99, dispositivo aqui aplicado de forma subsidiária.

5. Segurança concedida. (STJ. MS n.º 13584/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, DJ de 26/06/2009.)

Na Itália, a demora na prestação jurisdicional é tratada como um dano. Naquele País cunhou-se inclusive uma expressão para esse dano: “dano marginal”.

A expressão dano marginal, decorrente da lentidão do processo, é atribuída por CALAMANDREI¹² a ENRICO FINZI no livro “Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria”. FINZI define o periculum in mora como “quel danno marginale, che non vi sarebbe se non nella ipotesi di ritardo nella esecuzione, e che scompare con la esecuzione provvisori’a”.

Quanto ao dever de indenizar, no Brasil, por danos decorrentes da excessiva morosidade do processo administrativo, o então Ministro do STJ Luiz Fux, no Resp n. 9257.705, afirmou que:

1. Ação indenizatória por danos materiais decorrente de atraso na concessão de aposentadoria pelo Estado recorrido cujo pedido fora formulado em 28 de dezembro de 2000, e somente publicado o ato em 18.12.2001, interregno no qual a autora esteve obrigada a continuar prestando serviços. (fls. 248)

2. A existência do fato danoso e o necessário nexu causal entre a omissão e os prejuízos decorrentes da mesma conduta ressoa

12 CALAMANDREI. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, n. 8, p. 173.

inequívoco porquanto o simples fato de a pessoa ser compelida a trabalhar em período no qual, legalmente, já poderia fazer jus à mesma renda na inatividade, decorrente dos proventos de aposentadoria, já configura, à saciedade, evento lesivo ao interesse da parte e à livre manifestação de vontade.

3. Precedentes: Resp 1044158/MS, DJ 06.06.2008; Resp 688.081/MS, julgado em 10.04.2007; Resp 688.081/MS, julgado em 10.04.2007; Resp 983.659/MS, DJ de 06.03.2008; Resp 953497/PR, DJ 04.08.2008.

4. In casu, assentou o Tribunal a quo, que o aguardo pelo período de oito meses e vinte dias para a sua concessão não configura a prática de ato omissivo, com abuso de poder, pela administração. Ao contrário do que sustenta a recorrente, não é de ser aplicado o exíguo prazo de 30 dias, estatuído no § 1º do art. 180 da Lei 1.102/90, que se refere ao direito de petição assegurado, ao servidor público, em razão da complexidade que envolve o ato de concessão de aposentadoria. [...]

5. Outrossim, é cediço na Corte que: “[...] no caso, como a lei fixa prazo para a Administração Pública examinar o requerimento de aposentadoria, o descumprimento desse prazo impõe ao administrador competente o dever de justificar o retardamento, o que gera uma inversão do ônus probatório a favor do administrado. Assim, cabe ao Estado-Administração justificar o retardo na concessão do benefício. Se não o faz, há presunção de culpa, que justifica a indenização proporcional ao prejuízo experimentado pelo administrado.” (Resp 1.044.158/MS, DJe 06.06.2008)

Contudo, a demora na decisão de processos, administrativos e judiciais, no Brasil, é uma realidade. Neste cenário, parece que à efetiva concretização do direito fundamental à duração razoável do processo ainda há muito o que ser feito.

2 O *SILENZIO ASSENSO* NO PROCESSO ADMINISTRATIVO ITALIANO

A preocupação com a demora no processo, especificamente no âmbito administrativo, fez com que a Itália desenvolvesse uma figura extremamente importante e eficaz: o *silenzio assenso*.

Naquele País, a *Legge sul procedimento amministrativo*, Lei n.º 241/1990, em seu art. 2º, impõe à Administração Pública o dever de

decidir o processo, dentro de um prazo específico, quando este for iniciado por pedido da parte interessada:

2. Nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni¹³.

Trata-se de uma regra de boa administração, que coaduna-se ao disposto na Constituição Italiana, que em seu art. 97, parágrafo 1º, que dispõe que “*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”¹⁴.

Neste contexto, visando a simplificação do procedimento, a Lei n.º 241/1990, em seu art. 20, disciplinou o instituto do *Silenzio Assenso*, que pode ser traduzido como o Silêncio Consentido. A norma estabelece que, no caso de procedimento iniciado por provocação da parte interessada (*istanza di parte*), o transcurso do tempo agregado ao silêncio da administração equivale ao provimento do pedido. Observe:

Articolo 20.

1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2¹⁵.

13 Nos casos em que as disposições da lei ou do disposto nos n.ºs 3, 4 e 5 não prevêem um período diferente, os procedimentos administrativos da competência dos órgãos governamentais e dos organismos públicos nacionais devem ser concluídos dentro do prazo de trinta dias.

14 Os ofícios públicos são organizados de acordo com as disposições da lei, de modo a assegurar a eficiência e imparcialidade da administração.

15 1. Sem prejuízo da aplicação do artigo 19, nos processos a pedido das disposições administrativas para a emissão do silêncio da autoridade competente equivalente a medida de aceitação do pedido, sem a necessidade de instâncias adicionais ou avisos, se a mesma administração não se comunica em causa, dentro do prazo previsto no artigo 2º, n.ºs 2 e 3, a decisão de recusa ou não proceder em conformidade com o parágrafo 2.

Nesse contexto, afirma Andrade:¹⁶

No direito administrativo italiano aparece a figura do silêncio juridicamente relevante, denominado silêncio-assentimento: a lei 241/1990 prevê que nos casos em que o início de determinada atividade privada é submetida a autorização administrativa, se esta não responde negativamente dentro de termo legislativo pré-fixado, o silêncio significa deferimento.

Este instituto não afasta o poder de autotutela da Administração, que permite revisão dos seus atos sempre quando eivados de vícios. Neste sentido é o disposto no parágrafo 3º, do art. 20 da Lei 241/1990:

3. Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.¹⁷

Conforme dispõe o parágrafo 4º, desta Lei, diversas hipóteses ficam excluídas da aplicação do consentimento tácito, assim sendo, em determinados casos, o silêncio da administração agregado ao transcurso do tempo não gera o acolhimento do pedido. São exemplo os processos e atos relacionados ao património cultural e paisagístico, nos casos em que a lei qualifica silêncio como rejeição, na defesa da nação:

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti¹⁸.

16 ANDRADE, Érico . O silêncio no ato e no negócio jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, 2008. p. 110.

17 3. Nos casos em que o silêncio da administração equivale a deferimento do pedido, a autoridade competente pode tomar decisões por meio de auto-defesa, em conformidade com os artigos 21 e 21-d-h.

18 4. As disposições deste artigo não se aplica aos atos e procedimentos relacionados com o património cultural e da paisagem, o ambiente, defesa nacional, segurança pública, imigração, asilo e cidadania,

3 A FALTA DE UMA REGRA CLARA NO BRASIL NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. ALGUMAS LEIS ESPARSAS

A ideia de instrumentalidade do processo trouxe benefícios¹⁹, mas também certo tipo de prejuízo, que pode ser apontado com uma das causas para a demora na prestação jurisdicional. Nesse ponto, Dinamarco (1996, p. 268), traz como aspecto negativo, uma tendência processualizante, verificada pelo excessivo apego ao formalismo e sua dissociação à realidade social, culminada pela consagração dos meios em detrimentos dos fins processuais.

Todavia, ainda que o Brasil não tenha uma lei específica sobre a demora no ou no processo administrativo, verifica-se que algumas leis esparsas trouxeram regras semelhantes à regra geral do *silenzio assenso* italiano, regulando prazos para a prática do ato no âmbito administrativo. Tal fato ocorre exatamente para conter a tendência processualizante no âmbito administrativo, para impedir a burocracia estatal e, sobretudo, para diminuir o prazo de duração do processo administrativo.

Como na Itália, a falta de resposta da administração no prazo previsto, leva à prática do ato. Todavia, diferentemente da Itália, no Brasil essas leis são esparsas, e tratam apenas de situações fáticas específicas.

Vale lembrar que a legislação do processo administrativo brasileiro, ao contrário da Italiana, não é nacional, mas federal. Por isso, é possível que a Administração de cada um dos entes da federação tenha a sua legislação própria.

No âmbito federal, por exemplo, o Estatuto do Idoso, Lei n.º 10.741/2003, garante ao idoso o “atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população” (art. 3º, inc. I); faculta ao Poder Público a criação de varas especializadas e exclusivas do idoso (art. 70); bem como assegura a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância (art. 71).

saúde e segurança pública, a casos em que a legislação exija a adoção formal de medidas administrativas, aos casos em que a lei qualifica como uma rejeição do silêncio da administração, bem como os atos e procedimentos identificados com um ou mais decretos do Presidente do Conselho de Ministros sobre a proposta do Ministro da Função Pública, em consulta com os Ministros competentes.

19 A crença na aptidão do processo ao cumprimento de seus objetivos sócio-político-jurídicos.

Como bem salienta BORGES,²⁰ algumas legislações processuais administrativas se preocupam com o assunto, “seja estipulando prazos rigorosos para diversas decisões, seja afirmando enfaticamente, como faz a Lei 9.784/99 no art. 48, do *dever de decisão* do processo; seja prevendo certas formas de responsabilização das autoridades administrativas pelo descumprimento dos prazos decisórios”, e elenca alguns exemplos:

É o caso da Lei de Processo Administrativo n.º 10.177, de 30/12/09, de São Paulo (art. 98), que dispõe que o descumprimento dos prazos de decisão dos processos gera responsabilidade disciplinar, e que “também respondem” os superiores hierárquicos. (Só não diz como).

É o caso da Lei mineira n.º 14.184, de 31/01/02, que impõe o dever de decisão no art. 46; estipula, no art. 47, o prazo máximo de sessenta dias para a decisão do processo, prorrogável por igual período mediante motivação expressa; determinada, no art. 48, que, expirado sem decisão o prazo prescrito ou prorrogado, fica a unidade administrativa responsável pelo julgamento impedida de concluir todos os demais processos em tramitação, até que seja decidido o processo; obriga, no parágrafo único do mesmo artigo, a autoridade responsável por tal impedimento a ressarcir o Estado dos danos resultantes para o erário.

Elaborada já sob a égide da Emenda Constitucional n.º 45/04, a recente Lei baiana n.º 12.209, de 21 de abril de 2011, cujo anteprojeto resultou de um trabalho conjunto da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, bem como da participação de vários setores representativos da Administração em discussão pública, ocupou-se bastante do assunto.

Já em seu art. 1º, propõe-se a assegurar em especial, a proteção dos direitos dos administrados e o mais jutos e célere cumprimento dos fins da Administração Pública. No artigo 3º, que a Administração zelará pela celeridade do processo administrativo, sem prejuízo do direito de defesa dos administrados.

No artigo 4º, inclui, entre os direitos dos administrados, o de “obter decisão final motivada, com observância dos prazos fixados em lei”.

20 BORGES, Alice Gonzalez. Duração Razoável do Processo Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012. p. 81.

Cuida, no artigo 7º, de assegurar, “em qualquer instância a PRIORIDADE da tramitação dos processos administrativos e na execução dos atos e diligências em que o postulante ou interveniente for:

pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, na forma definida em regulamento;

pessoa portadora de necessidades especiais ou de doença grave, na forma definida em regulamento”.

No artigo 34, dita lei dispõe que:

Art. 34 – A Administração tem o dever de emitir decisão final no processo, sob pena de responder, na forma da lei, pelos prejuízos decorrentes do perecimento do direito do postulante”

“Parágrafo único – Responderá regressivamente o servidor ou autoridade que der causa ao perecimento do direito do postulante”.

Em seu artigo 45, a lei baiana vai além, fixando prazos para as decisões das autoridades superiores:

“A autoridade emitirá decisão motivada nos processos administrativos, bem como sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que receber os autos conclusos”.

4 LEI ITALIANA SOBRE A DEMORA NO PROCESSO JUDICIAL

O Estado Italiano, em decorrência de diversas condenações na Corte de Estrasburgo de pagar indenizações, por violação ao art. 6º, parágrafo 1º, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²¹, pela demora excessiva na prestação jurisdicional, modificou a sua constituição no ano de 1999,

21 Art. 6º: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida

para inserir o princípio do processo justo, que é aquele que, segundo o art. 111, desenvolve-se em contraditório entre as partes em condições de igualdade, presidido por um juiz independente e imparcial, em tempo razoável:

Art. 11 – [...]

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata²². (grifei)

Ato contínuo, foi editada a Lei n.º 89/2001, denominada *Legge Pinto*, que alterou o art. 375 do Código de Processo Civil italiano, e previu, em seu art. 2º, o direito à indenização decorrente de danos materiais ou morais sofridos pela duração exagerada do processo:

Art. 2.

Diritto all'equa riparazione.

1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione²³.

Certamente, a *Legge Pinto* foi editada em razão da previsão na Constituição Italiana de que todo processo deve ser justo e ter uma razoável duração. Nesse sentido, confira-se o art. 111 da Carta Magna da Itália:

julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (grifei)

²² Cada processo tem lugar no debate entre as partes, em pé de igualdade, em frente ao tribunal independente e imparcial. A lei prevê a duração razoável. (grifei)

²³ Art. 2º

1. Aquele que sofreu um dano material ou não material, como resultado de violação da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ratificada pela Lei 04 de agosto de 1955, n. 848, em termos de não cumprimento do prazo razoável que se refere o artigo 6º, parágrafo 1, da Convenção, tem o direito a uma reparação justa.

Art. 111 - La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Essa preocupação italiana adveio, em parte, da Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em 4 de novembro de 1950, em Roma, que dispõe em seu art. 6º, 1, que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o andamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

Vale lembrar que também o Pacto de San José da Costa Rica, em seu art. 8o, 1, assevera que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Prescreve a Legge Pinto que, na análise da violação, o juiz avaliará a complexidade do caso, o objeto do processo, a conduta das partes e do juiz durante o processo, bem como a de qualquer outra pessoa chamada a concorrer ou contribuir para a sua definição²⁴.

E fixa prazos objetivos de duração razoável do processo, considerando, por exemplo, o período de tempo razoável se (a) não exceder um período de três anos, em primeiro grau; (b) dois anos , segundo grau durante; (c) um ano, no julgamento da legitimidade; (d) se o processo de execução for concluído em três anos, e (e) se o processo de insolvência foi concluída em seis anos; e (f) se o julgamento é definido de forma irrevogável em um tempo não superior a seis anos²⁵.

24 Art. 2º

2 Nell'accertare la violazione il giudice valuta la complessità del caso, l'oggetto del procedimento, il comportamento delle parti e del giudice durante il procedimento, nonché quello di ogni altro soggetto chiamato a concorrervi o a contribuire alla sua definizione.

25 Art. 2º

2-bis. Si considera rispettato il termine ragionevole di cui al comma 1 se il processo non eccede la durata di tre anni in primo grado, di due anni in secondo grado, di un anno nel giudizio di legittimità. Ai fini del computo della durata il processo si considera iniziato con il deposito del ricorso introduttivo del giudizio ovvero con la notificazione dell'atto di citazione. Si considera rispettato il termine ragionevole se il

Ocorre, contudo, esta lei vem sofrendo duras críticas, como bem registrou SCHENK:²⁶

A pressa do legislador e as alterações na forma e na substância do projeto original da Lei Pinto, explicam as suas deficiências. A técnica legislativa adotada também não escapou de duras críticas. Para cumprir as obrigações assumidas com a ratificação da Convenção, melhor seria o ataque direto às causas do problema, prevendo mecanismos de aceleração dos processos, do que a simples instituição de um novo procedimento reparatório, também contencioso.

Mais à frente, prossegue o autor:

O Presidente da Corte de Cassação Italiana, no discurso inaugural para o ano judiciário de 2008, afirmou:

“Il contenzioso in materia [di legge Pinto] è costato negli ultimi anni circa 41,5 milioni di euro, di cui 17,9 nel solo 2006.

L’incremento è esponenziale e allarmante. Nel 2002 era di 1,8 milioni di euro, con un aumento in soli 4 anni di circa l’800%.”

[...]

Diante desses dados e da reconhecida tendência futura de incremento dos custos, uma incômoda pergunta ecoou naturalmente:

“Non sarebbe meglio destinare queste ingenti risorse invece che a risarcire i danni dell’arretrato, a finanziare idonee per smaltirlo o impedire che si riformi in futuro?”

Com razão, portanto, a crítica entoada pela doutrina logo depois da edição da Lei Pinto, direcionada contra a pressa do legislador e a

procedimento di esecuzione forzata si è concluso in tre anni, e se la procedura concorsuale si è conclusa in sei anni. Il processo penale si considera iniziato con l’assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l’indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari.

2-ter. Si considera comunque rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni.

2-quater. Ai fini del computo non si tiene conto del tempo in cui il processo è sospeso e di quello intercorso tra il giorno in cui inizia a decorrere il termine per proporre l’impugnazione e la proposizione della stessa.

26 SCHENK, 2008. p. 95.

deturpação do projeto legislativo original, com a opção míope de tratar o problema da lentidão dos processos cíveis apenas remediando, no plano interno, as suas consequências, sem o ataque frontal de suas causas, históricas.

Diante do exposto, observa-se que, apesar de o Estado Italiano ter editado a *Legge Pinto* visando tutelar a razoável duração do processo judicial, na verdade, a realidade mostrou que esta legislação pode não ter se revelado adequada a tais fins, na medida em que apenas prevê a instauração mais um procedimento contencioso reparatório.

5 A FALTA DE UMA LEI NO BRASIL SEMELHANTE À LEGGE PINTO.

No Brasil, hoje, vive-se uma crise institucional do Judiciário, com Tribunais abarrotados de processos. De acordo com o Departamento Gestão Estratégica do Conselho Nacional de Justiça, a Justiça brasileira recebeu, até o dia 24 de julho deste ano, 9,168 milhões de novos processos²⁷.

Esse número elevado impede que a Justiça possa se debruçar atentamente sobre todo o processo, analisando cuidadosamente os autos. Por essa razão, ou o processo é julgado, muitas vezes, sem o devido cuidado, ou não é julgado de forma célere. Qualquer das duas consequências é prejudicial ao bom andamento do processo e causa violação ao devido processo legal, na medida em que o processo deixa de ser efetivo.²⁸

No tocante a segunda consequência, objeto do presente trabalho, o Brasil possui, como visto acima, uma norma constitucional que alberga a necessidade de se realizar uma prestação jurisdicional num prazo razoável²⁹.

Todavia, essa norma é mais uma garantia do que efetivamente uma norma-sanção, que disciplina o problema de forma mais. E como se sabe, toda garantia demanda a existência de instrumentos que possam concretizar aquilo que está ali disposto, sob pena de se tornar uma garantia apenas no papel.

No Brasil, a omissão legislativa, é ressaltada por Annoni, ao afirmar que não existem normas legais que responsabilizem o Estado

27 Relatório preliminar sobre o cumprimento das metas de 2013 do CNJ.

28 LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil in: *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 135-36.

29 Art. 5º, inc. LXXXVIII, da CF.

pela demora na prestação jurisdicional, muito embora a existência da garantia constitucional.³⁰ (2009, p. 109).

E ainda, baseado nessa omissão e em outros argumentos, é que os Tribunais brasileiros negam constantemente qualquer pedido deduzido contra o Estado pela demora na prestação jurisdicional. Paulo Modesto faz essa mesma crítica:

É dizer: a jurisprudência nacional admite a responsabilidade objetiva e direta do Estado apenas na esfera criminal e para decisões definitivas, condenatórias, objeto de revisão penal. Não cogita em admitir a responsabilidade por negligência ou por demora na prestação jurisdicional [...]

As hipóteses previstas na legislação nacional de responsabilidade subjetiva do magistrado são consideradas hipóteses de responsabilidade pessoal exclusiva, desconsiderando-se o fato de o magistrado atuar como órgão do Estado, como agente seu, no exercício de competências públicas. (2008, p. 3/4)

Mesmo após a EC 45/2004, que inseriu o art. 5º, LXXVIII, na CF, os Tribunais continuam rechaçando a indenização pela demora na duração do processo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ALEGADA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. ART. 5º, INCISO LXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CF E ART. 133 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - CPC.

1. A responsabilidade do Estado por danos causados em virtude do desempenho da atividade jurisdicional está adstrita às hipóteses previstas no art. 5º, inciso LXXV, da CF e no art. 133 do CPC. Precedentes deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal.

2. A norma contida no art. 5º, inciso LXXV, da CF, trata especificamente da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de ato judicial típico e, por isso, sua aplicação afasta o princípio constante do art. 37, § 6º, da CF.

30 ANNONI, Daniele. *Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 109.

3. Na hipótese, pretende o Autor obter da União indenização por dano moral que alega ter sofrido, em virtude da demora (vinte anos) no julgamento de ação trabalhista. A norma aplicável ao caso é, portanto, a regra do artigo 133 do Código de Processo Civil.

4. Em nenhum momento o Autor imputou a culpa pela demora na resolução do processo ao magistrado que o presidiu. Não há qualquer prova de que o juiz da causa tenha agido com dolo ou fraude no sentido de retardar o julgamento da demanda trabalhista. As alegações de suposto error in iudicando desafiam recurso cabível na órbita processual, não caracterizando violação da prestação jurisdicional, tampouco falha do serviço estatal.

5. A pretensão, por isso, não tem amparo jurídico, uma vez que nos autos não ficou comprovado culpa atribuível ao magistrado pela demora da prestação jurisdicional. Forçoso reconhecer, desta forma, a inexistência de qualquer parcela a título de indenização por danos morais. (TRF1, AC 2001.38.00.025990-6, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, e-DJF1 09/11/2009)

Diante dessa perspectiva jurisprudencial é que o Brasil poderia elaborar legislação semelhante à semelhança da *Legge* Pinto italiana, para dispor sobre meios e formas de se combater a demora na prestação jurisdicional, inclusive com a regulamentação de indenizações ao Estado pela mora na concretização do processo.

6 CONCLUSÃO

O art. 5º, inc. LXXVIII, da CRFB/88, introduzido pela EC n.º 45/2004, erigiu o direito à duração razoável do processo à categoria de direito fundamental, ao dispor que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Em consequência, Tribunais brasileiros vêm reconhecendo o direito à indenização pela demora do processo, especialmente em casos de concessão de aposentadoria e reconhecimento do direito à anistia. E a administração pública de alguns Entes da federação possui previsão legal que fixa prazos para a decisão do processo e prevê consequências à demora.

Neste cenário, a Itália pode nos apresentar exemplos de tentativas de concretização do direito fundamental à duração razoável

do processo. Pois, para o processo administrativo, previu o instituto do *silenzio assenso* (Lei n.º 241/1990, em seu art. 20), que pode ser traduzido como o Silêncio Consentido. A norma estabelece que, no caso de procedimento iniciado por provocação da parte interessada (*istanza di parte*), o transcurso do tempo agregado ao silêncio da administração equivale ao provimento do pedido. E, no âmbito judicial, editou a Legge Pinto, que alterou o art. 375 do Código de Processo Civil italiano, e previu, em seu art. 2º, o direito à indenização decorrente de danos materiais ou morais sofridos pela duração exagerada do processo.

É certo que, apesar da previsão constitucional e da adoção de medidas esparsas, a demora na decisão de processos, no âmbito administrativo e judicial, no Brasil, é uma realidade. Parece que à efetiva concretização do direito fundamental à duração razoável do processo ainda há muito o que ser feito.

Por isso, vale ser avaliado se as experiências italianas para tentar concretizar este direito aqui se aplicariam.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico . O silêncio no ato e no negócio jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, 2008.

ANNONI, Daniele. *Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/aosmoccos.htm>>.

BORGES, Alice Gonzalez. Duração Razoável do Processo Administrativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DINARMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

LOPES, João Batista. Princípio da Proporcionalidade e Efetividade do Processo Civil in *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES Jr., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal no Prazo Razoável*. Rio de Janeiro: Lumen, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração Razoável e Informatização do Processo Judicial. *Revista Panóptica*, ano 1, n. 8, p. 369, maio/ junho 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>.

SCHENK, Leonardo Faria. Breve relato histórico das reformas processuais na Itália. Um problema constante: A lentidão dos processos cíveis. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 2, v. II, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. *Direito à razoável duração do processo administrativo*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10056>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

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



A RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO
RISCO DA ATIVIDADE EM PERSPECTIVA
COMPARATIVA
STRICT LIABILITY FOR THE RISK OF THE
ACTIVITY IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

Eugênio Battesini

*Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, atuante na Procuradoria
Regional Federal da 4ª Região, e-mail eugenio.battesini@agu.gov.br;
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Visiting Research Fellow na Columbia University in the City of New York
Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fundamentos de
Direito Comparado; 2 Responsabilidade Civil; 3
Responsabilidade Objetiva pelo Risco da Atividade;
4 Análise Comparativa; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O estudo do Direito gradualmente está se tornando mais científico, fenômeno associado à utilização do Direito Comparado como instrumento de comunicação “transnacional” entre os juristas. A responsabilidade civil oferece fértil campo para a realização de estudos comparativos. Fenômeno contemporâneo é a existência de sistema dualista de responsabilidade civil, com a convivência, em “relativa harmonia”, da regra básica de responsabilidade subjetiva com a responsabilidade objetiva, aplicável em casos especialmente previstos. Na prática jurídica, contudo, trata-se de questão complexa, revelando-se a existência de uma “zona cinzenta” que torna difícil o estabelecimento de uma clara e consistente linha divisória entre ambas. Michael Faure consigna que dentre as escassas incursões com vistas ao de um estabelecimento um “clear cut test” que permita identificar categorias de atividade de risco passíveis de aplicação da regra de responsabilidade objetiva, destacam-se as de William Landes e Richard Posner, que apontam para os “elevados danos esperados com os acidentes” e a “impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução”. O presente artigo defende a hipótese básica de trabalho de que é possível integrar fundamentos de Direito Comparado na concreção de uma das principais inovações institucionais ocorridas no sistema brasileiro de responsabilidade civil, a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade introduzida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Responsabilidade Objetiva. Risco. Direito Comparado. Brasil.

ABSTRACT: The study of Law is gradually becoming more scientific, phenomenon associated with the use of Comparative Law as a tool of “transnational” communication among jurists. Tort law provides fertile ground for law comparative studies. Contemporary phenomenon is the existence of a dualistic system of liability, performing the coexistence, in “relative harmony”, of the basic rule of negligence with the strict liability, applicable in cases specifically provided for. In legal practice, however, it is a complex issue, revealing the existence of a “gray area” that makes it difficult to establish a clear and consistent dividing line. Michael Faure consigns that among the few attempts to establish a “clear cut test”, highlight those performed by William Landes and Richard Posner that point to “high expected accident cost” and “impracticality of avoiding

accidents through exercising greater care”. The basic hypothesis of this article is that it is possible to integrate foundations of comparative law in order to apply one of the main institutional innovations carried out in the Brazilian system of liability, the general clause of strict liability for highly dangerous activities of the sole paragraph of the Article 927 of the Brazilian Civil Code of 2002.

KEYWORDS: Torts. Strict Liability. Risk. Comparative Law. Brazil.

INTRODUÇÃO

No artigo *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and Scientific Method in the Study of Law*, Thomas Ulen realiza a espirituosa ficção da atribuição de prêmio Nobel à Ciência Jurídica com o intuito de colocar em evidência relevante fenômeno contemporâneo, qual seja, o de que o estudo do Direito está gradualmente se tornando mais científico. A utilização de métodos empíricos e experimentais, Thomas Ulen destaca, permite superar uma dos principais obstáculos para o estudo científico do Direito, a dificuldade de comunicação “transnacional” entre os juristas. Nas palavras do autor norte-americano: “uma medida da falta de um elemento essencial no estudo científico do Direito é a dificuldade de comunicação transnacional... é extremamente difícil para o estudioso de direito de um país se comunicar, de forma significativa e vigorosa, com os estudiosos de direito em outro país, como fazem outros cientistas”¹. O crescente processo de cientifização do Direito pode também creditado à utilização do direito comparado como instrumento de comunicação “transnacional” entre os estudiosos do Direito². O tema da responsabilidade civil, Ugo Mattei³ destaca, oferece fértil campo para a realização de estudos comparativos. Entre outros aspectos, pelo fato de que “a doutrina jurídica da responsabilidade civil, em qualquer lugar, é realmente focada no estudo do mesmo conjunto de problemas: os

1 ULEN, Thomas. *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law*. *Illinois Law and Economics Working Papers Series*. Working Paper n. LE03-008, University of Illinois Law Review, 2002. 46 p. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=419823>. Bibliografia: p. 20.

2 BATTESINI, Eugênio. Breves Considerações sobre a Contribuição da Comparação para o Desenvolvimento da Ciência Jurídica. In: PORTO, Antônio M.; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. p. 251-261. Rio de Janeiro: FGV, 2013. Bibliografia: p. 252.

3 MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998. 288 p. Bibliografia: p. 240.

fundamentos da responsabilidade, o nexó de causalidade, a opção entre responsabilidade subjetiva (*negligence*) e responsabilidade objetiva (*strict liability*)”, entre outros.

Fenômeno contemporâneo é a existência de sistema dualista de responsabilidade civil, com a convivência, em “relativa harmonia”, da regra básica de responsabilidade subjetiva, alçada à posição de princípio geral definidor da responsabilidade, com a regra de responsabilidade objetiva, aplicável em casos especialmente previstos, na totalidade dos sistemas jurídicos⁴. Do ponto de vista doutrinário, contudo, trata-se de questão complexa, revelando-se a existência de uma “zona cinzenta” que torna difícil o estabelecimento de uma clara e consistente linha divisória entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva⁵. Michael Faure⁶ consigna ser difícil estabelecer um “clear cut test”, registrando que dentre as escassas incursões com vistas ao estabelecimento de critérios que permitam identificar categorias de atividade de risco passíveis de aplicação da regra de responsabilidade objetiva, destacam-se as de William Landes e Richard Posner⁷, autores que apontam para os “elevados danos esperados com os acidentes” e a “impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução”.

O presente artigo defende a hipótese básica de trabalho de que é possível integrar fundamentos de direito comparado na concreção de uma das principais inovações institucionais ocorridas no sistema brasileiro de responsabilidade civil, a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade introduzida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, dispositivo legal que ampliou sensivelmente a atuação das cortes, as quais foram explicitamente

4 DAM, Cees Van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 538 p. Bibliografia: p. 256; e, WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: p. 473.

5 KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. *Principles of European Tort Law*, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law. 435 p. Bibliografia p. 395; e, WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Idem*. Bibliografia: p. 3 e 4.

6 FAURE, Michael G. *Strict Liability, Economic Analysis*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. *Principles of European Tort Law*, v. 6, p. 361-394. *European Centre of Tort Law and Insurance Law*. 435 p. Bibliografia: p. 367.

7 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Positive Economic Theory of Tort Law*. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981. Bibliografia: p. 907-908; e, *Idem*. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 329 p. Bibliografia: p. 180.

autorizadas a qualificar determinadas atividades como perigosas, tornando-as sujeitas à responsabilização objetiva.

A exposição está estruturada em quatro partes. A primeira parte apresenta fundamentos de direito comparado, em especial a contribuição de juscomparatistas clássicos como René David, Rodolfo Sacco e Konrad Zweigert/Hein Kötz. A segunda parte volta-se para o estudo da responsabilidade civil, apresentando os três elementos tradicionais da teoria jurídica, o dano, o nexo de causalidade e o nexo de imputação, bem como destacando a existência de sistema dualista de responsabilidade civil, responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva. Na terceira parte são apresentados os fundamentos doutrinários da responsabilidade objetiva, com ênfase nas semelhanças entre os sistemas jurídicos de responsabilidade civil e na existência de problema metodológico comum aos diversos países, qual seja a necessidade do estabelecimento de critérios objetivos para a aplicação da regra de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade. A quarta parte apresenta evidências empíricas da aplicação da regra de responsabilidade objetiva por atividades perigosas no direito comparado e no Brasil. Na conclusão é realizada a síntese das principais ideias desenvolvidas, além do que, é evidenciada a confirmação da hipótese básica de trabalho de que é possível integrar fundamentos de direito comparado na aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

1 FUNDAMENTOS DE DIREITO COMPARADO

O caráter científico do direito e a utilização do direito comparado como instrumento de comunicação transcional entre os juristas, a longa data, são questões destacadas por consagrados juscomparatistas. Em 1900, no 1º Congresso Internacional de Direito Comparado, promovido pela *Société de Législation Comparée*, Raymond Saleilles afirmou o caráter científico da comparação jurídica, proclamando que “a ciência do direito comparado, no sentido jurídico do termo, tem como objeto extrair do conjunto das instituições particulares uma base comum, ou, pelo menos, pontos de contato capazes de trazer à luz a unidade fundamental da vida jurídica universal”⁸.

Autor francês contemporâneo a Raymond Saleilles, Édouard Lambert, manifesta-se sobre a cientificidade do Direito constatando que “a interpretação dos princípios jurídicos positivos, na forma como

8 SACCO, Rodolfo. Introdução ao Direito Comparado. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2001, 318 p. Bibliografia: p. 29.

os tradicionalmente praticam os juristas, por si só, não merece a denominação de ciência”. Indo além, destaca, contudo, que “é possível que os estudos de direito adquiram uma cientificidade autêntica quando se identificam os princípios reais de qualquer sistema jurídico nacional”, sendo “precisamente o direito comparado que permite vislumbrar tais princípios gerais”⁹.

A necessidade de atribuir um caráter científico à pesquisa jurídica e de estabelecer a comunicação “transnacional” entre os juristas são temas também abordados por doutrinadores contemporâneos de direito comparado. Emblemática é a manifestação do consagrado juscomparatista francês René David no sentido de que “a ciência do Direito tem, pela sua própria natureza de ciência, um caráter transnacional..., o desenvolvimento dos estudos do direito comparado servirá para este fim, ele situa-se dentro da linha de uma evolução que tende a promover, sobre todos os aspectos, uma melhor cooperação internacional”¹⁰.

De acordo com o juscomparatista italiano Rodolfo Sacco: “A prática necessita categorias conceituais ordenadoras. Mas estas categorias ordenadoras são diferentes nos vários países e os seus respectivos juristas nada fazem para libertar-se desta diversidade... A tarefa da ciência é, então, relativizar e, depois, banir e exorcizar estas oposições conceituais absurdas. Saberá fazê-lo se adotar métodos de comparação sofisticados”¹¹.

Igualmente representativa é a manifestação dos consagrados juscomparatistas Konrad Zweigert e Hein Kötz que reconhecendo que “nenhum estudo merece o nome de científico quando se limita a fenômenos que ocorrem dentro das suas fronteiras nacionais”, apontam o direito comparado como “a única opção para fazer do direito uma disciplina internacional, tornando-o uma ciência”. Ainda de acordo com os autores alemães, “se consideramos que a ciência do direito compreende não apenas as técnicas de interpretação dos textos, princípios, regras e normas de um sistema nacional, mas, também, o descobrimento de modelos para prevenir ou resolver conflitos sociais, então o método de direito comparado pode brindar uma gama de soluções muito mais ampla do que uma ciência consagrada a um só país, pela simples razão de que os diferentes sistemas do mundo podem aportar uma maior variedade

9 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 5.

10 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Bibliografia: p. 6-7.

11 SACCO, Rodolfo. *Idem*. Bibliografia: p. 205.

de soluções do que poderia conceber em toda uma vida o jurista mais imaginativo e especializado no seu próprio sistema”¹².

Verifica-se, pois, que o direito comparado, em essência, desempenha a função de estabelecer a comunicação “transnacional” entre estudiosos do direito, de dinamizar o intercâmbio internacional de temas jurídicos, diluindo os prejuízos da nacionalidade e contribuindo para enriquecer o entendimento entre os juristas dos diversos países¹³.

Do ponto de vista operacional, o direito comparado atua no plano microcomparativo e macrocomparativo. No plano microcomparativo, a análise volta-se para a comparação de institutos jurídicos e problemas jurídicos específicos, ou seja, efetiva-se a comparação dos princípios a que se recorre em cada sistema jurídico para resolver situações concretas, tais como; critérios de responsabilização civil, critérios de definição e proteção dos direitos de propriedade, modalidades de contratação e formas de organização da atividade empresarial. No plano macrocomparativo a análise volta-se para a comparação do estilo e espírito dos diferentes sistemas jurídicos, destacando o papel desempenhado pelos agentes jurídicos e os procedimentos utilizados, por exemplo; diferentes técnicas legislativas, diferentes estilos de codificação, métodos de interpretação, a função atribuída aos precedentes judiciais e à doutrina, o papel desempenhado pelos juízes, advogados, legisladores e demais operadores do direito¹⁴.

Além do que, o direito comparado realiza análise comparativa estática e análise comparativa dinâmica. A análise comparativa estática objetiva verificar identidade e diferença entre os sistemas jurídicos em dado período de tempo, considerando os diversos formantes (legal, doutrinário, jurisprudencial...) e suas combinações. A análise comparativa dinâmica objetiva identificar convergência e divergência, considerando a mútua interação entre sistemas jurídicos no curso da história, centrando o foco no processo de mudança, em especial no transplante de institutos jurídicos e na integração e harmonização dos sistemas normativos¹⁵.

Assim, enquanto método de comparação de diferentes sistemas jurídicos, o direito comparado pode ser definido, de acordo com Vera Fradera, como: “o conjunto de diligências e de processos, encadeados

12 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 16-17.

13 *Ibidem*. Bibliografia: p. 17.

14 *Ibidem*. Bibliografia: p. 5-6.

15 SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 318 p. Bibliografia: p. 69-91; e, MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998. 288 p. Bibliografia: p. 27, 102-105

de forma racional, destinados a conduzir o jurista a constatar e a perceber, mediante um processo ordenado, metódico e progressivo de confrontação e de comparação entre os sistemas jurídicos, as semelhanças e as diferenças, neles existentes, assim como as suas causas”, isto é, “a comparação consistiria precipuamente em extrair as relações existentes entre as estruturas e as funções dos termos a serem comparados, pertencentes a ordens jurídicas diferentes”¹⁶.

Princípio básico do direito comparado, enunciado por Konrad Zweigert e Hein Kötz, é que “os distintos sistemas jurídicos prescrevem soluções idênticas ou muito semelhantes aos mesmos problemas de vida, apesar das significativas diferenças na história, estrutura conceitual e estilo de operação” dos diversos sistemas jurídicos¹⁷. Nesse sentido, emblemático é o exemplo proporcionado pelo direito de danos, responsabilidade civil ou *tort Law*, temática que se passa a considerar.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Compreendendo o conjunto de normas jurídicas que determinam quando a pessoa que causa dano a outrem deve pagar a indenização correspondente, o direito de danos tem origem no instituto romano da *Lex aquilia*, sendo que ao longo do tempo diferentes institutos jurídicos foram desenvolvidos no âmbito dos sistemas de *common Law* e de *civil Law*. No âmbito do *civil Law*, integrada à categoria jurídica mais ampla, o direito das obrigações, a responsabilização por danos articula-se em torno do conceito de responsabilidade civil, contemplando cláusula geral aplicável às diversas modalidades de inadimplemento de obrigação lesivas a outrem, na tradição francesa (artigo 1382 do Código Civil Francês e congênere no Código Civil Brasileiro de 2002, artigo 927, combinado com artigo 186), e listando os três tipos de responsabilidade, na tradição germânica (artigos §823, 1 e 2, e §826 do Código Civil Alemão). No âmbito do *common Law*, a responsabilização por danos constitui categoria jurídica própria denominada *tort Law*, direito dos ilícitos culposos ou ilícitos civis, categoria que compreende vasta gama de atos ilícitos que causam danos a outrem, sendo a regulação efetivada através de institutos jurídicos como *trespass on land*, *misrepresentation*, *defamation*, *nuisance* e *malicious prosecution*¹⁸.

16 SACCO, Rodolfo. *Idem*. Bibliografia: p. 5.

17 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 44.

18 BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011. 328 p. Bibliografia: p. 26.

O direito de danos tem como principal objetivo, Konrad Zweigert e Hein Kötz¹⁹ consignam, “definir, dentre os inúmeros eventos danosos que se verificam quotidianamente, quais deles devam ser transferidos do lesado ao autor do dano, em conformidade com as idéias de justiça e equidade dominantes na sociedade”. De maneira análoga, Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott²⁰ registram que, enquanto método de resolução de conflitos de interesses em atividades que envolvem riscos de acidentes, o direito de danos “tem por missão determinar as posições jurídicas subjetivas e os direitos de atuação dos potenciais causantes e prejudicados”. Em linhas gerais, pois, o direito de danos, o direito da responsabilidade civil ou o *tort Law*, pode ser definido como oramo da tecnologia jurídica que se dedica ao estudo dos critérios para a seleção das situações nas quais a ocorrência de danos causados a terceiros deve ser indenizada (quando reparar) e dos critérios para a realização da indenização (de que forma reparar).

De forma perspicaz, Konrad Zweigert e Hein Kötz²¹ colocam em evidência o fato de que “se forem deixados de lado aspectos históricos para centrar a análise em aspectos práticos do direito de danos, constata-se que os grupos e tipos de casos que parecem problemáticos são praticamente os mesmos em todos os sistemas jurídicos”. Razão pela qual, “todos os sistemas jurídicos contam com um acervo de doutrinas que permitem ao juiz equilibrar os interesses próprios de cada caso e decidir se deve ou não ser paga uma compensação. Não surpreende ao juscomparatista descobrir que este mesmo processo de valoração se repete em contextos sistemáticos muito diferentes entre si”.

Em tal contexto, com vistas à atribuição da responsabilidade civil, tradicionalmente a doutrina jurídica identifica três elementos ou requisitos básicos [vejam-se, por exemplo: os estudos desenvolvidos por: European Group on Tort Law, *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*; o American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Torts*, e, dentre os civilistas brasileiros, Pereira²² e Noronha²³ quais sejam: a existência de um nexo de imputação, de uma ação juridicamente qualificada com fundamento na ideia de culpa ou de risco criado; a existência de um dano, de uma lesão ou prejuízo, patrimonial ou

19 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 660.

20 SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfel de. Madrid: Tecnos, 1991. 371 p. Bibliografia: p. 107.

21 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002. 771 p. Bibliografia: p. 661 e 663.

22 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Bibliografia: p. 35.

23 NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. 710 p. Bibliografia: p. 469.

moral, a um terceiro, e; a existência de um nexo de causalidade, de um elo que liga a ação ao dano, a relação de causa e efeito entre a ação praticada e o dano verificado.

Os três elementos clássicos da teoria jurídica, Cooter e Ulen²⁴ registram, constituem uma “coerente paisagem da vida social”, sendo que, à medida que na vida diária as pessoas impõem riscos umas às outras, “a sociedade tem desenvolvido normas que prescrevem padrões de comportamento para limitar tais riscos”. Assim, quando os indivíduos causam danos, violando tais normas de comportamento, os danos devem recair sobre alguém, de maneira que o Judiciário conecta a causa do dano com a violação da norma e atribui a responsabilidade à parte que incorre em falta ou simplesmente à parte que causou o dano.

Quanto ao nexo de imputação, ao “fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa, pelos danos ocasionados ao patrimônio ou à pessoa de outra, em consequência de determinado fato antijurídico”²⁵, tem-se que fenômeno jurídico contemporâneo é a existência de sistema dualista de responsabilidade civil, com a convivência da responsabilidade subjetiva (*negligence*) e da responsabilidade objetiva (*strict liability*).

Conforme Dam²⁶ assinala, “todos os sistemas provêm regras de responsabilidade objetiva em adição à regra básica de negligência”, sendo que “se a responsabilidade por culpa não proporciona resultados satisfatórios, a responsabilidade objetiva é seguidamente apontada como solução”. De forma convergente, Werro, Palmer e Hahn²⁷ consignam que, “o princípio da culpa não é, e nunca foi, a única base do sistema de responsabilidade civil”, contudo, “há amplo reconhecimento entre legisladores, juízes e acadêmicos do direito de que a responsabilidade subjetiva é a regra e a responsabilidade objetiva a exceção”.

Emblemáticas são as manifestações de dois dos principais juristas brasileiros, Miguel Reale e Caio Mário da Silva Pereira. Ao discorrer acerca da existência de sistema dualista de responsabilidade civil,

24 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008. 582 p. Bibliografia: p. 334.

25 NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. 710 p. Bibliografia: p. 471.

26 DAM, Cees Van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 538 p. Bibliografia: p. 256.

27 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: p. 473.

Pereira²⁸ destaca que os dois regimes coexistem, “a culpa exprimiria a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, aplicando-se a teoria do risco nos casos especialmente previstos, ou quando a lesão provém de situação criada por quem explora profissão ou atividade que expôs o lesado ao risco do dano que sofreu”, concluindo que, “é neste sentido que os sistemas modernos se encaminham..., insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos..., ficar somente com ela é entravar o progresso”. Reale²⁹, Coordenador-Geral da Comissão responsável pela elaboração do Código Civil Brasileiro de 2002, ao analisar a mudança institucional ocorrida no Brasil, destaca que “as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam”, devendo ser reconhecida “a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão culposa ou dolosa”, o que “não exclui que, atendendo a estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva..., este é um ponto fundamental”.

Reconhecendo a existência de uma “zona cinzenta” entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, Werro, Palmer e Hahn³⁰, apontam para as dificuldades inerentes à delimitação do campo de atuação da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva, destacando que “a discussão sobre a responsabilidade objetiva vem ocorrendo por muitos anos, mas ainda há muita incerteza sobre o seu significado e os seus limites”. Indo além, destacam que “esta incerteza torna-se particularmente patente quando comparados os diferentes sistemas nacionais de responsabilidade civil..., há substanciais diferenças em relação à importância que os sistemas jurídicos europeus atribuem à responsabilidade objetiva..., mesmo que a responsabilidade objetiva seja considerada regra excepcional na maioria destes sistemas, o grau com que isto ocorre não é o mesmo”. Para então concluir afirmando que “é imparcial dizer que existem largas zonas de responsabilidade objetiva tanto nos sistemas de *civil Law* como nos de *common Law*”.

Em realidade, não obstante estar cristalizada nos sistemas jurídicos contemporâneos a ideia de que a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva convivem em “relativa harmonia”, alçando-

28 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Bibliografia: p. 468; e, *Idem*. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Bibliografia: p. 562-563.

29 REALE, Miguel. Diretrizes Gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: _____ Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978. Bibliografia: p. 176-177.

30 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. Strict Liability in European Tort Law: an Introduction. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: p. 3-4.

se a culpa à posição de noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade e estabelecendo-se que a responsabilidade objetiva possua campo próprio de atuação, de fato, do ponto de vista doutrinário, a questão se revela complexa.

Paradigmática é a manifestação Pereira³¹: “a mais profunda controvérsia e a mais viva polêmica vigem em torno da determinação do fundamento da responsabilidade civil”. Os escritores agrupam-se em “campos opostos” ao desenvolverem a fundamentação do princípio, “distribuindo-se em duas teorias que se combatem: de um lado, a doutrina subjetiva ou teoria da culpa, e, de outro lado, a doutrina objetiva, que faz abstração da culpa (responsabilidade sem culpa) e se concentra mais precisamente na teoria do risco”. Igualmente enfático é Dam³², que destaca não ser possível estabelecer uma clara distinção entre responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva, eis que “elementos da responsabilidade objetiva podem ser encontrados na estrutura da responsabilidade por culpa e elementos da responsabilidade por culpa podem ser encontrados na estrutura da responsabilidade objetiva”, de forma que, no século XXI, “a discussão teórica entre negligência e responsabilidade objetiva não pode ser mantida e uma clara distinção entre os dois conceitos não é útil e nem viável”.

Depreende-se, pois, que importantes questões metodológicas afloram no âmbito do sistema dualista de responsabilidade civil. Adquire relevância, em especial, a temática relativa à definição dos fundamentos do nexos de imputação na responsabilidade objetiva, ou, de forma pragmática, faz-se necessária a fixação de critérios de objetivação da responsabilidade, no que a teoria do risco da atividade revela-se fundamental.

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELO RISCO DA ATIVIDADE

Na teoria jurídica, conforme Paula³³ registra, “ao contrário da responsabilidade civil subjetiva que é respaldada no sentimento de que o ressarcimento do dano obtém-se pelo castigo da culpa, a responsabilidade objetiva demandou dos doutrinadores a formulação de várias justificativas para a embasar”, sendo que os fatores de objetivação

31 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Bibliografia: p. 13.

32 DAM, Cees Van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 538 p. Bibliografia: p. 261 e 264.

33 PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007. 159 p. Bibliografia: p. 16-17 e 19-34.

tradicionalmente apontados são: os imperativos de política social, em especial, a paz pública e o bem-estar social; o princípio geral de equidade; o abuso de direito, caracterizado pelo exercício do direito pelo seu titular sem que este respeite os fins econômicos e sociais para os quais o direito foi instituído ou o exerça ferindo a moral e os bons costumes, ou ainda excedendo os limites da boa-fé; a teoria da garantia, embasada no dever de segurança imposto a determinadas pessoas, como os pais em relação aos atos de seus filhos ou aos empregadores pelos atos dos seus empregados; e, sobretudo, a teoria do risco.

A teoria do risco comporta diversas modalidades, sendo as principais, de acordo com Pereira³⁴: o risco integral, modalidade extremada que admite o dever de indenizar até mesmo nas hipóteses de não caracterização do nexo causal, sendo suficiente apurar que houve o dano para fins de atribuição de responsabilidade; o risco criado, com atribuição da responsabilidade ao agente que desenvolve a atividade potencialmente danosa, colocando-se em plano secundário o interesse ou a finalidade com que a atividade é realizada; o risco profissional, com atribuição da responsabilidade ao agente que desenvolve de forma habitual e contínua atividade que implique em risco; e o risco proveito, mediante atribuição da responsabilidade ao agente que tira proveito da atividade danosa, que usufrui de vantagens, não necessariamente econômicas, obtidas com o exercício da atividade de risco.

O nascimento da ideia de risco da atividade como fundamento do nexo de imputação da responsabilidade civil objetiva remonta à segunda metade do século XIX. Gonçalves³⁵ destaca a origem da responsabilidade objetiva calcada no risco a partir do trabalho de juristas italianos, belgas e de outros países, enfatizando, contudo, que foi a partir do trabalho de juristas franceses, em especial, Saleilles, Josserand, Ripert, Demogue, Mazeaud e Mazeaud e Savatier, que “a tese da responsabilidade objetiva encontrou seu mais propício campo doutrinário de expansão”, vindo a se consolidar enquanto “sistema autônomo no campo da responsabilidade civil”.

Dias³⁶, por sua vez, coloca em evidência a contribuição fundamental do jurista austríaco Victor Mataja, que na obra *A Lei de Compensações sob o Ponto de Vista Econômico* [*Das Recht des Schadenersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie*— 1888; consistente exposição das

34 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Bibliografia: p. 270.

35 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Bibliografia: p. 23.

36 DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1148 p. Bibliografia: p. 55-98.

idéias de Victor Mataja é realizada por Englard³⁷ defende a aplicação da regra de responsabilidade objetiva, mediante a utilização de argumentos de natureza econômica. A estreita conexão entre o conceito de risco e a teoria econômica é também destacada por Guido Alpa³⁸ e Marco Comporti³⁹, com ênfase na contribuição de Pietro Trimarchi, na obra *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, e na contemporânea literatura de análise econômica do direito⁴⁰.

Em sugestiva manifestação, Dam⁴¹ consigna que “quanto maior o potencial de risco, maior será o alimento para a regra de responsabilidade objetiva”, sendo que “a responsabilidade objetiva, com frequência, é aplicável a situações nas quais os acidentes podem acontecer com considerável nível de probabilidade e, se eles acontecerem, causarão severos danos, tais como mortes e sérias lesões pessoais”.

Seguindo a mesma linha analítica, consistente tentativa de delimitação da fronteira entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva, à luz da teoria do risco, é realizada por Werro, Palmer e Hahn⁴², autores que propõem que a responsabilidade subjetiva seja definida como “a responsabilidade por danos razoavelmente previsíveis e evitáveis” e que a responsabilidade objetiva, por extensão, seja definida como a responsabilidade por danos “imprevisíveis e/ou inevitáveis” ou que “apenas possam ser prevenidos a custos excessivos”.

Michael Faure⁴³ consigna ser difícil estabelecer um “clear cut test”, registrando que dentre as escassas incursões com vistas ao estabelecimento de critérios que permitam identificar categorias de atividade de risco passíveis de aplicação da regra de responsabilidade

37 ENGLARD, Izhak. Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort. *International Review of Law and Economics*, n. 10, p. 173-191, 1990.

38 ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Perte Generale*. Milanofiori Assago: 2010, 1123 p. Bibliografia: p. 294-295.

39 COMPORTI, Marco. *Il Codice Civile Commentario, Fatti Illeciti: Le Responsabilità Oggettive*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. 458 p. Bibliografia: p. 7, 21 e 35.

40 BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, São Paulo: LTr, 2011. 328 p. Bibliografia: p. 65-69.

41 DAM, Cees Van. *European Tort Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. 538 p. Bibliografia: p. 256.

42 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. Strict Liability in European Tort Law: an Introduction. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: 8-9 e 388.

43 FAURE, Michael G. Strict Liability, Economic Analysis. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 361-394. European Centre of Tort Law and Insurance Law. 435 p. Bibliografia: p. 367.

objetiva, destacam-se as de William Landes e Richard Posner⁴⁴, autores que apontam para os “elevados danos esperados com os acidentes” e a “impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução”.

Em realidade, os elevados danos esperados com acidentes e a impraticabilidade de evitar acidentes mesmo com a adoção de níveis elevados de precaução, ilustram diversas opções pela adoção da regra de responsabilidade objetiva, seja nos países de tradição jurídica de *common Law* ou de *civil Law*.

4 ANÁLISE COMPARATIVA

O sistema de *common Law* norte-americano proporciona exemplo típico de sistema jurídico aberto, no qual compete ao Judiciário a concreção da responsabilidade objetiva por atividades perigosas. Landes e Posner⁴⁵ registram que “muitas das áreas de responsabilidade objetiva são agrupadas sob a rubrica de atividades ultraperigosas ou anormalmente perigosas”, sendo que “as raízes de tal princípio na economia da ótima prevenção de acidentes são sugeridas pela lista do *Second Restatement of Torts* dos fatores por serem considerados na determinação de se uma atividade é anormalmente perigosa”.

De acordo com o *Second Restatement of Law – Torts*⁴⁶, uma atividade pode ser caracterizada como sendo anormalmente perigosa se: (a) existir um elevado grau de risco de dano; (b) o dano resultante for significativo; (c) o risco não puder ser eliminado pelo exercício do devido cuidado; (d) a atividade for incomum; (e) a atividade for desenvolvida em local inapropriado, e; (f) se o valor proporcionado à sociedade for superado por seus atributos de periculosidade.

Considerando a evolução jurisprudencial sobre a responsabilização objetiva em atividades anormalmente perigosas, Dobbs⁴⁷ aponta para a contemporânea consolidação em torno de atividades que envolvem: o uso, o transporte e o armazenamento de explosivos e outros produtos potencialmente inflamáveis, tais como a gasolina e o gás propano;

44 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981. Bibliografia: p. 907-908; e, *Idem*. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 329 p. Bibliografia: p. 180.

45 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981. Bibliografia: p. 907; e, *Idem*. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 329 p. Bibliografia: p. 111.

46 AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second, Torts*, v. 3, § 520, p. 36.

47 DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*. St. Paul: West Group, 2000. 1606 p. Bibliografia: p. 954-959.

a geração e transmissão de energia, especialmente envolvendo alta-voltagem; o uso, transporte e armazenamento de produtos químicos e outros materiais tóxicos, tais como os defensivos agrícolas; o transporte aéreo, e; atividades que envolvem remoção de solo e prospecção mineral.

No sistema de *common Law* de tradição britânica, Rogers⁴⁸ destaca “ser difícil classificar uma determinada modalidade de responsabilidade como sendo *fault-based* ou *strict*” eis que, com frequência, os elementos de ambas se fazem presentes, sugerindo que, em termos substanciais, a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva são, “em realidade, um *continuum* ao invés de duas categorias”.

O mais conhecido exemplo de responsabilidade objetiva é o *leading case Rylands v. Fletcher*⁴⁹ no qual a *House of Lords* enunciou ser o proprietário responsável por qualquer uso não natural de suas terras, no caso concreto, o depósito de água em um reservatório que veio a se romper, causando danos à propriedade adjacente. O caso *Rylands v. Fletcher*, Werro, Palmer e Hahn⁵⁰ consignam, foi utilizado, nos Estados Unidos, como “ponto de partida para a formulação de uma regra geral de responsabilidade objetiva para atividades ultra-perigosas”, sendo que, no Reino Unido, em contraste, “tornou-se um dos poucos exemplos de responsabilidade objetiva no *common Law*”, eis que a responsabilidade objetiva possui intensa regulação em estatutos específicos.

Rogers⁵¹, de forma não exaustiva, registra que, “por óbvio nós não temos Código, mas inúmeros estatutos impõem a responsabilidade objetiva ao invés da culpa”: *Reservoirs Act* 1975 (construção de reservatórios de água), *Railway Fires Acts* 1906 e 1923 (emissão de faíscas de locomotivas), *Gás Act* 1965 (rede subterrânea de gás), *Environmental Protection Act* 1990 (depósito não autorizado de lixo), *Merchant Shipping Act* 1995 (poluição dos mares com óleo), *Civil Aviation Act* 1982, *Nuclear Instalations Act* 1965, *Animals Act* 1971 e *Consumer Protection Act* 1987. Tem-se, pois, que o sistema de *common Law* de tradição britânica revela-se mais fechado do que o sistema de *common Law* de tradição norte-

48 ROGERS, W. V. Horton. *Unification of Tort Law: Strict Liability, England*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. *Principles of European Tort Law*, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law. 435 p. Bibliografia: p. 101.

49 EPSTEIN, Richard A.; *Cases and Materials on Torts*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2004. 1292 p. Bibliografia: p. 110-115.

50 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: 18 e 30.

51 ROGERS, W. V. Horton. *Idem*. Bibliografia: p. 106-107.

americana, sendo atribuído ao Judiciário um papel comparativamente menos representativo na execução de tarefa de qualificação de atividades de risco como passíveis de objetivação da responsabilidade.

No âmbito do *civil Law*, exemplo típico de sistema fechado é proporcionado pela Alemanha, eis que aos Magistrados não é permitido introduzir a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade. Em linhas gerais, Fredtke e Magnus⁵² consignam que o direito alemão, “é basicamente dominado pelo princípio da culpa”, sendo “a responsabilidade objetiva considerada uma exceção”, que “tem sido desenvolvida exclusivamente pelo legislador e, quase sempre, na forma de estatutos especiais”. Avançando no argumento, Werro, Palmer e Hahn⁵³ destacam que: “a maior parte da responsabilidade objetiva é encontrada em estatutos específicos, ao invés do Código Civil”, sendo que “o escopo de tais estatutos geralmente é limitado a uma atividade específica que o legislador qualificou como ultra-perigosa”. Especificam os autores que “a técnica de relegar a responsabilidade objetiva para estatutos especiais reflete a idéia de que elas representam um excepcional desvio do princípio da culpa”, sendo por tal razão que os juízes alemães “não estão autorizados a criar regras de responsabilidade objetiva”.

De acordo com Fredtke e Magnus⁵⁴, a técnica legislativa utilizada consiste em conectar a responsabilidade objetiva a atividades potencialmente perigosas ou a determinados objetos ou coisas que constituam uma potencial fonte de perigo, destacando situações como: instalações industriais voltadas para a produção, manufatura, armazenamento ou transporte de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente; redes de transmissão de energia elétrica e de abastecimento de água e gás; instalações conectadas com a produção de energia nuclear; danos causados por animais selvagens; danos causados por organismos geneticamente modificados; atividades de mineração; atividade de caça; danos causados por produtos defeituosos; danos causados no transporte ferroviário, aeroviário e rodoviário.

52 FEDTKE, Jörg; MAGNUS, Ulrich. *Unification of Tort Law: Strict Liability, Germany*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. *Principles of European Tort Law*, v. 6, p. 147-176. European Centre of Tort Law and Insurance Law. 435 p. Bibliografia: p. 147.

53 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: 26.

54 FEDTKE, Jörg; MAGNUS, Ulrich. *Idem*. Bibliografia: p. 154-155.

Analisando a dicotomia responsabilidade subjetiva e responsabilidade objetiva na França, Galand-Carval⁵⁵ assinala que: “a expansão da responsabilidade objetiva é uma proeminente característica da evolução do direito francês de responsabilidade civil”; especificando que “algumas formas de responsabilidade objetiva já se faziam presentes no Código Civil de 1804, a responsabilidade causada por animais (art. 1385 CC) e a responsabilidade causada por construções em ruína (art. 1386 CC), mas nada comparado com a profusão de sistemas de responsabilidade sem culpa que caracterizam os dias presentes”; para, então, concluir afirmando que “hoje, a responsabilidade objetiva é extremamente comum e, no campo da compensação por danos pessoais, praticamente suplantou a responsabilidade por negligência”.

Não obstante as regras constantes no Código Civil e em estatutos específicos, tais como, o Código de Aviação (1924), a Lei de Responsabilidade Civil por Danos com Energia Nuclear (1965), a Lei de Poluição de Águas (1977) e a Lei Badinter (1985), que introduziu a responsabilidade objetiva por acidentes de tráfego rodoviário, conforme Werro, Palmer e Hahn⁵⁶ destacam, a jurisprudência tem desempenhado papel fundamental no processo de objetivação da responsabilidade civil na França: “de todos os sistemas jurídicos por nós examinados, o sistema francês é, provavelmente, o que apresenta maior contribuição das cortes no desenvolvimento da responsabilidade objetiva”. Diversamente dos outros sistemas jurídicos europeus, “no direito francês, a legitimidade do processo judicial de construção das regras de responsabilidade civil objetiva não parece ter sido seriamente contestada, muito pelo contrário, os juristas sustentam que a extensão da responsabilidade objetiva pelo Judiciário é bem-vinda”. É possível, pois, qualificar o sistema francês como um sistema misto, que harmoniza a atuação do Legislativo e do Judiciário no processo de objetivação das atividades de risco.

Ainda no âmbito dos países de tradição francesa de *civil Law*, de particular interesse são os sistemas de responsabilidade civil da Itália e de Portugal, países que explicitamente adotaram um sistema misto, realizando um significativo avanço no sentido de promover

55 GALAND-CARVAL, Suzanne. *Unification of Tort Law: Strict Liability, France*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 127-146. European Centre of Tort Law and Insurance Law.435 p. Bibliografia: p. 127.

56 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. *Strict Liability in European Tort Law: an Introduction*. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: p. 29-30.

aharmonização da atuação do Legislativo e do Judiciário no processo de objetivação das atividades de risco.

Conforme consignam Werro, Palmer e Hahn⁵⁷ em tais países, a responsabilidade objetiva é objeto de previsão legal em estatutos específicos, como no caso dos danos ao meio ambiente e dos danos decorrentes acidentes nucleares, além de ser objeto de previsão no Código Civil Italiano e no Código Civil Português, por exemplo, os danos causados por animais (art. 2052 CCI; art. 502 CCP), os danos causados por proprietários de prédios (art. 2053 CCI; art. 492 CCP) e os danos causados em acidentes de tráfego rodoviário (art. 2054 CCI; art. 503 CCP).

A atuação judicial na Itália e em Portugal consiste, preponderantemente, na aplicação das regras de responsabilidade objetiva previstas na legislação, sendo que, Werro, Palmer e Hahn⁵⁸ registram, “aos juízes não é permitido estender o escopo das regras de responsabilidade objetiva por analogia”. Contudo, prosseguem os autores, o traço distintivo de tais sistemas jurídicos é a existência de “cláusulas gerais de responsabilidade por atividades perigosas”, o artigo 2050 do Código Civil Italiano⁵⁹ e o artigo 493, §2, do Código Civil Português⁶⁰, que ampliaram sensivelmente a atuação dos magistrados, os quais foram explicitamente autorizados a “qualificar certas atividades como perigosas, tornando-as sujeitas à responsabilização objetiva”.

Atribuindo ênfase, justamente, às cláusulas gerais de responsabilidade objetiva por atividades perigosas constantes dos sistemas italiano e português, Werro, Palmer e Hahn⁶¹ realizam elucidativa síntese da responsabilidade objetiva por atividades perigosas na Europa. Destacam, inicialmente, que “a responsabilidade por

57 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. Strict Liability in European Tort Law: an Introduction. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: 28.

58 *Ibidem*. Bibliografia: p. 28-29.

59 Código Civil Italiano. Artigo 2050. Qualquer um que causar dano a outrem no exercício de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza do meio de operação, é obrigado ao ressarcimento, se não provar ter adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano. Citado por Bussani e Palmer (2003, p. xxxiv).

60 Código Civil Português. Artigo 493, §2. Quem causar danos a outrem no exercício de uma atividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, exceto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir. Citado por Bussani e Palmer (2003, p. xxxv).

61 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. Strict Liability in European Tort Law: an Introduction. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: 400-401.

atividades ultra-perigosas permanece sendo um conceito controverso, em parte porque as noções de ‘ultra-perigosa’ ou ‘perigo anormal’ são frequentemente consideradas vagas”, sendo também controverso “se esta forma de responsabilidade deve ser limitada a ‘coisas’ ou ‘facilidades’ ou se deva ser estendida a ‘atividades’ ou mesmo a ‘fontes de risco em geral’”. Por de trás destas controvérsias espreitam “diferentes concepções sobre o papel que os juízes e os legisladores devem desempenhar em um sistema de responsabilidade civil: deve o legislador tentar preparar uma lista mais ou menos compreensiva das atividades de risco sujeitas à responsabilidade objetiva, ou deve tal identificação ser deixada para as Cortes?”.

Prosseguem Werro, Palmer e Hahn⁶² consignando que “a Alemanha proporciona um claro exemplo de sistema jurídico com uma concepção reducionista da responsabilidade por atividades ultra-perigosas”, dado que “a decisão acerca do tipo de atividade sujeita à responsabilidade objetiva é reservada ao legislador, o que é feito através de estatutos específicos”, e que, “aos juízes, em contraste, não é permitido introduzir a responsabilidade objetiva por comparação de risco”. E mais, destacam os autores quer “este *risk-specific approach* tem influenciado muitos outros sistemas de *civil Law*”, de forma que “hoje, a maior parte dos sistemas de *civil Law* adota regras de responsabilidade objetiva para a operação de ferrovias, veículos motorizados, redes de abastecimento, aeronaves, instalações nucleares, engenharia genética e certos tipos de facilidades/atividades poluidoras”. Para algumas destas atividades, “estatutos comparáveis também existem no direito inglês e escocês, assim como no direito finlandês e dinamarquês, mesmo que não tenha base estatutária, o precedente inglês *Rylands v. Fletcher* pode ser visto como outro exemplo de *risk-specific liability*”.

Além do que, Werro, Palmer e Hahn⁶³ exaltam “o direito italiano e português que deram um considerável passo ao incluírem ‘cláusulas gerais de responsabilidade por atividades perigosas’ nos seus códigos”. Mediante tais cláusulas, os juízes italianos e portugueses “são explicitamente autorizados a qualificar como perigosas qualquer atividade que apresente risco particular por causa de sua natureza ou por causa dos meios utilizados na sua realização”. Estes riscos podem resultar “da magnitude do dano esperado no caso de acidente ou do fato de que a ocorrência do acidente é muito provável”, contudo “o dano

62 *Ibidem*. Bibliografia: p 401-402.

63 WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. Strict Liability in European Tort Law: an Introduction. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, 473 p. Bibliografia: 403-404.

deve ser resultado da atividade em si e não da falta de cuidado no seu exercício”. É através destes critérios que “as cortes italianas delimitam o escopo do Art. 2050”, qualificando como perigosas atividades tais como “a escavação, o uso de explosivos, o transporte de esquiadores, a produção de farmacêuticos (incluindo a preparação de sangue) e o uso de armas de fogo para caça”.

Em extensiva análise jurisprudencial, Marco Comporti⁶⁴ destaca que as cortes italianas têm qualificado como perigosas, para fins de aplicação do artigo 2050 do Código Civil, atividades tais como: a produção e distribuição de energia elétrica, de gás e de outras substâncias inflamáveis; a escavação e remoção de solo; a utilização, militar ou privada, de armas de fogo; a produção, distribuição e utilização de fogos de artifício; a geração de resíduos tóxicos ou poluentes; dentre outras atividades que impliquem em risco, sobretudo, em função da natureza dos meios de operação empregados.

Voltando o foco para o sistema brasileiro, tem-se que, em linhas gerais, o contexto de aplicação das regras de responsabilidade objetiva por atividades perigosas é similar ao contexto italiano e ao português. A responsabilidade objetiva é objeto de previsão em estatutos específicos e no Código Civil, compreendendo: o transporte ferroviário (Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912), as atividades nucleares (Lei n. 6.453 de 17 de outubro de 1977), as atividades que causem danos ao meio ambiente (Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981), as atividades de mineração (Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967), o transporte aeroviário (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986), os produtos levados ao mercado (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990; artigo 931 do Código Civil), os danos causados por animais (art. 936 do Código Civil), os danos causados por prédios em ruína e por objetos lançados de prédios (art. 937 e 938 do Código Civil). A atuação judicial consiste, preponderantemente, na aplicação das regras de responsabilidade objetiva previstas na legislação, não sendo permitido aos juízes estender o escopo de tais regras, por analogia.

Contudo, na esteira de uma das principais inovações do Código Civil Brasileiro de 2002⁶⁵, a cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades perigosas do parágrafo único do artigo 927, a atuação dos

64 COMPORTI, Marco. *Il Codice Civile Commentario, Fatti Illeciti: Le Responsabilità Oggettive*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. 458 p. Bibliografia: p. 194-202.

65 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Magistrados foi sensivelmente ampliada, eis que eles foram explicitamente autorizados a qualificar certas atividades como perigosas, tornando-as sujeitas à responsabilização objetiva. Assim, também o Brasil passou a adotar sistema misto, realizando um significativo avanço no sentido de promover a harmonização da atuação do Legislativo e do Judiciário no processo de objetivação das atividades de risco.

Elucidativa é a manifestação de Anderson Schreiber⁶⁶: “a conclusão mais razoável parece ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado”, seja porque “se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo etc.)”, seja porque “empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear, etc.)”. Certo é que “a definição, embora sempre elástica, de um rol de atividades compreendidas no âmbito de aplicação do parágrafo único do art. 927 é tarefa a depender, primordialmente, da atuação jurisprudencial e da investigação doutrinária”.

Nesse sentido, apesar do período de vigência relativamente curto do Código Civil de 2002, para fins de aplicação da cláusula geral do parágrafo único do artigo 927, podem ser identificados alguns precedentes jurisprudenciais que consideram fatores como os elevados danos esperados com acidentes e a impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de precaução em nível elevado. Têm sido qualificadas como perigosas para fins de objetivação da responsabilidade atividades tais como: a geração e transmissão de energia elétrica; o uso, transporte e armazenamento de explosivos, materiais tóxicos e radioativos; a remoção de solo, e; a caça e a prática de esportes perigosos.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em 19 de maio de 2009, no Recurso Especial n. 896568/CE⁶⁷, qualificou como atividade de alta periculosidade, nos moldes do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a transmissão de energia elétrica, condenado a Companhia Energética do Ceará – COELCE - ao pagamento de danos materiais e morais a Antônio Silvério de Paiva, em virtude de graves danos causados por eletrocussão, porventura da realização de reparos em rede elétrica residencial. Eis a manifestação do Ministro Luis Felipe Salomão:

66 SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 270 p. Bibliografia: p. 25.

67 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Civil. Responsabilidade civil. Concessionária de serviço público. Transmissão de energia elétrica. Atividade de alta periculosidade. Teoria do risco. Responsabilidade objetiva. Relator para o acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. 19 mai. 2009. In: D.J., 30 jun. 2009, p. 233.

No caso vertente, o autor, que exercia o ofício de eletricitista, foi contratado para efetuar reparos de urgência na rede elétrica da residência de Geraldo Lopes de Castro. Ao tentar romper, com todas as precauções necessárias, cabo que trazia energia para a casa, o autor recebeu forte descarga elétrica em razão da sobrecarga da rede, originária da queda de um fio de alta tensão na região, resultando em sua incapacidade total para o trabalho.

Observa-se que a ré, concessionária de serviço público, atua no setor de transmissão de energia elétrica, atividade que, não obstante sua essencialidade, apresenta alta periculosidade, oferecendo riscos à população.

Nesse contexto, deve-se aplicar a “Teoria do Risco”, pela qual se reconhece a obrigação daquele que causar danos a outrem, em razão dos perigos inerentes a sua atividade ou profissão, de reparar o prejuízo.

Com efeito, se é desempenhada determinada atividade de risco e, sobretudo, colhe-se lucros desta, deve a empresa igualmente responder pelos danos que eventualmente ocasione a terceiros, independentemente da comprovação de dolo ou culpa em sua conduta.

Essa é a orientação prestigiada por nosso ordenamento jurídico, no art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão proferida em 04 de junho de 2009, na Apelação n. 559.487-4/8⁶⁸, qualificou como atividade perigosa, nos moldes do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a transmissão de energia elétrica, condenado a ELETROPAULO Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. ao pagamento de danos morais a Manoel Ferreira de Melo, em virtude das mortes de sua esposa e filha por eletrocussão ao tentar transpor árvore caída em razão das chuvas, a qual estava em contato com fios de transmissão de energia elétrica. Eis a manifestação do Desembargador Relator Ênio Santarelli Zuliani:

Observa-se que DAMIANA, com sua filha KAROLINE no colo, caminhava pelo bairro Palestina, em Juquitiba, quando, ao tentar

68 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Morte de transeunte e de sua filha por eletrocussão ao transpor tronco de árvore eletrificado. Apelação n. 559.487-4/8. Manoel Ferreira de Melo e ELETROPAULO Metropolitana Eletricidade de São Paulo S.A. Relator Desembargador Ênio SantarelliZuliani. 13 dez. 2007. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br>>.

transpor uma árvore caída em razão das chuvas, foi eletrocutada [juntamente com sua filha], devido ao contato de fios de transmissão de energia com os galhos e tronco da árvore.[...]

Na hipótese, o acidente ocorreu no dia 29.08.05, o que determina a incidência do artigo 927, parágrafo único, do CC de 2002 que dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Assim, aquele que explora, mediante concessão e de forma onerosa, o serviço de transmissão de energia elétrica, responde pelos danos que são impingidos a terceiros, independentemente da prova da culpa, em virtude da regra de que quem aufere os cômodos, responde pelos ônus.

Neste sentido, cabe recordar a precisa lição de CARLOS ALBERTO BITTAR [“Responsabilidade civil nas atividades perigosas”, *in* Responsabilidade civil – doutrina e jurisprudência, coordenação de Yussef Said Cahali, Saraiva, 1984, p. 93]: “Deve ser considerada perigosa, pois, aquela atividade que contenha em si uma grave probabilidade, uma notável potencialidade danosa, em relação ao critério de normalidade média e revelada por meio de estatísticas, de elementos técnicos e da própria experiência comum”. [...]

O Código Civil, de Portugal, estabelece [art. 509] que aquele que tiver direção efetiva de instalação de condução de energia elétrica [e gás], e utilizar dessa instalação em seu interesse, responde pelo prejuízo decorrente da condução ou entrega de eletricidade. ANTUNES VARELA, ao comentar o dispositivo, considerou que é o caso de responsabilidade objetiva, por envolver atividade “bastante perigosa” [Das obrigações em geral, 2. edição, Almedina, Coimbra, 1973, p. 569].

Do mesmo modo o artigo 2050, do Codice Civile da Itália [GIOVANNA VISINTINI, Trattato breve dellaresponsabilitàcivile, terzaedizione, CEDAM, Padova, 2005, p. 838].

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em decisão proferida em 28 de maio de 2009, no Agravo de Instrumento n. 1.0439.08.081641-6/001⁶⁹,

69 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Indenizatória. Danos causados por rompimento de barragem. Responsabilidade objetiva. Risco da atividade. Inexistência de relação de

de forma incidental, qualificou como atividade perigosa, nos moldes do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, o deslocamento de solo e água, em virtude do rompimento de barragem, decorrente da atividade mineradora desenvolvida por Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. Eis a manifestação do Desembargador Relator Duarte de Paula:

Na análise dos autos, ao que se vê da peça de ingresso da presente ação de reparação de danos, a autora afirmou ter a ré deixado vaziar aproximadamente dois bilhões de litros de resíduos de lama tóxica que atingiu quilômetros de extensão e se espalhou por diversas cidades, tendo a autora perdido vários móveis, além de ter sido danificado o imóvel, afirmando-se tratar de responsabilidade objetiva, para requerer indenização por danos materiais e morais. [...]

A responsabilidade civil contém três requisitos: conduta (ação ou omissão), dano e nexó de causalidade, não sendo de se exigir, quanto à responsabilidade de natureza objetiva, a demonstração da culpa do agente.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil preceitua que haverá a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Assim, a norma afasta a teoria subjetiva, da culpa, e expressamente adota a teoria do risco, chamada de teoria objetiva, segundo a qual aquele que em virtude de sua atividade cria um risco de danos a terceiro, fica obrigado a reparar quando ocorridos, sendo irrelevante que a ação do agente decorra de imprudência, de imperícia ou mesmo de negligência.

Assim, por utilizar da expressão “independentemente de culpa” constata-se que adotou o Código a responsabilidade objetiva, quanto aos danos havidos no exercício das atividades de risco, pelo que se faz necessário, para que haja obrigação de reparar o dano, a demonstração, pela vítima, do nexó de causalidade entre a conduta do agente do fato danoso e o dano por ela sofrido.

Em outras palavras, a natureza da atividade no caso em tela, diz respeito à atividade que por sua própria natureza ou por características dos meios utilizados contém uma intensa possibilidade de provocar o dano, em razão da sua potencialidade ofensiva. [...]

No caso dos autos, a ação foi direcionada contra uma empresa mineradora, cuja atividade é desenvolvida com habitualidade, e que ao meu entendimento revela de uma periculosidade intrínseca ao meio ambiente e ao trabalho empregados em seu processo produtivo e pela natureza dessa mesma atividade, mas tem potencial riscos, em virtude da segurança com que deve exercê-la na busca de vantagens ou benefícios, motivo pelo qual, deve se responsabilizar pelos danos que venha, no seu exercício, ocasionar.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em decisão proferida em 02 de julho de 2009, na Apelação Cível n. 70026905885⁷⁰, qualificou como atividade perigosa, nos moldes do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, a montaria em cavalos em eventos desportivos de turfe, condenado o Haras Santa Anita do Minuano ao pagamento de indenização por danos materiais e morais à Michele Britzius Vargas, em decorrência de graves lesões por ela sofridas em queda do animal. Eis a manifestação da Desembargadora Liége Puricelli Pires:

Como se observa do Relatório, trata-se de ação indenizatória movida por vítima de acidente sofrido em atividade esportiva de turfe, a qual guiava cavalo de propriedade dos demandados em disputa de cancha reta, vindo a sofrer lesões cerebrais que a deixaram afastadas de suas atividades profissionais. [...]

Tenho que a atividade exercida pelos demandados, qual seja, criação de cavalos de raça puro-sangue inglês para atividades desportivas de turfe tem inequívoca intenção de obtenção de lucro aos criadores, ainda que não configure atividade econômico-produtiva. Assim, tenho que se trata de exploração financeira de atividade de risco, razão pela qual incide a regra do art. 927, parágrafo único do CC/02, regra essa que ao acolher a “Teoria do Risco da Atividade” em nosso ordenamento. [...]

Ora, é inequívoco que a atividade desportiva explorada pelos demandados geram um alto risco às pessoas contratadas para conduzir o animal, não raro causando acidentes de gravidade fatal, dada a velocidade atingida pelos cavalos e o risco de queda do próprio semovente sobre o jóquei. Tal atividade mostra-se de tal periculosidade que o próprio Código Nacional de Corridas, norma

70 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Responsabilidade civil. Acidente ocorrido com Joqueta em atividade turfística. Teoria do risco. Responsabilidade objetiva. Relatora: Desembargadora Liége Puricelli Pires. 02 jul. 2009. In: D.J., 10 jul. 2009.

infralegal autorizada na Lei n. 7.291/84, estabelece em seu artigo 82 a obrigatoriedade por parte das Entidades Turfísticas, entenda-se Jôqueis-Clube, de firmar seguros de vida e acidentes contra acidentes sofridos por profissionais do Turfe na raia, como forma de excluir a sua responsabilidade. [...]

Destarte, caracterizada a responsabilidade objetiva do proprietário do animal, quem ao fim e ao cabo explora financeiramente a atividade desportiva e o serviço prestado pelo atleta.

Feitas tais considerações, verifica-se que a utilização dos fundamentos de direito comparado para fins de aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades perigosas do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, revela-se de grande valia, sendo que os magistrados podem identificar atividades nas quais os danos esperados com acidentes são elevados e nas quais seja impraticável evitar a ocorrência de acidentes, mesmo que adotadas consistentes medidas de precaução.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo demonstrou como os fundamentos de direito comparado podem contribuir para a resolução de problema metodológico comum a diversos sistemas jurídicos, qual seja, o estabelecimento de critérios que permitam identificar categorias de atividades de risco passíveis de aplicação da regra de responsabilidade objetiva.

A análise realizada evidenciou que, não obstante estar cristalizada nos sistemas jurídicos contemporâneos a ideia de que a responsabilidade subjetiva (*negligence*) e a responsabilidade objetiva (*strict liability*) convivem em relativa harmonia, alçando-se a culpa à posição de princípio definidor da responsabilidade civil e estabelecendo-se que a responsabilidade objetiva possua campo próprio de atuação, em realidade, do ponto de vista doutrinário, a questão revela-se complexa, reconhecendo-se a existência de uma zona cinzenta entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva. Importantes questões metodológicas afloram no âmbito do sistema dualista de responsabilidade civil. Em especial, adquire importância o estabelecimento de critérios objetivos que permitam identificar categorias de atividade de risco passíveis de aplicação da regra de responsabilidade objetiva.

Além do que, em análise comparatista, o presente estudo evidenciou que os fatores de objetivação da responsabilidade apontados

por Landes e Posner⁷¹ os elevados danos esperados com os acidentes e a impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de elevada precaução, ilustram muitas das opções pela adoção da regra de responsabilidade objetiva na prática jurídica, seja nos países de tradição jurídica de *common law* ou de *civil law*.

Nos Estados Unidos, exemplo típico de sistema aberto, muitas das áreas da responsabilidade objetiva são agrupadas sob a rubrica de atividades ultraperigosas ou anormalmente perigosas, com a consolidação da jurisprudência em torno de atividades que envolvem: o uso, transporte e o armazenamento de explosivos e outros produtos inflamáveis; a geração e transmissão de energia; o uso, transporte e armazenamento de produtos químicos e materiais tóxicos; o transporte aéreo, e; atividades que envolvem remoção de solo e prospecção mineral.

Na Inglaterra e na Alemanha, exemplos de sistemas fechados, a responsabilidade objetiva é estabelecida, essencialmente, mediante regulação em estatutos específicos que elencam as atividades qualificadas como perigosas pelo legislador, podendo-se referir o transporte ferroviário e aéreo, a atividade nuclear e atividades que impliquem em danos potenciais ao meio ambiente.

Na França, na Itália e em Portugal, exemplos de sistemas mistos, a responsabilidade objetiva também é, preponderantemente, objeto de previsão legal em estatutos específicos. Na França, a jurisprudência tem desempenhado papel fundamental no processo de objetivação da responsabilidade civil. Na Itália e em Portugal, o traço distintivo é a existência cláusulas gerais de responsabilidade objetiva por atividades perigosas, que ampliaram sensivelmente a atuação dos magistrados, os quais foram autorizados a qualificar como perigosas qualquer atividade que apresente risco particular por causa de sua natureza ou por causa dos meios utilizados na sua realização. Atividades que têm sido qualificadas como perigosas incluem o deslocamento de solo, o uso de explosivos, o uso de armas de fogo para caça e outras atividades nas quais o dano esperado é elevado ou a ocorrência de acidente é muito provável, evidenciando correspondência com os fundamentos de análise econômica positiva da responsabilidade civil.

No Brasil, outro exemplo de sistema misto, o contexto de aplicação das regras de responsabilidade objetiva em atividades perigosas é similar ao contexto italiano e ao português. A responsabilidade objetiva é objeto de previsão em estatutos específicos e no Código Civil, compreendendo o

71 LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981. Bibliografia: p. 907-908; e, LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987. 329 p. Bibliografia: p. 180.

transporte ferroviário, as atividades nucleares, as atividades que causem danos ao meio ambiente, as atividades de mineração, o transporte aeroviário, os produtos levados ao mercado, os danos causados por animais, os danos causados por prédios em ruína e por objetos lançados de prédios. A atuação judicial consiste, preponderantemente, na aplicação das regras de responsabilidade objetiva previstas na legislação, não sendo permitido aos juízes estender o escopo de tais regras, por analogia.

Na esteira de uma das principais inovações do Código Civil Brasileiro de 2002, a cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades perigosas do parágrafo único do artigo 927, a atuação dos magistrados brasileiros foi sensivelmente ampliada, eis que eles foram explicitamente autorizados a qualificar certas atividades como perigosas, tornando-as sujeitas à responsabilização objetiva. Adquire relevância, também no Brasil, o estabelecimento de diretrizes objetivas com vistas à qualificação de atividades como sendo perigosas, no que são de grande valia fatores tais como os elevados danos esperados com acidentes e a impraticabilidade de evitar acidentes mediante o exercício de precaução em nível elevado. Tais fatores permitem qualificar como perigosas, para fins de aplicação da cláusula geral do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, atividades, tais como: a geração e transmissão de energia elétrica, a remoção de solo, e a prática de esportes perigosos. Nesse sentido, apesar do relativamente curto período de vigência do Novo Código Civil, alguns precedentes jurisprudenciais podem ser identificados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Verifica-se, pois, a confirmação da hipótese básica de trabalho de que é possível integrar fundamentos de direito comparado na concreção de uma das principais inovações institucionais ocorridas no sistema brasileiro de responsabilidade civil, a cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco da atividade introduzida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Além do que, a realização de análise comparativa de sistemas de responsabilidade civil com o objetivo de estabelecer uma base institucional segura para a aplicação da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade, bem evidencia a importância do direito comparado para o progresso da ciência jurídica. A cooperação entre pesquisadores e instituições de pesquisa de diversos países, realizada mediante a utilização do instrumental analítico disponibilizado pelo direito comparado, contribui para a resolução de um dos principais problemas da ciência jurídica, a dificuldade de comunicação “transnacional” entre os

estudiosos do Direito. Conclui-se, pois, que a atribuição de prêmio Nobel à Ciência Jurídica, aventada por Thomas Ulen no artigo *A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and Scientific Method in the Study of Law*, revela-se oportuna, eis que o estudo do Direito está gradualmente se tornando mais científico, não apenas com a com a crescente utilização de métodos empíricos e experimentais, mas também, com a consistente utilização de métodos comparativos.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Perte Generale*. Milanofiori Assago: 2010.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second, Torts*. 2. ed. St. Paul: American Law Institute Publishers, 1965.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e Economia, Novos Horizontes no Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil*, São Paulo: LTr, 2011.

_____. Breves Considerações sobre a Contribuição da Comparação para o Desenvolvimento da Ciência Jurídica. In: PORTO, Antônio M.; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

BUSSANI, Mauro; PALMER, Vernon V. (eds.). *Pure Economic Loss in Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

COMPORTI, Marco. *Il Codice Civile Commentario, Fatti Illeciti: Le Responsabilità Oggettive*. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 5. ed. Boston: Pearson Education, 2008.

DAM, Cees Van. *European Tort Law*. Oxford: OxfordUniversity Press, 2006.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOBBS, Dan B. *The Law of Torts*. St. Paul: West Group, 2000.

ENGLARD, Izhak. Victor Mataja's Liability for Damages from an Economic Viewpoint: a Centennial to an Ignored Economic Analysis of Tort. *International Review of Law and Economics*, n.10, p. 173-191, 1990.

EPSTEIN, Richard A.; *Cases and Materials on Torts*. 8. ed. New York: Aspen Publishers, 2004.

EUROPEAN CENTRE OF TORT AND INSURANCE LAW. Disponível em: <<http://www.ectil.org>>. Acesso em: 02 set. 2012.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principes du Droit Européen de la Responsabilité Civile*. Paris: Société de Législation Comparée, 2011.

FAURE, Michael G. Strict Liability, Economic Analysis. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 361-394. European Centre of Tort Law and Insurance Law.

FEDTKE, Jörg; MAGNUS, Ulrich. *Unification of Tort Law: Strict Liability, Germany*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 147-176. European Centre of Tort Law and Insurance Law.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Apresentação do livro de: SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALAND-CARVAL, Suzanne. *Unification of Tort Law: Strict Liability, France*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, p. 127-146. European Centre of Tort Law and Insurance Law.

KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

_____. Strict Liability, Comparative Conclusions. In: _____ (eds.). *Unification of Tort Law: Strict Liability*. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Positive Economic Theory of Tort Law. *Georgia Law Review*, v. 15, p. 815-924, 1981.

_____. *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987.

MAGNUS, Ulrich; MARTIN-CASALS, Miquel. (ed.). *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*. The Hague: Kluwer Law International, 2004. Principles of European Tort Law, v. 8, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

MATTEI, Ugo. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1998.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. *As Excludentes da Responsabilidade Civil Objetiva*. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 12. ed., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PORTO, Antônio M.; SAMPAIO, Patrícia. *Direito e Economia em Dois Mundos: Doutrina Jurídica e Pesquisa Empírica*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

REALE, Miguel. Diretrizes Gerais sobre o Projeto de Código Civil. In: _____ Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROGERS, W. V. Horton. *Unification of Tort Law: Strict Liability, England*. In: KOCH, Bernhard A.; KOZIOL, Helmut (eds.). *Unification of Tort Law:*

STRICT LIABILITY. The Hague: Kluwer Law International, 2002. Principles of European Tort Law, v. 6, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena C. Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilità Oggettiva*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1961.

ULEN, Thomas. A Nobel Prize in Legal Science: Theory, Empirical Work, and the Scientific Method in the Study of Law. *Illinois Law and Economics Working Papers Series*. Working Paper n. LE03-008, University of Illinois Law Review, 2002.46 p. (http://papers.ssrn.com/pape.tar?abstract_id=419823).

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho Comparado*. Tradução de Arturo A. Vázquez. México: Oxford University Press, 2002.

WIDMER, Pierre (ed.) *Unification of Tort Law: Fault*, p. 331-377. The Hague: Kluwer Law International, 2005. Principles of European Tort Law, v. 10, European Centre of Tort Law and Insurance Law.

WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

WERRO, Franz; PALMER, Vernon V.; HAHN, Anne-Catherine. Strict Liability in European Tort Law: an Introduction. In: WERRO, Franz; PALMER, Vernon V. (ed.). *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.



CONFLITO DE DECISÕES E HARMONIZAÇÃO
NA PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS NO
ÂMBITO SUPRANACIONAL EUROPEU E NA
CORTE ADMINISTRATIVA ITALIANA CONFLITTO
DI DECISIONI E ARMONIZZAZIONE

*SULLA TUTELA DEI DIRITTI UMANI ENTRO SOPRANAZIONALE
EUROPEA E CONSIGLIO DI STATO ITALIANO*

*Glaucio Vasconcelos Ribeiro Junior
Procurador da Fazenda Nacional
Mestre em Direitos Fundamentais - UNIFIEO
Especialista em Direito Tributário - IBET-SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistema Regional Europeu;
2 Caso Lautsi vs Itália; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Cuida o presente artigo da análise de decisões diametralmente opostas, lançadas acerca de um mesmo caso concreto (conhecido como caso *Lautsi vs Itália*) que fora submetido à apreciação do Consiglio di Stato Italiano e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, atinente ao tema da liberdade religiosa e dos direitos humanos em geral. Partindo de breve histórico sobre as origens dos sistemas protetivos no âmbito desse ramo do direito, chega-se à conclusão com sugestões relativas à harmonização, com vistas à prevenção de futuros casos de conflito de decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Conflito de Decisões em Direitos Humanos. Razão Instrumental. Harmonização.

RIASSUNTO: Prenditi cura di questo articolo di analisi decisione diametralmente opposta, rilasciata circa lo stesso caso (noto come caso *Lautsi vs Italia*) che è stato presentato al Consiglio di Stato italiano e la Corte europea dei diritti dell'uomo, relativo al tema della libertà religiosi e diritti umani in generale. Partendo da una breve storia delle origini dei sistemi di protezione all'interno di questa branca del diritto, arriva alla conclusione con suggerimenti per armonizzare, al fine di prevenire futuri casi di conflitto di decisioni.

PAROLE CHIAVE: Diritti Umani. Conflitti di Decisioni in Materia Di Diritti Umani. Ragione Strumentale. Armonizzazione.

INTRODUÇÃO

A História recente da humanidade, em especial se considerado o século anterior, revela a ocorrência de uma série de eventos que nem mesmo a mente mais doentia e degenerada seria capaz de engendrar no plano das idéias. Passou a fazer parte do currículo humano, já tão farto de sangue, iniquidades, conflitos e guerras, o Holocausto, que foi a demonstração mais ignóbil e atroz do que é capaz o potencial destrutivo dos homens.

Chegou-se ao auge de um infeliz espetáculo de barbáries que o céu deste planeta, inerte, jamais pode imaginar presenciar. A razão instrumental, irracionalizada, vista como sustentáculo de tamanho potencial destrutivo, é o que ofereceu toda a munição necessária a que os seres humanos pudessem ter alcançado até mesmo a extinção da própria espécie, ao simples toque de um botão, concretizando aquela sinalização a que se referiu Freud, em texto que acresceu em 1931 ao seu “Mal estar na civilização”, ao analisar a civilização de sua época:

A questão fatídica para a espécie humana parece-me ser saber se, e até que ponto, seu desenvolvimento cultural conseguirá dominar a perturbação de sua vida comunal causada pelo instinto humano de agressão e autodestruição. Talvez, precisamente com relação a isso, a época atual mereça um interesse especial. *Os homens adquiriram sobre as forças da natureza um tal controle, que, com sua ajuda, não teriam dificuldades em se exterminarem uns aos outros, até o último homem.* Sabem disso, e é daí que provém grande parte de sua atual inquietação, de sua infelicidade e de sua ansiedade. Agora só nos resta esperar que o outro dos dois ‘Poderes Celestes’, o eterno Eros, desdobre suas forças para se afirmar na luta com seu não menos imortal adversário. Mas quem pode prever com que sucesso e com que resultado?¹ (grifos nossos)

Há várias concepções de “razão” na história. De acordo com a época considerada, por motivos históricos e teóricos determinados, o termo pode assumir significação inteiramente diversa. Sob a ótica da Teoria Crítica, considera-se existir duas modalidades de razão, quais sejam,

1 FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização, in *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição Standard brasileira, 1ª reimpressão Rio de Janeiro: Imago, 1988, v. XXI, p. 122-147-148.

[...] a *razão instrumental* ou razão técnico-científica, que está a serviço da exploração e da dominação, da opressão e da violência, e *razão crítica* ou filosófica, que reflete sobre as contradições e os conflitos sociais e políticos e se apresenta como uma força liberadora.²

Em tempos contemporâneos não é difícil notar que razão se resume a racionalismo. Um racionalismo, diga-se, que reflete uma distorção do conteúdo do termo razão do período antecedente, a modernidade, em que se apresentava como a via emancipatória da opressão e como promessa de felicidade (razão crítica).

A razão emancipatória que se extrai de muitos textos filosóficos da época moderna foi transmutada em razão instrumental, ou seja, todo o aparato teórico foi usado com vistas ao alcance de fins distorcidos, descomprometidos em absoluto com ética e afeto. Tem-se então uma razão distorcida, voltada unicamente para atingimento de certas finalidades.

Com esse panorama em que a razão é o centro de tudo, tem-se uma inversão de valores que coloca o homem, que até então fazia parte da Natureza e se submetia ao seu destino, em posição de domínio sobre tudo e todos. O homem nesse instante domina a natureza, à medida que se vê capaz de reproduzir, em laboratório, fenômenos que nela se passam. E ao dominar a natureza também se põe em posição de dominar o próprio homem, subjugando-o. Torna-se alguém, enfim, que se vê superior, o próprio centro do universo, capaz de dominar tudo a seu redor, tal qual um sujeito de conhecimento domina o objeto, na concepção cartesiana.

Sob essa forma de pensar e valendo-se da tal razão instrumental, chega-se à causa de um sem-número de males que vai assolar o planeta em praticamente tudo o que tem interferência humana, tais como a Política, a Medicina, o Direito, a Economia etc.

Eduardo Bittar traz alguns exemplos, na seguinte passagem:

Não só como século da ciência e da tecnologia, o século XX é reconhecido como um século conturbado, conflituoso, dicotômico e profundamente marcado pelas diferenças. Grande parte dos acontecimentos que ocorreram neste período histórico tiveram suas condições de gestação em períodos anteriores, de modo que o século XX não pode ser visto como um momento isolado da história da humanidade, mas como um momento de culminância e de convergência para o qual afluíram, e no qual desembocaram, diversas práticas diretamente responsáveis pela usurpação, pelo

2 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 83.

domínio, pela exploração, pela manipulação, pela belicosidade, pelo extremismo ideológico, pela perseguição racista...³

Igual sorte se reserva ao desejo destrutivo humano, a revelar, nas guerras do século passado, uma ausência de limites à sua capacidade de extermínio e de crueldade jamais vistas.

A aliança entre razão instrumental e o ânimo de eliminar o outro é que gerou barbarismos como os que se passaram no inédito Holocausto nazista, para ficar em único exemplo.⁴

Em “As origens do totalitarismo”, Hannah Arendt trata da experiência dos campos de concentração, ou fábricas de mortes, como algo sem precedentes em qualquer outro período da história do Ocidente. Em suas palavras:

No entanto, devemos também confessar uma certa nostalgia pelo que ainda se pode chamar “idade de ouro da segurança”, ou seja, por uma época em que mesmo os horrores eram ainda caracterizados por certa moderação e controlados por certa respeitabilidade e podiam, portanto, conservar alguma relação com a aparência geral de sanidade social. Em outras palavras, por mais historicamente próximo que esteja esse passado, a experiência ulterior de campos de concentração e fábricas de mortes é tão alheia à sua atmosfera quanto o é de qualquer outro período anterior da história do Ocidente.⁵

Houve outros exemplos, de magnitude equivalente, como os mencionados por Bittar, a seguir:

Mais do que nunca, durante todo o século XX, a violência deu mostras de absoluta atrocidade e de infinita capacidade destrutiva (pense-se nas práticas de Auschwitz, pense-se no emprego de armas químicas e bombas atômicas, pense-se no uso de pesticidas desfolhantes no Vietnã, pense-se nas técnicas de tortura da ditadura militar brasileira...), e, ainda que se evoquem fundamentos históricos, motivos raciais, determinismos ambientais, necessidades sociais, fatores econômicos, motivos e estratégias políticas, a violência há

3 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 165.

4 Entenda-se por Holocausto o exemplo maior de prática de crime contra a humanidade; foi o genocídio executado pelo regime Nazista contra minorias étnico-religiosas, deficientes, homossexuais e opositores políticos do regime, através de perseguição e extermínio sistemático.

5 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 3.^a reimpressão São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 153.

de ser compreendida, potencializada ou não pela tecnologia, em se tratando de um mecanismo de amplificação do vigor humano, como algo impassível de justificação.⁶

Tendo em conta, pois, a ocorrência desses barbarismos, que atentaram irreparavelmente contra a dignidade humana, em especial o Holocausto, foi preciso pensar em um sistema protetivo aos Direitos Humanos, e assim se iniciou um período cujo escopo era o de viabilizar mudanças neste “estado de coisas” do qual nasceram tais eventos inaceitáveis, de modo a propiciar que fatos de igual importe não voltassem jamais a se repetir.

O momento que se segue ao término da Segunda Guerra permite vislumbrar uma forte necessidade de se caminhar por esse novo rumo, tanto que eclodiram no cenário internacional centenas de declarações e tratados a respeito dos direitos humanos. Note-se a seguinte passagem de Bittar:

Mas foi a própria experiência histórica que uniu os Estados em torno de um ideal pacifista comum, cujo vetor fundante foi a eclosão do anti-semitismo europeu, unido ao totalitarismo e à barbárie imperialista levada adiante durante a Segunda Guerra Mundial.⁷

Em dias atuais, sobejam documentos em que restam afirmados os direitos humanos. Remanescem, porém, problemas inúmeros no que tange à respectiva efetivação. É exatamente neste contexto de direitos mais que afirmados, mas freqüentemente desrespeitados, que emerge o tema dos conflitos protetivos acerca dos direitos humanos, a retratar às escancaras que a dignidade humana não necessariamente é o eixo central de preocupação dos Estados.

Ao declarar um direito, segue-se a necessidade de o Estado o fazer respeitar, mormente no que se refere a direitos humanos, que podem ser considerados universais. Não basta, assim, meramente afirmá-los existentes, materializando juridicamente uma certa opção política que a sociedade em dada época tem por relevante.

Marilena Chauí aponta, contudo, para uma contradição, qual seja:

[...] a contradição entre o poder do Estado, que é, na verdade, poderio particular de uma classe social, e os direitos, pois se referem aos homens universalmente, devendo ser garantidos como tais por um poder que, de fato, não tem condições de garanti-los em sua

6 BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2005. p. 338.

7 Idem. *Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2004. p. 192.

universalidade. Essa contradição, porém, é essencial para a história dos direitos humanos e civis por que, se é verdade que o Estado está preso aos interesses de uma classe, também é verdade que, contraditoriamente, não pode deixar de atender aos direitos de toda a sociedade, pois, se não o fizer, perde legitimidade e se mostra como puro exercício da força e da violência. Essa contradição é a chave da democracia.

É evidente que a classe dominante moderna, liberal ou conservadora, jamais foi nem pode ser democrática, e, se as democracias fizeram um caminho histórico, isto se deve justamente às lutas populares pelos direitos que, uma vez declarados, precisam ser reconhecidos e respeitados.⁸

Diante dessa perspectiva segundo a qual poderia ser falha a proteção interna de cada qual dos países que se dispõem a conferir efetividade ao respeito aos direitos humanos, exsurge no plano internacional um sistema global de proteção, orquestrado de modo a contornar eventual interesse estatal contrário ao reconhecimento dos direitos no seu limite interno.

Em um momento subsequente, se instalam os sistemas regionais de proteção, a par do global orquestrado pela ONU, aptos a conhecer dos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação pelos próprios particulares interessados, a despeito de eventual apreciação em sede interna dos Estados envolvidos.

Sistematiza-se, pois, a proteção internacional dos direitos humanos, em dois âmbitos básicos, quais sejam, o Global e os Regionais.

O Sistema Global é o sistema da Organização das Nações Unidas (ONU), e os Sistemas Regionais são os seguintes: no território Europeu, o Sistema instituído pela Convenção Européia para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (1950); o Sistema Interamericano, instituído através da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); o Sistema Africano, instituído através da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981), que entrou em vigor em 1986, prevendo a criação de uma Corte de Direitos Humanos e uma Comissão, com a faculdade de reconhecer petições individuais e interestatais; e por fim o Sistema Árabe, instituído pela carta Árabe dos Direitos Humanos (1994).

⁸ CHAUI, Marilena. *Direitos Humanos e Educação*. Notas do Congresso sobre Direitos Humanos em Brasília, 30/08/2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/textos/a_pdf/chaui_dh_educacao.pdf>. p. 13. Acesso em: 20 de novembro de 2008.

Interessa-nos, em particular, o Sistema Europeu acima mencionado, com vistas a analisar o conflito de decisões objeto deste artigo.

1 SISTEMA REGIONAL EUROPEU

O Sistema Regional Europeu funciona dentro da estrutura da Comunidade Européia, e é regulado pela Convenção Européia de Direitos Humanos, assinada pelos países do Conselho da Europa em 4 de novembro de 1950. Seus órgãos são a Comissão Européia de Direitos Humanos e a Corte Européia de Direitos Humanos.

A Convenção Européia dos Direitos do Homem é um tratado internacional ao abrigo do qual os Estados Membros do Conselho da Europa garantem os direitos fundamentais, civis e políticos, não apenas aos seus próprios cidadãos, mas também a qualquer pessoa que se encontre sob a sua jurisdição. Foi assinada em 4 de novembro de 1950, em Roma, e entrou em vigor em 1953.

Por intermédio deste sistema regional, alguns Estados europeus alcançaram êxito em formular as regras obrigatórias de direito internacional acerca dessa matéria, pautados que estavam em um acordo supranacional.

Inicialmente, quando da instituição desse sistema, não era possível o acesso dos indivíduos à Corte Européia. Somente depois de alguns anos é que se facultou ao indivíduo apresentar demanda direta à Corte, mais exatamente a partir do Protocolo n.11 de 1998. Os indivíduos, assim, passaram a ter acesso direto ao Tribunal Internacional, como verdadeiros sujeitos e com capacidade jurídica plena de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Há uma Comissão autorizada a receber petições dirigidas ao Secretário Geral do Conselho da Europa, provenientes de qualquer indivíduo, organização não governamentais ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de suposta violação dos direitos estabelecidos na Convenção Européia, tendo por agressor algum dos Estados contratantes.

Constituído em 1959, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é o tribunal internacional competente para se pronunciar sobre as queixas de violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Desde 1998, o Tribunal se reúne de forma permanente; em quase meio século, o Tribunal já proferiu mais de 10 mil sentenças.

O Tribunal tem a sua sede em Estrasburgo, no Palácio dos Direitos do Homem projetado em 1994 pelo arquiteto britânico Lord Richard Rogers. É neste edifício que o Tribunal assegura o cumprimento dos

direitos humanos de mais de 800 milhões de europeus nos 47 Estados Membros do Conselho da Europa que ratificaram a Convenção.

Essa sistematização europeia proporciona efetivamente aos indivíduos que recorrem à Corte uma concreta proteção, dado que a atuação independe de outros fatores, e comumente ocorre a par de eventual conhecimento da questão por parte de outra instância estatal de julgamento.

Uma proteção internacional dos Direitos Humanos desse jaez é algo que, nas palavras de Canotilho, “até pouco tempo atrás seria impensável. O direito internacional clássico considerava o indivíduo como estranho, sendo recente a mudança de perspectiva”⁹.

Para Flávia Piovesan, “traduz a mais extraordinária experiência de justicialização de direitos humanos por meio da Corte Europeia”¹⁰, afinal se trata de um sistema que não apenas elenca um catálogo de direitos, mas institui inédito e eficiente mecanismo que permite a proteção judicial dos direitos e das liberdades nele previstos.

As suas sentenças são vinculativas para os Estados em causa e levam os governos a alterar a sua legislação e as suas práticas administrativas em muitos domínios. A jurisprudência do Tribunal fez da Convenção um instrumento dinâmico e poderoso para responder aos novos desafios e consolidar o Estado de direito e a democracia na Europa.

As decisões da Corte podem também determinar compensação financeira à vítima e alterações legislativas no direito interno dos Estados a fim dar maior proteção aos direitos.

Em caso de não cumprimento das decisões proferidas pela Corte, é possível até mesmo a expulsão do Estado violador do Conselho da Europa, conforme estabelecem os artigos 3º e 8º do respectivo estatuto.

O que comumente se verifica é o cumprimento das decisões da Corte pelos Estados-parte, mesmo em relação a litígios nos quais não figuraram como parte, o que contribui para verdadeira harmonização do Direito na Europa.

Em que pese, contudo, essa possibilidade de expulsão ante eventual descumprimento de decisão, é certo que inexistente uma garantia de efetivo e irrestrito cumprimento por parte dos Estados-membro.

Para Bobbio, as atividades internacionais na área de proteção dos direitos humanos podem ser classificadas em três categorias: promoção, controle e garantia. No âmbito desta última categoria, só se poderia considerar existente a garantia quando a jurisdição internacional se

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p.669.

10 PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.64.

impusesse concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra estes e em defesa dos cidadãos.¹¹

Nestes termos, é correto afirmar que os sistemas de que ora se trata só compreendem atividades de promoção e de controle dos direitos humanos, não dispondo de aparato de garantia de tais direitos, conquanto haja aquelas possibilidades punitivas com a expulsão, ou condenação a indenizar, antes mencionadas.

Deste modo, observa com acuidade Flávia Piovesan, ao afirmar:

“Não há no sistema global, até o momento, um Tribunal Internacional de Direitos Humanos que, na qualidade de órgão jurisdicional, tenha a competência para julgar casos de violações de direitos humanos enunciados em tratados internacionais de âmbito global, proferindo decisões juridicamente vinculantes.”

Exatamente nesse contexto é que se insere o caso concreto objeto deste artigo, em que se verificou a ocorrência de decisões conflitantes sobre o tema de direitos humanos, uma proferida em sede supranacional, proferida pela Corte Européia, e outra no âmbito do Estado italiano, proferida por sua Corte Administrativa, no caso envolvendo a família Lautsi vs Itália.

2 CASO LAUTSI VS ITÁLIA

Em breve resumo, o caso Lautsi vs Itália é aquele em que os pais de duas crianças (Dataico e Sami Albertin) pleitearam junto à escola pública onde seus filhos estudavam a retirada do crucifixo que se fazia presente na sala de aula, na localidade de Abano Terme, em 2002. Tal pleito fora negado pela diretoria da escola, num primeiro momento, e também em outras instâncias administrativas, quando do julgamento dos recursos interpostos pela mãe, junto ao Conselho Escolar, Tribunal Administrativo de Veneza, e por fim no Conselho de Estado.

Diante disso, a mãe das crianças, Sra. Soile Lautsi, interpôs, no ano de 2006, recurso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). A demandante alegou violação aos artigos 9º e 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como ao artigo 2 de protocolo nº 1, *in termis*:

Convenção Européia de Direitos Humanos

Artigo 9º

11 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25-47.

Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

Artigo 14º

Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 2º (do Protocolo nº 1)

Direito à instrução

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.

Em 03/11/2009 o Tribunal julgou, por unanimidade, que a conduta do governo italiano violou o artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), bem assim o artigo 2º do Protocolo nº 1 da mesma Convenção; recusou-se, demais disso, a analisar a questão sob a ótica do artigo 14 da CEDH.

Vale conferir a parte conclusiva do julgado:

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. Declares the application admissible;
2. Holds that there has been a violation of Article 2 of Protocol No. 1 taken together with Article 9 of the Convention;
3. Holds that there is no cause to examine the complaint under Article 14 whether taken separately or in conjunction with Article 9 of the Convention and Article 2 of Protocol No. 1;
4. Holds
 - (a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention], EUR 5,000 (five thousand euros) in respect of non-pecuniary damage, plus any tax that may be chargeable;
 - (b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;
5. Dismisses the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in French, and notified in writing on 3 November 2009, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.¹²

Visto até esse momento, o caso *Lautsi vs Itália* implicaria sérios problemas no que tange à proteção dos direitos humanos no âmbito do sistema regional europeu, dado que internamente a Itália havia proferido decisão final em sentido oposto à proferida pelo Tribunal Internacional, acerca dos mesmos fatos. Para o estado italiano não haveria violação, mas para o Tribunal Internacional o uso de crucifixos nas salas de aula públicas da Itália configuraria sim violação à liberdade religiosa.

Ocorre, porém, que a Corte voltou a analisar o caso, desta feita para reconhecer que a exposição do crucifixo não é doutrinação e sim a expressão da identidade cultural e religiosa dos países de tradição cristã.

¹² Decisão na íntegra, Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-95589>>. Acesso em: 13 set. 2013.

O governo italiano solicitou, em 2010, a reanálise da matéria pela Grande Sala do TEDH, conforme permissão regimental. Em 18/03/2011 restou decidido, por 15 votos contra 2, que a questionada presença do crucifixo na escola pública não violava o artigo 9º da CEDH, nem o artigo 2º do Protocolo nº 1 da referida Convenção; ainda, e nos mesmos moldes da sentença anterior do TEDH, por unanimidade de votos, decidiu não analisar a questão sob a ótica do artigo 14 da CEDH.

Para o Vaticano, em notícia publicada à época, esta reanálise do caso significou “a um nível jurídico internacional que a cultura dos direitos humanos não deve estar em contradição com os fundamentos religiosos da civilização europeia à qual o cristianismo trouxe uma contribuição essencial”.¹³

O TEDH decidiu também que a presença do crucifixo nas salas das escolas públicas italianas não viola o direito à educação.

Com esse segundo julgamento, a possibilidade de haver decisões conflitantes restou afastada, posto que tanto a decisão interna italiana como a do Tribunal Internacional caminharam no mesmo sentido.

Independentemente disso, foi possível verificar, no período entre as duas decisões do Tribunal Internacional acima apontadas, que se instalou sério conflito protetivo em sede de direitos humanos, o que, se perdurasse, não encontraria prévia solução normatizada a se aplicar à situação.

Ter-se-ia, assim, o Estado italiano de um lado, entendendo que o uso do crucifixo nas escolas não significava violação alguma a direitos humanos, e, de outro, um Tribunal Europeu afirmando exatamente o inverso, por ocasião de sua primeira análise do caso.

Note-se que ambas as decisões, conflitantes em essência, resultaram de julgamentos por quem de direito, e a seu tempo e modo, mas não poderiam conviver no âmbito interno da Itália caso restassem mantidas tal como proferidas. E o fato de haver tal conflito derivou da inexistência de diálogo entre tais instâncias judicantes.

Houvesse um mecanismo de suscitar algum incidente de prejudicialidade, de modo a suspender o julgamento interno para que o Tribunal Internacional se pronunciasse sobre o assunto que lhe é pertinente, estaria teoricamente solucionada a problemática, sem possibilidade de advir decisão antagônica em momento posterior.

Marcelo Neves trata do assunto ao doutrinar acerca do transconstitucionalismo. Em suas palavras:

13 *Jornal de Notícias*. Disponível em: <http://www.jn.pt/PaginaInicial/Mundo/Interior.aspx?content_id=1809556&page=-1>. Acesso em: 13 set. 2013.

É claramente um caso de transconstitucionalismo. Por quê? Porque nesse caso a questão é constitucional. É a liberdade religiosa, é a liberdade individual, quer dizer, são elementos basicamente constitucionais. Mas hoje essas questões não são decididas só pelo Tribunal Constitucional, no caso o italiano. Então, você tem, ao mesmo tempo vai se envolver em determinado momento o Tribunal italiano, porque alguém vai recorrer ao Tribunal Constitucional italiano, mas há essa decisão da Corte Europeia de Direitos humanos. E como é que vamos resolver definitivamente a questão? Vai ter que haver um momento de adequação, de harmonização. Então o problema surge como um problema transconstitucional. E o que eu proponho é o seguinte: como esses problemas aumentam cada vez mais, eles crescem quantitativamente, qualitativamente, nós precisamos de procedimentos e métodos para encontrar soluções mais adequadas para esse tipo de problema. Porque uma ordem vai dizer: “Não, vou pelo meu caminho”. A outra ordem vai reagir a isso, como a Europeia. Então a gente tem que buscar agora uma abertura maior de uma ordem jurídica em relação à outra. A ordem de Direito Constitucional italiana não pode se fechar diante desse caso em face da ordem Europeia. Mas a ordem Europeia tem que ter uma sensibilidade para perceber as particularidades da Itália.¹⁴

A possível solução, portanto, para evitar conflito de decisões tal como o que se verificou com o primeiro julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, gira em torno desses mecanismos de diálogo entre as instâncias judicantes supranacional e nacional, com vistas à harmonização do Direito.

3 CONCLUSÃO

Tamanhas foram as atrocidades ocorridas no século XX que se fez imprescindível uma mudança de rumo, de modo a colocar a humanidade para caminhar em busca de dias melhores, ou pelo menos não tão ruins quanto os vividos anteriormente.

Neste caminho é que se encontra a formação de todo o sistema protetivo aos direitos humanos, em âmbito global, sob os cuidados da ONU, e nos limites regionais da Europa, América, África, Ásia e Oriente Médio.

14 Trecho de entrevista do Autor. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/marcelo-neves-e-o-transconstitucionalismo>>. Acesso em: 13 set. 2013.

Norteados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, o sistema europeu de proteção surgiu como resposta às barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, buscando estabelecer parâmetros mínimos de dignidade da pessoa humana.

Trata-se do mais consolidado e desenvolvido sistema regional existente, traduzindo a mais bem sucedida experiência de justicialização de direitos humanos por meio da Corte Europeia.

Baseados nos mesmos princípios inspiradores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os sistemas regionais exercem o importante papel de tornar possível sua efetivação por meio de mecanismos fiscalizatórios e sancionatórios das violações dos direitos humanos consagrados.

A despeito disso, ainda remanescem falhas nos sistemas protetivos, tal como a que se concretizou temporariamente no caso *Lautsi vs Itália*, em que duas decisões antagônicas foram lançadas por órgãos judicantes diversos, uma no âmbito estatal italiano, e outra pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Uma possível correção a tal falha caminha na trilha do diálogo entre as Cortes, nos moldes da solução engendrada para os casos de transconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 3.^a reimpressão São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos*. São Paulo: Manole, 2004.

_____. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

_____. Educação e metodologia para os direitos humanos: cultura democrática, autonomia e ensino jurídico, in *Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>, acesso em: 20 nov. 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999,

_____. *Direitos Humanos e Educação*. Notas do Congresso sobre Direitos Humanos em Brasília, 30/08/2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/textos/a_pdf/chai_dh_educacao.pdf>. Acesso em 20 nov. 2008.

FREUD, Sigmund. O mal estar na civilização. In *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*. Edição Standard brasileira, 1ª reimpressão Rio de Janeiro: Imago, 1988.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

UMA VISÃO COMPARADA DA ADVOCACIA DE ESTADO: BRASIL X ITÁLIA

*A VISION OF COMPARATIVE LAW IN PUBLIC ADVOCACY:
BRAZIL X ITALY*

Grégore Moreira de Moura

*Procurador Federal. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Responsável pela
direção da Escola da AGU no Estado de Minas Gerais*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do Direito Comparado e Advocacia de Estado; 2 A Advocacia de Estado na Itália e sua influência no Brasil; 3 A questão dos honorários advocatícios; 4 A possibilidade de realizar conciliações; 5 As carreiras e suas promoções; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente texto tem como objetivo realizar um estudo comparado da Advocacia de Estado no Brasil e na Itália, dando destaque às questões legislativas dos dois países, com base em alguns institutos jurídicos, para fixar pontos de convergência e divergência entre os respectivos ordenamentos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Comparado. Advocacia de Estado. Brasil e Itália. Divergências e Convergências. Sistemas Jurídicos.

ABSTRACT: This paper aims to conduct a comparative study of the public advocacy in Brazil and Italy, with the focus on legislative issues in the two countries, based on some legal institutions to establish points of convergence and divergence between the respective legal system.

KEYWORDS: Comparative Law. Public Advocacy. Brazil and Italy. Divergences and Convergences. Legal Systems

INTRODUÇÃO

O jurista da atualidade precisa se imiscuir no estudo do direito comparado, pois não só conhece novas realidades jurídicas, mas também pode trazer experiências frutíferas de outros ordenamentos jurídicos para seu país de origem.

O tema Advocacia de Estado tem entrado na pauta de discussões políticas, sociais e, principalmente, jurídicas na atual conjuntura brasileira, não só em relação ao regime jurídico a que estão submetidos os advogados públicos (direitos, deveres, remuneração, condições de trabalho, forma de atuação, dentre outros), mas também no que tange à importância do seu reconhecimento como carreira de Estado.

Diante deste cenário e com um olhar da advocacia de Estado como elemento viabilizador de políticas públicas e órgão de controle da legalidade dos atos administrativos, vale a pena realizar um estudo comparado da Advocacia de Estado no Brasil e na Itália, a fim de que se busquem alguns pontos de convergência e divergência, com o fito de obter maior efetividade na defesa do Estado Brasileiro.

Destaque-se, porém, que neste estudo comparado, utilizaremos como base a advocacia de Estado realizada pela Advocacia-Geral da União, para que o objeto seja delimitado, sem querer menosprezar as outras esferas brasileiras de advocacia pública (estadual e municipal).

Portanto, a partir do papel fundamental do Direito Comparado para o jurista¹, já que este trabalha diuturnamente com a interpretação e aplicação do Direito à infinidade de situações que surgem na vida em sociedade, faremos um estudo da tradicional Advocacia de Estado na Itália em cotejo com a Advocacia-Geral da União brasileira, identificando traços comuns e díspares, visando, principalmente, desenvolver um trabalho exegético e crítico dos juristas brasileiros e quiçá italianos.

Para tanto, a partir da evolução do Direito Comparado e da Advocacia de Estado, analisa-se a influência da Advocacia de Estado italiana na formação e estruturação da AGU. Em seguida, examina-se comparativamente alguns institutos jurídicos como a questão dos honorários de sucumbência, a possibilidade do advogado público realizar conciliações, bem como a questão da organização e estrutura

1 Sobre a importância do Direito Comparado aduz GAMBARO e SACCO: "Lo studio dela comparazione offre al discente un potente strumento epistemologico perchè lo aiuta a scoprire la discontinuità che sussistono fra regola e definizione, fra enunciato e applicazione (suciò, pp. 4 ss.) e a evidenziare i dati profondi e relativamente costante proprii di ogni ordinamento (ossia, i caratteri generali del sistema preso in esame: suciò oltre, pp. 11 s)". GAMBARO, Antonio e SACCO, Rodolfo. *Sistema Giuridici Comparati*. Terza Edizione. Milanofiori, 2008. p.3.

das carreiras que compõem os dois órgãos, para, enfim, enumerar as conclusões extraídas do presente ensaio.

1 EVOLUÇÃO DO DIREITO COMPARADO E ADVOCACIA DE ESTADO

Pode-se observar ao longo da história movimentos em direções opostas no que tange à unificação e diversificação do Direito dos diversos países.

Nos primórdios, devido à extensão territorial dominada pelo Império Romano, o Direito Romano era aplicado a uma enorme gama de povos, ressaltando que os romanos já faziam a diferença entre o "direito nacional" – "*jus civile*" – e o "direito alienígena" – "*jus gentium*".

O Direito Romano, tempos mais tarde, vai influenciar sobremaneira os primeiros movimentos em direção a uma unificação do direito europeu, bem como o estudo do Direito Comparado, visto que propiciou o desenvolvimento científico do Direito na Europa.²

Ao contrário do que acontecia no Império Romano, com o advento do feudalismo e a pulverização do poder dividido entre os senhores feudais, há uma quebra da unidade jurídica, propiciando a criação ainda incipiente de "vários direitos".

Em seguida - de acordo com o movimento cíclico e pendular que predomina na história - com a expansão econômica e social, a mercantilização, a necessidade de unificação da moeda e a maior mobilidade entre os diversos feudos, a "descoberta das colônias", dentre outros fatores, dão azo à criação dos Estados Nacionais Absolutistas³.

Por conseguinte, com a criação de um poder político centralizado, faz-se necessária a elaboração de normas jurídicas unificadas para sustentar tal poder, o que vai gerar a era das codificações.

MARC ANCEL analisa a influência das codificações, as quais, segundo ele, impulsionaram os estudos de Direito Comparado.

2 Vale citar aqui o comparatista Leontin-Jean CONSTANTINESCO que diz: "A causa da unidade jurídica deve ser procurada antes de tudo no conjunto destes fatores e elementos que agem com intensidade e de formas diferentes (o autor se refere aqui à filosofia do iluminismo, ao racionalismo, às codificações, dentre outros elementos); tal coesão jurídica, consolidada pela unidade da língua, das concepções e dos métodos, dá, até o século XVII, um exato sentido ao *ius commune*. Depois, ela se tornará cada vez mais comunidade de herança e estilo. É certo que entre estes elementos o Direito Romano assume um papel predominante. A sua redescoberta em Bolonha e, depois, a lenta elaboração científica junto com o Direito canônico permitem a explosão e o desenvolvimento científico do Direito na Europa". CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado. Introdução ao Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 44-45.

3 A formação do Estado Unitário na Itália fez com que surgisse a necessidade de um corpo jurídico único, o que culminou na criação da Advocacia de Estado Italiana.

Diz o autor supracitado que o século XIX é a época das codificações nacionais. Portanto, as codificações propiciaram a possibilidade do estudo paralelo e comparativo em busca de um direito comum a todos os povos, a fim de que se fizesse também diversas confrontações. Além disso, a codificação, ao sistematizar, organizar e condensar a legislação facilita ainda mais seu estudo e, por conseguinte, a comparação com outras legislações.⁴

CONSTANTINESCO corrobora a assertiva.

O conhecimento dos Direitos estrangeiros e, muito marginalmente, a comparação derivam de uma realidade histórica: a onda das codificações a nível mundial. A difusão dos novos códigos e, especialmente, daqueles franceses no mundo, coincide durante a segunda metade do século com um fenômeno de repercussão mundial: de uma parte, o acesso de numerosos “povos sem história” à independência política; de outra, os propósitos de modernização de algumas nações com uma existência histórica reconhecida, mas circunscrita a formas de vida velhas e inadequadas.⁵

A principal função do estudo do Direito Comparado, em seu início, era possibilitar o conhecimento do outro, a fim de possibilitar facilidades nos intercâmbios sociais e, mormente, comerciais, os quais se estreitavam cada vez mais.

Assim, o Direito Comparado surge como uma necessidade dos diversos países, para dar azo ao estreitamento das relações internacionais, sociais, culturais, comerciais e, por conseguinte, jurídicas.

Segundo o já citado MARC ANCEL⁶, o Direito Comparado passou por três fases distintas. A constitutiva; uma fase entre as duas guerras e uma fase após a 2ª guerra.

Na fase constitutiva, para ele, o Direito Comparado busca um fundo comum entre os diversos países, ou seja, pesquisa e formula os princípios gerais de direito reconhecidos nos países civilizados. Logo, é um estudo comparativo entre os diversos direitos positivados para saber o que tem de comum nas diversas legislações.

Na fase compreendida entre as duas guerras, o Direito Comparado passa a ter uma finalidade de pesquisa e comparação de textos legais

4 ANCEL, Marc. Utilidade e métodos do Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 1980. p. 21-23.

5 CONSTANTINESCO, op. cit., p.184 e 185.

6 MARC ANCEL, op. cit.

para a busca de um direito “mundial”, único e uniforme (na esteira da paz entre os povos). Nesta fase, o objeto de comparação é estendido de textos legais para sistemas jurídicos, isto é, passa da análise micro-comparativa para a análise macro-comparativa.

Por fim, a terceira e última fase que é marcada por diversos problemas, desconfiança, pessimismo, o que resultará para o ilustre comparatista na chamada crise do Direito Comparado, onde se questiona sua autonomia, seus métodos, sua utilidade, etc.

Acrescente-se às três fases descritas por MARC ANCEL, uma quarta fase, qual seja o Direito Comparado moderno, inserido em um contexto de formação de blocos econômicos, de redimensionamento do conceito de soberania, de mundialização econômica, cultural e social, dentre outros fatores, no qual o Direito Comparado assume um importante papel, para criar as possibilidades jurídicas de universalização do Direito ou, quem sabe, uma regionalização do Direito como já ocorre na União Europeia.

Tal evolução do Direito Comparado e também do Direito interno vai influenciar diretamente na competência de atuação da advocacia do Estado, tanto no Brasil, quanto na Itália, já que é um órgão diretamente ligado às funções do Estado, à noção de soberania, bem como às relações internacionais.

Desta feita, a transformação mundial e o estudo do Direito Comparado moderno propiciarão uma alteração nas atribuições da Advocacia do Estado, já que esta assume novas funções, diante de um mundo globalizado.

A assertiva fica clara quando se verifica que de uma atuação em todas as jurisdições nacionais, a Advocacia de Estado na Itália passa também a atuar no âmbito internacional, tanto na Corte de Justiça da Comunidade Europeia⁷, como na Corte Internacional de Haia.

No âmbito da AGU temos a atuação internacional através do DPI – Departamento Internacional, cuja competência é:

7 Sobre a Advocacia de Estado na Itália e sua importante função na Comunidade Europeia temos: “ In conclusione, anche nei procedimenti in via pregiudiziale dei quali si è detto, anzi specialmente in tali procedimenti, la partecipazione e la collaborazione degli Statimembri si releva assolutamente essenziale; sicché appare poco aderente ala realtà degli ordenamenti enfatizzare oltre misurail diretto rapporto, che purpuò sussistere, trale Comunità e gli individui (o leimprese). Gli Stati costituiscono tutora il dato istituzionale preminente in quel delicato e complesso equilibrio direlazioni politiche e giuridiche in cui si concreta – al presente – la costruzione europea. Al mantenimento e ala funzionalità tale equilibrio e all’armonico sviluppo dela sperienza comunitaria, l’Avvocatura dello Stato può fornired é chiamata a fornire un apportoale e fattivo, nell’ambito dele proprie peculiar attribuzioni”. L’Avvocatura dello Stato. Studio storico-giuridico per le celebrazioni del centenario. *Istituto Poligrafico dello Stato*. Roma, 1976. p. 551.

[...]auxiliar o Procurador-Geral no assessoramento ao Advogado-Geral da União nas questões de Direito Internacional, inclusive no processo de celebração de tratados, acordos e ajustes internacionais, bem assim na representação judicial e extrajudicial da União nas causas ou controvérsias em foro estrangeiro e em processos judiciais perante os órgãos judiciários brasileiros, decorrentes de tratados, acordos ou ajustes internacionais ou em execução dos pedidos de cooperação judiciária internacional⁸.

Nesta esteira, podemos dizer que as mudanças no contexto político, jurídico e social no mundo globalizado, muda o objeto de estudo do direito comparado, o que nos leva também a estudar de maneira diferenciada a Advocacia de Estado nos dias de hoje, tanto aqui como alhures. É o que pretendemos fazer neste ensaio.

2 A ADVOCACIA DE ESTADO NA ITÁLIA E SUA INFLUÊNCIA NO BRASIL

É cediço entre os doutrinadores e estudiosos do tema da Advocacia Pública que a Advocacia de Estado da Itália, tanto pelas suas características como pela sua longevidade, influenciou na formatação da Advocacia-Geral da União.

Como aduz ROMMEL MACEDO ao tratar da influência italiana supracitada e justificando sua opção pelo estudo da Advocacia de Estado na Itália:

[...]se opta por analisar apenas a concepção italiana de Advocacia do Estado por duas razões fundamentais: primeiro, por ser aquela com maior densidade histórica, guardando todo um secular processo evolutivo que conduziu à criação de uma única instituição para exercer as competências de consultoria e assessoramento jurídicos da Administração, bem como de representação judicial do Estado; segundo, por ser aquela que a doutrina especializada reconhece, à unanimidade, como tendo exercido decisivo influxo sobre a criação da Advocacia-Geral da União, não se conhecendo divergências doutrinárias acerca dessa influência.⁹

O autor resume esta influência em:

8 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=113488&ordenacao=1&id_site=4922>

9 MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTR, 2008. p. 61.

- a) exercício da representação judicial do Estado por instituição específica, retirando a função do Ministério Público;
- b) assunção da defesa de interesses não patrimoniais do Estado;
- c) unir em apenas uma instituição as funções de representação judicial e extrajudicial da União, bem como a consultoria e assessoramento jurídicos a órgãos da Administração Pública¹⁰.

Portanto, temos aqui um ponto de convergência entre a Advocacia Geral da União e a Advocacia de Estado na Itália, qual seja: as principais funções exercidas pelos dois órgãos, calcada na divisão bipartida fundamental entre atuação contenciosa e consultiva que prevalece nos dois órgãos.

A legislação dos dois países, ao tratar das funções dos órgãos a eles vinculados, expressam essas funções.

No Brasil, através do art. 131 da Constituição Federal¹¹ e na Itália com a previsão legal do art. 13 do “*Regio Decreto de 30 de ottobre de 1933*”¹².

Assim, o eixo principal de atuação tanto da Advocacia de Estado na Itália e a Advocacia-Geral da União é idêntico, o que culminará em diversas outras semelhanças, visto que suas funções podem ser resumidas na dicotomia supracitada, qual seja: contencioso e consultivo, o que demonstra a relação intrínseca da advocacia pública nos dois países.

Vistos os aspectos principais do Direito Comparado, a evolução da advocacia pública e as linhas mestras de sua atuação na Itália e no Brasil, estuda-se, a partir de agora, alguns institutos específicos, abeberando-se no método comparativo.

10 MACEDO, op.cit., p. 73.

11 Art. 131. “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

12 “L’Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abandona giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predispone transazioni d’accordo con le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione dati dalle Amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti in torno a reclami o questioni mosse amministrativamente che possano dar materia di litigio”.

3 A QUESTÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Na pauta diária da advocacia pública no Brasil nos dias atuais é a questão da possibilidade de recebimento de honorários advocatícios pelos advogados públicos federais.

No Brasil, ao menos no âmbito federal, ainda não há o recebimento de tal verba¹³.

Há diversos aspectos em torno do tema, cujo objeto deste estudo não comporta, mas pode-se dizer que a discussão gira principalmente sobre dois aspectos: um é a necessidade de legislação específica sobre o tema para definir tal direito; a outra é que pelas normas jurídicas já existentes no ordenamento jurídico é possível o reconhecimento à percepção dos honorários advocatícios pelos advogados públicos federais.

No âmbito da própria AGU vigorava o Parecer GQ-24/1994, o qual negava o direito à percepção dos honorários sucumbenciais, sob o entendimento de que a percepção de tal verba seria um afronte à isonomia entre as funções essenciais à justiça.

Todavia, em março de 2013, foi emitido novo parecer sobre o tema, Parecer nº 1/2013/OLRJ/CGU/AGU, laborado pelo consultor da União Otavio Luiz Rodrigues Junior, aprovado pelo Consultor-Geral da União, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, e pelo ministro Luís Inácio Adams, cuja conclusão admite a possibilidade de recebimento dos honorários de sucumbência, todavia condiciona tal recebimento à edição de lei específica para tratar da titularidade dos honorários de sucumbência (se da União e seus entes ou dos membros de suas carreiras).

Portanto, ao menos em tese, há possibilidade do recebimento de honorários de sucumbência pelos advogados públicos, todavia, há o condicionamento de lei específica fixando sua titularidade e sua forma de distribuição.

Por outro lado, a outra corrente defende serem suficientes as normas jurídicas existentes no nosso ordenamento jurídico, as quais já reconheceriam o direito ao recebimento de honorários advocatícios, principalmente com fulcro na Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e na ideia de que as verbas sucumbências por pertencerem ao advogado têm natureza privada.

Ilustrando o pensamento supracitado, vale citar as conclusões de Bruno Portella dos Santos:

13 No âmbito da advocacia de alguns Estados e Municípios o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência é feita aos advogados das respectivas esferas, como no Estado de Minas Gerais, por exemplo.

Não restam dúvidas, também, de que os advogados públicos, são, em última análise, advogados, submetidos ao regime da Lei 8.906/94 tanto quanto ao estatuto que regula o seu vínculo com a administração. Deste modo, em princípio e de acordo com a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, a eles também incumbe o recebimento dos valores dos honorários de sucumbência, salvo se na lei que regulamentar a respectiva carreira houver dispositivo em sentido contrário.

Com efeito, a nosso ver, não há necessidade de qualquer dispositivo legal que autorize o recebimento da referida verba porquanto está expressamente prevista no Estatuto da Advocacia. Destarte, o direito ao recebimento de honorários é líquido e certo, havendo necessidade somente de organização administrativa para a sua divisão entre os membros da advocacia pública.¹⁴

Com efeito, no Brasil ainda não há o recebimento dos honorários advocatícios de sucumbência pelos advogados públicos federais, prevalecendo a visão administrativa da Advocacia-Geral da União, a qual aduz a necessidade de lei específica sobre a titularidade de tal verba.

Na Itália, ao contrário do que acontece no Brasil, no âmbito da “*Avvocatura dello Stato*” é perfeitamente possível o recebimento das verbas honorárias de sucumbência, na forma da previsão do art. 21 do Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, *in verbis*:

L'avvocatura generale dello Stato e le avvocature distrettuali nei giudizi da esse rispettivamente tra ttati curano la esazione delle competenzi di avvocato e di procuratore nei confronti delle controparti quando tali competenze siano poste a carico delle controparti stesse per effetto di sentenza, ordinanza, rinuncia o transazione.

Con l'osservanza delle disposizioni contenute nel titolo II dela legge 25 novembre 1971, numero 1041, tutte le somme di cui al precedente comma e successivi vengono ripartite per otto decimi tra gli avvocati e procuratori di ciascun ufficio in base alle norme del regolamento e per duedecimi in misura uguale fra tutti gli avvocati e procuratori dello Stato. La ripartizione

14 SANTOS, Bruno Portella dos. *Os advogados públicos e o direito ao recebimento de honorários de sucumbência*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9067>. Acesso em: 28 set. 2013.

ha luogo dopo che i titoli, in base ai quali le somme sono state riscosse, siano divenuti irrevocabili: le sentenze per passaggio in giudicato, le rinunce per accettazione e le transazioni per approvazione .

Negli altri casi di transazione dopo sentenza favorevole alle Amministrazioni dello Stato e nei casi di pronunciata compensazione di spese in cause nelle quali le Amministrazioni stesse non siano rimaste soccombenti, sarà corrisposta dall'Erario all'Avvocatura dello Stato, con le modalità stabilite dal regolamento, la metà delle competenze di avvocato e di procuratore che si sarebbero liquidate nei confronti del soccombente. Quando la compensazione delle spese sia parziale, oltre la quota degli onorari riscossa in confronto del soccombente sarà corrisposta dall'Erario la metà della quota di competenze di avvocato e di procuratore sulla quale cadde la compensazione.

Le competenze di cui al precedente comma sono corrisposte in base a liquidazione dell'avvocato generale, predisposta in conformità delle tariffe di legge.

Le disposizioni del presente articolo sono applicabili anche per i giudizi nei quali l'Avvocatura dello Stato ha la rappresentanza e la difesa delle regioni e di tutte le altre amministrazioni pubbliche non statali e degli enti pubblici.

È applicabile il primo comma del presente articolo per i giudizi nei quali l'Avvocatura dello Stato assuma la rappresentanza e la difesa degli impiegati ed agenti delle amministrazioni dello Stato, delle regioni e di tutte le altre amministrazioni pubbliche non statali e degli enti pubblici.

Desta feita, temos um ponto de divergência entre a Advocacia de Estado na Itália e a advocacia pública federal no Brasil, ou seja, enquanto na Itália os advogados públicos recebem honorários advocatícios, aqui no Brasil, pelo menos por enquanto não há tal percepção. Talvez, nesse caso, com base nos fundamentos do art 21 do Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 possa-se fazer uma proposta de alteração legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que se garanta a titularidade da verba honorária de sucumbência aos advogados públicos federais.

4 A POSSIBILIDADE DE REALIZAR CONCILIAÇÕES

A Advocacia-Geral da União tem passado nos últimos anos por uma verdadeira mudança de paradigma e mentalidade, ancorada numa visão de advocacia de Estado e redução de litigiosidade.

Em outra oportunidade, aduzimos que:

superada está a fase da defesa de interesses governamentais ou da busca desenfreada pela litigiosidade até as últimas instâncias, já que os advogados públicos federais buscam a defesa da sociedade brasileira. Portanto, clara está a nova visão da AGU, confirmada em suas Diretrizes Estratégicas, quando define que sua missão é: “Exercer a Advocacia Pública da União em benefício da sociedade por meio da proteção jurídica do Estado.

Passamos então da defesa intransigente ao reconhecimento do erro administrativo; da visão míope de advocacia pública para a defesa do interesse público primário; da solução formal dos conflitos para a conciliação como forma de resolução efetiva dos conflitos, objetivando a pacificação social.

Enfim, nos dias atuais, o advogado público tem total apoio institucional e legal para promover a conciliação e a redução de processos, principalmente nas ações previdenciárias, isto é, é dever do advogado público sair da passividade para a proatividade.¹⁵”

Isto fica claro na edição de diversas portarias¹⁶ permitindo ao advogado público federal a realização de conciliação, bem como a criação da CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal¹⁷.

Na Itália também não é diferente, já que a visão é de uma advocacia de Estado e não de governo. Diz CARAMAZZA ao tratar da função consultiva e preventiva de demandas:

In questo senso la consulesa dell’Avvocatura è funzione imanente e necessaria allo svolgimento dell’azione amministrativa, dovendo essa per legge assicurare la difesa giudiziaria non a favore

15 MOURA, Grégoire Moreira de. Mudança de Paradigma na Advocacia Pública Federal e seus reflexos nas demandas previdenciárias. *Revista da AGU n. 31*, ano X, jan./mar. 2012. Brasília-DF. p. 184.

16 Como exemplo cite-se as Portarias AGU 990/2009, 915/2009, 449/2011 e Portaria PGF 583/2013.

17 A CCAF tem a competência definida na Portaria n° 1.281/2007 e suas alterações e no Decreto 7.392/2010.

dell'interesse contingente e parziale della singola amministrazione, ma a tutela degli interessi pubblici generali nel rispetto del principio di legatilità¹⁸.

Desta feita, mesmo que na Itália não haja normas administrativas como as nossas Portarias autorizando e regulamentando as possibilidades de se realizar a conciliação¹⁹, esta é feita com base na própria função para a qual a Advocacia de Estado na Itália foi criada, qual seja a defesa do interesse público primário²⁰, bem como nas permissões legais específicas²¹ e regra genérica existente no artigo 13 Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, *in verbis*:

L'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni,

18 CARAMAZZA, Ignazio Francesco *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*. Disponível em: <http://www.avvocaturastato.it/files/La_difesa_dello_Stato_in_giudizio_e_la_soluzione_italiana.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013.

19 Há figura similar ao nosso preposto na legislação italiana, conforme previsto no art. 3 do Regio Decreto de 30 ottobre 1933, n. 1611.

20 Confermando a assertiva, falando sobre o papel da Advocacia de Estado na Itália, diz Vittorio Russo: “[...] Questa vocazione può rendere un gran buon servizio alla causa dell’effettività e dell’efficacia della tutela giurisdizionale, sia assicurando alla controparte privata una più sollecita definizione della controversia nei numerosi casi in cui si possano comporre amichevolmente gli interessi in campo, e sia, concio stesso, alleviando il lavoro del giudice a vantaggio della celerità delle definizioni giudiziali, di que gli altri casi in cui la composizione non fosse invece possibile”. Interessante a ideia de que se não há possibilidade de realização do acordo, a Advocacia de Estado tem o importante papel de acelerar o processo e facilitar o trabalho do magistrado. RUSSO, Vittorio. L’impegno dell’Avvocatura dello Stato in un nuovo corso della giustizia. *Rassegna Avvocatura Dello Stato*. Pubblicazione Trimestrale di Servizio della Avvocatura Generale Dello Stato. Anno LVII – n° 3 – Luglio-Settembre 2006. p. 19.

21 Le possibilità dell’Avvocatura dello Stato di promuovere e coltivare transazioni, che, come stiamo per vedere, possono rivelarsi una vera e propria miniera di effettività della tutela giurisdizionale, sono in via generale previste dall’art. 13 R.D. 30 ottobre 1933 n. 1611 (appr. T.U. dell’Avvocatura dello Stato) e dall’art. 14 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 (legge di contabilità generale dello Stato), “qualunque sia l’oggetto della controversia”. Norme speciali prevedono, poi, il ricorso a questo mezzo nell’istruttoria prefettizia per il risarcimento dei danni provocati da operazioni di polizia giudiziaria (art. 3 d.P.R. 18 settembre 94 n. 388); oppure nelle controversie riguardanti l’esecuzione delle infrastrutture serventi le aree industriali, di cui all’art. 32 legge 14 maggio 1981 n. 219, la cui transigibilità richiede il parere obbligatorio dell’Avvocatura dello Stato a norma dell’art. 5 comma 6 D.L. 8 febbraio 1995 n. 32 conv. con legge 7 aprile 1995 n. 104. RUSSO, Vittorio. L’impegno dell’Avvocatura dello Stato in un nuovo corso della giustizia. *Rassegna Avvocatura Dello Stato*. Pubblicazione Trimestrale di Servizio della Avvocatura Generale Dello Stato. Anno LVII – n° 3 – Luglio-Settembre 2006. p. 20.

qualora ne sia richiesta; *predispone transazioni d'accordo com le Amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni*: prepara contratos o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio" (*grifo nosso*).

Assim, mais um ponto de convergência entre a AGU e a Advocacia de Estado italiana, qual seja: a possibilidade de realização de conciliações na defesa do Estado, com base na busca da defesa do interesse público primário, mas sempre submetida ao princípio da legalidade.

5 AS CARREIRAS E SUAS PROMOÇÕES

No Brasil temos quatro carreiras no âmbito da advocacia pública federal, quais sejam: advogados da União, procuradores da fazenda nacional, procuradores federais e procuradores do Banco Central.

Em regra, temos uma divisão dentro das carreiras em categorias: segunda categoria, primeira categoria e categoria especial. A forma de ingresso por concurso público²² se dá na segunda categoria, havendo critérios de merecimento e antiguidade para promoção às categorias subsequentes, tendo variações internas típicas de cada uma das carreiras quanto à forma de apuração de pontos para a promoção.

Na Itália, a forma de ingresso na advocacia de estado também se dá através de concurso público com prova escrita e oral, sendo que há divisão em duas carreiras, se é que podemos usar esse termo. São elas: *Procuratore dello Stato* e *Avvocato dello Stato*.

Os requisitos para ingresso nas duas carreiras são diferenciados, bem como o concurso público. Há uma maior exigência de requisitos para o ingresso na carreira de *Avvocato dello Stato*, pois além de ter cidadania italiana, o candidato precisa de formação jurídica e participação em alguma categoria jurídica anterior como ter sido *Procuratore dello Stato* por 2 anos de efetivo serviço, magistrado administrativo ou professor universitário em matéria jurídica que tenha aprovação no exame de habilitação para advogado, dentre outras categorias.

Já para o ingresso na carreira de *Procuratore dello Stato* o candidato deve ter cidadania italiana, idade entre 18 e 35 anos, graduação em Direito, além de outros requisitos²³.

²² Art. 37, II da Constituição Federal de 1988.

²³ Para maiores informações consultar: <<https://www.avvocaturastato.it/node/272?q=node/273>> e <<https://www.avvocaturastato.it/node/272?q=node/274>>.

Dentro de cada carreira também existem as chamadas categorias, porém a legislação italiana denomina *classi di stipendio*. Tanto na carreira de *Procuratore dello Stato*, como na de *Avvocato dello Stato* são quatro classes de estipêndio, sendo que a promoção para categoria superior é baseada na antiguidade na categoria anterior, seguida de um juízo prévio favorável ao candidato à promoção²⁴.

Portanto, apesar da semelhança do critério de antiguidade ser fator de promoção na carreira, os demais requisitos são completamente distintos se compararmos a advocacia pública no Brasil e na Itália neste aspecto. Este fato decorre da ínsita ligação da Advocacia Pública com a estrutura organizacional interna de cada Estado, o que gera diferenças tanto na estruturação das carreiras como na forma de ascensão interna. Mesmo assim, é importante que se estude essas distinções, já que pode-se encontrar boas práticas legislativas o que pode gerar futuras proposições legislativas no Brasil, com base na legislação italiana ou vice-versa.

6 CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se notar que na relação entre a Advocacia de Estado na Itália em cotejo com a AGU no Brasil, existem semelhanças e diferenças na estruturação dos dois órgãos o que nos leva às seguintes conclusões, após esse breve ensaio:

- a) o estudo da advocacia de Estado deve ser contextualizado num mundo globalizado, com aumento de atribuições e complexidade, calcado no redimensionamento da sua atribuição política e jurídica, tanto no Brasil como na Itália;
- b) Itália e Brasil convergem na dimensão bipartida de funções exercidas pelo órgão de assessoramento e representação jurídicos, ou seja, ambos trazem como pilares os aspectos consultivo e contencioso;
- c) ao contrário da Itália, onde o advogado de estado recebe honorários advocatícios de sucumbência, no Brasil, ao menos os advogados públicos federais ainda não percebem tal verba;
- d) com base na ideia de uma advocacia cuja defesa busca a realização do bem comum e do interesse público primário,

²⁴ Ver art. 2 e 3 da Legge 3 aprile 1979, n.103.

tanto na Itália quanto no Brasil é permitido aos advogados públicos a realização de conciliação;

- e) há divergência entre as carreiras e as classes de promoção dentro das carreiras entre os dois países, já que tal organização interna é diretamente ligada à própria organização estatal.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Marc. *Utilidade e métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabis Editor, 1980.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de Direito Comparado*. Introdução ao Direito Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. *Sistema Giuridici Comparati*. Terza Edizione. Milanofiori, 2008.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Sviluppo, compiti e metodi dela comparazione di diritto penale*. In Ver.It.Dir. Proc.Penale, 1965.

L'Avvocatura dello Stato. Studio storico-giuridico per le celebrazioni del centenário. Instituto Poligrafico dello Stato. Roma, 1976.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MOURA, Grégore Moreira de. Mudança de Paradigma na Advocacia Pública Federal e seus reflexos nas demandas previdenciárias. *Revista da AGU n. 31*, ano X, jan./mar. 2012. Brasília-DF. p. 184.

RUSSO, Vittorio. L'impegno dell'Avvocatura dello Stato in un nuovo corso dela giustizia. *Rassegna Avvocatura Dello Stato.Pubblicazione Trimestrale di Servizio dela Avvocatura Generale Dello Stato*. Anno LVII – n° 3 – Luglio-Settembre 2006.

BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E NA ITÁLIA
EM SUAS MODALIDADES DIFUSA E CONCENTRADA.
PARALELO ENTRE A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO
DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL E A INTRODUÇÃO
DE ASPECTOS DIFUSOS NO CONTROLE TÍPICAMENTE
CONCENTRADO ITALIANO

*BRIEF ANALYSIS OF CONTROL OF CONSTITUTIONALITY SYSTEMS IN
BRAZIL AND ITALY IN THEIR MODALITIES DIFFUSE AND CONCENTRATED.
PARALLEL BETWEEN THE TREND ABSTRACTION OF DIFFUSE CONTROL IN
BRAZIL AND THE INTRODUCTION OF DIFFUSE CONTROL ASPECTS IN THE
ITALIAN TYPICALLY CONCENTRATED CONTROL*

*Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda
Advogada da União. Especialista em Direito Público - UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modelos de Controle de Constitucionalidade; 2 Controle Difuso ou Norte Americano; 3 Controle Concentrado. Aspectos do Controle Concentrado no Brasil e na Itália; 4 A Corte Constitucional Italiana e sua Atividade de Controle de Constitucionalidade; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo expor aspectos gerais dos sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro e italiano, em suas modalidades difusa e concentrada. Inicialmente serão expostas as principais classificações dos modelos de controle de constitucionalidade. Após, as características gerais do controle difuso de constitucionalidade, bem como apontamentos sobre a tendência de abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, com a introdução de institutos como a repercussão geral e a súmula vinculante. Após, será analisado o controle concentrado de constitucionalidade, sua introdução no direito brasileiro, aspectos gerais sobre seu regramento na ordem constitucional pátria, bem como aspectos sobre as mais diversas modalidades de decisão em sede de controle de constitucionalidade. Por fim, serão expostos os principais aspectos do controle de constitucionalidade concentrado realizado pela *Corte Costituzionale* italiana, em especial com exposição das principais espécies de sentenças a serem proferidas em sede de controle de constitucionalidade das normas no sistema italiano e seus reflexos na atividade jurisdicional do magistrado comum quando se depara com uma questão constitucional na análise do caso concreto. Se questionará especificamente se determinados comportamentos facultados ao juízo *a quo* importariam na realização de controle difuso de constitucionalidade no âmbito do sistema italiano.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Constitucionalidade. Modalidades. Controle Difuso e Controle Concentrado. Comparação Brasil e Itália. Abstrativização do Controle Difuso no Brasil. Aspectos de “difusão” do Controle de Constitucionalidade na Itália.

ASBTRACT: This article aims to discuss aspects of general systems of Brazilian and Italian control of constitutionality in its modalities diffuse and concentrated. Initially setting out major classifications of models of control of constitutionality. After, will be exhibited the general characteristics of diffuse control of constitutionality, as well as notes about the trend of abstraction of diffuse control, with the introduction of institutes such as the general repercussion (“repercussão geral”) and binding precedent (“súmula vinculante”). After will be analyzed the concentrated control of constitutionality, its introduction in Brazilian law, general aspects of its rules in Brazilian Constitution, as well as aspects of its many modalities of decision. Finally, we will show the main aspects of concentrated control of constitutionality done by the Italian Constitutional Court, particularly with exposure of the main species of sentences to be handed down on constitutional control in the Italian

system and its effects on the activity of the common judge when faced with a constitutional issue in the analysis of the case. Will be questioned whether certain behaviors available to the *a quo* judge would perform diffuse control of constitutionality on the Italian system.

KEYWORDS: Control of Constitutionality. Modalities. Diffuse Control and Concentrated Control. Compare Brazil and Italy. Abstractions of Diffuse Control in Brazil. Aspects of Control of Constitutionality diffusion in Italia.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa apontar, em quatro capítulos, características gerais do controle de constitucionalidade nas suas modalidades concentrada e difusa no Brasil, e concentrada na Itália, bem como sinalizar a respeito da tendência atual de aproximação dos dois sistemas no Brasil e da introdução de características difusas no controle de constitucionalidade concentrado italiano.

O primeiro capítulo irá discorrer sobre os tipos de controle de constitucionalidade, em suas diversas modalidades: difuso ou concentrado; concreto ou abstrato; ou ainda, quanto ao órgão que exerce o controle, político, judicial ou misto.

O segundo capítulo trará o regramento e funcionamento geral do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, ao passo que o capítulo seguinte tratará do controle sob a modalidade concentrada. Será abordada, nesses dois capítulos, a tendência recente no Brasil de aproximação dos dois tipos de controle, em especial com a chamada “abstrativização” do controle difuso.

O quarto capítulo será dedicado à Corte Constitucional italiana dentro do exercício de sua atividade mais relevante, a do controle de constitucionalidade das leis e atos com força de lei. Será analisada também a discussão sobre a existência ou não de elementos de controle difuso no sistema italiano de controle de constitucionalidade.

1 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controlar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo significa assegurar a supremacia da Constituição da República e de sua força vinculante, garantindo que o ordenamento guarde, em sua inteireza, consonância com o texto maior, inclusive, se for caso, impedindo que a norma contrária a ela permaneça válida e eficaz no ordenamento jurídico.

Verifica-se a adequação; a compatibilidade entre um ato normativo e a Constituição, tendo em vista que dentro de um sistema de escalonamento normativo, o fundamento de validade de qualquer ato normativo é a sua compatibilidade vertical com a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade das leis é exercido, nos diversos ordenamentos, adotando-se um sistema difuso de controle; ou ainda um sistema *concentrado*, ou, por fim, adotando-se um sistema misto, caso do sistema brasileiro. A Itália, por sua vez, adota o sistema concentrado, assim como a maioria dos países da Europa Continental. A classificação leva em conta o órgão competente para proferir a declaração de inconstitucionalidade, se uma corte constitucional apenas (concentrado), ou qualquer juízo (difuso).

Há ainda a diferenciação entre controle *concreto* de constitucionalidade, também chamado de incidental ou por via de exceção; ao qual se contrapõe o controle *abstrato*, também conhecido como principal, ou por via de ação.

Será incidental quando a inconstitucionalidade for arguida no contexto de um processo judicial em curso, como uma questão preliminar à resolução do caso concreto. Daí a nomenclatura “via de exceção”, já que a análise da constitucionalidade da lei não é o objeto da ação. Já o controle principal, ou por via de ação, admite o questionamento da inconstitucionalidade do ato normativo como objeto em si de uma ação, movida exclusivamente com essa finalidade.

No sistema brasileiro, o controle difuso atua na via de exceção, no caso concreto. Já na Itália, o controle de constitucionalidade, exercido de forma concentrada pela Corte Constitucional, admite tanto a via de exceção, como a de ação.

No entanto, fato é que a essas diferentes concepções, aparentemente excludentes, restam por apresentar, nos diversos ordenamentos jurídicos, aproximações e modelos mistos, como é o caso do Brasil.

Por fim, pode-se classificar os sistemas de controle de constitucionalidade quanto ao órgão controlador. Nesse sentido, diz-se que o controle poderá ser: a) *político*, b) *judicial*; c) *misto*¹.

Político quando realizado por órgãos políticos, sem a participação do Judiciário. Como exemplo, o Conselho Constitucional da Constituição Francesa de 1958, “que é composto de nove membros: três nomeados pelo presidente da República, três pelo presidente da Assembleia Nacional

1 FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 5. ed. Rev. Atualizada. Ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 305.

e três pelo presidente do Senado. Uma de suas missões é “*veiller à la conformité des lois à la Constitution*”, como destaca Ricardo Fiuza².

Já o controle judicial será feito exclusivamente por órgãos do Poder Judiciário. Nesse caso. Sua origem é a do direito norte-americano, identificando-se, nesse sentido, ao controle por via difusa.

Por fim, o controle misto, no qual na “fiscalização de constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do poder do estado, reunidos, todos, em tribunal não judicial, de competência especializada”³. Identifica-se com o modelo austríaco e nele hoje se enquadram o modelo português, o espanhol e o italiano, cuja Constituição (artigo 135 da Emenda Constitucional de 22 de novembro de 1967) estabelece:

La Corte Costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle Supreme Magistrature ordinaria ed amministrative.

2 CONTROLE DIFUSO

O controle difuso de constitucionalidade é admitido no sistema jurídico brasileiro desde a primeira Constituição da República, em 1891, diante da forte influência do direito norte-americano. Através do controle difuso de constitucionalidade qualquer juízo do País pode reconhecer a inconstitucionalidade de determinada lei e deixar de aplicá-la ao caso concreto. Pela sua lógica, sempre se dará dentro de um contexto de controle concreto, ou seja, a constitucionalidade da norma é analisada incidentalmente no curso de uma demanda judicial, mas por qualquer juízo, ainda que, no Brasil, sob o crivo do Supremo Tribunal Federal, a quem, desde a Constituição Republicana de 1891, compete rever em última instância as decisões que contestassem a validade de leis em face da Carta Constitucional.

Natural no sistema americano de *commom law*, o controle de constitucionalidade difuso é concebido na concepção americana, na qual a constituição é uma lei como as demais, que deverá ser aplicada ao caso concreto, mas que, por sua superioridade, deve se sobrepor. Ao contrário da concepção europeia, na qual a Carta vai além da ideia de lei,

² FIUZA, op. cit., p. 305.

³ Ibid., p. 307.

sendo considerada o próprio disciplinamento da produção das demais leis, estabelecendo os poderes e limites do legislador. À observação de Francisco Llorente⁴, acrescenta-se sua precisa diferenciação entre o controle difuso e o concreto:

Nei sistemi di controllo diffuso, il giudizio sulla costituzionalità della norma è opera dello stesso giudice che risolve la controversia e non di un organo differente che monopolizza la potestà di dichiarare l'incostituzionalità della legge, il *Verwerfungsmonopol*, ma che, al contrario, manca di facoltà per decidere sulle pretese delle parti. [...]

Nel controllo diffuso, l'organo di ultima istanza, la Corte Suprema degli Stati Uniti, per esempio, non risolve una questione posta da un giudice, ma un ricorso nei confronti di una sentenza di un tribunale inferiore, ed la sua risoluzione intorno a questo ricorso, quella che si riassume nel *decisum*.

Sobre o controle incidental é o ensinamento de Luís Roberto Barroso⁵:

O controle incidental de constitucionalidade é exercido no desempenho da função judicial, que consiste na interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios. Pressupõe, assim, a existência de um processo, uma ação judicial, um conflito de interesses no âmbito do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade da lei que deveria reger a disputa. Se o juiz ou tribunal, apreciando a questão que lhe cabe decidir, reconhecer que de fato existe incompatibilidade entre a norma invocada e a Constituição, deverá declarar sua inconstitucionalidade, negando-lhe aplicação ao caso concreto.

A despeito de cada juiz singular poder, incidentalmente, declarar a inconstitucionalidade da norma, quando a declaração houver de ser feita por tribunal, no Brasil, deve-se observar a regra da reserva de Plenário, hoje inserta no art. 97 da Carta de 1988, pela qual a declaração deve se dar pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou, caso

4 LLORENTE, Francisco Rubio. *Relazione Introduttiva*. In: MALFATI, Elena; ROMBOLI, Roberto; ROSSI, Emanuele (org.) *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un Controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 25.

5 BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81.

exista, do órgão especial. A regra foi instituída no sistema brasileiro desde a Constituição de 1934 (art. 179). “*Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais*”⁶.

O controle difuso de constitucionalidade se dá *incidenter tantum*, por via de defesa, a partir de argumento trazido por uma das partes do processo para se desobrigar do cumprimento de uma norma considerada, por ele, inconstitucional. Assim, autor, réu, Ministério Público – quando seja parte ou quando atue como *custos legis* – bem como terceiros intervenientes no processo podem suscitar a questão constitucional. Também o juízo ou o tribunal da causa podem suscitar a questão de ofício, caso as partes tenham silenciado sobre a questão, por se tratar de matéria de ordem pública. A palavra final sobre a questão constitucional é dada pelo Supremo Tribunal Federal, ao qual o processo por ser submetido via recurso extraordinário conforme seguinte previsão constitucional de competência do STF:

II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, os efeitos da declaração serão restritos às partes. Se operado pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisar as razões do recurso extraordinário, a Constituição de 88 prevê que a decisão seja comunicada ao Senado Federal, a quem compete “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (artigo, 52, X, da Constituição da República).

No entanto, não se olvida que a exigência tem, hoje, relevância praticamente apenas histórica, uma vez que, pautada em concepções tradicionais da separação dos Poderes, encontra-se ultrapassada pelo

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 985.

atual papel do Judiciário. Ora, cabendo ao STF declarar, em controle abstrato, a inconstitucionalidade de leis, mitiga-se por certo a razão de ser do instituto.

Ademais, é certo que o juízo de inconstitucionalidade sobre as normas diversas vezes se dá com características não tão simples e claras de expurgação do ato do ordenamento. Nesses casos, sem dúvida, não há que se falar em suspensão pelo Senado quando a Corte Suprema adota interpretação conforme a Constituição, ou colmata lacuna contida na regra, seja para complementá-la (lacuna aberta), ou para restringi-la (lacuna oculta). Do mesmo modo quando a técnica de declaração de inconstitucionalidade é a parcial sem redução de texto, eliminando-se as interpretações conflitantes com o texto constitucional.

Além disso, cumpre observar que, atualmente, o controle difuso de constitucionalidade vem passando por uma transformação, seguindo a tendência de se aplicar a partes para além do processo, em um processo que se convencionou chamar de objetivização ou abstrativização do controle difuso. Esse fenômeno, ademais, se explica e também se justifica pelo aumento expressivo na demanda de processos submetidos ao STF, bem como na necessidade, quase uma imposição ao Judiciário de garantir uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva.

Os exemplos mais relevantes e ilustrativos dessa tendência de se concretizar o controle difuso de constitucionalidade consistem na súmula vinculante, na necessidade de demonstração da repercussão geral como preliminar do recurso extraordinário e na admissão de *amicus curiae* em sede de recurso extraordinário, antes admitida apenas em sede de controle abstrato.

Com efeito, a partir da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a Constituição da República do Brasil passou a admitir a edição de súmulas com efeitos vinculantes em relação ao Poder Judiciário e à administração pública, as quais terão por pressuposto reiteradas decisões divergentes sobre matéria constitucional (artigo 2º da Lei nº 11.417/2006), verificadas, por certo, em processos que tramitam nas mais diversas instâncias jurisdicionais e que estariam sujeitas ao controle de constitucionalidade pela via difusa. A Suprema Corte brasileira pacificará a questão, ampliando o alcance das decisões proferidas em sede difusa e garantindo, assim, tratamento jurídico uniforme à questão e segurança jurídica. Dispõe o texto constitucional:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula

que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004) (Vide Lei n° 11.417, de 2006).

§ 1° A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

§ 2° Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

§ 3° Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

A repercussão geral também é inovação nesse contexto e consiste na exigência de que, para o recurso extraordinário ser conhecido pelo STF, o recorrente demonstre que a questão constitucional possui relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapasse os interesses subjetivos da causa (parágrafo segundo do artigo 102 da Constituição de 1988 e art. 543-A do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n° 11.418/2006).

Na medida em que a legislação atribui à decisão proferida em sede de repercussão geral, seja a que inadmita o pressuposto, seja a que aprecie o mérito e decida a questão constitucional, o poder de se estender a todos os demais processos que tratam da mesma matéria (parágrafo 5° do artigo 543-A e parágrafo 3° do artigo 543-B do Código de Processo Civil, acrescentados pela Lei n° 11.418/2006) resta claro o caráter de abstrativização do instituto, com a decisão do STF tomada em um único caso se expandindo para inúmeros processos sobre o mesmo tema

constitucional. Não obstante a inexistência de feito vinculante atribuído pela lei à declaração do STF, tanto que o parágrafo 4º do artigo 543-B do Código processual prevê as providências que o STF terá que adotar caso o Tribunal *a quo* se recuse a seguir a orientação firmada em repercussão geral⁷, é inegável que o poder de influência e de pacificação da questão, após o pronunciamento da Corte Suprema, é elevadíssimo.

Sobre a mudança de postura do STF, que passou a estender para outros casos as decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, assevera Livia Troglio Stumpf⁸:

Com a atribuição de eficácia reflexa à decisão incidental de constitucionalidade, as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal adquirem característica de normas gerais, ainda que de caráter interpretativo (para que não fique prejudicada a separação dos poderes), vinculativas em razão do novo alcance de seu poder decisório, conforme proposto pelo constituinte derivado e regulamentado pelo legislador processual. Em última instância, a atribuição de efeitos reflexos ao julgamento de constitucionalidade proferido no Recurso Extraordinário diz respeito à importância à máxima efetividade da Carta Constitucional, tal qual interpretada por seu guardião protetor.

Caso emblemático é a discussão, ainda pendente, acerca de efeitos vinculantes à decisão proferida pelo STF no HC nº 82.959-7, que proclamou, no caso concreto, a inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CR) da Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90) na parte em que impunha ao apenado o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Foi proposta reclamação constitucional pela Defensoria Pública da União em face de ato proveniente da Vara de Execuções Penais de Rio Branco que condicionava seguir o entendimento pretoriano à edição de Resolução pelo Senado Federal nos moldes do inciso X do Artigo 52 da Constituição. Esta reclamação ainda está pendente de pronunciamento final, mas os debates nela travados revelam a importância e complexidade da questão.

Na ocasião, o relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Ministro Eros Grau, votou pelo conhecimento da reclamação e foi

7 “4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.”

8 STUMPF, Livia Troglio. Efeitos amplificados às decisões no controle concreto de constitucionalidade: o novo papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 105-138, abr./jun. 2011, p. 112 e ss.

enfático ao manifestar-se pela necessidade de se atribuir eficácia *erga omnes* à decisão proferida pelo STF em sede de controle incidental, sendo a atribuição do Senado apenas política, de dar publicidade à decisão. Ainda que a reclamação não tenha tido seu julgamento finalizado, com a existência de alguns votos pelo não conhecimento da reclamação mas com a concessão de *habeas corpus* de ofício (nesse sentido Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski)⁹, fato é que o caso ilustra perfeitamente as questões hoje postas dentro desse contexto de atribuição de eficácia mais abrangente, de atribuição de contornos objetivos e de celeridade e efetividade da tutela jurisdicional constitucional.

Todos esses fenômenos demonstram uma aproximação do controle concreto do controle pela via abstrata, tendo em vista, principalmente, a atribuição de efeitos gerais e vinculantes às declarações de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, ainda que em sede de controle concreto, nos casos de edição de súmula vinculante e pacificação da questão pela via da repercussão geral.

Já na Itália, dentro do sistema consagrado na Constituição de 1947, não há previsão de controle de constitucionalidade difuso, sendo o concentrado o modelo eleito constitucionalmente. No entanto, como se verá, observa-se uma tendência de inserção de elementos de difusão no modelo clássico austríaco ali adotado.

3 CONTROLE CONCENTRADO. ASPECTOS DO CONTROLE CONCENTRADO NO BRASIL E NA ITÁLIA

O controle concentrado de constitucionalidade segue o modelo austríaco de controle da constitucionalidade das normas, estabelecido na concepção de se satisfazer a ideologia kelseniana de estruturação piramidal das normas.

Pelo modelo austríaco, o controle de constitucionalidade da norma pode ser exercido diretamente perante a Corte Constitucional, em abstrato, por via de ação. Mas se admite, também, conforme inovação introduzida pela emenda Constitucional de 07/12/1929, que outras Cortes elevem a questão a controvérsia constitucional observada num determinado caso concreto perante a Corte Constitucional, que proferirá o juízo de constitucionalidade, em decisão com eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto. “Rompe-se com o monopólio de controle da Corte Constitucional, passando aqueles órgãos judiciais a ter um juízo provisório e negativo sobre a matéria”¹⁰.

9 Posicionamentos extraídos dos Informativos 454, 463 e 706 do STF.

10 BRANCO et al. op. cit., p. 957-958.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 16, de 06 de dezembro de 1965, à Constituição de 1946, consolidou no ordenamento jurídico brasileiro o controle abstrato de constitucionalidade, a ser então exercido única e exclusivamente perante o Supremo Tribunal Federal, tornando, assim, o sistema brasileiro, até então somente difuso, num sistema híbrido, ou misto.

Com a ampliação da legitimação ativa para a propositura da Ação Direta de Constitucionalidade perante o STF a partir da Carta de 1988, antes restrita ao Procurador-Geral da República, “a Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias relevantes passam a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas”¹¹.

Na Itália, como de regra nos países europeus continentais, adeptos do *civil law*, o controle de constitucionalidade teve forte influência austríaca, com a adoção exclusiva do controle concentrado exercido por uma corte constitucional.

Vale registrar que o controle concentrado – classificação que leva como critério o órgão que analisa a questão constitucional – não se confunde, necessariamente, com o controle abstrato, ao qual se opõe o controle concreto. Por via de ação direta, abstratamente, efetua-se um pronunciamento em abstrato acerca da validade da norma; não há partes no processo; a questão a ser analisada pela Corte Constitucional diz respeito à validade da lei e sua permanência ou não no ordenamento jurídico-legislativo. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial. A ação direta destina-se à proteção do próprio ordenamento, evitando a presença de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição. Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais. No caso específico da inconstitucionalidade por omissão a declaração é igualmente em tese, em pronunciamento no qual se reconhece a inércia ilegítima do órgão encarregado de editar a norma exigida pelo ordenamento.¹²

11 BRANCO et al., op. cit., p. 1010.

12 BARROSO, op. cit., p. 146.

Nos termos do estabelecido pelo art. 102, I, 'a', da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada a contrariedade à Constituição Federal. Dessa forma, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal possui competência exclusiva para analisar ações que discutem, objetivamente, a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Ou seja, no Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade em face da Constituição Federal é concentrado.

Já no sistema italiano, como se verá detidamente no capítulo seguinte, o controle de constitucionalidade é exercido de forma concentrada pela Corte Constitucional, mas não necessariamente em abstrato. Será exercido precipuamente no caso concreto, pela via incidental ou por via principal; mas também é possível o controle por via de ação, em abstrato, nas ações entre o *Stato* e *Regione*, ou envolvendo *Regioni* entre si.

Pela via do controle concentrado de constitucionalidade, no Brasil, há uma gama de tipos de ação visando a sanar os mais diversos vícios de constitucionalidade: a ação direta de inconstitucionalidade; a ação direta interventiva; a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A legitimidade ativa para propor ação declaratória de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, com a alteração da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi sensivelmente ampliada, e inclui o Presidente da República, as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103 da Constituição da República).

A ampliação do rol dos legitimados ativos para o controle das normas em abstrato foi a grande inovação da Constituição de 1988, retirando do Procurador-Geral da República o monopólio da propositura, tal qual dantes.

Segundo observa Gilmar Mendes¹³, a ampla legitimação para o controle abstrato operou mudança profunda na sistemática brasileira, até então predominantemente difusa:

13 BRANCO et al. op. cit., p. 1003.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/1969 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

De se considerar que os Governadores de Estado, as Mesas das Assembleias Legislativas ou a Câmara Legislativa do Distrito Federal, as confederações sindicais e as entidades de classe são legitimados especiais, devendo demonstrar a pertinência temática entre sua área de atuação e o ato normativo que terá sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade discutida em sede de controle concentrado. Os demais legitimados o são de forma universal.

Tanto as ações que visam à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quanto as que visam à declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual possuem natureza dúplice. É dizer, ao analisar uma ação declaratória de inconstitucionalidade, pode o Supremo Tribunal Federal declarar a constitucionalidade do ato normativo em apreço. De igual forma, ao julgar uma ação declaratória de constitucionalidade, pode o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do ato normativo discutido.

Os efeitos da decisão do STF julgar ações direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade serão *erga omnes* e *ex tunc*. Ou seja, produzem-se efeitos gerais, vinculando a todos de forma, regra geral, retroativa.

Entretanto, ao interpretar a Constituição Federal, o Egrégio Supremo Tribunal não produz decisões tão simples, ao realizar o processo hermenêutico, por vezes estabelece a interpretação possível a fim de manter a constitucionalidade da norma em análise. Nesse sentido esclarece Sonia Boczar sobre a interpretação conforme a Constituição da República:

A técnica hermenêutica denominada interpretação conforme a Constituição consiste na opção por uma das interpretações possíveis

da norma, quando os julgadores, tendo diante de si mais de uma possibilidade de interpretação da lei, escolhem aquela que melhor amolda a norma à Constituição Federal, julgando inconstitucionais as demais interpretações. Com isso, fica a salvo da ablação do ordenamento jurídico um dispositivo legal que, a rigor, seria julgado inconstitucional, não fosse a possibilidade da interpretação conforme, resguardando essa técnica a preservação do ordenamento jurídico e a autoridade do legislador.¹⁴

Ao julgar as ações que discutem a constitucionalidade de determinado ato normativo, por vezes, o Supremo Tribunal Federal modula os efeitos da sentença.

Sonia Boczar¹⁵ traz a classificação de tais sentenças com efeitos modulados de sentenças manipulativas e as divide em sentenças manipulativas temporais e aditivas. Temporais são aquelas em que o Supremo Tribunal Federal modula seus efeitos para produzirem eficácia *ex nunc*, ou seja, a partir da decisão definitiva ou em uma data a ser fixada pelo Supremo Tribunal, o que se justifica visando à estabilização das relações jurídicas.

Já as sentenças aditivas são decisões de caráter orientador ou normatizador que terão lugar sempre que se alargar o âmbito de aplicação de uma previsão normativa; concretizar conceitos jurídicos indeterminados; colmatar um vazio prescritivo, ou, ainda, recomendar ao legislador uma orientação para reparar futuramente a omissão ou imperfeição da lei¹⁶.

Interpretam-se as normas constitucionais de forma a salvaguardar, sempre que possível, o ato normativo, estabelecendo interpretação que garanta adequação à Constituição. Possível também a declaração parcial de inconstitucionalidade da norma, sem a redução do texto, casos em que a hermenêutica é aplicada a normas polissêmicas.

4 A CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA E SUA ATIVIDADE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Na Constituição Italiana de 1947, a Corte Constitucional (*Corte Costituzionale*) ocupa posição fora dos três poderes, assim como o Presidente da República. O artigo 134 elenca suas funções, das quais a

14 BOCZAR, Sonia. Sentenças Modulatórias: manipulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e sentenças aditivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 897, p. 54, julho, 2010.

15 BOCZAR, op. cit., p. 55-57.

16 BOCZAR, op. cit., p. 57.

mais relevante é a de efetuar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos equiparado a lei (*Decreti legislativi e Decreti-leggi*):

La Corte Costituzionale giudica:

sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di leggi, dello Stato e delle Regioni;

sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni;

sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Como já visto no início, a sua composição é mista, como destaca Marlisa D'Amico.

[...] la composizione della Corte costituzionale, così come i requisiti richiesti per la nomina a giudice, stanno a garantire, da un lato, la professionalità e la competenza tecnica dei giudice; dall'altro, il fatto che i giudici non siano semplici espressioni di forze politiche" [...] "In tal modo, nella sua composizione collegiale, la Corte concilia due esigenze: quella di mantenere un collegamento dell'organo con gli istituti di democrazia rappresentativa, e quella di assicurare ad esso garanzie di indipendenza analoghe a quelle del potere giudiziario"¹⁷.

O controle de constitucionalidade das leis foi historicamente introduzido na Itália pela atual Carta constitucional, de 1947. O modelo escolhido foi o concentrado, “a causa, soprattutto del timore, tipico della cultura europea, di assegnare ai giudici, che sono chiamati ad applicare la legge, un potere eccessivo”¹⁸.

A submissão da questão constitucional à Corte pode se dar pela via incidental ou pela via principal, ou de ação.

Pela via incidental, que é a principal no sistema italiano, a questão a ser submetida ao crivo de constitucionalidade da Corte surge no curso de um processo, por ocasião da aplicação da lei ao caso concreto, em razão do que o juiz da causa submete, de ofício ou por requerimento das partes ou do Ministério Público, à Corte a questão constitucional.

17 D'AMICO, Marlisa. La Corte Costituzionale. In: ONIDA, Valerio; GORLERO, Maurizio Pedrazza (org.). *Compendio di Diritto Costituzionale*. Milão: Giunffrè Editore, 2009. p. 342

18 D'AMICO, op. cit., p.344.

Nas palavras de Alfonso Celotto¹⁹:

In Italia [...] la legge incostituzionale, prima dell'intervento della Corte, è obbligatoria come ogni altra legge e i cittadini possono disobbedirvi, ma a proprio rischio e pericolo. L'incostituzionalità è un'opinione più che una certezza, per cui la disobbedienza ad una legge che si reputa incostituzionale sarà comunque sanzionabile ove la Corte costituzionale non si orienti in tal senso.

No entanto, alguns requisitos devem ser observados: (i) a relevância (*rilevanza*) da questão, “*cioè che il giudizio non essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di costituzionalità*”, esclarece Marlisa D'Amico²⁰; (ii) a questão não seja manifestamente infundada (*non manifesta infondatezza*). Sobre o requisito da relevância, que, linhas gerais, entende-se presente quando a resolução da dúvida constitucional mostra-se imprescindível para a resolução do caso concreto, destaca Alfonso²¹:

[...]con il requisito della rilevanza, si vuole evitare che il giudizio ordinario possa divenire un'occasione per trasformare l'impugnativa incidentale in una forma di ricorso principale, sollevando questioni che esulano dai motivi e dagli interessi imbattuti nel giudizio a quo e trasformando così in astratto un controllo di tipo concreto.

Ao analisar o requisito da *non manifesta infondatezza*, o juiz, a princípio, não deve efetuar juízo de sobre o mérito da constitucionalidade, mas apenas uma avaliação sumária, verificando que exista uma mínima dúvida sobre a constitucionalidade. Muitas vezes, no entanto, a atuação do juiz ao analisar a possibilidade de remessa à Corte Constitucional finda por ganhar contornos de um controle difuso:

Questa forma di controllo costituisce, comunque, un elemento di sindacato diffuso che va ad inferirsi nel sistema di controllo accentrato delineato dalla nostra Costituzione, in quanto al giudice a quo è comunque assegnato un potere di filtro.²²

19 CELOTTO, Alfonso. E-book. *La Corte Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2004, 55%.

20 D'AMICO. op. cit., p.346.

21 CELOTTO, op. cit., 57%.

22 CELOTTO, op. cit., 58%.

Exemplo disso é a hipótese de o juiz, diante de uma questão constitucional levada a debate no curso de um processo, com questionamentos a respeito da constitucionalidade de lei ou ato normativo equivalente, confira ao ato impugnado interpretação que se coadune com o texto constitucional, de modo que fica afastada, portanto, a necessidade de remessa à instância constitucional.

Como ressalva Alfonso Celotto²³, a recente jurisprudência constitucional italiana vem firmando o dever de o juiz se assegurar de, antes de submeter a questão à Corte Constitucional, ter efetuado todas as tentativas possíveis de conferir à norma impugnada interpretação conforme a Constituição. O autor cita exemplo concreto da hipótese. No caso, o Tribunal de Roma submeteu à Corte Constitucional a questão acerca da constitucionalidade do artigo 116 do Código Civil Italiano - que impõe ao estrangeiro que queira se casar na Itália a apresentação de documento oficial expedido pelo seu país de origem que declare não haver impedimento ao casamento - nas hipóteses de casamentos a serem contraídos por estrangeiros de origem islâmica, que, ainda que não apresentem nenhum óbice à contração das núpcias sob a égide das leis italianas, recebem negativa dos seus países, onde é vedado o casamento com cidadão estrangeiro de religião não islâmica. Nesse caso, a Corte Constitucional declarou inadmissível a questão suscitada, sob o argumento de que o Tribunal de Roma não observou a interpretação possível à norma, já conferida por outros juízes, no sentido de que o artigo pode ser interpretado conforme a Constituição, admitindo-se que o casamento possa ser realizado mesmo quando a documentação do estrangeiro tenha sido negada por razões incompatíveis com os princípios do direito italiano.

Giampaolo Parodi²⁴, invocando também a doutrina italiana, aponta a necessidade de o juiz comum, antes de submeter a questão à Corte, buscar interpretação conforme a Constituição, como o terceiro requisito, ao lado da *non manifesta infondatezza* e da *rilevanza*. “*Le leggi no si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionale [...] ma perché è impossibile darne interpretazione costituzionale*” (citando decisão da Corte Constitucional 229/2003).

23 CELOTTO, op. cit., 58%.

24 PARODI, Giampaolo. Seguito giurisdizionale delle decisioni costituzionale interpretative e additive di principio ed elementi di ‘diffusione’ nel controllo di costituzionalità. *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, v. 58, no 3, p. 821-849, jul./set., 2008. p. 837-838.

Luisa Azzena²⁵ também encara a necessidade da prévia interpretação conforme a Constituição como terceiro requisito para submissão da questão à Corte, o que aproxima sobremaneira o sistema italiano do controle difuso.

Tal procedimento desperta dúvidas e comparações com o sistema difuso de controle de constitucionalidade, isto é, esse dever do juiz de, antes de submeter a questão ao crivo da Corte Constitucional, tentar conferir-lhe interpretação que se ajuste ao texto maior, implica em adoção de mecanismo próprio do sistema difuso?

Adele Anzon²⁶ (2002, p. 379), afirma que não. Para ela, quanto à atividade do juiz de interpretar a lei conforme a Constituição, *“non sia proprio né opportuno parlare di “controllo diffuso di costituzionalità” a motivo del solo fatto che i giudici esercitano, nel caso, il potere di confrontare la legge ordinaria con la Costituzione”*. Isso porque a atividade de confrontar a lei com a Constituição não é, necessariamente, exercitado dentro do juízo de inconstitucionalidade, mas faz parte do exercício normal da aplicação do direito, seja pelo caráter normativo da Constituição, seja pela necessidade de interpretação sistêmica do direito, que obviamente inclui a Constituição, como lei superior, mas como lei e fonte do direito.

Giampaolo Paridodi²⁷ também afirma que não se pode *“parlare di sindacato diffuso nel caso in cui l'interprete proceda alla disapplicazione del significato letterale, o prima facie, della disposizione, o del significato eventualmente più vicino all'intenzione del legislatore”*.

No entanto, certo é que, ainda que não admitido como controle difuso propriamente dito, trata-se certamente de elemento de “difusão” da jurisdição constitucional, ou seja, da possibilidade de o juiz comum, ao decidir o caso concreto, utilizar-se da hermenêutica constitucional na aplicação do direito ao caso concreto, não se limitando, por absoluto, à legislação dita infraconstitucional. Conforme assegura Luisa Azzena²⁸:

25 AZZENA, Luisa. *Valorizzazione degli elementi di “diffusione” del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti*. In: MALFATI, Elena; ROMBOLI, Roberto; ROSSI, Emanuele (org.) *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*. Verso un Controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 383-401. p. 390.

26 ANZON, Adele. “Diffusione” del Controllo di Costituzionalità o “diffusione” del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione? In: MALFATI, Elena; ROMBOLI, Roberto; ROSSI, Emanuele (org.) *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*. Verso un Controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. p. 379-382. p. 379-380.

27 PARODI, op. cit., p. 837.

28 AZZENA, op. cit., p. 389.

Se ciò che caratterizza il sindacato diffuso è che esso ‘corrispondente all’idea di una Costituzione immediatamente operante nella sfera dei rapporti materiale i quindi come tale, direttamente vincolante l’attività degli organi chiamati all’applicazione del diritto: i giudici innanzitutto, i quali, prima ancora che soggetti alla legge, sono vincolati al rispetto delle superiori norme costituzionali, la tendenza della Corte ad affermare l’utilizzo della Costituzione come strumento ermeneutico, trasformando le “questioni di legittimità costituzionale ‘in questioni di interpretazione’, vale a colorare in certa misura come diffuso l’attuale sistema.

Mas, caso a questão seja efetivamente submetida ao crivo da Corte Constitucional, até a sua definição, o processo na origem fica suspenso. A submissão da questão à Corte exige notificação das partes e do Ministério Público, além de publicação na imprensa oficial, de modo a garantir a devida publicidade à questão constitucional submetida às vias excepcionais.

Por fim, além do controle de constitucionalidade por via incidental, o controle concentrado italiano também é exercido, pela Corte Constitucional, na via principal, ou de ação, mas, no caso da Itália, reservado somente ao Estado (*Stato*) e às regiões (*Regioni*). Interessante que, no ordenamento italiano, além da restrição de legitimidade ativa para a propositura da medida, ainda é estabelecido o prazo de 60 dias, a partir da publicação do ato, para que os legitimados promovam a medida.

Se a questão constitucional sobre a qual se debruça é acolhida (*accoglimento*), a Corte declara a inconstitucionalidade da lei ou ato com força de lei, em decisão que, nos termos do artigo 136 da Constituição de 1948, tem eficácia *erga omnes*:

Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di leggi o di atto avente forza de legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

Quanto à retroatividade do efeitos da declaração, de regra, diz-se que a declaração é *ex tunc*. No entanto, como adverte Marlisa D’Amico²⁹:

[...] le norme dichiarate incostituzionale non possono più essere applicate, ammettendo così che la dichiarazione di incostituzionalità abbia effetto anche nei confronti di tutte le situazione ancora

²⁹ D’AMICO, op. cit., p. 349.

‘giustiziabili’, pur sorte precedentemente alla dichiarazione di incostituzionalità.

D'altra parte, gli effetti ‘retroattivi’ della dichiarazione di incostituzionalità sono una conseguenza della natura incidentale del giudizio costituzionale: sarebbe illogico imporre al giudice che ha sollevato la questione, evidentemente con riguardo ad una res judicata anteriore, di applicare una norma dichiarata incostituzionale, poiché verrebbe meno l'interesse concreto a sollevare la questione stessa”.

Le decisioni di incostituzionalità si applicano dunque anche ai rapporti sorti prima della dichiarazione di incostituzionalità, ma non ancora esauriti.

Quanto à possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, na Itália, a possibilidade se deu pela via da jurisprudência constitucional, a partir da admissão de efeitos produzidos apenas *ex nunc*.

Por outro lado, se a Corte recusa a questão constitucional que lhe foi submetida, efetua juízo de *rigetto*, declarando a improcedência da questão, o que, todavia, não impede que a mesma questão seja novamente levada à Corte por um outro juízo. Nesse caso, portanto, a decisão não se reveste de efeito *erga omnes*. Ou seja, a sentença de rejeição não implica a declaração de constitucionalidade da norma impugnada, diversamente do que ocorre no sistema de controle concentrado brasileiro, com o caráter dúplices das decisões proferidas em sede de ADI e ADC. A única preclusão restará, para a mesma questão, ao juízo que submeteu a questão à Corte Constitucional, e naquele mesmo processo em que suscitada.

De ressaltar, no entanto, que as decisões da Corte Constitucional de rejeição da questão (*rigetto*), muitas vezes, não são simples denegações da inconstitucionalidade da norma que lhe foi submetida.

Existem as chamadas decisões de rejeição interpretativas (*rigetto interpretative*), quando a Corte rejeita a interpretação dada pelo juiz *a quo*, que gerava a dúvida quanto à constitucionalidade, porque, sobre a questão, a Corte atribui à norma interpretação que se ajusta ao comando constitucional. Ou seja, dentre as diversas interpretações possíveis, a Corte escolhe a que seja “conforme a Constituição”.

Tais decisões, porquanto de rejeição, não possuem efeito *erga omnes*. No entanto, dada a relevância da interpretação conferida pela Corte Constitucional, por certo a interpretação tida por constitucional acaba por influenciar a magistratura comum. No entanto, como aponta

Alfonso Celotto³⁰, as controvérsias geradas por tais espécies de decisão por volta dos anos 1950 e 1960, no sentido de possível interferência nos poderes das demais instâncias judicantes de interpretação da lei, em especial a Corte de Cassação, levaram à adoção de novo tipo de decisão, as chamadas sentenças *interpretative di accoglimento*, por meio das quais são eliminadas, por inconstitucionalidade, as interpretações tidas por inconstitucionais, em decisão com propriedades *erga omnes* e *ex tunc*.

In alcuni casi, la sentenza interpretativa di rigetto sembra invitare il giudice ad andare oltre la lettera della legge, optando per 'interpretazioni' abrogative, o apparentemente contra legem, con esiti di applicazione diretta di principi costituzionali, o derivati dalla Costituzione, esplicitati dalla Corte. Si tratta di tecniche di giudizio apparentemente evocative di taluni orientamenti dottrinali in materia di interpretazione e applicazione giurisdizionale della legge secondo i quali il testo della medesima costituisce uno soltanto tra gli elementi del <circolo ermeneutico> poco più di un semplice punto di partenza.³¹

Interessante observar que tais decisões (*rigetto interpretative* e *interpretative di accoglimento*) nada mais são que derivações da técnica de interpretação conforme a constituição, que, quando realizadas pelo juiz comum, *a quo*, não são consideradas por parte da doutrina, como visto, em modalidade de controle de constitucionalidade (difuso, no caso). No entanto, quando implementada pela Corte Constitucional, revestem-se de tal *status*.

Além das decisões de interpretação, à semelhança do Brasil, a Corte também adota as decisões manipulativas, com sentenças de acolhimento parcial, aditivas ou substitutivas. Por meio delas, a Corte “*dichiara l'incostituzionalità di una disposizione di legge non nella sua integrale portata, ma solo nella parte in cui dice qualcosa (sentenze di accoglimento parziale), o nella parte in cui non dice qualcosa (sentenze additive), o nella parte in cui dice qualcosa, anziché qualcos'altro (sentenze sostitutive)*”³².

Tais espécies de manifestações pela Corte Constitucional, como não é de se estranhar, despertaram diversas polêmicas, em especial quanto à possível invasão das competências do Legislativo no caso das aditivas e das substitutivas, porquanto seu resultado invariavelmente cria novas normas, com bem adverte Alfonso Celotto³³. No entanto, os

30 CELOTTO, op. cit., 73%.

31 PARODI, op. cit., p. 831.

32 D'AMICO, op. cit. p. 351.

33 CELOTTO, op. cit. 75%.

questionamentos foram contrapostos no sentido de que uma decisão aditiva “c’è consentita solo quando la soluzione adeguatrice non sia frutto di una valutazione discrezionale, ma comporti un’estensione logicamente necessitata: è come *se rendesse esplicita una norma già implicita nella disposizione impugnata*”.

Não obstante, a Corte Constitucional evoluiu para sentenças chamadas *additive di principio*, que declaram a inconstitucionalidade de uma omissão, acrescentando não uma regra, mas sim um princípio geral, deixando, porém, ao legislador a missão de regulamentar a norma geral. No entanto, no caso concreto que subjaz no processo, o princípio enunciado pela Corte em sua decisão, ainda que de inadmissibilidade, irá orientar o juiz *a quo*.

Tal mecanismo, sem dúvida, evidencia mais um traço de controle difuso na sistemática italiana, ainda que inserido pela amadurecimento jurisprudencial. De fato, como adverte Luisa Azzena³⁴, “*la Corte si fa così (più di prima) suprema interprete della Costituzione, mentre rimette, in buona sostanza, l’applicazione della Costituzione e dei suoi principi al giudice comune. Ma questo è tratto caratteristico del controllo diffuso e non accentrato*”.

De destacar, também, que a jurisprudência constitucional na Itália valeu-se da sentença aditiva de princípio como mecanismo para modular no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, haja vista a ausência, naquele ordenamento, de previsão legal expressa para tanto.

Luísa Azzena³⁵ também aponta outros mecanismos que demonstram elementos difusos de controle de constitucionalidade, como na concessão de provimentos cautelares pelos juízo *a quo* quando o *periculum in mora* evidentemente impede a elevação da questão urgente à Corte Constitucional, bem como a decisão a ser tomada pelo juiz comum quando em confronto direito local e o direito da comunidade europeia em algumas hipóteses de cunho constitucional permitidas pelo ordenamento italiano³⁶.

Todos esse mecanismos que acabam por deixar aos órgãos jurisdicionais ordinários a interpretação das normas sob a luz da Constituição, seja na avaliação da *non manifesta infondatezza*, seja ao seguirem precedente já firmado na Corte Constitucional, seja ao aplicarem ao caso concreto os princípios constitucionais elucidados pela

34 AZZENA, op. cit., p. 391.

35 AZZENA, op. cit., p. 391-393.

36 AZZENA (2002, p. 395) explica que “*si ha quindi una categoria di questione qualificabili come questioni di costituzionalità (per violazione del parametro costituito “dalle norme di adattamento ai trattati comunitari in commessione con l’art. 11 della Costituzione”), che il giudice comune ha la competenza di conoscere incidenter, senza rimetterle alla Corte costituzionale*”.

Corte em uma sentença aditiva de princípios, como se verá adiante, ainda que sem efeito *erga omnes*, levam à reflexão sobre aspectos difusos no sistema de controle de constitucionalidade concentrado italiano.

Giampaolo Parodi³⁷, rejeita a comparação. Ressalta que, ainda nos casos em que o juiz comum adota interpretação conforme a constituição, tal interpretação encontra limite no significado textual da lei, não se admitindo o afastamento desse significado literal.

Luisa Azzena³⁸, como visto, admite vários elementos difusos no atual sistema, mas ressalta que a “*condizione per la diffusione deve infatti essere la sua complementarità all’intervento della Corte, non già la sua competitività*”. A autora aponta ainda que, ainda que a valorização de elementos difusos no sistema possa funcionar como válvula de escape à problemática da efetividade da tutela da Corte aos direitos subjetivos, não se pode, por outro lado, afastar o seu papel. Ressalva ainda que uma expansão desordenada de poderes difusos ao juiz comum poderia gerar riscos de adoção de decisões díspares, as quais não encontrariam mecanismos de controle de uniformização, como há em outros ordenamentos que adotam de regra o controle difuso, por exemplo, com a adoção de precedentes vinculantes.

5 CONCLUSÃO

A adoção dos sistemas de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, no Brasil e na Itália, tiveram razões históricas peculiares a cada país. Na Itália, somente o concentrado; no Brasil, inicialmente somente o difuso, pela influência norte-americana, mas com a adoção do sistema concentrado em 1965 e sua consolidação em 1988.

Fato é que a tendência é uma aproximação entre os dois sistemas. Gilmar Mendes e Inocêncio Oliveira apontam o fenômeno como mundial, com a adoção, em sistemas tipicamente concentrado, de institutos que tornam o juiz como elemento ativo essencial do controle de constitucionalidade, inclusive na Áustria. Por outro lado, a adoção de institutos como a admissão do *amicus curiae*, do *writ of certiorari* (de avaliação da relevância da questão) e do *stare decision* (efeito vinculante da decisão), conferem ao processo americano forte viés objetivo³⁹.

Com efeito, no Brasil se multiplicam os institutos que atribuem efeitos abstratos e objetivos à atividade do Supremo Tribunal Federal

³⁷ PARODI, op. cit. p. 844-847.

³⁸ AZZENA, 2002, passim.

³⁹ BRANCO et. al., op. cit. p. 958.

no exercício do controle difuso de constitucionalidade. Destacam-se, em particular, a repercussão geral, a súmula vinculante e a admissão de *amici curiae* atuando processualmente em processos subjetivos.

Já na Itália, não obstante a resistência em se admitir o exercício do controle de constitucionalidade difuso ao juiz comum no exercício de sua atividade jurisdicional, fato é que essa atividade, ao, por exemplo, deixar de submeter determinada questão constitucional à Corte por atribuir à norma impugnada interpretação conforme diversa da atribuída pela parte suscitante, o magistrado comum italiano, invariavelmente, afasta uma ou mais interpretações que não guardam consonância com o texto maior. Quando, após a pronúncia da Corte Constitucional via sentença aditiva de princípio, decide o caso concreto sob o enfoque constitucional, parece atuar, igualmente, em juízo difuso de constitucionalidade.

Ainda que os efeitos dessa atividade estejam restritos ao processo, do mesmo modo ocorre no controle difuso clássico, em que a declaração de inconstitucionalidade somente opera entre as partes do processo, mantendo-se a norma questionada incólume no ordenamento jurídico e para as demais relações jurídicas sob sua regência.

Verdade, por outro lado, que ao juiz comum, na Itália, é vedado afastar por completo, ainda que somente para o caso em análise, determinada lei por reputá-la inconstitucional. No entanto, as novas formas de sentenças de inconstitucionalidade (de interpretação conforme, manipulativa etc), abrem espaço para, se não controle difuso de constitucionalidade, sem dúvida uma difusão da atividade de interpretação da Constituição pelos órgãos jurisdicionais.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Filipo Bruno Silva. A objetivização do controle difuso de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2519, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14812>>. Acesso em: 26 set. 2013.

ANZON, Adele. “Diffusione” del Controllo di Costituzionalità o “diffusione” del potere di attuazione giudiziaria della Costituzione? In: MALFATI, Elena; ROMBOLI, Roberto; ROSSI, Emanuele (org.) *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un Controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

AZZENA, Luisa. Valorizzazione degli elementi di “diffusione” del sistema di giustizia costituzionale e tutela dei diritti. In: MALFATI, Elena; ROMBOLI, Roberto; ROSSI, Emanuele (org.) *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso*

un Controllo di costituzionalità di tipo diffuso? Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOCZAR, Sonia. Sentenças Modulatórias: manipulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal e sentenças aditivas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 897, julho, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. *Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006*. Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 454*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 463*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>>. Acesso em: 26 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 706*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo706.htm>>. Acesso em: 26 set. 2013.

CELOTTO, Alfonso. E-book. *La Corte Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2004.

D'AMICO, Marlisa. La Corte Costituzionale. In: ONIDA, Valerio; GORLERO, Maurizio Pedrazza (org.). *Compendio di Diritto Costituzionale*. Milão: Giunfrè, 2009.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. 5. ed. Rev. Atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Camera dei Deputati, 2012.

LLORENTE, Francisco Rubio. Relazione Introduttiva. In: MALFATI, Elena; ROMBOLI, Roberto; ROSSI, Emanuele (org.) *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un Controllo di costituzionalità di tipo diffuso?* Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

MATOS, Claudia Luiza Silva. O Supremo Tribunal Federal e a objetivização do controle difuso de constitucionalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3112, 08 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20769>>. Acesso em: 26 set. 2013.

PARODI, Giampaolo. Seguito giurisdizionale delle decisioni costituzionale interpretative e additive di principio ed elementi di 'diffusione' nel controllo di costituzionalità. *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, v. 58, n° 3, jul./set., 2008.

STUMPF, Livia Troglio. Efeitos amplificados às decisões no controle concreto de constitucionalidade: o novo papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, abr./jun. 2011.



BREVE DESCRIÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

*SHORT DESCRIPTION ABOUT THE CONSTITUTIONAL CONTROL IN THE
ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND BRAZILIAN SUPREME COURT.*

*Ivan Magalhães Francisco
Procurador Federal
Procuradoria Federal Especializada junto à Funasa*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve panorama histórico; 2 O modelo vigente. Composição das Cortes na Itália e no Brasil; 3 A competência das Cortes Constitucionais da Itália e do Brasil; 4 Controle Difuso nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro; 5 Processos Originários das Cortes; 6 A Competência Penal; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade traçar um paralelo entre o papel desempenhado pela *Corte Costituzionale* Italiana e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, atendo-se aos aspectos do controle de constitucionalidade nos dois países, além de descrever outras competências conferidas por suas Cartas. Ainda que brevemente, aborda-se origens históricas, iniciando-se pela unificação do Estado Italiano e pela Independência do Brasil. Parte-se da composição e formato destes colegiados, forma de provimento dos ocupantes, chegando-se aos mecanismos processuais de acesso, ações de inconstitucionalidade e recursos cabíveis, apontando institutos semelhantes e ressaltando as diferentes formas de resolução de controvérsias nestas Cortes. Explica-se também os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

PALAVRAS CHAVES: Controle de Constitucionalidade. Competência. Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional.

ABSTRACT: This paper make a comparison between the role played by the Italian Constitutional Court and the Supreme Court of Brazil, by dwelling on aspects of judicial review in both countries, and describe other powers conferred by the Constitutions of both countries. Briefly, tell the historical, starting with the unification of the Italian State and the Independence of Brazil. Inform the composition and format of collegiate way of filling up the occupants, coming to the procedural mechanisms of access, resources and actions of unconstitutionality reasonable, pointing institutes similar and highlighting the different forms of dispute resolution in these Courts. It also explains the effects of the declaration of unconstitutionality.

KEYWORDS: Control of Constitutionality. Competence. Supreme Court. Constitutional Court.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade e a criação de cortes para este mister pode ser entendida como um elemento recente no direito. Vista com desconfiança na França pós-revolução, que entendeu-a como uma indevida intervenção de um poder sobre outro, a atuação dos juízes como guardiões da Constituição em face de atos normativos que a contrariem ganhou relevância por força de precedentes da Suprema Corte Americana, principalmente no julgamento do caso *Marbury vs Madison*, pelo Chief Justice John Marshall, ocorrido em 1803.

Nesta sentença, concluiu-se que a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 deveria preponderar sobre os atos legislativos que com ela contrastam ou o Poder Legislativo poderá mudá-la, por meio de lei ordinária. Caso contrário, *“quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável”*.

Desenvolveu-se, assim, o conceito de controle de constitucionalidade das leis, com o pressuposto de controlar os poderes legiferantes. Essa idéia não se disseminou uniformemente em todos os países e sempre seguiu aspectos relacionados à conjuntura histórica, política e jurídica.

Neste contexto, mostra-se relevante estudar o papel da *Corte Costituzionale Italiana* e pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, bem como as formas de controle de constitucionalidade nos dois países. Também é importante analisar a composição e o formato destes colegiados, forma de provimento dos ocupantes, e os mecanismos processuais de acesso, ações de inconstitucionalidade e recursos cabíveis. E, ainda, verificar outras competências conferidas a esta Corte.

Na condução de um estudo de direito comparado, é desaconselhável isolar o instituto em análise de todo o ordenamento jurídico a ele pertencente. Isso porque não se comparam objetos idênticos, mas formas jurídicas inseridas em contextos históricos e sociais diversos e processo de formações distintos.

Deve-se destacar que o método de comparação entre instituições jurídicas diferentes, longe de representar uma crítica ao modelo de um dos ordenamentos jurídicos, mostra-se como uma maneira de compreender melhor o próprio arquétipo nacional, na medida em que se contrasta com a forma escolhida no país confrontado.

O estudo comparado entre instituições de diferentes ordenamentos jurídicos também não pode ter por objetivo a adoção de institutos

1 CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1992. p. 48.

consagrados em um país, tampouco pode ser realizado de modo valorativo, no sentido de que um sistema seria mais completo ou eficiente que outro. No caso deste trabalho, em verdade, pretende-se superar algumas perplexidades observadas na atuação da Corte Suprema brasileira, em cotejo com as atribuições do Tribunal Constitucional Italiano.

Busca-se, pois, colacionar a Corte Constitucional Italiana com o Supremo Tribunal Federal, a fim de tentar compreender as escolhas do legislador constitucional brasileiro.

1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO

A previsão da possibilidade de se verificar a constitucionalidade da lei ou atos normativos é recente no ordenamento jurídico italiano. Isso porque a unificação do Estado somente ocorreu em meados do Século XIX.

Nesta época, quando se formou o Estado Italiano, constituído sob a forma de Governo Monarquista foi outorgada a Constituição pelo Rei Carlos Alberto de Savóia. Tratava-se do Statuto Albertino.

A exemplo da Carta do Império Brasileiro de 1824, não trazia previsão acerca do controle de constitucionalidade das normas.

A atual Constituição Italiana foi promulgada em 1947 e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. *Trata-se de uma Carta elaborada, portanto, logo após a Segunda Guerra Mundial da qual as forças do Eixo – Alemanha, Itália e Japão – foram derrotadas pelo Aliados, o que redundou no colapso do regime Fascista.*

O processo de promulgação da Carta Italiana começou com o plebiscito de 1946, que escolheu a forma republicana de estado, derrotando a opção pela monarquia. Em 02 de junho deste ano, elegeu-se a Assembléia Constituinte.

O Constituinte Italiano optou pela adoção do sistema europeu de controle de constitucionalidade, inspirado no modelo da Constituição Austríaca de 1920, baseado no controle concentrado e realizado de forma incidental no caso concreto.

O Brasil mostra uma tradição de controle de constitucionalidade das leis um pouco mais longa que a Itália, iniciada com a promulgação do Diploma Republicano de 1889, no qual se buscou inspiração no modelo norte-americano, caracterizado no controle difuso e incidental. O pronunciamento acerca da inconstitucionalidade de uma norma é pressuposto de resolução de um caso concreto e é competência de todos os órgãos jurisdicionais, inclusive, juízes de primeiro grau. O acesso à corte constitucional se dá por meio de recurso.

Esse sistema de controle se mantém vigente até os dias de hoje, tendo, contudo, sofrido modificações diversas, fruto das várias mudanças constitucionais ocorridas no país.

Já na Carta de 1934 (arts. 91, IV e 96), a primeira inovação, com a outorga ao Senado Federal de competência para *suspendere a execução* de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhe eficácia *erga omnes*. Esse dispositivo, como se demonstrará adiante, permanece no ordenamento jurídico em vigor. Além disso, instituiu-se a representação interventiva, a ser movida pelo Procurador-Geral da República, primeira experiência brasileira inspirado no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

Em seguida, na Carta de 1937, houve um retrocesso, ainda que transitório, no sistema de controle de constitucionalidade instituído no Brasil. Trata-se da previsão de seu art. 96, parágrafo único, segundo o qual, na hipótese de uma lei ser declarada inconstitucional, o Presidente da República, calcado no juízo de defesa do bem-estar do povo, promoção ou defesa do interesse nacional, poderia submetê-la novamente ao Parlamento, que poderia, por dois terços dos votos de cada Casa, confirmar a constitucionalidade da regra.

Sob a égide da Constituição de 1946, retomou-se a previsão de uma representação de inconstitucionalidade, a cargo do Procurador-Geral da República, a ser proposta diretamente no Supremo Tribunal Federal, o que foi mantido nas Constituições de 1967 e 1969.

No sistema atualmente em vigor, instituído pela Carta de 1988 e modificado pela Emenda Constitucional 45/2004 manteve-se o controle difuso e concreto, mas ampliou-se os mecanismos de controle concentrado e abstrato e as ações de controle direto de constitucionalidade.

Neste recorte histórico, fica evidenciada a estabilidade constitucional italiana, em contraste com o processo de consolidação Brasileiro, marcado por diversas Cartas, que, ora concentravam o poder no Presidente da República e ora conferia mais autonomia ao Supremo Tribunal Federal.

2 O MODELO VIGENTE. COMPOSIÇÃO DAS CORTES EM AMBOS NA ITÁLIA E NO BRASIL

A *Corte Costituzionale* é composta por quinze integrantes dos quais cinco são escolhidos pelo presidente da república, cinco eleitos pela em escrutínio nas duas Casas Legislativas. Os outros cinco são indicados pelo Poder Judiciário, dos quais três pela *Corte de Cassazione*, um do *Consiglio di Stato* e uno da *Corte dei Conti*. Recebem o título de *Giudici*. Esta composição o os requisitos para a investidura no cargo estão previsto no art. 135 da Carta Republicana Italiana. Transcreve-se:

Art. 135

La Corte costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative.

I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni d'esercizio.

I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati.

Alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni.

La Corte elegge tra i suoi componenti, secondo le norme stabilite dalla legge, il Presidente, che rimane in carica per un triennio, ed è rieleggibile, fermi in ogni caso i termini di scadenza dall'ufficio di giudice.

L'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge.

Nei giudizi d'accusa contro il Presidente della Repubblica, intervengono, oltre i giudici ordinari della Corte, sedici membri tratti a sorte da un elenco di cittadini aventi i requisiti per l'eleggibilità a senatore, che il Parlamento compila ogni nove anni mediante elezione con le stesse modalità stabilite per la nomina dei giudici ordinari.

A *Corte Costituzionale*, não está inserida em nenhum dos três poderes da República Italiana, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República. E, neste aspecto, difere do Supremo Tribunal Federal brasileiro, órgão de cúpula do Poder Judiciário. Na experiência italiana, o Tribunal Constitucional exerce “*una funzione di garanzia de corretto funzionamento di tali poteri e, più in generale, dell’osservanza della Costituzione*”².

² ONIDA, Valério; GORLERO Maurizio Pedrazza. *Compendio di Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2009. p. 334.

Nesse diapasão, fica evidenciado que a Corte Constitucional Italiana possui, além da função jurisdicional, um papel político, principalmente no tocante ao equilíbrio entre os poderes. A composição paritária entre entes indicados pelo Presidente da República, Legislativo e Judiciário serve como indicação deste viés.

No Brasil, a composição do Supremo está prevista da seguinte forma no art. 101 da Constituição Federal.

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Comparado com o sistema italiano, verifica-se que, no Brasil, a composição é inteiramente feita por indicação do Presidente da República, cumprindo ao Legislativo referendar a escolha. Embora se trate do órgão de cúpula do Poder Judiciário, não há participação de juízes na escolha de seus membros.

3 A COMPETÊNCIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS DA ITÁLIA E DO BRASIL

Passa-se à descrição da competência atribuída pelas Cartas Brasileira e Italiana à Corte Constitucional e ao Supremo Tribunal Federal, analisando os mecanismos de controle. Transcreve-se o art. 134 do Diploma Italiano:

Art. 134.

La Corte costituzionale giudica:

sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni;

sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni;

sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Como se vê, o tribunal italiano exerce primordialmente a função de controle de constitucionalidade. Existe apenas a previsão para que se julgue as acusações de atentado contra a Constituição em face do Presidente da República. A regulamentação da competência foi feita por meio da *Legge Costituzionale 1/1948* e da *Legge Costituzionale 87/1953*.

O mecanismo mais comum de controle de constitucionalidade ocorre de maneira incidental, mediante envio dos autos pelos juízes. Contudo, o art. 134 acima transcrito revela outros meios diretos de controle pela Corte Constitucional, nas hipóteses de conflitos entre Poderes do Estado, entre o Estado e alguma Região e entre Regiões.

Estas são, em linhas gerais, as atribuições conferidas à *Corte Costituzionale*.

Impossível não verificar o contraste com o sistema brasileiro e as diversas competências do Supremo Tribunal Federal, todas exaustivamente consagradas no art. 102 da Constituição Federal promulgada em 1988. São Elas:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o “habeas-corpus”, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o “habeas-data” contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União,

do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o “habeas-corpus”, o mandado de segurança, o “habeas-data” e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Fica, pois, evidenciada a vasta competência outorgada ao Supremo Tribunal Federal, que ultrapassa a função de guarda da Carta Magna e atinge diversas outras atribuições que vão desde o julgamento penal de diversas autoridades, até o controle de atos da administração pública, por meio de mandado de segurança.

4 CONTROLE DIFUSO NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ITALIANO E BRASILEIRO

No modelo italiano, o controle se dá de modo incidental concentrado, com a remessa, pelos juízes das questões à Corte Constitucional. Esse envio pode se dar mediante provocação das partes, indagação pelo Ministério Público e, ainda, de ofício pelo próprio juiz.

O juiz da causa deve motivar a relevância da questão enviada à Corte Constitucional. Em outras palavras, demonstrar a importância do debate para a resolução do caso concreto. Não basta, portanto, um questionamento em abstrato da matéria; o magistrado deve justificar de que maneira o ponto submetido à Corte Constitucional é fundamental para a resolução da causa.

Em seguida, o juiz da causa deve verificar se a controvérsia constitucional não é *manifestamente infondata*. Este segundo item concede ao juiz uma certa discricionariedade, o que deve ser feito de forma motivada.

O envio ao Tribunal Constitucional é feito por meio da “*ordinanza di remissione degli atti alla Corte Costituzionale*”, expondo os termos e os motivos do questionamento, as leis que entende violadoras da constituição, a relevância e a “*non manifesta infondatezza*”, que deve definir o “*thema dicidendum*”. Este ato deve ser notificado às partes e ao ministério público.

No cotejo entre a Constituição italiana e a brasileira, pode-se afirmar a existência de semelhanças entre o recurso extraordinário e a “*questione do Costituzionalità*”. Trata-se de dois institutos análogos, mas com características diversas. A semelhança se dá pois trata-se de um exame suscitado dentro de um caso concreto, como pressuposto de resolução de uma controvérsia individual.

Ao receber uma questão de constitucionalidade, a Corte Italiana pode rejeitá-la, sem se manifestar sobre o mérito da controvérsia, prolatando uma *ordinanza*, ou examinar a controvérsia exarando uma *sentenza*.

A *sentenza* do Tribunal Constitucional pode ser de *accoglimento*, ou seja, recebendo a alegação de inconstitucionalidade ou, ainda, de *rigetto*, rejeitando a suposta ilegitimidade da lei. A *sentenza*, portanto, pressupões sempre um exame de mérito. A título de comparação, é

mutatis mutandis, a hipótese em que, superados os requisitos de admissibilidade, o STF conhecesse do recurso extraordinário, para negar-lhe ou dar-lhe provimento.

Ao prolatar uma *sentenza di acoglimento*, além de declarar a inconstitucionalidade da lei, pode exarar uma decisão *manipolativa*. Trata-se de um técnica, segundo a qual a Corte pode declarar apenas parcialmente a inconstitucionalidade de uma disposição de lei (*sentenze di acoglimento parziale*), ou manifesta que a lei possui uma omissão (*sentenze additive*), ou em que deveria constar outro dispositivo (*Sentenze sostitutive*).

É possível que uma *sentenza de rigetto*, em que pese tenha que rejeitado o incidente de inconstitucionalidade, a Corte estabeleça uma interpretação, dentre as várias interpretações possíveis uma delas que seja “*conforme a Costituizione*”. A exemplo do que a jurisprudência do Supremo Tribunal já admite no direito pátrio.

Não se pode olvidar que a Corte Constitucional examina apenas a questão incidental, e, uma vez superada, o processo retorna ao juízo originário para apreciar o mérito da causa.

No direito brasileiro, por outro lado, como o próprio nome sugere, o recurso extraordinário é um meio de impugnação de uma decisão judicial. Segundo a Constituição Brasileira (art. 102, III, a), o recurso extraordinário é cabível da decisão de última ou única instância contrarie dispositivo da Constituição, declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgue válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou julgue válida lei local contestada em face de lei federal.

Daí se conclui que a chegada da controvérsia à Suprema Corte brasileira pressupõe – ou melhor – exige o debate anterior nas instâncias inferiores. Cada juiz, em lugar de enviar os autos à Corte Constitucional, decide acerca da controvérsia, cabendo à parte encaminhar o debate, mediante recurso. A ausência de debate prévio nas instâncias inferiores provoca a inadmissão do recurso.

É o que se chamou de prequestionamento, explicado nos Enunciados da Súmula de Jurisprudência 282 e 356. Segundo as quais, não se admite o recurso extraordinário quando, na decisão impugnada, não tiver sido ventilada a matéria objeto do recurso.

O reexame da matéria em via recursal traz uma outra consequência para o sistema de controle difuso. Ao contrário da Corte Italiana, que põe fim à controvérsia constitucional e remete a solução do caso concreto ao Poder Judiciário, o STF deve apreciar a causa, atuando como uma Corte ordinária. E esse foi o entendimento consolidado na Súmula 456, segundo a qual o: “*Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie*”.

Assim, enquanto o modelo italiano devolve à instância inferior o exame da matéria de direito, mérito da causa, após resolver questão *incidenter tantum*, a Corte Brasileira julga toda a matéria a ela devolvida em sede recursal.

Quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, há aproximação entre os dois modelos, nos quais foram adotados os efeitos *ex tunc*, retroagindo à publicação da própria lei.

Caso acolhida a *questione di costituzionalità*, a Corte declara a inconstitucionalidade da lei. E, nos termos do art. 136 da Constituição Italiana tem uma eficácia geral, oponível a todos os sujeitos do ordenamento.

Art. 136

Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.

La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali.

No Brasil, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade não possuem previsão expressa na Constituição sendo desenvolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Adotou-se, primordialmente, os efeitos *ex tunc*.

Mais recentemente, em nome da segurança jurídica, tem-se modulado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Em outras palavras, tem-se admitido conceder efeitos *ex nunc* a decisões de declaração de inconstitucionalidade, em hipóteses que a fixação de efeitos retroativos possa causar grande prejuízos ao interesse público e à insegurança jurídica.

Podem-se citar como exemplos da declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*: a ilegitimidade da vedação à progressão de regime de cumprimento de pena prevista na Lei 8.072/1990, que dispõe sobre crimes hediondos. Nesse caso, na hipótese de aplicação retroativa da declaração de inconstitucionalidade, abrir-se-ia espaço para os condenados com fundamento nesta lei buscarem reparação de danos em face do Estado, por terem recebido uma reprimenda inconstitucional.

Quanto à eficácia da decisão no sistema italiano, como se apreende da leitura do art. 136 da Carta, a norma deixa de ter eficácia no dia

seguinte à publicação da decisão. Torna-se, portanto, oponível contra todos. No Brasil, desde a Constituição de 1934, a suspensão da eficácia de ato normativo declarado inconstitucional somente terá eficácia *erga omnes*, após a suspensão pelo Senado Federal. Na Carta de 1988, esta exigência está prevista no art. 52, X, da Carta da República.

Além disso, nos termos do art. 103-A da CF/88, após reiteradas decisões em matéria Constitucional o Supremo Tribunal poderá editar súmula com “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Cumpra agora advertir, a fim de evitar uma possível dificuldade em compreender conceitos que se utilizam de palavras cognatas no sistema italiano e no brasileiro, para as diferenças entre o requisito da relevância – *rilevanza* – da questione della legittimità costituzionale, no direito italiano e o da repercussão geral previsto no parágrafo 3º do artigo 102 da Constituição Federal.

No caso italiano, verifica-se a relevância do debate constitucional para a resolução do caso concreto, como definido no art. 23 da Lei Constitucional 87/1953, “*il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione*”. Não é portanto considerado, no exame da admissibilidade da questão de constitucionalidade, os efeitos gerais da discussão.

Por outro lado, no sistema do recurso extraordinário pátrio, deve ser demonstrada, em preliminar, a repercussão geral do tema a ser posto em discussão no Supremo Tribunal Federal. A regulamentação deste requisito se deu por meio do disposto no art. 543-A do Código de Processo Civil, que, em seu parágrafo 1º estabelece que o recorrente demonstre a existência “*de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa*”.

Embora o requisito da repercussão geral não deva ser confundido com a demonstração de relevância exigida no direito italiano, não é demais lembrar que, no sistema difuso e concreto adotado no ordenamento jurídico brasileiro, a questão da inconstitucionalidade da lei deve servir de motivação para a resolução da causa, não se permitindo, nesta via, o questionamento em abstrato da norma.

Pode-se dizer que as alterações promovidas na Constituição de 1988, com a emenda Constitucional 45/2005, em sede de recurso extraordinário, aproximaram o modelo difuso brasileiro do concentrado por via de exceção italiano. Isso porque, com a introdução no Código de Processo Civil, do art. 543-B, o Tribunal de origem passou a selecionar apenas os cinco recursos extraordinários *representativos da controvérsia* e

enviá-los ao STF. E, uma vez julgado o recurso extraordinário, a instância que enviou os autos poderá julgar os demais processos prejudicados ou retratar-se da decisão.

Percebe-se, assim, uma tendência no direito brasileiro em concentrar o controle de constitucionalidade, mesmo em sede difusa, a exemplo do que ocorre no ordenamento italiano.

5 PROCESSOS ORIGINÁRIOS DAS CORTES

Em que pese o controle de constitucionalidade se dar, primordialmente, por via incidental, o Diploma Italiano previu ações de competência originária, destinadas a resolver conflitos entre poderes do Estado, entre o Estado e as Regiões e entre Regiões.

Nos termos do art. 37 da Lei Constitucional 87/1953, o conflito entre poderes do Estado se caracteriza entre órgãos competentes para declarar a vontade do poder e determinar a esfera de atribuição de cada um deles. Em seguida, o art. 38 determina que a resolução se dá fixando a competência para a prática de determinado ato ou, caso algum já tenha sido praticado, com a anulação deste.

Quanto ao conflito entre o Estado e Regiões ou entre Regiões, conforme previsto no art. 39 da já citada Lei Constitucional 87/1953, ele se forma quando *“la Regione invade con un suo atto la sfera di competenza assegnata dalla Costituzione allo Stato ovvero ad altra Regione, lo Stato o la Regione rispettivamente interessata”*, a função da Corte, nesta hipótese, é definir competência.

Trata-se de uma via estreita, não se destinando ao controle de todos os atos legais, mas à resolução de conflitos de atribuições constitucionais entre entes do Estado e das Regiões. O rol de legitimados é menor, no caso do Estado, o Presidente do Conselho de Ministros, e, pelas regiões o Presidente da Junta. E o prazo para a propositura é de apenas sessenta dias, a partir da notificação do ato ou da publicação.

Entre as diversas competências previstas na Constituição Federal, pode-se encontrar ações com finalidades assemelhadas ao conflito de atribuições instituído pela Carta Italiana. A principal delas é a ação direta de inconstitucionalidade (Adin), que pode ser proposta em face de lei ou ato normativo federal ao estadual. Conforme norma de seu art. 103 da Carta da República, o Presidente da República, as Mesas da Câmara, do Senado, os Governadores ou as Mesas das Assembleias Legislativas dos Estados podem se valer da ação direta de inconstitucionalidade, a fim de atacar atos normativos da União ou dos Estados.

Ao contrário do direito italiano, não há qualquer tipo de limitação temporal para o ajuizamento de uma Adin. Não existe, tampouco, limitação de tema ou restrição quanto à matéria. Alguns legitimados, contudo, devem demonstrar que o tema levado à Corte Suprema possui pertinência temática com suas atribuições.

Por outro lado, o legislador constitucional brasileiro estendeu o rol de legitimados para a propositura de uma Adin, incluindo, além dos enumerados no parágrafo anterior, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, além confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Chama atenção o fato de o Constituinte Brasileiro ter dado eficácia vinculante e efeitos oponíveis contra todos às decisões prolatadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Mesmo controvérsias constitucionais relativas a leis editadas antes da promulgação da Carta de 1988 podem ser levadas diretamente a julgamento do STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º da CF/88 e regulamentado na Lei 9882/1999. Destina-se “*a evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público*”.

O Diploma da República Federativa do Brasil foi ainda mais além. Enquanto na Itália, o acesso direto à Corte Constitucional ficou restrito aos conflitos de atribuições com base na Carta Magna, aqui controvérsias de caráter legal, podem ser levadas, não apenas por outros entes da Federação como estados e municípios, mas por qualquer cidadão. Trata-se do mandado de segurança, previsto no art. 5º, LXIX, impetrado contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal. A exigência é que o ato precise ser concreto, não se podendo usar o mandado de segurança para impugnar a lei em tese.

Ao julgar mandados de segurança, impetrado por cidadãos, o Supremo Tribunal Federal exerce funções típicas às da *Giustizia Amministrativa* Italiana, de controle de atos do Poder Público, saindo das atribuições de corte constitucional.

6 A COMPETÊNCIA PENAL

A *Lex Magna* Italiana prevê uma única hipótese de competência para julgamento de ações penais originárias, proposta somente em

face do Presidente da República. A regra para sua responsabilização decorre da norma do art. 90 da Carta Italiana, segundo o qual *“il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell’esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione”*.

Em outras palavras, a Corte Constitucional julgará ações promovidas contra o Presidente da República, quando ele praticar ato de alta traição ou atentado contra a Constituição.

Pode-se afirmar que esta violação guarda semelhanças com o crime de responsabilidade, previsto no Brasil na Lei 1.079/1950. Porém, aqui, nos termos do art. 52, I e II, da Constituição Federal, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República, além dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União, são julgados pelo Senado Federal.

Compete ao Supremo julgar os crimes de responsabilidade os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvada a hipótese em que tenha sido cometido em conexão com o Presidente da República e Vice-Presidente da República, bem como os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Essas autoridades, juntamente com o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, também são julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

7 CONCLUSÃO

O Brasil adotou um sistema em que o Supremo Tribunal Federal, mais do que uma Corte Constitucional, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, cabendo-lhe julgar diversos tipos de ação originárias, exercendo jurisdição penal, controle de atos administrativos, entre outros. Ademais, a Carta Magna conferiu-lhe competência para julgar diversos recursos contra atos de Cortes Inferiores e até mesmo juízos de primeiro grau de instância.

A Carta Italiana, por outro lado, foi extremamente restritiva na fixação de competência de sua Corte Constitucional. Além disso, definiu-a como um órgão apartado do Poder Judiciário, exercendo uma atribuição de equilíbrio entre os Poderes. Adotou o modelo de controle difuso e concentrado, por meio incidental, em que a decisão proferida tem eficácia geral e imediata.

De forma residual, porém, criou uma via de acesso direto de controle de constitucionalidade, porém extremamente restrita às hipóteses de conflito de atribuições entre Poderes do Estado, entre o Estado e Regiões e entre Regiões. Esse tipo de controle possui função semelhante a alguns dos efeitos da ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que, no Brasil, é possível a impugnação direta de atos que atentem contra a competência da União, dos Poderes da República e dos Estados. A diferença é que a Adin consolidou um amplo acesso ao controle concentrado e abstrato no Brasil, com um numeroso rol de legitimados e um número de matérias a serem discutidas.

A única competência que foge às típicas atribuições de uma Corte Constitucional prevista no Diploma Italiano diz respeito ao julgamento do Presidente da República por alta traição e atentado contra a Constituição, hipótese semelhante ao crime de responsabilidade previsto no Brasil na Lei 1.059/1950.

Posto ao lado do modelo de controle da legitimidade das normas italiano, pode-se dizer que, embora originalmente desenhado como difuso e concreto, pode-se dizer que ganhou relevo, os instrumentos de controle concentrado e abstrato, com o aumento do número de ações diretas e do rol de legitimados, além de se dar contornos gerais às decisões proferidas em sede de controle difuso.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992.

ITALIA, Vittorio. *Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Controle de Constitucionalidade: Modelos Brasileiro e Italiano (Breve Análise Comparativa). *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região*, Recife, n. 1, p. 183-222, jan. 2001.

ONIDA, Valério; GORLERO Maurizio Pedrazza. *Compendio di Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 2009.