

Publicações da Escola da AGU

25 anos da Constituição e a Defesa da União no STF - Casos Emblemáticos

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 26	p. 1- 340	mar. 2013
---------------------------------	----------	-------	-----------	-----------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

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	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

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

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Raphael Ramos Monteiro de Souza
Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim

CONSELHO EDITORIAL - SGCT/AGU

Andrea de Quadros Dantas Echeverria
Fabíola Souza Araújo
Grace Maria Fernandes Mendonça
Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio
Raphael Ramos Monteiro de Souza
Rejane Valéria Chaves de Castro

Apoio Institucional: Escola da AGU

Diagramação/Capa: Niuza Lima e Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: 25 anos da Constituição e a Defesa da União no STF - Casos Emblemáticos - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano V, n. 26 (mar./2013).- Brasília: EAGU - 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 – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO Grace Maria Fernandes Mendonça.....	7
PARTE I - POLÍTICAS PÚBLICAS E ORDEM SOCIAL	
Piso salarial dos professores: a atuação da AGU na defesa da política pública Base salary for teachers: the performance of the Office of Attorney General of the Union in defense of public policy <i>Fabiola Souza Araújo</i>	9
A Consolidação do salário mínimo como política de estado de proteção social de trabalhadores vulneráveis <i>The establishment of minimum wage as a state policy of social protection of vulnerable workers</i> <i>Daniel Pincowscy Cardoso Martins de Andrade Alvim</i>	23
A constitucionalidade da transmissão obrigatória do programa “Voz do Brasil” <i>The constitutionality of the mandatory broadcasting of the program “Voice of Brazil”</i> <i>Andrea de Quadros Dantas Echeverria</i>	37
Pesquisa com Células-tronco Embrionárias – Lei de Biossegurança e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 <i>Research in Embryonic Stem-cells – Bio security Law and Unconstitutionality Direct Action nº 3.510</i> <i>Vanessa Martins</i>	51
Proteção ao meio ambiente — vedação à importação de pneus usados (ADPF 101) <i>Protection of the environment – prohibition of the importation of used tires (Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept nº 101)</i> <i>Thaís Rangel da Nóbrega</i>	67
Expropriação-confisco: cultivo de plantas psicotrópicas e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal <i>Expropriation-confiscation: psychotropic plants cultivation and the “Supremo Tribunal Federal” case-law</i> <i>Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda</i>	81
A crise do apagão – a experiência constitucional brasileira a partir do julgamento da ADC nº 9 pelo Supremo Tribunal Federal <i>The blackout crisis – constitutional brazilian experience from the trial of ADC nº 9 the Federal Supreme Court</i> <i>Altair Roberto de Lima</i>	93

Defesa da Reforma da previdência - contribuição previdenciária de servidores ativos, inativos e pensionistas prevista no art. 4º da emenda constitucional nº 41 <i>Defense of the pension reform – pension contribution of working and retired civil servants and pensioners as set forth in article 4 of constitutional amendment n. 41</i>	Maria Aparecida Araújo de Siqueira	105
PARTE II - DIREITOS DAS MINORIAS, TUTELA DOS HIPOSSUFICIENTES E DIGNIDADE HUMANA		
A proteção das pessoas com deficiência: passe livre e a defesa da União na ADI nº 2.649 <i>Protection of persons with disabilities: free pass and the state defense on ADI n. 2649</i>	Raphael Ramos Monteiro de Souza	115
Direitos Indígenas – Caso TIRSS (PET 3388 e outros) <i>Indigenous rights: the case of Raposa Serra do Sol Reservation - TIRSS (PET 3388 and others)</i>	Alisson da Cunha Almeida.....	127
A Secretaria-Geral de Contencioso em defesa do sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas: exame acerca da atuação do órgão da AGU na ADPF n. 186 e dos resultados advindos do julgamento proferido nessa ação <i>The General Secretary for Judicial Litigation in defense of public universities quota system: analyses on this agency's performance at the ADPF n. 186 and on the results of the decision made in this case</i>	Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio.....	147
Aspectos do julgamento da Lei Maria da Penha pelo Supremo Tribunal Federal: da atuação da Advocacia-Geral da União na defesa da norma <i>Aspects of the judgment of the Law Maria da Penha by the Supreme Court: the acting of the office of the Attorney General of the Union in defense of the standard</i>	Christina Foltran Scucato.....	161
União Homoafetiva e o Julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132 pelo Supremo Tribunal Federal <i>Homosexual Union and the Judgment of ADI n. 4277 and ADPF n. 132 by the Supreme Court</i>	Juliana Gomes Falleiros Cavalheiro	173
As relações contratuais bancárias e os direitos do consumidor <i>The Bank contractual relations and consumer rights</i>	Camilla Japiassu Dores.....	191

PARTE III – PRINCÍPIO DA MORALIDADE E CONTROLE

O Conselho Nacional de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal <i>The National Council of Justice by The Brazilian Supreme Court</i> <i>Washington Timóteo Teixeira Neto</i>	203
Concurso público e cartórios na Constituição: análise da atuação da Secretaria-Geral de Contencioso e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. <i>Official examination to access public notary's office on the Constitution: Analysis of the General Secretary for Judicial Litigation performance and the jurisprudence of the Supreme Court</i> <i>Natália Ribeiro Machado</i>	217
O devido processo legislativo da Lei de Improbidade Administrativa – ADI nº 2.182 <i>The Legislative Due Procedure of Administrative Misconduct Law – ADI nº 2.182</i> <i>José Cândido Magalhães</i>	233

PARTE IV – DIREITOS POLÍTICOS E REPRESENTAÇÃO

Descrição e análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei da Ficha Limpa <i>Description et analyse de la jurisprudence de suprême tribunal fédéral concernant la loi de la fiche propre</i> <i>Álvaro Osório do Valle Simeão</i>	245
O Brasil na era da Advocacia de Estado: o caso dos suplentes parlamentares <i>Il Brasile nell'era della Avvocatura di Stato: il Caso dei Sostituti</i> <i>Marcelo Ribeiro do Val</i>	259

PARTE V – DIREITO À SEGURANÇA

A defesa da constitucionalidade do estatuto do desarmamento perante o STF <i>The defense of the constitutionality disarmament statute before the Supreme Court</i> <i>Lílian Barros de Oliveira Almeida</i>	273
Os limites de idade para ingresso nas forças armadas e a inconstitucionalidade superveniente do art. 10 da Lei 6.880/1980 <i>The age limits for enlistment in Armed Forces and the article 10 of the Military Statute supervening unconstitutionality</i> <i>Francisco de Assis Rodrigues</i>	287

Estatuto de defesa do torcedor: atuação da SGCT na curadoria da Lei nº 10.671/2003. Estatuto de defensa de los aficionados. Funcionamiento de la Secretaría-General de Litigios en la defensa da ley nº 10.671/2003	
<i>Thiago Carvalho Barreto Leite</i>	303
Justiça de transição – lei de anistia e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153	
<i>Transitional justice – amnesty law claim of non-compliance with a fundamental precept No. 153</i>	
<i>Letícia de Campos Aspesi Santos</i>	
<i>Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté</i>	315
A constitucionalidade do exame da OAB e o direito fundamental ao livre exercício profissional	
<i>The constitutionality of Bar Exam and the fundamental right of freedom of profession</i>	
<i>Francisco de Assis Floriano e Calderano</i>	327

APRESENTAÇÃO

Fruto de verdadeiro clamor popular e considerada um marco indispensável para a concretização do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 teve a força de instalar novas balizas para os entes integrantes da República Federativa brasileira, mediante o estabelecimento de parâmetros mais equânimes nas relações do Estado com o cidadão.

O indivíduo deixa de ser um mero observador das ações do Estado e passa a ser titular de um acervo de direitos individuais e sociais. É vislumbrado como sujeito dotado de capacidade para participar ativamente da formação de políticas públicas e de exigir do Estado a conformação de suas ações às regras consignadas na Carta da República.

O legislador constituinte originário, aliás, foi prodigioso ao inaugurar uma ordem jurídica voltada à proteção do hipossuficiente e dos valores democráticos mais elevados, circunstância que, por decorrência lógica, impôs ao legislador infraconstitucional o desafio de dar concretude a muitos de seus comandos.

Portanto, as políticas públicas traçadas pelo legislador constituinte foram viabilizadas mediante o trabalho do legislador ordinário. Os diplomas legais, contudo, não estiveram a salvo, nos 25 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, dos mais diversificados questionamentos judiciais no âmbito de todas as instâncias do Poder Judiciário Brasileiro, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Revelase, inclusive, singular a posição ocupada pela Suprema Corte brasileira que, por força de comando constitucional, exerce o inigualável papel de defensor e protetor maior do conteúdo inserto na Constituição Federal, no exercício de verdadeira tutela da Lei Fundamental da Nação, sobre a qual se alicerça o próprio Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, coube ao STF examinar a compatibilidade vertical de diplomas emanados do legislador infraconstitucional com a Constituição Federal, debruçando-se sobre complexos temas para a sociedade brasileira, tanto em sede de controle abstrato de normas quanto de controle difuso de constitucionalidade.

É nesse momento que se sobreleva a atuação da Advocacia-Geral da União, por intermédio da Secretaria-Geral de Contencioso – SGCT, órgão de direção superior responsável pela coordenação dos trabalhos inerentes à representação judicial da União, bem como de órgãos e autoridades públicas federais inseridas no rol de competência originária da Suprema Corte.

A Secretaria-Geral de Contencioso, inicialmente concebida para prestar assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União em matéria contenciosa, passou, desde o ano de 2003, a coordenar a defesa

da União no âmbito dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento, e a orientar os órgãos de contencioso da Instituição nas ações relevantes. Naquele mesmo ano, recebeu também a incumbência de elaborar as manifestações do Advogado-Geral da União nos feitos de controle concentrado de constitucionalidade.

A partir de 2003, foram então concentradas na SGCT as funções de coordenar e organizar os trabalhos relativos à atuação da União perante a Suprema Corte, com o intuito de promover o acompanhamento estreito desses processos e de uniformizar as teses de defesa da União. Trata-se de importante marco temporal, a partir do qual a Secretaria consolida seu papel na representação judicial da União, dos titulares e órgãos dos Poderes da República.

No desempenho de sua missão, a Secretaria-Geral de Contencioso elabora todas as manifestações do Advogado-Geral da União e petições iniciais relacionadas às ações inseridas no controle abstrato de normas, além de atuar nos processos de controle difuso de constitucionalidade. Nesse sentido, tem participação ativa na defesa judicial das políticas públicas consideradas imprescindíveis para a sociedade brasileira e que são objeto de apreciação pela Corte Suprema.

Assim, em homenagem aos 25 anos da Carta Maior, a presente publicação contempla um acervo de artigos elaborados por advogados integrantes da Secretaria-Geral de Contencioso, relacionados aos mais relevantes temas de índole constitucional que foram objeto de enfrentamento pelo STF. O conteúdo dos textos atesta os esforços de toda a Equipe no sentido de dar sustentabilidade jurídica às mais relevantes políticas públicas nacionais, nos últimos 10 anos.

O leitor, portanto, terá a oportunidade de conhecer o trabalho desenvolvido pela Secretaria-Geral de Contencioso nos mais diversificados temas. Embora a obra não tenha a pretensão de esgotar toda a riqueza de matérias debatidas pela Suprema Corte, questões de natureza social, bem como a defesa de direitos e interesses das minorias, receberam especial destaque.

A Equipe da Secretaria-Geral de Contencioso espera, com a presente publicação, enaltecer os mais caros valores republicanos, indispensáveis à construção do verdadeiro Estado de Direito, na certeza de que a melhor interpretação dos comandos constitucionais é aquela que reflete o amplo e elevado debate, fruto do amadurecimento de ideias, para o qual contribui o contencioso em defesa de toda a sociedade.

GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso

PISO SALARIAL DOS PROFESSORES: A ATUAÇÃO DA AGU NA DEFESA DA POLÍTICA PÚBLICA

*BASE SALARY FOR TEACHERS: THE PERFORMANCE OF THE
OFFICE OF ATTORNEY GENERAL OF THE UNION IN DEFENSE
OF PUBLIC POLICY*

Fabíola Souza Araújo

*Procuradora Federal. Especialista em Direito Constitucional. Diretora do
Departamento de Acompanhamento Estratégico da Secretaria-Geral de Contencioso
da Advocacia-Geral da União*

SUMÁRIO: 1 Breve contexto histórico-normativo: a política nacional de valorização dos trabalhadores da educação; 2 Principais teses da União na defesa da constitucionalidade da Lei nº 11.738/2008; 3 A decisão proferida pelo STF no julgamento da ADI nº 4167; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A União editou a Lei federal nº 11.738/2008 no intuito de conferir eficácia à Constituição Federal e à Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dando continuidade à política nacional de valorização dos profissionais da educação com a implementação de um piso salarial. Com o ajuizamento da ADI nº 4167 por Governadores de Estados inconformados com o desenho da política, a constitucionalidade do diploma legal passou a ser discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O presente artigo visa apresentar os principais argumentos utilizados pela União na defesa do piso salarial dos professores, quais sejam: (i) ausência de alteração, pelo ato normativo, da jornada de trabalho desses profissionais; (ii) observância da norma inserta no art. 169, § 1º, da CF/88; e (iii) ausência de exigência de contratação de novos professores. Por fim, apresentamos a decisão da Corte Suprema no julgamento da ADI nº 4167, ressaltando os argumentos da AGU que restaram acolhidos.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Valorização dos Professores. Piso Salarial. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. União. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: The State enacted the Federal Law n. 11.738, published in 2008, in order to give effect to the Constitution and the National Education Guidelines and Framework Law, giving continuity the National Policy of Valuing Education Professionals with the implementation of the minimum wage. With the filing of the direct action of unconstitutionality 4167 by governors of the states of the Federation, dissatisfied with the political scenario, the constitutionality of the Law was discussed by the Federal Supreme Court. This article proposes to present the main arguments used by The Office of Attorney General of the Union in order to defend the base salary of teachers, which are: (i) the lack of any changes, by the legislative act, on the workload of these professionals; (ii) meet the standards embodied in the article 169, paragraph 1, of the Federal Constitution of 1988; and (iii) lack of requirements for hiring new teachers. Finally, we present the Federal Supreme Court's decision on the trial of the Action of Unconstitutionality, n. 4167, highlighting the Attorney General's arguments that remained fully accepted.

KEYWORDS: Education. Valuing of the teachers. Wage floor. Federal Supreme Court. Action of Unconstitutionality. Union. The Office of Attorney General of the Union.

1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO-NORMATIVO: A POLÍTICA NACIONAL DE VALORIZAÇÃO DOS TRABALHADORES DA EDUCAÇÃO

A Constituição Federal, em seu art. 205, estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Segundo ensina José Afonso da Silva (1993, p. 711), a educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos.

Nessa linha, a Lei Maior prevê alguns princípios que devem nortear o ensino, dentre os quais, no ponto que interessa a este artigo, destacam-se (i) a valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; e (ii) o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (art. 206, incisos V e VIII, da CF/88).

Tais princípios, disciplinados pela Emenda Constitucional nº 53/2006, já estavam contemplados na Política Nacional de Valorização dos Trabalhadores da Educação do Ministério da Educação (MEC, 2005), bem como no art. 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96). A valorização de tais profissionais, princípio historicamente inserido nas políticas públicas de educação (LUCE, s.n.t.), é composta por três eixos fundamentais, de acordo com referida Política Nacional: gestão, formação e carreira. Em relação ao último desses eixos, o documento do MEC dispõe o seguinte:

Quanto ao Eixo CARREIRA, o artigo 67 estabelece que os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público: ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim; piso salarial profissional; progressão funcional baseada na titulação ou habilitação e, na avaliação do desempenho; período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho; condições adequadas de trabalho. (MEC, 2005, p. 06).

A Constituição Federal, por sua vez, delegou à lei federal a regulamentação do piso salarial profissional nacional, estabelecendo que lei disporá sobre prazo para fixar, em lei específica, piso salarial

profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica (art. 206, VIII, da CF/88 c/c art. 60, inciso III, alínea e, do ADCT).

Foi nesse contexto e atenta à máxima de que a remuneração demonstra uma valorização do profissional de educação, na medida em que representa um reconhecimento pelo trabalho desenvolvido (CARISSIMI e TROJAN, 2011, p. 61), que a União editou, em 16 de julho de 2008, a Lei federal nº 11.738 instituindo o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.

A norma, no afã de regulamentar a alínea “e” do inciso III do *caput* do art. 60 do ADCT, fixou, dentre outros pontos, (i) o piso salarial nacional, de acordo com a carga horária; (ii) o tempo máximo em sala de aula na composição da jornada de trabalho; (iii) o cronograma de integralização do citado piso; e (iv) a obrigatoriedade de a União complementar o valor, caso o ente federativo não tenha disponibilidade orçamentária para cumpri-lo.

Ocorre que, insatisfeitos com tal regulamentação, os Governadores dos Estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará ajuizaram, em 29 de outubro de 2008, perante o Supremo Tribunal Federal (STF), uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4167), tendo por objeto os §§ 1º e 4º do art. 2º; o art. 3º, *caput* e incisos I e III, e o art. 8º, todos da Lei nº 11.738/2008. Os autores afirmam, em síntese, (i) que a norma impugnada teria regulamentado a jornada de trabalho de servidores públicos, em ofensa ao princípio federativo; (ii) que, em decorrência disso, seria necessária a contratação de novos professores; e (ii) que a lei teria impacto financeiro negativo perante os entes da federação, sob os pontos de vista pedagógico, jurídico e financeiro, por conta da aplicabilidade imediata do regime estabelecido, bem como da eficácia retroativa do piso salarial nela fixado.

Feito esse breve contexto histórico-normativo sobre a política nacional de valorização dos trabalhadores da educação e o subsequente ajuizamento da ADI nº 4167, passaremos a expor os principais argumentos utilizados pela Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União (SGCT/AGU) na defesa dessa relevante política pública nacional (CUNHA e GOMES, 2007, p. 65), em especial, da política de remuneração, bem como apontaremos os aspectos que levaram a Suprema Corte a confirmar a constitucionalidade da norma impugnada, acolhendo as teses apresentadas pela SGCT/AGU.

2 PRINCIPAIS TESES DA UNIÃO NA DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 11.738/2008¹

Para embasar seu posicionamento em defesa da constitucionalidade da norma, a SGCT apresentou três principais argumentos²: (i) ausência de alteração, pelo ato normativo, da jornada de trabalho dos professores; (ii) observância da norma inserta no art. 169, § 1º, da CF/88; e (iii) ausência de exigência de contratação de novos professores.

O primeiro ponto decorre da observância do disposto nos §§ 1º e 4º do art. 2º da lei impugnada, que estabelecem o seguinte:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e cinqüenta reais) mensais³, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

¹ Cabe ressaltar, desde logo, que a atuação da União no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade dá-se em atenção ao disposto no art. 103, § 3º da CF/88, que determina ao STF que, quando o Tribunal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Nesse sentido, no âmbito da AGU, cabe à Secretaria-Geral de Contencioso assistir o Advogado-Geral da União na representação judicial da União, no Supremo Tribunal Federal, no que se refere aos processos de controle concentrado (art. 8º, inciso I, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que, dentre outros aspectos, aprova a estrutura regimental da AGU).

² Foi sustentada, ainda, como questão preliminar, a ausência de fundamentação adequada em relação à alegação apresentada no sentido da ocorrência de violação à proibição de excesso legislativo, já que, segundo a SGCT, os autores sequer teriam indicado, no item pertinente de sua petição inicial, o dispositivo constitucional que entendem conter referida proibição. Dessa forma, A Secretaria solicitou o não conhecimento da ação direta no tocante a este aspecto, na linha da jurisprudência do STF, citando, por todos, a decisão proferida no julgamento da medida cautelar na ADI 2213 (Relator Min. Celso de Mello, julgamento em 04.04.2002, publicação no DJ de 23.04.2004).

³ O valor do piso salarial dos professores para o ano de 2013 é de R\$ 1.567,00 (um mil quinhentos e sessenta e sete reais), tendo como base o percentual de aumento do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), nos termos do art. 5º da Lei nº 11.738/2008.

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos. (grifou-se)

A Secretaria-Geral de Contencioso defendeu que os dispositivos hostilizados versaram sobre o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, não dispondo, de forma específica, a respeito de sua jornada do trabalho. E que não teria havido, portanto, uma regulamentação da jornada de trabalho dos professores.

O órgão da AGU ressaltou, entretanto, que a fixação de um determinado valor como piso salarial deveria observar a prestação do serviço a ser remunerado. Assim, não seria possível desconsiderar as diferentes jornadas de trabalho dos aludidos trabalhadores, sob pena de serem estabelecidas remunerações idênticas a profissionais que se encontrassem em situações diversas, em especial, sujeitos a cargas horárias díspares.

Caso o poder público procedesse dessa maneira, estaria atuando em clara afronta ao princípio constitucional da igualdade, já que, segundo célebre ensinamento atribuído a Aristóteles: “A verdadeira igualdade consiste em tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam”.

Nesse contexto, não haveria como prosperar a argumentação dos autores da ADI nº 4167 no sentido de que a norma teria invadido a competência dos Estados ao regulamentar a jornada de trabalho dos professores. Isso porque os dispositivos acima transcritos não regulam a jornada de trabalho dos docentes, nem lhes impõem o período de 40 horas semanais como carga horária máxima, mínima ou fixa⁴.

Ao contrário, a lei determina que, para uma carga horária de 40 horas semanais, seja observado o piso salarial nacional. Entretanto, para os profissionais cuja jornada supere as citadas 40 horas semanais, de forma razoável, determinou a norma impugnada que o piso salarial já não seria suficiente, devendo o salário ser, portanto, proporcional a esse valor.

O que se percebe, dessa forma, é que a referência à jornada de 40 horas semanais – e, frise-se, é apenas uma referência e não uma regulamentação – foi feita com o único propósito de estabelecer parâmetros adequados para a fixação do piso salarial dos professores.

⁴ Não se desconhece, entretanto, que, no Brasil, a maioria dos professores enfrenta uma jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas semanais, superando a média dos demais países latino-americanos. (CARISSIMI e TROJAN, 2011, p. 68).

Sustentou, ainda, a SGCT que o transscrito § 4º do mesmo art. 2º também não regulamenta a jornada de trabalho desses profissionais. Ao contrário, a norma apenas concedeu um tratamento diferenciado para os docentes que exercem atividades de interação com os alunos por maior tempo, já que se sabe que tais atividades geram naturalmente um maior desgaste quando comparadas às *demais*.

Dessa forma, ficou estabelecido o piso salarial nacional para aqueles trabalhadores que tenham uma jornada de trabalho de 40 horas semanais e, ainda, que, na composição dessa jornada, seja observado um período máximo de 2/3 (dois terços) de atividades intraclasse. Para jornadas diferentes da apresentada pela lei, o piso será aplicado de forma proporcional.

Essa medida, segundo afirmou a SGCT, visou impedir que os diversos entes federativos a ela submetidos acabassem por transferir aos docentes o ônus financeiro da aplicação do piso salarial, sobrecregando-os com atividades de interação com os educandos em período integral.

A segunda tese de defesa apresentada na manifestação do Advogado-Geral da União refere-se à alegação dos autores de que teria havido ofensa ao art. 169, § 1º, da Constituição Federal por meio dos seguintes dispositivos da Lei nº 11.738/2008:

Art. 3º *O valor de que trata o art. 2º* desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como *vencimento inicial* das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:

I – (VETADO);

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

O art. 169, § 1º, da CF/88 condiciona toda concessão de vantagem ou aumento de remuneração, a qualquer título, pelo Poder Público, à prévia dotação orçamentária suficiente e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias.

Acontece que o inciso I do art. 3^o⁵ foi vetado pela Presidência da República, por se vislumbrar nele obrigação que os entes estariam impedidos de cumprir, sob pena de ofensa à Carta Magna. Foram essas as razões do voto:

O art. 3^o determina a vigência do piso salarial a contar do ano de 2008 e prevê, em seu inciso I, que a primeira parcela seja integralizada, de forma retroativa, tendo como marco inicial a data de 1º de janeiro de 2008. Estabelece, portanto, a obrigação de pagar ainda neste exercício financeiro a diferença a que farão jus os profissionais do magistério.

Os Estados e Municípios, por meio de suas entidades representativas, manifestaram-se no sentido de que tal comando impõe aos entes federados uma obrigação que não pode ser cumprida, contrariando, assim, o interesse público. Isso porque se determinassem a realização do aumento, ainda em 2008, estariam contrariando frontalmente o disposto no art. 169 da Constituição Federal, que impõe que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração na Administração Pública deve contar com previsão específica na respectiva lei orçamentária, o que seguramente não ocorreu.

No caso particular dos municípios, a situação é ainda mais grave, haja vista que a realização de eleições municipais neste ano os submete a restrições específicas da legislação eleitoral e da Lei de Responsabilidade Fiscal, que, em seu art. 21, parágrafo único, proíbe expressamente o aumento de despesa com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato.

Ouvidos também, o Ministério da Justiça e a Advocacia-Geral da União.

Assim, a regra contida do inciso vetado – no sentido de que a primeira parcela da integralização do piso salarial deveria ser paga retroativamente a 1º de janeiro de 2008 – não mais permanecia. Considerando que a segunda parcela dessa integralização só seria cobrada a partir de 1º de janeiro de 2009, nos termos do transcritito inciso II do art. 3^o, a SGCT frisou que os entes federativos teriam tempo suficiente para inserir, em suas respectivas leis orçamentárias, a diferença a que

⁵ Segue a redação do dispositivo vetado: “I – a partir de 1º de janeiro de 2008, acréscimo de 1/3 (um terço) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei e o vencimento inicial da Carreira vigente.”

fariam jus os professores em decorrência do piso fixado pela norma impugnada, bem como autorização específica, nas respectivas leis de diretrizes orçamentárias.

Essa integralização, de acordo com o inciso III do aludido art. 3º, deveria ser completada até 31 de dezembro de 2009, com o acréscimo da diferença remanescente.

Por essas razões, considerou a SGCT que não haveria ofensa à regra do art. 169, § 1º da CF/88, já que não haveria obrigação de pagamento retroativo.

A terceira tese abordada na manifestação do Advogado-Geral da União na defesa da norma foi no sentido da ausência de ofensa ao art. 37, II, da CF/88 pelo art. 8º da Lei nº 11.738/2008. Isso porque referido artigo da norma impugnada não contém qualquer comando que determine aos entes federativos a investidura de professores sem concurso público.

Determina o art. 8º do diploma atacado que: “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” A SGCT sustentou, no ponto, que essa norma infraconstitucional não continha, nem explícita, nem implicitamente, qualquer comando de investidura em cargo ou emprego público sem concurso público.

Ademais, ressaltou que, a despeito do disposto nesse artigo, conforme dito, o pagamento da primeira parcela da diferença salarial relativa ao piso somente seria devido a partir de 1º de janeiro de 2009. E mais, a integralização total só se daria em 31 de dezembro de 2009, já que, nos termos do art. 6º da norma, esse é o prazo para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios elaborassem ou adequassem seus Planos de Carreira e Remuneração do Magistério ao piso salarial estabelecido.

Com isso, frisou a Secretaria que a Lei nº 11.738/2008, em momento algum, determinou a contratação de professores sem concurso público. Ao contrário, o diploma normativo fixou prazo suficiente para que os entes federativos se adequassem às suas normas, em especial, à regra que impõe o máximo de 2/3 (dois terços) da jornada de trabalho em atividades de interação com os educandos. Assim, caso fosse necessária a contratação de novos docentes para o cumprimento desse limite, deveria ser observada a regra constitucional do concurso público (art. 37, II, CF/88).

Por fim, o Advogado-Geral da União, em sua manifestação, deixou de se manifestar sobre a composição do piso salarial: se deveria corresponder ao vencimento da carreira, ou à remuneração do professor, compreendidas aí todas as vantagens pecuniárias eventualmente

percebidas⁶. Segundo observou, os autores teriam deixado de impugnar o parágrafo 2º do art. 3º, limitando-se o ataque aos artigos 2º, §§ 1º e 4º; 3º, incisos II e III, e art. 8º, todos da Lei federal nº 11.738/08.

E isso porque o aludido parágrafo 2º do art. 3º dispõe:

Até 31 de dezembro de 2009, admitir-se-á que o piso salarial profissional nacional compreenda vantagens pecuniárias, pagas a qualquer título, nos casos em que a aplicação do disposto neste artigo resulte em valor inferior ao de que trata o art. 2º desta Lei, sendo resguardadas as vantagens daqueles que percebam valores acima do referido nesta Lei.

Assim, o Advogado-Geral da União, em sua manifestação e nos memoriais apresentados aos ministros do STF, concluiu que tais alegações não mereceriam ser conhecidas.

Analizados brevemente os argumentos apresentados pela União na defesa da política do piso salarial dos trabalhadores da educação, passaremos a verificar, no tópico seguinte, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 4167.

3 A DECISÃO PROFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADI Nº 4167

O relator do feito, ministro Joaquim Barbosa, apresentou primeiramente o processo para apreciação do pedido de medida cautelar. Dessa forma, em 17 de dezembro de 2008, o plenário da Corte, em decisão majoritária, deferiu parcialmente a medida cautelar pleiteada no seguinte sentido: (i) fixou interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 2º da norma, para que, até o final do julgamento do processo, o piso salarial compreendesse a remuneração dos docentes, junto com eventuais vantagens pecuniárias; (ii) suspendeu a exigibilidade do parágrafo 4º do art. 2º, que dispõe sobre a composição da jornada de trabalho; e (iii) fixou interpretação conforme a Lei Maior ao art. 3º para estabelecer que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se daria a partir de 1º de janeiro de 2009.

⁶ Os autores sustentaram a segunda opção, alegando que “a disposição legal acerca do piso salarial guarda constitucionalidade enquanto se tem o piso incluindo todas as vantagens pecuniárias. Ou seja, enquanto não se o identifica com vencimento inicial da carreira, correspondendo antes ao conceito de remuneração do servidor – vencimentos + vantagens” (fl. 15 da petição inicial).

A Corte, entretanto, manteve a constitucionalidade da referência do piso salarial às 40 (quarenta) horas semanais, prevista no parágrafo 1º do art. 2º, por entender que:

[...] a ausência de parâmetro de carga horária para condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis⁷.

Em seguida, o processo seguiu seu curso, tendo o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e a Presidência da República prestado informações, em atenção a solicitação do ministro relator. Foram, ainda, juntados aos autos a manifestação do Advogado-Geral da União, cujas razões restaram brevemente apresentadas no tópico anterior, bem como o parecer da Procuradoria-Geral da República. Diversas entidades da sociedade civil foram admitidas na qualidade de *amici curiae*⁸.

Estando a causa madura, o plenário da Corte debruçou-se sobre o mérito da questão em duas assentadas ocorridas no mês de abril de 2011, nos dias 06 e 27. Concluída a apreciação do feito, o STF, em decisão majoritária, julgou improcedente a ação direta quanto ao parágrafo 1º do art. 2º, aos incisos II e III do art. 3º e ao art. 8º, todos da Lei nº 11.738/2008. No tocante ao parágrafo 4º do art. 2º, o Tribunal, também por maioria, julgou improcedente o pedido; entretanto, como não foi alcançado o quórum de reserva de plenário (art. 97 da CF/88), a Corte decidiu que, nesse ponto, não se aplicam a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão.

O acórdão da decisão final restou assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. FINANCIERO. PACTO FEDERATIVO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. PISO NACIONAL PARA OS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA.

⁷ Trecho da ementa do acórdão proferido pelo STF no julgamento da medida cautelar na ADI 4167 (ADI 4167-MC, Plenário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento em 17.12.2008, p. 02).

⁸ Foram admitidas no feito como *amici curiae* as seguintes entidades: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – CONTEE; Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba – SISMMAC; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação – CNTE; Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo – SINDIUPES; Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás – SINTEGO; Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza – SINDIFORT.

CONCEITO DE PISO: VENCIMENTO OU REMUNERAÇÃO GLOBAL. RISCOS FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO.

JORNADA DE TRABALHO: FIXAÇÃO DO TEMPO MÍNIMO PARA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES EXTRACLASSE EM 1/3 DA JORNADA.

ARTS. 2º, §§ 1º E 4º, 3º, CAPUT, II E III E 8º, TODOS DA LEI 11.738/2008. CONSTITUCIONALIDADE. PERDA PARCIAL DE OBJETO.

1. Perda parcial do objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, na medida em que o cronograma de aplicação escalonada do piso de vencimento dos professores da educação básica se exauriu (arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008).

2. É constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global. Competência da União para dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como instrumento de proteção mínima ao trabalhador.

3. É constitucional a norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse.

Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Perda de objeto declarada em relação aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/2008.

Em face dessa decisão, os Governadores dos Estados autores da ação e algumas das entidades da sociedade civil que haviam sido admitidas como *amici curiae* opuseram embargos de declaração. Em seguida, instada a se manifestar sobre tais recursos, a Procuradoria-Geral da República opinou pela rejeição dos aludidos declaratórios.

Em 27 de fevereiro de 2013, o Tribunal, apreciando os embargos de declaração, determinou a correção do erro material constante na ementa do acórdão embargado, para que a expressão “ensino médio” fosse substituída por “educação básica”, e determinou a retificação da ata de julgamento para registrar que a ação direta de inconstitucionalidade

não foi conhecida quanto aos arts. 3º e 8º da Lei nº 11.738/2008, por perda superveniente de seu objeto. Em seguida, o Tribunal, também por maioria, acolheu os embargos de declaração para assentar que a Lei nº 11.738/2008 tenha eficácia a partir da data do julgamento do mérito da ação direta, ou seja, a partir de 27 de abril de 2011⁹.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No julgamento final de mérito, a Corte Suprema manteve a constitucionalidade da Lei nº 11.738/2008 e concluiu pela ausência de violação ao pacto federativo, por entender que se trata de diploma legal editado pela União com base em sua competência para legislar sobre normas gerais. No caso, o STF reconheceu, portanto, que se trata de norma geral federal que dispõe sobre o piso salarial dos professores da educação básica que visa não apenas a uma proteção mínima do trabalhador, revelando-se mais como um instrumento de fomento ao sistema educacional e de valorização desses trabalhadores.

O STF, então, acatou a maior parte dos argumentos apresentados pela Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, mantendo a constitucionalidade dessa política pública federal de valorização dos profissionais da educação.

Trata-se de tema que se apresenta como uma relevante política pública, inserta na ordem social, constituindo-se como um dos principais temas enfrentados pela Suprema Corte brasileira ao longo dos 25 anos da Constituição Cidadã¹⁰.

Nesse contexto, a Advocacia-Geral da União, através de sua Secretaria-Geral de Contencioso, contribuiu para a confirmação da constitucionalidade dessa política de valorização salarial, como forma de concretizar a determinação constitucional de valorização dos profissionais da educação escolar¹¹.

9 Até a conclusão do presente artigo, em 27 de março de 2013, o acórdão dessa decisão encontrava-se pendente de publicação, tendo havido a divulgação da ata de julgamento em 08 de março de 2013.

10 Segundo informações do site do STF, a matéria jornalística sobre a ADI 4167 está entre as mais lidas. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=192623&caixaBusca=N>> e em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=179221&caixaBusca=N>>. Acesso em: 22.03.2013.

11 Em 2011, o Brasil figurou como um dos países que pior pagam seus professores, conforme a pesquisa “La Inversión Educativa en América Latina y el Caribe e Education at a Glance”, que investigou a remuneração dos professores, levando em consideração a relação do valor do dólar em Poder de Compra (MORDUCHOWICZ e DURO, 2007, in CARISSIMI e TROJAN, 2011, p. 61).

REFERÊNCIAS

CARISSIMI, Aline Chalus Vernick; TROJAN, Rose Meri. A valorização do professor no Brasil no contexto das tendências globais. *Jornal de Políticas Educacionais*, n. 10. ago./dez. 2011, p. 57-69. Disponível em: <http://www.jpe.ufpr.br/n10_6.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013.

CUNHA, Maria Couto; GOMES, Cristiane da Conceição. *As políticas de valorização dos profissionais da educação como objeto da produção acadêmica recente*. jul/dez de 2007, p. 51-70. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/1182/1/1945.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

LUCE, Maria Beatriz. *Valorização da profissão docente: substantivada ou adjetivada?* Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/faced/mbluce/Valoriza%C3%A7%C3%A3o%20da%20profissao%20docente.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2013.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Política Nacional de Valorização dos Trabalhadores da Educação*. Brasília, junho de 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/valtrabedu_pol.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2013.

SCHEIBE, Leda. *Valorização e formação dos professores para a Educação Básica: questões desafiadoras para um novo plano nacional de educação*. In: Educ. Soc., v. 31, n. 112. Campinas. jul/set de 2010, p. 981-1000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v31n112/17.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. 3a tiragem. São Paulo: Malheiros. 1993.

A CONSOLIDAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO POLÍTICA DE ESTADO DE PROTEÇÃO SOCIAL DE TRABALHADORES VULNERÁVEIS

*THE ESTABLISHMENT OF MINIMUM WAGE AS A STATE POLICY OF SOCIAL
PROTECTION OF VULNERABLE WORKERS*

Daniel Pincowscy Cardoso Martins de Andrade Alvim
Advogado da União

Departamento de Acompanhamento Estratégico
Secretaria Geral de Contencioso

SUMÁRIO: 1 A deturpação do significado social do salário mínimo. Breve recapitulação; 2 As teses invocadas pela SGCT; 3 O acolhimento do modelo da Lei nº 12.382/11 pelo STF; 4 Um horizonte promissor para a consolidação do salário mínimo como referência de proteção social. Referências.

RESUMO: Com a superveniência da Constituição Federal de 1988, o salário mínimo foi alçado à categoria de direito social fundamental dos trabalhadores e a competência para a fixação de seu valor foi outorgada ao Congresso Nacional. Todavia, a conjuntura econômica que se instalou após 1988 e a inércia legislativa no tratamento da matéria não permitiram que o salário mínimo resgatasse o seu poder de compra e desenvolvesse sua vocação social. Os seus reajustes permaneceram subordinados a interesses monetários, econômicos e fiscais de ocasião. Apenas entre os anos de 2000 a 2005, o Estado brasileiro começou a debater uma fórmula de reajuste capaz de transferir de maneira mais previsível os ganhos de produtividade da economia nacional para o salário mínimo. A Lei nº 12.382/11 surgiu como resultado desses debates, estabelecendo que a variação anual do salário mínimo entre os anos de 2012 a 2015 seria divulgada por Decreto Presidencial e seguiria um modelo de dupla vinculação, observando a variação do INPC e do PIB relativa a exercícios anteriores. Em julgamento de novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal placitou a constitucionalidade da política de valorização do salário mínimo prevista na Lei nº 12.382/11, destacando que ele não teria operado delegação ilegítima de atribuições do Congresso Nacional ao Poder Executivo, mas implantado um esquema de cooperação institucional entre os dois Poderes voltado à promoção do salário mínimo como uma “política de Estado”.

PALAVRAS-CHAVE: Salário Mínimo. Direito Social Fundamental. Desenho Institucional. Política de Estado. Proteção Social

ABSTRACT: With the promulgation of the Constitution of 1988, the minimum wage was raised to the category of workers' fundamental social right and the authority to determine its value was assigned to Congress. However, the economic situation that has developed since 1988 and the legislative inertia in the treatment of the matter did not allow the minimum wage to rescue its purchasing power and to develop its social vocation. Its adjustments remained subordinated to transitory economic, monetary and fiscal interests. Only in the years 2000 to 2005, the Brazilian government began debating a formula that would be able to reflect, in a more predictable manner, the productivity gains of the national economy in the minimum wage. Law No. 12.382/11 came as a result of these discussions, stating that the annual variation in the minimum wage between the years 2012-2015 would be disclosed by Presidential Decree and following a model of mutual linkage, observing the INPC and GDP of previous years. In a November of 2011 trial, the Supreme Court ruled the

constitutionality of the policy of increasing the value of minimum wage established in the Law No. 12.382/11, noting that there was no unlawful delegation of powers of the Congress to the Executive branch, but a scheme of institutional cooperation between the two powers aiming the promotion of the minimum wage as a "state policy".

KEYWORDS: Minimum Wage. Fundamental Social Right. Institutional Cooperation. State Policy. Social Protection

1 A DETURPAÇÃO DO SIGNIFICADO SOCIAL DO SALÁRIO MÍNIMO AO LONGO DA HISTÓRIA BRASILEIRA. UMA BREVE RECAPITULAÇÃO

O salário mínimo está positivado como técnica de proteção social no cenário jurídico nacional e internacional há quase um século. Além de estar previsto nos textos constitucionais brasileiros que se sucederam desde 1934, há pelo menos três compromissos internacionais¹ firmados pelo Brasil junto à Organização Internacional do Trabalho que exaltam a importância dessa política salarial em termos de justiça social.

Sem embargo do reconhecimento jurídico desse mecanismo, as suas potencialidades sociais restaram frustradas em diferentes momentos da história brasileira². Em grande parte, isso se deve ao fato de que o salário mínimo consubstancia um instituto de repercussões transversais, cujo manejo pode gerar efeitos das mais variadas ordens, impactando simultaneamente nas realidades³ monetária, econômica, orçamentária e fiscal da nação.

Além disso, o próprio modelo político existente para a constituição do montante do salário mínimo antes da superveniência da ordem constitucional de 1988 contribuiu para que o seu valor de referência ficasse mais exposto a flutuações. Entre 1934 e 1969, a sua definição ficou inteiramente a cargo do Poder Executivo⁴, que após a manifestação

1 Convenções nº 26 e 99, sobre métodos para fixação dos salários mínimos na indústria e na agricultura, internalizadas no ordenamento brasileiro pelo Decreto Presidencial nº 41.721/57; e Convenção nº 131, internalizada pelo Decreto Presidencial nº 89.686/84.

2 "Instituído em julho de 1940, atingiu seus maiores valores na segunda metade dos anos 50. Nas décadas seguintes foi sendo persistentemente rebaixado até atingir seus menores valores nos primeiros anos da década de 90. De meados dos anos 90 até hoje, vem sendo objeto de tímida e irregular recuperação. Ainda assim, o valor atual situa-se perto de 1/3 do valor de julho de 1940." DIEESE. Nota técnica nº 06, out. 2005 – *Salário mínimo e distribuição de renda*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2005/notatecSMDR.pdf>>. Acesso em 12.03.2013.

3 CACCIAMALI, Maria Cristina. *A política de salário mínimo e sua influência na distribuição de renda*. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/sal_min/t03.pdf>. Acesso em: 17.09.2013.

4 MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. *O direito fundamental ao salário mínimo digno: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2010. p. 43 e 61

de órgãos consultivos – Comissões do Salário Mínimo, sucedidas pelo Departamento Nacional de Salários e, após, pelo Conselho Nacional de Política Salarial – aprovava o valor a ser praticado por meio de Decreto da Presidência da República⁵.

Com o propósito de evitar que o salário mínimo ficasse subordinado a esses aspectos conjunturais e políticos, a Constituição Federal de 1988⁶ reconheceu o instituto como um direito social fundamental dos trabalhadores, além de trazer a definição do seu valor para o terreno do debate político majoritário, outorgando a responsabilidade de sua fixação ao Congresso Nacional.

Todavia, mesmo com a proclamação da fundamentalidade do instituto e da concepção de um novo desenho institucional, o salário mínimo continuou a sofrer com seguidos desvirtuamentos. Nos primeiros anos da vigência da CF/88 (1989/1994) – quando o Brasil experimentou o desafio de estabilizar um quadro econômico de grande volatilidade inflacionária – ele foi acionado muito mais como uma ferramenta de controle dos índices de preços do que para promover justiça social.

Mais adiante, entre 1994 e 1998, quando a economia brasileira já dispunha de uma configuração menos errática tendo em vista os êxitos do Plano Real – que permitiu que os reajustes do salário mínimo passassem a obedecer a uma linearidade anual, implementada via sucessivas Medidas Provisórias – as contingências cambiais e o baixo crescimento econômico não permitiram que o valor do salário mínimo incorporasse um ganho real mais expressivo⁷, pois o governo federal priorizava o atingimento de metas orçamentárias traçadas em planos de austeridade fiscal.

Nesse período, o salário mínimo recebeu atualizações muitas vezes insuficientes até mesmo para a manutenção de seu poder aquisitivo, o que

⁵ Consolidação das Leis do Trabalho:

Art. 116 - O decreto fixando o salário mínimo, decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação no Diário Oficial, obrigará a todos que utilizem o trabalho de outrem mediante remuneração.

⁶ Constituição Federal de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

⁷ Mesmo assim, dados científicos apontam que entre 1995-1998 o valor real do salário mínimo obteve um incremento de 25,9%. Ver NOGUEIRA, Isabela. *Uma introdução ao debate sobre distribuição de renda e salário mínimo no Brasil*. Disponível em: <<http://criticaeconomica.wordpress.com/2008/01/18/uma-introducao-ao-debate-sobre-distribuicao-de-renda-e-salario-minimo-no-brasil/>>. Acesso em: 17.03.2011.

motivou partidos políticos e entidades de classe a açãoarem a jurisdição constitucional para questionar a validade dos instrumentos normativos que fixaram o seu valor para o ano de 1996. No julgamento das ADI's nº 1439 e 1458, o Supremo Tribunal Federal produziu precedentes clássicos sobre a matéria, reconhecendo a inconstitucionalidade dos valores então fixados e o artigo 7º, IV, da Constituição.

A ementa de ambos os casos, elaborada pelo Ministro Celso de Mello, evidenciou que a atitude governamental em relação ao salário mínimo impôs claro desprestígio pela função social do instituto, pois, ao fixá-lo em valor insuficiente, o legislador, “*longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado*”.

A doutrina jurídica também reconheceu a apatia legislativa no tratamento do salário mínimo, com severas críticas à letargia do Parlamento:

Acredita-se que o maior responsável pelo valor do salário mínimo não suprir as necessidades básicas do empregado e de sua família é o Poder Legislativo, pois foi incumbido pelo legislador constitucional de dar eficácia social e efetividade ao art. 7º, IV, da Constituição Federal. No momento em que o Poder Executivo passa a fixar o valor do salário mínimo e o Poder Legislativo apenas acata, está sendo omissivo, e descumprindo o papel que lhe foi destinado pelo legislador de 1988⁸.

Isso dá prova de como a inovadora abordagem conferida pela CF/88 ao salário mínimo não produziu efeitos imediatos na concretização do instituto. Somente após a superação das conjunturas econômicas desfavoráveis, é que o Estado brasileiro passou a proceder a uma avaliação mais madura sobre a necessidade de estabelecer uma valorização mais efetiva da função social do salário míniimo.

No ano de 2005, o debate político sobre o tema se instalou conjuntamente em duas importantes instâncias dos Poderes Executivo e Legislativo. No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, criou-

⁸ MC na ADI nº 1458, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 03/05/1996. Publicação em 20/09/1996.

⁹ MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. *O direito fundamental ao salário mínimo digno: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, p. 200, 2010.

se¹⁰ uma Comissão Quadripartite¹¹ formada por representantes do governo, trabalhadores, aposentados e empregadores, com o “*objetivo de propor programa de fortalecimento do salário mínimo e analisar seus impactos no mercado de trabalho, na Previdência Social e nas políticas de assistência e desenvolvimento social no âmbito do Governo Federal e demais entes federativos*”.

Na sequência, o Ato Conjunto nº 03/2005, publicado pelo Congresso Nacional em 25.10.2005, criou a Comissão Mista Especial do Salário Mínimo, que realizou audiências com vários especialistas e entidades representativas dos segmentos sociais interessados no tema. Os trabalhos finais de ambas as câmaras de debate¹² concluíram que a ausência de uma política de valorização fixa e previsível que propiciasse a transferência dos ganhos de produtividade do país para o valor do salário mínimo era um dos principais entraves ao desenvolvimento da vocação social do instituto.

As negociações mediadas pela Comissão Quadripartite do MTE resultaram no embrião da estratégia de valorização do mínimo que seria positivada alguns anos depois. Segundo Nota Técnica nº 79/2009¹³, do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE, “*a política então desenhada definiu, como critério de reajuste, o repasse da inflação do período entre as correções, e o aumento real pela variação do Produto Interno Bruto (PIB), com defasagem de dois anos.*”

10 Decreto Presidencial de 20 de abril 2005

11 CARDOSO JR., José Celso. Salário mínimo e desenvolvimento social, in *Caderno Temático 1 – Política social e desenvolvimento: O Brasil entre dois projetos*. Disponível em: <<http://www.politicocial.net.br/index.php/caderno/caderno-tematico1/147-caderno-1-jose-celso.html>>. Acesso em: 20.03.2013.

12 “*A sistemática de reajuste do salário mínimo, na forma como vem se dando nos últimos anos, desvirtua o papel desse salário, privilegiando a lógica orçamentária em detrimento do atributo social e redistributivo que originalmente se lhe conferia. (...)*

A presente iniciativa de constituição da Comissão Mista Especial do Salário Mínimo concentra esforços no sentido de restituir o cunho redistributivo do salário mínimo, não apenas pelo resgate de sua função social, mas também pela iniciativa implícita do estabelecimento de um mecanismo legal e permanente para o seu reajuste. A adoção de uma sistemática com anteparo legal parece consistir em importante solução. Outros países adotam procedimento idêntico. Na França, o salário SMIC (Salário Mínimo Interprofissional de Crescimento) é anualmente reajustado com base no repasse integral da inflação medida por índice oficial, acrescido de um adicional de produtividade, como forma de fazer o trabalhador também compartilhar do aumento de produtividade verificado na economia.

Além disso, a perenidade de uma sistemática de reajuste respaldada em preceito legal deverá proporcionar maior proteção do salário mínimo face às injunções políticas de cunho eleitoreiro e mesmo aos arroubos tecnocráticos destinados a fazer do salário mínimo variável chave de políticas macroeconômicas contracionistas e ortodoxas. Relatório final da Comissão Mista Especial do Salário Mínimo. Rel. Paulo Paim. Brasília: Congresso Nacional, 2006. p. 118 e 124.

13 DIEESE. Nota técnica nº 79, Fev. 2009 – *Política de Valorização do Salário Mínimo: A aplicação da lei em 1º de fevereiro*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2009/notatec79SalMin2009.pdf>>. acesso em: 12.03.2013.

Eis que, em 10.02.2011, o Poder Executivo remeteu à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 382/2011, que dispôs sobre valor para o salário mínimo de 2011, fixando-o em R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais) e propôs uma Política de Valorização do Salário Mínimo para um período de médio prazo, a ser praticada ao longo dos quatro anos subsequentes (até o exercício de 2015).

De acordo com a política sugerida, a revisão anual do valor do salário mínimo seria obtida mediante a aplicação de uma regra fixa, que faria incidir sobre o valor nominal vigente dois percentuais cumulativamente considerados: (i) o percentual do INPC acumulado para o ano imediatamente anterior ao reajuste, para fins de se manter o poder de compra do salário mínimo; e (ii) o percentual da variação positiva do PIB de dois anos antes do aumento, com o fito de propiciar o incremento real do valor do salário mínimo.

Assim, o valor do salário mínimo em 2012 corresponderia, por exemplo, ao valor do ano de 2011 incrementado pela aplicação cumulativa do INPC (a ser registrado ao final de 2011) e do percentual de crescimento do PIB referente ao exercício de 2010. Demais, disso, o artigo 3º da proposição legislativa enfocada preconizou que os reajustes e aumentos fixados mediante a aplicação dessas regras seriam estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto.

O PL nº 382/11 logrou aprovação por ampla margem de maioria nas duas casas congressuais. Em 16.02.2011, o texto foi aprovado na Câmara dos Deputados, com apenas uma alteração no texto original encaminhado pelo Poder Executivo, que fez constar do art. 3º do PL a ressalva “nos termos desta Lei”¹⁴. Após o beneplácito legislativo, a Lei nº 12.382/2011 foi publicada no Diário Oficial da União.

Não obstante a aprovação, o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) e o partido Democratas (DEM) entenderam que, ao atribuir ao Poder Executivo a incumbência de estabelecer, por decreto, os reajustes e aumentos do salário mínimo, o artigo 3º, *caput*, e o § único, da Lei nº 12.382/2011 incidiriam em vício de constitucionalidade material, pelo que ajuizaram, em 01.03.2011, a ADI nº 4568.

Os partidos Requerentes alegavam que essas normas atentariam contra (i) o artigo 7º, IV, da Constituição Federal, pois o comando constitucional invocado estabeleceria que a fixação do valor do salário mínimo seria matéria reservada exclusivamente à disciplina de lei em

14 Lei nº 12.382/11:

Art. 3º Os reajustes e aumentos fixados na forma do art. 2º serão estabelecidos pelo Poder Executivo, por meio de decreto, nos termos desta Lei.

sentido formal; e (ii) o princípio da separação dos poderes, pois teriam operado uma dissimulada delegação de poderes ao Presidente da República, numa tentativa de usurpação da prerrogativa do Congresso Nacional de participar da discussão sobre o valor do salário mínimo.

2 AS TESES INVOCADAS PELA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO PARA DEMONSTRAR A CONSTITUCIONALIDADE DA POLÍTICA DE VALORIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO PRECONIZADA PELA LEI Nº 12.382/11

Dada a relevância maior da matéria e o acionamento da jurisdição constitucional pelos partidos políticos da bancada oposicionista, a Secretaria Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União se organizou para adiantar os trabalhos de defesa do ato legislativo impugnado, o que foi feito mediante a convocação do seu Departamento de Acompanhamento Estratégico¹⁵ para produzir um estudo prévio a respeito da constitucionalidade da nova Política de Valorização do Salário Mínimo, como o intuito de aparelhar da melhor maneira possível a futura manifestação a ser apresentada na ADI nº 4568.

No estudo, finalizado em fevereiro de 2011, elaborou-se uma análise do instituto do salário mínimo no ordenamento jurídico brasileiro, abordando a sua configuração jurídico-positiva ao longo dos tempos, as razões que determinaram a inefetividade de sua função social, as medidas estatais adotadas para a superação dessa apatia, o modelo de valorização proposto pela Lei nº 12.382/11 e a constitucionalidade do seu formato, destacando que a norma em questão não representou uma delegação legislativa oblíqua, nem empoderou o Poder Executivo em detrimento das competências do Legislativo.

Após o recebimento da intimação, o Departamento de Controle Concentrado da SGCT foi chamado para se manifestar formalmente nos autos, ocasião em que afirmou serem improcedentes as alegações da inicial, uma vez que (i) não houve ofensa à reserva de lei; (ii) o Executivo atuará tão somente mediante o exercício de função regulamentar plenamente vinculada; (iii) não ocorreu delegação de

¹⁵ Decreto Presidencial nº 7.392/2010:

Art. 11. Ao Departamento de Acompanhamento Estratégico compete:

I - assistir o Secretário-Geral de Contencioso quanto ao acompanhamento e avaliação das ações que envolvam a União em curso no Supremo Tribunal Federal;

II - elaborar os memoriais e os roteiros de sustentação oral nos processos relevantes de controle concentrado e difuso de constitucionalidade; e

III - realizar o acompanhamento das ações judiciais relevantes, inclusive daquelas ajuizadas contra o Presidente da República e Ministros de Estado.

função legislativa, pois a atividade a ser desenvolvida pelo Poder Executivo não contempla qualquer possibilidade de inovação primária no ordenamento jurídico; e (iv) trata-se de técnica legislativa que não retirou do Congresso o poder de rever, a qualquer momento, as regras traçadas.

Quanto à primeira das teses elencadas acima, apontou-se que, ao atribuir ao Poder Executivo o encargo de estabelecer os reajustes e aumentos do salário mínimo, o artigo 3º da Lei nº 12.382/11 indicou explicitamente que deveria ser observada a fórmula fixada nos §§ e incisos do seu artigo 2º. Dessa forma, o ato a ser praticado pelo Poder Executivo estaria plenamente vinculado a uma regra pré-fixada pelo próprio Legislativo em outras passagens da Lei nº 12.382/11.

Assim, por não contemplar qualquer possibilidade de inovação primária no ordenamento jurídico, mas tão somente a aplicação de indicadores econômicos que seriam futuramente definidos por órgão técnico (no caso, o IBGE), a atividade a ser desenvolvida pelo Poder Executivo na divulgação do valor do salário mínimo estaria compreendida nas raias da função regulamentar.

No que se refere ao segundo e terceiro argumentos, demonstrou-se que, na medida em que a Lei nº 12.382/11 trouxe não apenas os *standards* ou os elementos essenciais para a determinação do valor do salário mínimo, mas absolutamente todas as definições necessárias para a plena execução da finalidade da lei, não havia espaço para se cogitar da ocorrência de uma autorização legislativa abdicativa ou renunciativa, estas sim ilegítimas.

Demais disso, a manifestação do DCD enfatizou que a Lei nº 12.382/11 veio à baila como uma solução possível para o problema de inefetividade da função social do salário mínimo, esclarecendo que a lei criou uma regra fixa e previsível para a valorização do instituto no período compreendido entre os anos de 2012 e 2015, de modo a imprimir um sentido de gradualidade, estabilidade e continuidade na promoção desse importante instituto social, e a consolidá-lo como uma política pública de Estado destinada a garantir proteção social e a promover a distribuição mais igualitária dos rendimentos do trabalho.

3 O ACOLHIMENTO DO MODELO DA LEI N° 12.382/11 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Designada para relatar a ADI nº 4568, a Ministra Cármem Lúcia aplicou ao caso o rito abreviado previsto na Lei nº 9.868/99. A instrução do processo foi conduzida com elogiável celeridade, tendo se

encerrado em cerca de 6 (seis) meses, tempo muito abaixo da média. Após receber as informações das Casas Legislativas do Congresso Nacional, da Presidência da República, a defesa da Advocacia-Geral da União e o parecer da Procuradoria-Geral da República, a Ministra incluiu o feito na pauta do Plenário em 11.10.2011, tendo o processo sido apregoado para julgamento de mérito em 03.11.2011.

O voto-condutor proferido pela Ministra Relatora foi amplamente consentâneo com as teses de defesa do ato normativo empolgadas pela manifestação da Secretaria-Geral de Contencioso, nos memoriais apresentados durante a sessão e na sustentação levada a efeito pelo Advogado-Geral da União.

A Ministra rechaçou as teses expendidas na inicial a partir de três principais contrapontos. Entendeu ela (i) não haver delegação imprópria de Poderes ao Presidente da República, pois ele não fixaria qualquer valor, mas apenas aplicaria matematicamente os termos legalmente previstos, sem inovar na ordem jurídica; (ii) ser “*infundada a crítica constitucional formulada porque, ainda que se retirasse do mundo jurídico a referência ao modo de se decretar a divulgação do quantum a vigorar como salário mínimo (...), não se teria alteração na fixação de seu valor*”; e (iii) inexistir qualquer usurpação das competências legislativas do Congresso, porque poderia o legislativo revogar os critérios da Lei nº 12.382/11 quando entendesse oportuno.

Os fundamentos e a conclusão da Relatora foram secundados pela ampla maioria dos Ministros, à exceção dos Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio, que reconheciam a procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade. A despeito do resultado amplamente favorável, é interessante referir algumas angulações que foram captadas por outros Ministros durante o julgamento da causa.

O Ministro Luiz Fux, por exemplo, trouxe à baila a doutrina dos parâmetros inteligíveis, desenvolvida pela Suprema Corte americana para o exame da validade das delegações de poder normativo do Legislativo para o Executivo, salientando que a Lei nº 12.382/11 seria perfeitamente compatível com as bases dessa teoria, uma vez que a fórmula apresentada por ela seria “*praticamente exauriente, fechada, exaustiva do modo como deverá ocorrer o reajuste e a majoração do valor real do salário mínimo, segundo um planejamento de longo prazo que guarda estrita analogia com a periodicidade do plano plurianual*”¹⁶.

Segundo o Ministro Fux, a periodicidade adotada para a vigência do modelo de reajuste qualificaria a política de valorização instituída

¹⁶ ADI nº 4568, Tribunal Pleno, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, Julgamento em 03/11/2011. Publicação em 30/03/2012.

pela Lei nº 12.382/11 como uma verdadeira “política de Estado”, capaz de transcender os propósitos casuísticos de governo com a finalidade de robustecer a finalidade social do salário mínimo. Por fim, enfatizou que o ato normativo não teria implicado em renúncia de competência legislativa do Congresso, “mas sim na criação de um diálogo institucional que busca colher frutos das virtudes dos dois Poderes Políticos: a representatividade plural do Parlamento (...), com o conhecimento técnico e o dinamismo do Poder Executivo”.

A abordagem conferida pelo Ministro Luiz Fux coincide em muitos pontos com a tese que vinha sendo explorada pela SGCT desde as suas primeiras manifestações, no sentido de caracterizar a política instituída pela Lei nº 12.382/11 como exemplo de política de Estado de médio prazo, destinada a confraternizar a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em prol de um ganho de eficiência do salário mínimo.

Contudo, não foram todos os magistrados da Suprema Corte que louvaram a formulação supragovernamental da política de valorização do salário mínimo. Os Ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes manifestaram grande preocupação com a vinculação que a Lei nº 12.382/11 criou para os reajustes futuros, principalmente com a sua projeção para uma próxima legislatura (exercício de 2015).

Segundo Ayres Britto, o próprio espírito da Constituição pressuporia a anualidade dos reajustes do salário mínimo pelo Congresso Nacional. Em outra vertente crítica, mas chegando a conclusões semelhantes, o Ministro Gilmar Mendes manifestou certa hesitação¹⁷ em sufragar a validade da Lei nº 12.382/11 por quatro exercícios, por considerar que tal projeção temporal poderia vulnerar a ideia de reserva de Parlamento, que estaria implicitamente contida na norma do art. 7º, IV, da CF/88, o que, segundo ele, poderia alijar as minorias parlamentares do debate sobre o tema durante um significativo período de tempo. Não obstante, o Ministro Gilmar Mendes votou pela improcedência da ADI, considerando estar a Lei nº 11.382/11 no limiar da constitucionalidade.

Último a votar durante o julgamento, por ocupar, à época, a cadeira da Presidência, o Ministro Cezar Peluso não vislumbrou inconstitucionalidade no artigo impugnado pelos Partidos Políticos

¹⁷ “Desse modo, quando a lei em tela permite que o reajuste ultrapasse o período da legislatura atual, não apenas dificulta uma nova deliberação parlamentar sobre o tema durante o atual governo, como também torna bastante difícil que a nova legislatura, ou seja, os novos parlamentares, que serão eleitos em 2014, e quiçá o novo Presidente da República, deliberem sobre o assunto no primeiro ano de seus mandatos”. Trecho de voto escrito apresentado pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADI nº 4568.

Requerentes na inicial. Todavia, reconheceu haver delegação indevida na norma do art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.382/11, pois ela permitiria que o Presidente da República estimasse o valor do salário mínimo ao seu alvedrio enquanto não divulgados os índices de correção pelo IBGE.

A maioria dos Ministros, contudo, entendeu que a questão não poderia ser objeto de exame por não ter sido suscitada na petição da ação direta. Após este último debate, proclamou-se o resultado da sessão, declarando-se a constitucionalidade do art. 3º da Lei nº 12.382/11 por votação não unânime.

4 UM HORIZONTE PROMISSOR PARA A CONSOLIDAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO REFERÊNCIA DE PROTEÇÃO SOCIAL

A retrospectiva dos fatos que precederam a edição da Lei nº 12.382/11 demonstram que a inovação trazida pela Constituição de 1988 ao transferir o *locus* deliberativo sobre o salário mínimo para o Congresso Nacional não teve o condão de alavancar os desígnios sociais do instituto, que continuou a ter seu montante de referência reajustado de maneira casuística, por meio de Medidas Provisórias inspiradas em preocupações monetárias, orçamentárias ou fiscais.

O novo diploma legal, contudo, apostou numa engenharia institucional cooperativa de médio prazo, por meio da qual, durante quatro exercícios financeiros seguidos (2012-2015), os Poderes Legislativo e Executivo se comprometeram a aplicar ao salário mínimo uma regra de valorização constante, concebida para permitir que o valor da remuneração de piso dos trabalhadores se aproprie dos ganhos de produtividade da economia brasileira, ao mesmo tempo em que se atualiza por um índice de correção monetária de larga aplicação.

Após receber o sufrágio da Suprema Corte no plano da normatividade, a Lei nº 12.382/11 teve caminho livre para operar sobre a realidade. E, transcorrida quase metade do período previsto para sua vigência, já é possível observar efeitos benéficos surgidos com a incidência do novo modelo¹⁸. Tanto é assim que, em março de 2013, a OIT divulgou estudo¹⁹ a respeito do crescimento do nível de salários no mundo em que destaca o papel das economias em

¹⁸ Em 2012, o valor do salário mínimo foi reajustado em 14%, passando a valer R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais). No ano seguinte, o valor divulgado pelo Poder Executivo atingiu a casa de R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), representando uma variação de 9% em relação ao ano anterior.

¹⁹ Relatório Mundial de Salários 2012/2013

desenvolvimento no período de 2012 a 2013, citando a política de valorização do salário mínimo no Brasil como exemplo a ser seguido.

Segundo o referido estudo, a adoção dessa política de valorização pelo Brasil foi um dos principais fatores responsáveis pelo crescimento médio real de 2,7% nos salários pagos no país, contra 1,2% no restante do planeta. Além disso, a Organização²⁰ afirma que o salário mínimo representa uma forma eficiente de redução da pobreza e de proteção social, porque as pessoas mais afetadas pelo seu aumento são aquelas que estão à margem do processo social hegemônico, como os trabalhadores domésticos, que, segundo estima, chegam a 7 milhões de pessoas no Brasil, 46% dos quais recebem exatamente um salário mínimo.

Mas os impactos sociais do salário mínimo vão além dos trabalhadores, atingindo outros cidadãos em posição de vulnerabilidade. Isso porque os artigos 201, § 2º, e 203, V, da Constituição Federal estabeleceram o salário mínimo como piso de determinadas prestações sociais (benefícios previdenciários e assistenciais, como abono e seguro-desemprego). Por conta disso, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República²¹ calcula que, como o reajuste de 9% no salário mínimo de 2013, 3,7 milhões de pessoas idosas e com deficiência que recebem o Benefício de Prestação Continuada (BPC) serão favorecidas.

Esses reajustes confirmam a trajetória recente de consolidação do salário mínimo como política de proteção social e atestam a eficiência do desenho institucional proclamado pela Lei nº 12.382/11 para reativar a vocação social do instituto no Brasil. Ao valorizar o mecanismo, emancipando-o da influência oportunista de discursos orçamentários, o país se aproxima da concretização de um dos principais flancos do programa de justiça social concebido na Constituição cidadã de 1988. Assim, pelo menos por enquanto, a política de valorização da Lei nº 12.382/11 assoma como uma experiência bem sucedida de “política de Estado”.

20 “OIT: políticas sobre salário mínimo para reduzir pobreza”. Matéria jornalística divulgada em: <<http://oglobo.globo.com/economia/oit-politicas-sobre-salario-minimo-para-reduzir-pobreza-6963806>>, acesso em 20.03.2013.

21 “3,7 milhões de idosos e pessoas com deficiência serão beneficiados com aumento do salário mínimo”. Matéria jornalística divulgada em: <<http://www.sedh.gov.br/Clientes/sedh/sedh/2013/01/17-jan-13-3-7-milhoes-de-idosos-e-pessoas-com-deficiencia-serao-beneficiados-com-aumento-do-salario-minimo>>. Acesso em: 15.03.2013.

REFERÊNCIAS

CACCIAMALI, Maria Cristina. *A política de salário mínimo e sua influência na distribuição de renda*. Disponível em <http://www.mte.gov.br/sal_min/t03.pdf>. Acesso em: 17.03.2013.

CARDOSO JR., José Celso. Salário mínimo e desenvolvimento social, in *Caderno Temático 1 – Política social e desenvolvimento: O Brasil entre dois projetos*. Disponível em: <<http://www.politicocial.net.br/index.php/caderno/caderno-tematico1/147-caderno-1-jose-celso.html>>. Acesso em: 20.03.2013.

DIEESE. Nota técnica nº 06, out. 2005 – *Salário mínimo e distribuição de renda*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2005/notatecSMDR.pdf>>. Acesso em: 12.03.2013.

DIEESE. Nota técnica nº 79, Fev. 2009 – *Política de Valorização do Salário Mínimo: A aplicação da lei em 1º de fevereiro*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2009/notatec79SalMin2009.pdf>>. Acesso em: 12.03.2013.

NOGUEIRA, Isabela. *Uma introdução ao debate sobre distribuição de renda e salário mínimo no Brasil*. Disponível em: <<http://criticaeconomica.wordpress.com/2008/01/18/uma-introducao-ao-debate-sobre-distribuicao-de-renda-e-salario-minimo-no-brasil/>>. Acesso em: 17.03.2011.

MUNIZ, Mirella Karen de Carvalho Bifano. *O direito fundamental ao salário mínimo digno: uma análise à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, p. 43 e 61, 2010.

Relatório final da Comissão Mista Especial do Salário Mínimo. Rel. Paulo Paim. Brasília: Congresso Nacional, 2006. p. 118 e 124.

Supremo Tribunal Federal. MC na ADI nº 1458, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello.

Julgamento em 23/05/1996. Publicação em: 20/09/1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4568, Tribunal Pleno, Rel^a. Min^a. Cármel Lúcia, Julgamento em 03/11/2011. Publicação em 30/03/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

Organização Internacional do Trabalho, Global Wage Report 2012-13. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_194843.pdf>. Acesso em: 20.03.2013.

A CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSMISSÃO OBRIGATÓRIA DO PROGRAMA ‘VOZ DO BRASIL’

*THE CONSTITUTIONALITY OF THE MANDATORY BROADCASTING
OF THE PROGRAM “VOICE OF BRAZIL”*

Andrea de Quadros Dantas Echeverria

Advogada da União lotada na Secretaria-Geral de Contencioso

Bacharel em Ciência Política – Universidade de Brasília

*Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana – ESMPU em parceira
com a Univ. Bochum/Alemanha*

Mestre em Direito das Relações Internacionais – Centro Universitário de Brasília

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constitucionalidade da transmissão obrigatória – Argumentos da AGU; 1.1 O instituto da concessão – possibilidade de restrições; 1.2 Da compatibilidade de tal restrição com a atual ordem constitucional; 2 A recepção da Lei nº 4.117/62 pela Constituição de 1988; 3 A importância da atuação estratégica da SGCT; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo revisa a estratégia de atuação e os argumentos utilizados pela Advocacia-Geral da União visando assegurar a continuidade de transmissão do programa oficial de informação dos Poderes da República, denominado Voz do Brasil, prevista na Lei nº 4.112/62. A questão foi provocada pelo ajuizamento de ações pelas concessionárias de radiodifusão, sustentando a constitucionalidade da obrigatoriedade de tal transmissão no horário determinado em lei. Em seus argumentos, a AGU destacou que sendo a radiodifusão um serviço público delegado por meio de concessão, estaria restrito às cláusulas regulamentares estabelecidas pela Administração. Demonstrou, ademais, que o acesso à informação, promovido pela programa Voz do Brasil, estaria em consonância com o caráter democrático da Constituição de 1988. O Supremo Tribunal Federal dirimiu a questão afirmando que a citada lei fora recepcionada pelo atual ordenamento constitucional.

PALAVRAS CHAVE: Voz do Brasil. Obrigatoriedade de Transmissão. Acesso a Informação.

ABSTRACT: This paper reviews the strategy and the arguments used by the Attorney General's Office to ensure the continuity of transmission of the official program of the Powers of the Republic, called Voice of Brazil, pursuant to Law No. 4.112/62. The problem started by the filing of lawsuits by broadcasting companies, holding unconstitutional the requirement of such transmission in the time required by law. In their arguments, the Attorney General's Office said that as being a public service delegated by concession, broadcasting could be restricted to regulations clauses established by the Public Administration. The Attorney General's Office also demonstrated that the information access provided by this program would be in line with the democratic character of the 1988 Constitution. The Supreme Court judged the question stating that the law is compatible with the current constitutional order.

KEYWORDS: Voice of Brazil. Transmission. Information Access.

INTRODUÇÃO

A questão acerca da liberdade de informação ocupa lugar central em qualquer sistema político democrático, em especial em face da crescente importância dos meios de comunicação. A preocupação com tal princípio democrático se justifica essencialmente pelo fato da comunicação social ser um poderoso instrumento, a influenciar tanto a sociedade como a agenda política de um país¹.

Nesse contexto, inúmeras concessionárias de radiodifusão ajuizaram ações visando à declaração de inconstitucionalidade da transmissão obrigatória do programa oficial de informações dos Poderes da República, denominado Voz do Brasil, previsto no artigo 38, alínea ‘e’ da Lei nº 4.112/62, por suposta ofensa ao princípio da liberdade de expressão.

Entretanto, como será observado no decorrer desse artigo, a atuação da Advocacia-Geral da União para assegurar a transmissão obrigatória do programa fundamentou-se, sobretudo, no direito de acesso à informação, reforçando, assim, o caráter democrático de nossa sociedade. Para tanto, pretende-se demonstrar que um serviço público delegado por meio de concessão pode estar limitado por cláusulas regulamentares estabelecidas unilateralmente pela Administração, desde que observada a supremacia do interesse público.

Por outro lado, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão restou decidida quando do julgamento da ADI nº 561-8, momento no qual foi confirmada a recepção da Lei nº 4.112/62 pela Constituição de 1988.

As considerações finais destinam-se a provocar uma reflexão acerca da importância do acesso à informação no fortalecimento de um Estado Democrático de Direito.

1 CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSMISSÃO OBRIGATÓRIA – ARGUMENTOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A obrigatoriedade das emissoras de radiodifusão transmitirem, no horário de 19 às 20 horas, o programa oficial de informações dos

¹ BARROSO Luis Roberto. Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In: *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004. p. 102-112, p. 104/105. No mesmo sentido: “Por outro lado, é quase despicando ressaltar serem os meios de comunicação de massa, em especial o rádio e a televisão, elementos objetivos de alteração da forma de fazer política e das relações entre o povo e seus governantes” (LOPES, p. 143) sugiro padronizar referências e formatação dos títulos das obras

Poderes da República, denominado Voz do Brasil, está previsto no artigo 38, alínea ‘e’ da Lei nº 4.112/62². Embora tal lei tenha sido parcialmente revogada pela Lei nº 9.472/97, foi mantida a vigência do citado dispositivo.

Nesse contexto, a discussão iniciou-se por meio de ajuizamento de uma série de ações judiciais, propostas por diversas concessionárias de serviço de radiodifusão, solicitando que a transmissão daquele programa pudesse ser realizada em horário alternativo, a ser fixado pela concessionária.

Em regra, o argumento utilizado pelos autores apontava para a inconstitucionalidade dos artigos 38, ‘e’ e 65 da Lei 4.112/62³, por ofensa aos artigos 5º e 220 da Constituição Federal, destacando que restrições à liberdade de transmissão das empresas de radiodifusão só poderiam ser impostas pelo poder constituinte⁴.

Diante de tais questionamentos, a Advocacia-Geral da União estabeleceu como indispensável o estudo tanto do instituto da concessão – e dos consequentes limites do exercício das atividades assim deferidas – como da compatibilidade entre a restrição resultante da obrigatoriedade de transmissão da Voz do Brasil e o atual ordenamento constitucional.

1.1 O instituto da concessão – possibilidade de restrições

Inicialmente, cumpre ressaltar que a exploração do serviço de radiodifusão sonora é de competência exclusiva da União, que poderá exercê-la diretamente ou mediante a outorga de concessão e permissão, consoante o art. 22, XII, ‘a’, da Constituição Federal.

Percebe-se, assim, que a atividade de radiodifusão é constitucionalmente limitada, na medida em que o “*poder de regulamentar*

² Art. 38. Nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas: (Redação dada pela Lei nº 10.610, de 20.12.2002)

e) as emissoras de radiodifusão, excluídas as de televisão, são obrigadas a retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso Nacional;

³ Art. 65. O CONTEL promoverá as medidas cabíveis, punindo ou propondo a punição, por iniciativa própria ou sempre que receber representação de qualquer autoridade.

⁴ Para estudo da tese de inconstitucionalidade da norma em análise, veja: Zandonade, Udnio. A radiodifusão no ordenamento jurídico brasileiro e a ilegalidade da retransmissão obrigatória do programa a Voz do Brasil : (não-recepção dos artigos 28, item 12, f, e 68, da Lei nº 4.117/62 pela Constituição da República de 1988). In: Informativo jurídico Consulex, v. 15, n. 51, p. 10-13, 17 dez. 2001; e MARTINS, Ives Gandra da Silva, 1935-. Inconstitucionalidade de ato normativo da Radiobras que impõe o horário obrigatório da ‘voz do Brasil’ com base em lei revogada pela Constituição de 1988 : admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade. In: Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 86, n. 744, p. 97-109, out. 1997;

*as concessões é inerente e indespojável do concedente*⁵, a quem compete estabelecer determinadas restrições, em especial, àquelas voltadas para ao interesse público.

Ademais, considerando a importância dos meios de radiodifusão para a concretização dos princípios de liberdade de expressão e acesso a informação, dois pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, por certo que tal serviço deve ser considerado como um serviço público⁶.

Estando confirmado o caráter público do serviço prestado pelas empresas concessionárias de radiodifusão é pacífico na doutrina que as cláusulas regulamentares são estabelecidas unilateralmente pela Administração Pública⁷.

Conclui-se, portanto, que a delegação da atividade de radiodifusão não retira a sua característica essencial, e sendo um serviço público deve necessariamente ser executado conforme as normas editadas pelo poder concedente, sob regime juspublicista, não havendo, por isso, qualquer ofensa ao princípio da liberdade de expressão a obrigatoriedade de transmissão do citado programa oficial de informações.

1.2 Da compatibilidade de tal restrição com a atual ordem constitucional

Estabelecida essas duas premissas fundamentais, de que se trata de serviço público delegado e que compete ao poder concedente regulamentar a forma e os limites da execução desse serviço, resta analisar se a imposição de transmissão obrigatória do programa Voz do Brasil teria sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Apesar de tal imposição ter sido estabelecida sob a vigência da Constituição de 1946, por certo que não há motivos para considerá-la incompatível com a atual ordem constitucional. Como visto, tal programa tem finalidade essencialmente pública, destinando-se a informar à população sobre a atuação dos Poderes da República. Tal função pública

⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 5. ed. RT: 1990. p. 338.

⁶ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: RT, 1997. p. 142; No mesmo sentido: “Serviço público é todo aquele essencial para a realização de objetivos fundamentais do Estrado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar juspublicista” (FREITAS, Juarez. O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. Malheiros, 1997. p. 33)

⁷ PIETRO, p. 243; No mesmo sentido: “Poder de alteração unilateral - tal cláusula significa que a Administração pode impor ao contratado modificações na própria prestação do contrato, caso assim exija o interesse público” (LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: RT, 1997. p. 97)

visa conferir efetividade ao direito constitucional à informação previsto no art. 5º, incisos XIV e XXXIII da Constituição.

De fato, na teoria política, um dos principais temas no estudo da democracia refere-se exatamente ao princípio da *accountability*⁸, que se preocupa exatamente com a necessidade não apenas do governo prestar contas de suas ações à sociedade, mas também de conferir métodos para que tal controle seja efetivado, mediante transparência e acesso às informações governamentais⁹.

Percebe-se, assim, que a obrigatoriedade de transmissão de tal programa coaduna-se perfeitamente com tal enfoque democrático da nossa ordem constitucional, visando a uma maior participação/conhecimento da população acerca das decisões políticas tomadas pelos seus governantes. Nesse sentido:

O programa “Voz do Brasil” nada mais é que a reação necessária, imperativa e obrigacional do Estado brasileiro perante a Nação, titular da soberania. Sinteticamente, é a prestação de contas do representante do povo perante quem lhe outorgou o poder de exercício da soberania. [...]

Cabe ao Estado induzir, concretizar estes anseios e divulgar, através de todos os meios hábeis à maior parte da sociedade, quais valores está ele conferindo prioridade máxima. Relembra-se que o programa “Voz do Brasil” não é um singelo Diário Oficial, mas sim núcleo de decisões do Estado em todos os seus Poderes constituídos, demonstrando mais uma vez a extrema necessidade para a efetivação da democracia.¹⁰

⁸ Sem adentrar nas diversas discussões acerca do conceito de accountability, resumidamente, pode-se afirmar que “A accountability diz respeito à capacidade que os constituintes têm de impor sanções aos governantes, notadamente reconduzindo ao cargo aqueles que se desincumbem bem de sua missão e destituindo os que possuem desempenho insatisfatório. Inclui a prestação de contas dos detentores de mandato e o veredito popular sobre essa prestação de contas”. (MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política. Rev. Sociol. Polit., Curitiba, n. 25, Nov. 2005).

⁹ Sobre a relação entre accountability e direito à informação: “Entre as precondições para a efetiva accountability encontra-se, segundo Zifcak, “a existência de informações suficientes, que proporcionem uma discussão informada e o real debate” (ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Transparência e Accountability no Estado Democrático de Direito. Reflexões à luz da Lei de Acesso à Informação. Revista TCEMG, Edição Especial)

¹⁰ SANCHES, Marcelo Elias. ‘Voz do Brasil’ – Novo Enfoque. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* vol. 39, p. 151, jul./2001 DTR\2001, p. 736/737 (checar ordem e p.)

Por outro lado, tal programa atende a outro importante pilar da democracia que é a participação popular, pois a tal participação somente é possível mediante o acesso às informações oficiais, conforme leciona o ex-Ministro Ayres Britto:

E democracia, nesse sentido, que qualquer leigo sabe, democracia é tirar o povo da plateia e colocá-lo no palco das decisões coletivas [...] Então, a democracia inaugura essa era da informação, a era da comunicação, porque a democracia postula a transparência na vida pública e no seio da própria sociedade. Numa democracia, nós somos tomados de assaltos, digamos assim, por uma santa curiosidade. Nós queremos saber tudo. De tudo, principalmente das coisas do poder [...]¹¹

Vale destacar que os próprios cidadãos reconhecem a utilidade desse tradicional jornal como meio informativo, segundo as pesquisas de opinião¹².

Ressalte-se, por fim, que o princípio da liberdade de expressão em nada é atingido pela obrigatoriedade de transmissão do referido programa oficial. A própria doutrina constitucionalista estabelece que tal princípio não pode ser considerado ilimitado, sendo permitido em nossa ordem constitucional, restrições à transmissões de programas concernentes à horários, locais e faixas etárias. Nesse sentido:

Apesar da ampla liberdade de expressão e informação ser o princípio fundamental da comunicação social (CF, art. 220, caput), pareceu bem ao constituinte fazer restrições e exceções pontuais a essa norma, em homenagem a direitos de terceiros e com vistas a realização de outros bens e interesses jurídicos, igualmente consagrados em seu texto, como a proteção à infância e à juventude, à cultura nacional, à saúde e ao meio ambiente¹³

11 BRITTO, Carlos Ayres. Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In: *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba : Academia Paulista de Magistrados, 2004. p. 89-102, p. 100.

12 "Pesquisa do Instituto Data Folha, feita em dezembro de 2005, informa que 88% dos brasileiros com idade acima de 16 anos conhecem a Voz do Brasil. Mais da metade deles aprovam que o programa seja obrigatório. A mesma pesquisa mostra que nas regiões Nordeste e Centro-Oeste a audiência é maior. Dois terços dos entrevistados dessas regiões que conhecem a Voz do Brasil ouvem o programa regularmente, 'índice de dar água na boca até em novelas transmitidas pela televisão', segundo a jornalista Ana Bela Paiva, em matéria publicada no Jornal do Brasil. (Grifou-se). Disponível em: <http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=255&Itemid=125>. Acesso em: 19 set.2007.

13 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Comunicação Social e as Novas Plataformas Tecnológicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 12, nov./dez./jan. 2008. Salvador.

Desse modo, a liberdade de expressão não significa uma liberdade incondicionada de transmissão. Impende notar, portanto, que a retransmissão da “Voz do Brasil” em nada afronta tal princípio, pois não se verifica qualquer censura ideológica ou política resultante de tal obrigação, sendo certo que as emissoras são livres para divulgar suas ideias e pensamentos, devendo, contudo, reservar uma hora de sua programação diária para informar aos expectadores sobre os principais acontecimentos do país. De fato, José Afonso da Silva esclarece que:

A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade de dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação¹⁴.

Percebe-se, assim, que a obrigatoriedade de transmissão do programa Voz do Brasil é plenamente compatível com a atual Constituição, funcionamento como importante instrumento de consolidação dos princípios da accountability e do acesso à informação.

2 A RECEPÇÃO DA LEI N° 4.117/62 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 561-8 foi ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores/PT sob o argumento de inconstitucionalidade do Decreto n. 177/91, que regulamentava os serviços limitados de telecomunicações. Assim, embora a ação não tenha questionado especificamente a recepção da Lei nº 4.117/62 pela Constituição Federal de 1988, tal questão deveria ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal como prejudicial do mérito uma vez que:

*as resoluções editadas pelo Poder Público, que veiculam regras de conteúdo meramente regulamentar, não se submetem à jurisdição constitucional de controle in abstracto, pois tais atos estatais têm por finalidade, em última análise, viabilizar, de modo direto e imediato, a própria execução da lei*¹⁵.

Tanto é assim, que o Ministro Sepúlveda Pertence assim delineou a controvérsia posta em julgamento na ADI 561-8/DF:

¹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional* 15. ed. Positivo, p. 219.

¹⁵ Trecho da ementa do acórdão proferido na ADI 561

Verifica-se, portanto, que a divergência decisiva entre o raciocínio do Autor e do em. Ministro relator situa-se realmente em saber se o Código, editado sob a Constituição de 1946, fora ou não recebido pela Constituição de 1988¹⁶.

Nesse contexto, o Ministro relator, Celso de Mello, afirmou que o Código Brasileiro de Telecomunicações fora recepcionado pela atual ordem constitucional, tendo ressaltado que:

Consequentemente – e à semelhança do que já ocorrera com o texto constitucional de 1967 – a vigente Carta Política recebeu, em seus aspectos essenciais, o Código Brasileiro de Telecomunicações, que, embora editado em 1962, sob a égide da Constituição de 1946, ainda configura o estatuto jurídico básico disciplinador dos serviços de telecomunicações. [...] É por essa razão que a nossa melhor doutrina – CAIO TÁCITO, MIGUEL REALE, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS e MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO –, ao sustentar, a uma só voz, que a Lei n. 4.117/62 e os atos que a regulamentaram foram recebidos pela nova Constituição, com a qual guardam a necessária relação de compatibilidade material e formal (e com o que subsistem vigentes as próprias formulações conceituais que enunciam e contêm) [...]]¹⁷

Percebe-se que, embora a questão específica acerca da obrigatoriedade de transmissão obrigatória prevista o art. 38, alínea ‘e’ da Lei nº 4.117/62 não tenha sido objeto de julgamento, o fato é que a Suprema Corte entendeu que o Código Brasileiro de Telecomunicações estaria recepcionado pela atual ordenamento constitucional.

Nesse ponto, ao contrário do que defendido pela corrente contrária à tese da União, o artigo 38, ‘e’ da norma em estudo guarda característica essencialmente democrática e garantidora do direito ao acesso a informação, ao determinar seja reservado um horário para transmissão obrigatória do programa oficial de informações dos Poderes da República.

3 A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO

Como visto acima, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a Lei nº 4.117/62 foi devidamente recepcionada pela Constituição de 1988, o

¹⁶ Voto Ministro Sepulveda Pertence, p. 124.

¹⁷ Voto Ministro Celso de Mello, p. 89/90.

que afastaria de pronto a alegação de incompatibilidade da transmissão obrigatória do programa oficial com o princípio da liberdade de expressão. Tal posicionamento foi o principal argumento utilizado pela Suprema Corte para julgar os inúmeros recursos extraordinários, consoante se verifica da ementa do seguinte acórdão:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
LEI 4.117/1962. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSMISSÃO OBRIGATÓRIA DO PROGRAMA “A VOZ DO BRASIL”. I – O Plenário do STF, ao julgar a ADI 561-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, decidiu que a Lei 4.117/1962 – que prevê a obrigatoriedade de transmissão do programa “A Voz do Brasil” – foi recepcionada pela Constituição Federal. Precedentes. II – Agravo regimental improvido¹⁸

Apesar do posicionamento favorável da Suprema Corte, os interesses da União ainda não estavam plenamente resguardados. Isso porque, havendo decisões contrárias proferidas pelos Tribunais Regionais Federais e sendo o recurso extraordinário desprovido de efeito suspensivo, inúmeras concessões do serviço de radiodifusão possuíam aval judicial para transmitir o programa em horário alternativo.

Vislumbrando a necessidade de cassar as decisões contrárias, estabeleceu-se como estratégia o ajuizamento de duas ações distintas: (1) *ação cautelar*, visando conferir efeito suspensivo aos recursos extraordinários da União já protocolados na Suprema Corte; e (2), suspensão de tutela antecipada em face de acórdãos dos tribunais regionais cujos recursos extraordinários ainda estivessem na origem¹⁹.

Na oportunidade, sustentou a Advocacia-Geral da União a plausibilidade do direito invocado, uma vez que a decisão então proferida pela Corte Regional teria ido de encontro ao entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade da obrigatoriedade da retransmissão do programa oficial de rádio “A Voz do Brasil”, diariamente, no horário das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, nos termos do art. 38, alínea e, da Lei 4.117/1962, dada a sua recepção pela Constituição de 1988.

Especificamente quanto à urgência da medida, restou demonstrado que a possibilidade de execução imediata dos acórdãos regionais,

¹⁸ RE 490769 AgR/RS; Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento 01/02/2011; Primeira Turma

¹⁹ A título exemplificativo, citem-se: AC 3211 e STA 27.

permitindo a flexibilização do horário de transmissão do programa, prejudicaria a adequada divulgação das informações oficiais dos Poderes da República. Ressaltou-se, ademais, a irreversibilidade da medida deferida pelos Tribunais Regionais, já que *não haveria como retroceder no tempo para transmitir um programa em determinado horário de um dia pretérito*.

Novamente, o Supremo Tribunal Federal acatou os argumentos da Advocacia-Geral da União, consoante se verifica do seguinte trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Dias Toffoli, na AC 3.211 MC/DF:

Assim, a questão em debate nos referidos precedentes é simétrica à ora submetida a este relator, do que decorre ser, portanto, notório o fumus boni iuris a amparar a pretensão ora sob análise.

A viabilidade da liminar, por outro lado, é suportada por construções pretorianas da Corte, que prestigiam o exame dessas espécies quando instaurada a jurisdição do Supremo Tribunal Federal e quando há risco da demora, notadamente em hipóteses de possível cumprimento de acórdão proferido em manifesta contrariedade à pacífica jurisprudência desta Corte sobre o tema.

E isso efetivamente ocorre, no presente caso, dada a possibilidade de pronto cumprimento de ordem judicial, que assim pode ser qualificada, fato a tornar presente igualmente o requisito do periculum in mora.

Conclui-se, portanto, que a atuação célebre da Advocacia-Geral da União resultou na manutenção da obrigatoriedade de transmissão do programa oficial dos Poderes da República, colaborando para a efetividade do princípio do acesso à informação.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A liberdade de expressão e o direito à informação são dois princípios constitucionais tão imbricados, que tanto funcionam de forma complementar como, por vezes, de forma aparentemente contraditória²⁰.

²⁰ Nesse sentido, interessante o pensamento de Barbosa Lima Sobrinho: ““Entre a ‘liberdade de expressão’ e o ‘direito à informação’ há que absorver diferenças, que impõem a coexistência das duas. A liberdade de expressão é um direito de quem a utiliza. O direito à informação alcança e abrange o público a que ele se dirige. Há, entre os dois, a distância que vai de um direito pessoal a um direito coletivo. O direito à

Essa discussão constitucional trazida no bojo da ação contestando a obrigatoriedade de transmissão do programa Voz do Brasil é de extrema importância para a delimitação do caráter democrático que tais princípios devem possuir.

Assim, o simples fato das concessionárias de radiodifusão ter que reservar uma hora determinada para transmissão do programa oficial de informações dos Poderes da República não implica necessariamente uma ofensa à liberdade de expressão exatamente na medida em que visa conferir efetividade ao direito a informação. E mais, sendo tal informação referente à atuação dos Três Poderes, tal programa amplia o viés democrático tanto da liberdade de expressão como do acesso à informação.

É interessante observar que embora tais ações possam parecer, a primeira vista, de pouca relevância para o cenário jurídico-político, percebe-se que os argumentos suscitados pela Advocacia-Geral da União apontam para questões essenciais da estrutura democrática do Estado brasileiro, na medida em que permite uma maior transparência e um maior controle das ações governamentais, ampliando a denominada accountability do sistema democrático.

Por fim, ressalte-se que, apesar da decisão do Supremo Tribunal Federal, há um projeto de lei que prevê seja flexibilizado o horário de transmissão do programa oficial, cuja veiculação poderia ocorrer entre as 19 e 22 horas, a critério da concessionária do serviço de radiodifusão²¹. Embora o projeto já tenha sido aprovado pela Câmara dos Deputados em 2006, foi alterado quando posto em votação no Senado. Tais mudanças foram aprovadas pelas Comissões de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, e de Constituição e Justiça, estando pendentes de votação pelo Plenário da Câmara e do Senado²².

informação não se limita ao jornalista que o utiliza. Alcança também o público que dele se serve. Até mesmo porque, em relação ao jornalista, como um locutor, deixa de ser um direito para se converter num dever. Um direito subjetivo por exceléncia. [...] Já o direito de informação abrange todos os meios de comunicação e acompanha de perto a evolução da própria imprensa, que se tornou predominantemente informativa" (apud BASTOS, Celso Ribeiro. A Liberdade de expressão e a comunicação social. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, n. 20, p. 48-52, jul./set. 1997).

²¹ Projeto de Lei nº 595/2003. (Apenas um comentário lateral, impressionante a quantidade de requerimentos para inclusão na ordem do dia!)

²² Notícia veiculada pela Agência Câmara de Notícias, em 16 de março de 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/COMUNICACAO/411775-PERSISTE-POLEMICA-SOBRE-FLEXIBILIZACAO-DA-VOZ-DO-BRASIL.html>>

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In: *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004. p. 102-112.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Comunicação Social e as Novas Plataformas Tecnológicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 12, nov./jan. 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. A Liberdade de expressão e a comunicação social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 5, n. 20, p. 48-52, jul./set. 1997
- BRITTO, Carlos Ayres. Limitações constitucionais em temas de comunicação social. In: *Aspectos polêmicos da atividade do entretenimento*. Mangaratiba: Academia Paulista de Magistrados, 2004.
- FREITAS, Juarez. O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos. In *Estudos de Direito administrativo*. 2. ed. Malheiros, 1997.
- LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: RT, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva, 1935-. Inconstitucionalidade de ato normativo da Radiobras que impõe o horário obrigatório da 'voz do Brasil' com base em lei revogada pela Constituição de 1988: admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 744, out. 1997.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15. ed. RT, 1990.
- MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política. *Revista Sociol. Política*, Curitiba, n. 25, nov. 2005.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo:Atlas, 1999.
- ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Transparência e Accountability no Estado Democrático de Direito. Reflexões à luz da Lei de Acesso à

Informação. *Revista TCEMG*, Edição Especial. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1682.pdf>>.

SANCHES, Marcelo Elias. ‘Voz do Brasil’ – Novo Enfoque. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 39 . jul./2001 DTR 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed.

ZANDONADE, Udno. A radiodifusão no ordenamento jurídico brasileiro e a ilegalidade da retransmissão obrigatória do programa a Voz do Brasil : (não-recepção dos artigos 28, ítem 12, f, e 68, da Lei nº 4.117/62 pela Constituição da República de 1988). *Informativo jurídico Consulex*, v. 15, n. 51, 17 dez. 2001.

PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS – LEI DE BIOSSEGURANÇA E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 3.510/DF

*RESEARCH IN EMBRYONIC STEM-CELLS – BIO SECURITY LAW AND
UNCONSTITUTIONALITY DIRECT ACTION Nº 3.510/DF*

*Vanessa Martins
Advogada da União
Departamento de Controle Difuso/SGCT/AGU*

SUMÁRIO: 1 Contextualização do tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; 2 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF; 3 Argumentos utilizados pela Advocacia-Geral da União como defensora da constitucionalidade do texto legal impugnado na ADI nº 3.510/DF; 3.1 Da necessidade de definição conceitual do direito à vida; 3.2 Do instituto da personalidade jurídica no direito civil brasileiro; 3.3 Dos aspectos altruísticos da norma insculpida no artigo 5º, caput e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005; 3.4 Da importância de se realizar audiência pública; 3.5 Do conceito de células-tronco e o direito à vida; 4 Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF pelo Supremo Tribunal Federal e os argumentos da Advocacia-Geral da União (Secretaria-Geral de Contencioso) que foram acolhidos; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é apresentar o tema pesquisa com células-tronco embrionárias e sua previsão legal na Lei de Biossegurança (artigo 5º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005) em uma acepção bastante restrita, considerados tão somente os seus aspectos polêmicos relacionados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Longe de esgotar o tema, prioriza-se a sua contextualização na Constituição da República Federativa do Brasil, os principais argumentos aventados pelo autor da demanda, as teses jurídico-sociais apresentadas pela Advocacia-Geral da União, por intermédio da Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT), bem como os fundamentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para o deslinde da causa. Destacam-se, essencialmente, aqueles embasamentos de votos dos julgadores que acolheram os argumentos da SGCT.

PALAVRAS-CHAVE: Células-Tronco. Pesquisa. Vida. Biossegurança. Constitucionalidade.

ABSTRACT: The objective of this article is to present the research with embryonic stem-cells and its legal prediction on the Bio security Law (article 5º, *caput* and paragraphs, of the law nº 11.105/2005) in a restricted sense, considering only its polemic aspects related to the proposition of the direct action of the unconstitutionality before the Federal Supreme Court. Far from ending the discussion, it is prioritized the contextualization on the Federative Republic of Brazil Constitution, the main arguments by the author of the problem, the social-juridical theses presented by the General Law of the Union, by intermediation of the General Secretary of the Contentious (SGCT), as well as the fundaments utilized by the Ministers of the Federal Supreme Court for the cause. It is highlighted, essentially, those arguments that based the votes of the judges that took the arguments of the SGCT.

KEYWORDS: Stem-Cells. Research. Life. Bio security. Constitutionality.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A questão envolvendo pesquisa científica com células-tronco embrionárias, evidentemente polêmica não só no âmbito jurídico, mas também nos campos religioso, social e da medicina, encontra respaldo constitucional direto no artigo 5º, *caput*, que assegura a inviolabilidade do direito à vida, asseverando o seguinte:

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: [...].

O referido dispositivo constitucional impõe o dever de se preservar a vida humana, em sua existência. Tal afirmação revela uma discussão essencial: saber a partir de que momento existe vida; ou seja, o marco inicial da vida humana.

Duas expressões absolutamente distintas surgiram para tentar explicar o início da vida humana: a fecundação e a concepção.

E, destaque-se, foi exatamente essa a questão discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pelo Procurador-Geral da República, nos termos do artigo 102, inciso I, alínea 'a', da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.510/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF foi proposta objetivando questionar a constitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005¹ (Lei de

¹ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Biossegurança), em virtude da sua suposta incongruência com os dispositivos constitucionais que preveem a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88²) e a inviolabilidade do direito a vida (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88³).

O dispositivo infraconstitucional impugnado na Ação Direta de Inconstitucionalidade trouxe expressa autorização da utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, bem como estabelecem as respectivas condições.

As teses defendidas pelo autor da ADI nº 3.510/DF foram no sentido de que a vida teria início com a fecundação e, por conseguinte, o embrião possuiria sinais vitais, podendo, perfeitamente, ser considerado ser humano; não havia comprovação científica da eficácia das células-tronco embrionárias com relação ao tratamento de doenças degenerativas; seria viável o emprego das células-tronco adultas como medida alternativa para os experimentos que envolvessem cura de algumas doenças, inexistindo qualquer afronta ao direito à vida, na medida em que tais células seriam extraídas de pessoas vivas; e utilizar células-tronco embrionárias em pesquisas genéticas ocasionaria perigo para a sociedade, diante da impossibilidade do exercício do poder de controle do Estado e na medida em que levaria a desvirtuamentos dos fins legalmente trazidos pela Lei de Biossegurança, como, por exemplo, a clonagem de seres humanos.

3 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO DEFENSORA DA CONSTITUCIONALIDADE DO TEXTO LEGAL IMPUGNADO NA ADI N° 3.510/DF

A Advocacia-Geral da União, por intermédio da Secretaria-Geral de Contencioso, atuou na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF para defender a constitucionalidade dos dispositivos

² § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

² 2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[-.]-

III - a dignidade da pessoa humana;

³ 3 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: [-.]-.

legais impugnados, exercendo justamente atribuição que lhe foi constitucionalmente conferida, consoante disposto no artigo 103, § 3º, da CRFB/88, *in verbis*:

§ 3º – Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Essencialmente, a defesa da Secretaria-Geral de Contencioso fundamentou-se na tese de que “a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*”.

Os argumentos utilizados para embasar a tese supramencionada perpassam pelas seguintes premissas: 1) necessidade de se definir o direito à vida; 2) personalidade jurídica; 3) aspectos altruísticos do dispositivo legal impugnado; 4) importância da realização de audiência pública; e 5) conceito de células-tronco e o direito à vida.

3.1 Da necessidade de definição conceitual do direito à vida

O direito à vida envolve uma diversidade de conceitos e teorias explicativas de sua definição, dentre as quais é possível destacar as seguintes: aquela que estabelece que o início da vida humana dá-se a partir da fecundação (teoria defendida pelo Procurador-Geral da República – autor da ADI nº 3.510/DF); outra que diz que a vida do ser humano inicia-se com o fenômeno da nidação; uma terceira, que assevera ter início a vida a partir do momento em que o feto passa a ter condições de existir sem a mãe (entre a 24^a e a 26^a semanas de gestação); uma quarta, que traz conclusão no sentido de que a vida teria início apenas no momento da formação do sistema nervoso central.

Na oportunidade destacou-se, ainda, que o conceito de vida humana poderia ser extraído do próprio ordenamento jurídico brasileiro, por meio de interpretação da lei que regulamenta os transplantes de órgãos (Lei nº 9.434/97), a qual estabelece que a vida humana termina com a morte cerebral e, consequentemente, o conceito de vida estaria absolutamente relacionado com o início da atividade cerebral (reforçando a teoria de que a vida humana teria início com a formação do sistema nervoso central).

Ademais disso, asseverou-se que o embrião, por si só, não possui sinais vitais, constituindo-se como uma mera ‘célula-ovo’ formada a

partir da fecundação, trazendo a colação a seguinte conclusão: “*trata-se de um conjunto de células que do ponto de vista biológico não se distingue de uma cultura ou uma colônia de células de animais ou plantas.*”⁴

3.2 Do instituto da personalidade jurídica no direito civil brasileiro

A Secretaria-Geral de Contencioso destacou, ainda, que para chegar ao conceito de vida humana também se faz necessário analisar o instituto da personalidade jurídica, extraído do direito civil brasileiro, combinando-se o artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com o artigo 2º do Código Civil. Asseverou, pois, que o direito civil pátrio adotou a teoria natalista, considerando como pessoa (ser humano) não aquele que foi concebido, mas sim o nascido com vida. Destarte, o embrião não se confunde com o nascituro.

O nascituro é o ser que já foi concebido, se encontra implantado no organismo feminino, e irá nascer; portanto, dotado de expectativa de direitos. Enquanto o embrião é uma mera célula-ovo, formada a partir da fecundação e que somente poderá ser considerado um nascituro a partir do momento em que for implantado em um útero de mulher.

3.3 Dos aspectos altruísticos da norma insculpida no artigo 5º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005

Outro aspecto considerado para a defesa da legislação impugnada na ADI nº 3.510/DF foi a finalidade da edição da Lei de Biossegurança e seus objetivos essenciais, quais sejam proporcionar qualidade de vida àqueles beneficiários das pesquisas genéticas, como meio de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como possibilitar a utilização mais adequada dos embriões *in vitro*, uma vez que os embriões utilizados para as pesquisas regulamentadas pela referida lei são aqueles considerados como inviáveis ou que estejam congelados há mais de três anos, e que tinham como único destino, antes da regulamentação, o lixo.

Destacou-se, inclusive, que também foram adotados alguns mecanismos de precaução pela lei, objetivando segurança nos procedimentos científicos de pesquisa e evitar que o embrião seja utilizado para fim diverso daquele previsto na legislação atacada quanto à sua constitucionalidade.

Nesse sentido, é imperioso registrar a previsão legal do indispensável consentimento dos genitores para a utilização do embrião,

⁴ Conceito formulado pelo grupo de trabalho da Academia Brasileira de Ciência composto por Marcos Antônio Zago, Mayana Zatz e Antonio Carlos Campos de Carvalho.

em qualquer caso, e do crime de comercialização do material biológico a que se refere o artigo 5º e seus parágrafos, sendo que a sua prática incide em conduta tipificada criminalmente no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997⁵.

Por fim, ressaltou-se que a Lei de Biossegurança permite a utilização, para fins de pesquisa e terapia, somente das células-tronco obtidas de embriões humanos por fertilização *in vitro* (e não implantado no útero), e exige que as instituições de pesquisa e serviço de saúde que utilizem tais células submetam seus projetos à apresentação e aprovação dos respectivos comitês de ética.

3.4 Da importância de se realizar audiência pública

Diante de um tema absolutamente complexo, salientou-se a importância e a relevância da audiência pública realizada para auxiliar os julgadores e esclarecer pontos fundamentais e importantes para a solução jurídica da causa.

A audiência pública propiciou a exposição da opinião de diversos especialistas que, inclusive, fizeram diversas ponderações a respeito da constitucionalidade da norma impugnada na ADI nº 3.510/DF, e reforçou o caráter experimental das pesquisas com células-tronco adultas, oportunidade na qual inúmeros especialistas ressalvaram a existência de diversas limitações no manuseio dessa modalidade de células em pesquisas científicas, dentre as quais é possível destacar a dificuldade de localização e o reduzido potencial de transformação.

Ademais disso, conclusões interessantes foram expostas: a grande potencialidade das células-tronco embrionárias, que apresentam como característica fundamental a possibilidade de dar origem a quaisquer outras células, diferentemente do que ocorre com as células-tronco adultas, e a enorme probabilidade de descoberta da cura e do tratamento adequado para doenças degenerativas, como a leucemia, a distrofia muscular, a esclerose múltipla, o Alzheimer, o Parkinson, o diabetes, dentre outras.

3.5 Do conceito de células-tronco e o direito à vida

A Secretaria-Geral de Contencioso asseverou, ainda em defesa do dispositivo legal atacado, que as células-tronco são aquelas com

⁵ Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorrre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferre qualquer vantagem com a transação.

capacidade de gerar uma cópia idêntica a si mesma e com potencial de diferenciar-se em vários tecidos.

De todas as classificações da expressão células-tronco, uma delas se mostrou essencial para o caso concreto apreciado na ADI nº 3.510/DF, qual seja aquela relacionada à sua natureza. Segundo essa classificação, as células-tronco podem ser:

a) Adultas, extraídas dos diversos tecidos humanos, tais como, medula óssea, sangue, fígado, cordão umbilical, placenta etc. (estas duas últimas são consideradas células adultas, haja vista a sua limitação de diferenciação).

Nos tecidos adultos também são encontradas células-tronco, como medula óssea, sistema nervoso e epitélio. Entretanto, estudos demonstram que a sua capacidade de diferenciação seja limitada e que a maioria dos tecidos humanos não pode ser obtida a partir delas.

b) Embrionárias, que somente podem ser encontradas nos embriões humanos, e são classificadas como totipotentes ou pluripotentes, dado seu alto poder de diferenciação.

Estes embriões descartados (inviáveis para a implantação) podem ser encontrados nas clínicas de reprodução assistida ou podem ser produzidos através da clonagem para fins terapêuticos.

Destacou-se, inclusive, que as células-tronco podem ser obtidas por meio dos seguintes métodos:

- a) Clonagem Terapêutica, que consiste na técnica de manipulação genética que fabrica embriões a partir da transferência do núcleo da célula já diferenciada, de um adulto ou de um embrião, para um óvulo sem núcleo. A partir da fusão inicia-se o processo de divisão celular, na primeira fase 16-32 são consideradas células totipotentes. Na segunda fase 32-64 serão células pluripotentes, blastocisto que serão retiradas as células-tronco para diferenciação, *in vitro*, dos tecidos que se pretende produzir. Nesta fase ainda não existe nenhuma diferenciação dos tecidos ou órgãos que formam o corpo humano e por isso podem ser induzidas para a terapia celular.
- b) Corpo Humano, uma vez que as células-tronco adultas são fabricadas em alguns tecidos do corpo, como a medula óssea, sistema nervoso e epitélio, mas possuem limitação quanto à diferenciação em tecidos do corpo humano.
- c) Embriões Descartados (inviáveis para implantação) e Congelados nas clínicas de reprodução assistida.

Restou consignado, por fim, que os avanços da biotecnologia alcançam, no mundo, polêmicas discussões filosóficas, sociais, econômicas e jurídicas, e que atualmente, no âmbito internacional, ainda existe nítida divisão a respeito das questões ligadas à clonagem terapêutica, num cenário em que muitos países são favoráveis à pesquisa de células-tronco embrionárias, retiradas de embriões excedentes, e relutantes à clonagem com fins terapêuticos.

E, diante deste grande conflito social e científico, caberia somente ao biodireito regulamentar e disciplinar a matéria, considerando-se que o Estado Brasileiro é laico e que, pois, deveriam ser evitadas quaisquer concepções religiosas. Além disso, o objeto da demanda proposta perante o Pretório Excelso, que seria definido dentro do ordenamento jurídico, seria exatamente o momento em que começa a vida e a partir de quando o embrião tem direitos constitucionais, inclusive na polêmica sobre o aborto anencefálico.

Dante de tudo quanto exaustivamente exposto, a Advocacia-Geral da União, por intermédio da Secretaria-Geral de Contencioso, postulou a declaração de constitucionalidade do ato normativo impugnado na ADI nº 3.510/DF (artigo 5º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005), e o reconhecimento da improcedência do pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade.

4 JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.510/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OS ARGUMENTOS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO) QUE FORAM ACOLHIDOS

Inicialmente, é preciso destacar que houve êxito da Advocacia-Geral da União (Secretaria-Geral de Contencioso – SGCT) na defesa da constitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF foi julgada totalmente improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.

Diversos argumentos aventados pela Secretaria-Geral de Contencioso foram acolhidos pelos Ministros julgadores do Pretório Excelso, dentre os quais podem ser destacados os seguintes:

a) Grande potencialidade das células-tronco embrionárias, que apresentam como característica fundamental a possibilidade de dar origem a quaisquer outras células, e a enorme probabilidade de descoberta da cura e do tratamento adequado para doenças degenerativas.

Tal argumento foi enfrentado e acolhido no voto do Ministro Relator, Ayres Britto, conforme se vê do trecho a seguir colacionado:

18. Ainda assim ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, “se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano” (revista *Veja*, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – nº9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes.

b) Para se chegar ao conceito de vida humana é necessário considerar o conceito de personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o direito civil pátrio adotou a teoria natalista, considerando como pessoa (ser humano) não aquele que foi concebido, mas sim o nascido com vida. Destarte, o embrião não se confunde com o nascituro.

Referido argumento também foi acolhido pelo Ministro Relator da ação, conforme se vê:

19. Falo ‘pessoas físicas ou naturais’, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de ‘personalidade civil’, literis: ‘A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria ‘natalista’, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da ‘concepcionista’).

Este fundamento foi acolhido também no voto do Ministro Celso de Mello, ao asseverar que a potencialidade do embrião dar origem à vida está condicionada à implantação em útero, sendo que não é ser humano potencial o embrião sem condições de ser colocado no útero materno, bem como que não se vislumbra paridade ontológica entre o embrião de que trata o artigo impugnado na ADI nº 3.510/DF e a pessoa humana.

c) Duas finalidades essenciais da edição da Lei de Biossegurança: proporcionar qualidade de vida àqueles beneficiários das pesquisas genéticas, como meio de dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana; e possibilitar a utilização mais adequada dos embriões *in vitro*, uma vez que os embriões utilizados para as pesquisas regulamentadas pela referida lei são aqueles considerados como inviáveis ou que estejam congelados há mais de três anos, e que tinham como único destino, antes da regulamentação, o lixo.

Tal argumento foi acolhido no voto do Ministro Marco Aurélio, que lembrou ser fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, sendo que o previsto no art. 5º da Lei nº 11.105/2005 objetivaria avançar no campo científico, visando a preservar esse fundamento; e aduziu que não se pode impedir o avanço científico, deixando de aproveitar embriões que fatalmente serão jogados no lixo. Finalizou salientando que a conclusão pela inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei nº 11.105/2005 prejudicaria aqueles que não têm condições de buscar, em outros centros no qual verificado o sucesso de pesquisa com células-tronco, o tratamento necessário.

E foi corroborado, ainda, no voto do Ministro Gilmar Mendes, conforme se vê do trecho a seguir colacionado:

Independentemente dos conceitos e concepções religiosas e científicas a respeito do início da vida, é indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no princípio responsabilidade.

Não se trata de criar obstáculos aos avanços da medicina e da biotecnologia, cujos benefícios para a humanidade são patentes. Os depoimentos de renomados cientistas na audiência pública realizada nesta ADI nº 3.510 nos apresentam um futuro promissor em tema de pesquisas com células tronco originadas do embrião humano.

A história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico. [...] .

d) Adoção pela Lei de Biossegurança de mecanismos de precaução, objetivando segurança nos procedimentos científicos de pesquisa e evitar que o embrião seja utilizado para fim diverso daquele previsto na legislação atacada constitucionalmente, com expressa previsão do

indispensável consentimento dos genitores para a utilização do embrião, em qualquer caso, e do crime de comercialização do material biológico a que se refere o artigo 5º e seus parágrafos, sendo que a sua prática incide em conduta tipificada criminalmente no art. 15 da Lei no 9.434/97.

Este fundamento foi acolhido pelo Ministro Marco Aurélio, ao asseverar que, no caso concreto, sequer estaria envolvida a denominada viabilidade, pois o artigo impugnado não cogita o aproveitamento de embriões fecundados naturalmente no útero, bem como que a lei, ao conter inúmeras cláusulas acauteladoras, condiciona a utilização de embriões não utilizáveis no procedimento de inseminação, pressupõe a inviabilidade de implantação do embrião no útero, seja pela própria impossibilidade (decurso do tempo), seja pelo consentimento do casal (fornecedores do material genético).

Foi acolhido, ainda, pelo Ministro Gilmar Mendes, como se vê do trecho de seu voto, a seguir transcrito:

É possível perceber que a lei, inegavelmente, foi cuidadosa na regulamentação de alguns pontos, ao exigir que as pesquisas sejam realizadas apenas com embriões humanos ditos ‘inviáveis’, sempre mediante o consentimento dos genitores e com aprovação prévia dos projetos por comitês de ética, ficando proibida a comercialização do material biológico utilizado.

O Ministro Celso de Mello também acolheu, na fundamentação de seu voto, este fundamento, justamente por ter considerado que o artigo 5º da Lei de Biossegurança respeita o princípio da precaução ao impor limitações para a utilização do embrião em pesquisas com células-tronco.

e) Os avanços da biotecnologia alcançam, no mundo, polêmicas discussões filosóficas, sociais, econômicas e jurídicas, e diante deste grande conflito social e científico, caberia somente ao biodireito regulamentar e disciplinar a matéria, considerando-se que o Estado Brasileiro é laico e que, pois, deveriam ser evitadas quaisquer concepções religiosas.

Esta tese foi aceita pelo Ministro Celso de Mello que, em seu voto, consignou que a questão objeto da ADI nº 3.510/DF não poderia ser reconhecida como disputa entre o Estado e a Igreja, enfatizando a separação entre o Estado e a Igreja.

Ademais, destacou que na República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, utilizando como critério exclusivo de solução da

controvérsia jurídica posta na ADI nº 3.510/DF aquele que se fundamenta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por fim, visando enfatizar e reafirmar o sucesso das teses defendidas pela Advocacia-Geral da União nos autos da ADI nº 3.510/DF, transcreve-se, a seguir, os principais trechos da ementa do julgado proferido pelo Pretório Excelso:

CONSTITUCIONAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. *INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS.* DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. *IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.* [...] II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. *A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor).* [...] Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões 'in vitro', significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. *Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade* (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA

E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar).
[...] *Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (‘in vitro’ apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível.* O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. *O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.*
[...] **VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.**
[...] *Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto.* A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. **IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.** Afasta-se o uso da técnica de ‘interpretação conforme’ para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da ‘interpretação conforme’

a Constituição', por quanto *a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidate. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.* (ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043)⁶ (grifou-se)

5 CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações feitas no presente trabalho, resta evidente o êxito total na atuação da Secretaria-Geral de Contencioso, órgão da Advocacia-Geral da União responsável pela atuação nos processos judiciais em curso perante o Supremo Tribunal Federal, para a defesa da constitucionalidade do artigo 5º, *caput* e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, impugnado em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510/DF).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/03/2013.

BRASIL. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Publicada no DOU de 28/03/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm> Acesso em: 15/03/2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Inteiro teor do julgamento da ADI nº 3.510/DF pelo Plenário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>> Acesso em: 18/03/2013.

⁶ <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?sI=000168856&base=baseAcordaos>>.

PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE — VEDAÇÃO À IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS (ADPF 101)

*PROTECTION OF THE ENVIRONMENT – PROHIBITION OF THE
IMPORTATION OF USED TIRES (CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH
A FUNDAMENTAL PRECEPT Nº 101)*

Thaís Rangel da Nóbrega

*Advogada da União, atualmente integrante do Departamento de Controle
Concentrado da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União
(SGCT/AGU). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-
graduada em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT).*

SUMÁRIO: 1 Introdução e histórico legislativo; 2
Ajuizamento da ADPF 101; 3 Audiência Pública e
Julgamento; 4 Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo analisa a atuação da Secretaria-Geral de Contencioso na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, proposta perante o Supremo Tribunal Federal. O objeto da ação foram as diversas decisões judiciais que, não obstante a proibição legal existente no Brasil, autorizavam a importação de pneus usados por empresas do setor de reforma ou remoldagem. O elevado número de decisões nesse sentido fez, inclusive, com que o Brasil fosse questionado pela União Europeia perante a Organização Mundial do Comércio (OMC). Nesse contexto, e tendo em vista o enorme prejuízo para a saúde pública e o meio ambiente causado pelo acúmulo cada vez maior de pneus no território nacional, tornou-se urgente que a Suprema Corte decidisse o tema de forma ampla, geral e imediata, pondo fim à relevante controvérsia judicial existente. Após a realização de audiência pública, a Ministra Relatora, Cármén Lúcia, levou o feito a julgamento. Os argumentos apresentados pela Advocacia-Geral da União foram acolhidos e a ADPF foi julgada parcialmente procedente, selando uma das maiores vitórias já alcançadas pela Secretaria-Geral de Contencioso.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Secretaria-Geral de Contencioso. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Supremo Tribunal Federal. Importação de pneus usados. Proibição legal. Proteção à saúde e ao meio ambiente.

ABSTRACT: This article analyzes the role of 'General Secretariat for Litigation' in Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept nº 101, filed in Supreme Federal Court. The object of this claim was the huge number of judge decisions that, despite the legal prohibition in Brazil, authorized the importation of used tires by brazilian tire retreading companies. Those decisions caused Brazil to be questioned by the European Union at the World Trade Organization (WTO). In this context, and given the enormous damage to public health and the environment caused by the increasing accumulation of tires on the brazilian territory, it became urgent that the Supreme Federal Court decided the issue in a broad, general and immediate way, ending the relevant legal controversy. After the public hearing, Justice Carmen Lucia put the case into trial. The arguments presented by the Office of Attorney General of the Union were accepted and the claim was considerederered partially founded, sealing one of the greatest victories ever achieved by the General Secretariat for Litigation.

KEYWORDS: The Office of Attorney General of the Union. General Secretariat for Litigation. Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept nº 101. Supreme Federal Court. Importation of used tires. Legal prohibition. Protection of health and environment.

1 INTRODUÇÃO E HISTÓRICO LEGISLATIVO

Os direitos à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como o dever de defendê-lo e preservá-lo, são princípios constitucionais previstos nos arts. 196 e 225 da Carta de 1988:

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

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a efetividade desse direito, prevê o inciso V do art. 225, § 1º, que incumbe ao Poder Público *“controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”*.

Nesse contexto, uma das mais relevantes pautas da temática de proteção ambiental diz respeito ao gerenciamento e destinação de resíduos. Essa questão vem ganhando destaque em razão do aumento da demanda por bens de consumo, que acarreta, em consequência, o incremento do montante de resíduos a serem descartados no meio ambiente.

Justamente em face dessa preocupação é que foi editada, em 2010, a Lei Federal nº 12.305, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, com vistas à gestão integrada e ao adequado gerenciamento desses resíduos.

Em verdade, desde o início da década de 90 do século passado, o Brasil reconhece o profundo risco ambiental e sanitário decorrente do acúmulo de resíduos de *pneus* no território nacional.

Durante todo o período em que permanece no meio ambiente, o pneumático, além de servir de criadouro para mosquitos transmissores de doenças tropicais, como dengue, malária e febre amarela, libera diversos gases e metais altamente tóxicos, como monóxido de carbono, gás carbônico, óxido de enxofre e nitrogênio, dioxinas e furanos. Ademais, ainda não existe um método eficaz – e inofensivo para o meio ambiente – de eliminação completa dos resíduos de pneus. Mesmo a incineração, que é o método mais utilizado, libera inúmeras substâncias nocivas para a atmosfera.

Diante desse contexto é que *a legislação brasileira passou a proibir a importação de pneus usados*, como forma de evitar o ingresso de novas carcaças no território nacional e estimular a reciclagem daquelas aqui já existentes, minimizando, assim, os prejuízos à saúde coletiva e ao equilíbrio ecológico.

Em 15 de outubro de 1992, diante do referendo do Congresso Nacional, a República Federativa do Brasil aderiu à *Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito*, de 22 de março de 1989, ratificando-a por meio do Decreto nº 875, de 19 de julho de 1993. Por meio da Convenção de Basileia, reconheceu-se o direito de todo Estado Soberano de proibir a entrada de resíduos perigosos estrangeiros e outros resíduos no seu território.

Em atendimento aos princípios concretizados pela referida Convenção, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (*CONAMA*) – vinculado ao Ministério do Meio Ambiente – e a Secretaria de Comércio Exterior (*SECEX*) – vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – editaram atos normativos com vistas a proibir, especificamente¹, a importação, pelo Brasil, de *pneus usados*. Trata-se das *Resoluções nºs 23/96 e 235/98 (CONAMA) e 8/2000 (SECEX)*.

A aludida proibição veio a ser reforçada por outras normas do CONAMA (Resolução CONAMA n. 258/99) e da SECEX (Portaria 08 de 2000), bem como pelo Decreto nº 3919, de 2001, que incluiu o art. 47-A no Decreto nº 3179, de 21 de setembro de 1999, estabelecendo como infração administrativa a importação de pneu usado ou reformado, com a previsão de pena pecuniária de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) por unidade importada.

Uma circunstância, contudo, alterou o rumo até então seguido pela legislação brasileira: uma *decisão arbitral proferida pelo Tribunal ad hoc do Mercosul*, em razão de provocação do Uruguai. Tal decisão *compeliu o Brasil a aceitar a importação de pneus remoldados provenientes dos países do Mercosul*.

Assim, em respeito ao laudo arbitral que reconheceu o direito de países do Mercosul de exportar para o Brasil pneus remoldados, o Brasil viu-se obrigado a editar, entre outras normas, a *Portaria SECEX nº 02 (2002)*, que assim dispôs:

¹ Registre-se que, desde 1991, com a edição da Portaria DECEX nº 08, do Departamento de Comércio Exterior, já existia norma legal no Brasil proibindo a importação de bens de consumo (lato sensu) usados, conforme se verifica do disposto no seu art. 27, *verbis*: “*Não será autorizada a importação de bens de consumo usados.*”

Art. 1º. Fica autorizado o licenciamento de importação de pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, procedentes dos Estados Partes do MERCOSUL ao amparo do Acordo de Complementação Econômica nº 18.

Cumpre observar que a legislação brasileira continuou a proibir a importação de pneumáticos usados, mas passou a excetuar da proibição apenas e tão somente os *pneus remoldados provenientes dos países integrantes do Mercosul*. Em outras palavras, qualquer decisão judicial que autorizasse a entrada de pneus usados no país – à exceção dos pneus remoldados do Mercosul – contrariava frontalmente o ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, não obstante a evidente proibição legal, e apesar de a jurisprudência majoritária confirmar essa vedação, *vinham sendo proferidas inúmeras decisões judiciais em favor de empresas do segmento de reforma/remoldagem de pneumáticos, autorizando a importação de pneus usados provenientes de países não integrantes do Mercosul*. Estima-se que, *por ano, até 12 (doze) milhões de pneus usados* eram importados com respaldo nessas decisões judiciais.

Justamente em razão dessas decisões, o Brasil chegou a ser questionado pela União Europeia perante a Organização Mundial de Comércio (OMC), ao argumento de que estaria a adotar uma barreira comercial disfarçada. Além de criticar a abertura proporcionada no âmbito do Mercosul para a importação de pneus remoldados, a União Europeia reportou-se ao expressivo volume de pneus usados, utilizados como matéria-prima pelo setor de reforma brasileiro, que ingressavam no país por meio de liminares deferidas em favor das empresas desse setor: a quantidade elevada de pneumáticos importados com base nessas decisões configuraria uma espécie de privilégio aos reformadores brasileiros, na medida em que estes, ao importar pneus usados, poderiam recondicioná-los, não sendo permitido ao fabricante estrangeiro, contudo, exportar pneus reformados para o Brasil.

Instaurado, por requerimento da União Europeia, um Painel para dirimir a questão, a OMC observou que as inúmeras decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados como matéria-prima das empresas recondicionadoras nacionais vinham comprometendo substancialmente as metas ambientais e sanitárias do Brasil; e que as importações de pneus usados por meio de liminares acabavam por gerar discriminação em favor dos reformadores nacionais. Assim, concluindo que a injustificável importação de pneus usados mediante decisões judiciais configuraria uma restrição disfarçada do Comércio Internacional, a

OMC recomendou que o Brasil adotasse uma postura *uniforme e definitiva* com relação à proibição de importação dos pneumáticos, até dezembro de 2008, sob pena de possíveis retaliações (suspensão de concessões) por parte da União Europeia.

Por todo o exposto, na medida em que as mencionadas decisões judiciais passaram a representar um crescente problema sanitário e ambiental – e, agora, até mesmo de comércio internacional –, tornou-se imprescindível submeter o tema ao crivo do Supremo Tribunal Federal.

2 AJUIZAMENTO DA ADPF 101

Daí a relevância da propositura de uma *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, para solucionar, de forma geral e em tempo razoável, a controvérsia em questão. Isso porque a decisão a ser firmada pelo STF em sede de controle concentrado – como no caso da ADPF – tem efeito vinculante para todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública e eficácia *erga omnes*², por força de norma constitucional (art. 102, § 2º, CF) e do art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99.

Desse modo, coube ao Presidente da República (legitimado para tanto nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 9.882/99), representado pelo Advogado-Geral da União, a propositura de uma ADPF perante o Supremo Tribunal Federal, tendo por objeto exatamente as decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados. Esta, aliás, foi a primeira arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pelo Presidente da República.

A elaboração da respectiva petição inicial competiu a esta Secretaria-Geral de Contencioso, órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo assessoramento do Advogado-Geral da União nas atividades relacionadas à sua atuação judicial perante o Supremo Tribunal Federal.

A SGCT afirmou, na inicial da ADPF, que as decisões judiciais autorizadoras da importação de pneus usados vinham colocando em risco a proteção aos preceitos fundamentais constantes dos artigos 196 e 225 da Constituição, representados pelo direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Aduziu ser constitucional e legal a vedação imposta à importação de pneus usados por meio de Portaria, tendo em vista que esta encontra fundamento no artigo 237 da Constituição Federal, que expressamente

² A eficácia *erga omnes* da decisão consiste no alcance a todas as pessoas físicas e jurídicas (públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras com atividade empresarial no território nacional), as quais estarão submetidas à orientação firmada pela Corte Excelsa.

atribui ao Ministério da Fazenda a competência de fiscalizar e controlar o comércio exterior.

Demonstrou a instauração de *relevante controvérsia judicial* (artigo 3º, V, da Lei 9.882/99) acerca da aplicação dos mencionados preceitos, elencando diversos exemplos de decisões diametralmente opostas acerca do tema – uma verdadeira “*guerra de liminares*”, termo utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes para traduzir uma das hipóteses ensejadoras da proposta de ADPF.

Ademais, no intuito de comprovar a inexistência de “*qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade*” (princípio da subsidiariedade, previsto no artigo 4º, § 1º, da Lei 9.882/99), a SGCT pontuou que, na espécie, a lesão aos preceitos fundamentais decorre não de atos normativos, mas de atos concretos do Poder Público, consubstanciados nas decisões judiciais a que se fez referência. Dessa forma, para sanar a lesão de forma ampla, geral e imediata – o que certamente não seria obtido pelo prosseguimento de cada um dos processos isoladamente, pelas vias ordinárias – os demais processos objetivos existentes em nosso ordenamento (ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade) não se mostravam admissíveis.

Estes, os termos do pedido inicial:

- a) o deferimento de medida liminar, para suspender os efeitos das decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados e sustar a tramitação dos feitos judiciais em que se discute a matéria, impedindo que novas decisões sejam proferidas nesse sentido até o julgamento definitivo;
- b) No mérito, que seja julgado procedente o pedido, para reconhecer a existência de lesão aos preceitos fundamentais indicados;
- c) sejam declaradas a ilegitimidade e inconstitucionalidade das decisões judiciais que autorizam a importação de pneus usados de qualquer espécie, inclusive de decisões judiciais transitadas em julgado;
- d) sejam declaradas a inconstitucionalidade e a ilegitimidade da interpretação judicial utilizada para viabilizar a importação de pneus usados de qualquer espécie, com efeito *ex tunc*, a incidir inclusive sobre ações judiciais já transitadas em julgado;
- e) sejam declaradas a constitucionalidade e a legalidade do art. 27 da Portaria DECEX nº 08, de 14/05/1991; do Decreto nº 875, de

19/07/1993, que ratificou a Convenção da Basílea; do art. 4º da Resolução nº 23, de 12/12/1996; do art. 1º da Resolução CONAMA nº 235, de 07/01/1998; do art. 1º da Portaria SECEX nº 08, de 25/09/2000; do art. 1º da Portaria SECEX nº 02, de 08 de março de 2002; do art. 47-A no Decreto nº 3.179, de 21/09/1999, e seu § 2º, incluído pelo Decreto nº 4592, de 11/02/2003; do art. 39 da Portaria SECEX nº 17, de 1º/12/2003; e do art. 40 da Portaria SECEX nº 14, de 17/11/2004, com efeito *ex tunc*.

A ADPF foi ajuizada em setembro de 2006 e autuada sob o número 101. Na sequência, foi designada como Relatora a Ministra Cármem Lúcia.

3 AUDIÊNCIA PÚBLICA E JULGAMENTO

Foi deferida pela Ministra Relatora a intervenção no feito, na qualidade de *amici curiae*, das seguintes entidades: Pneus Hauer do Brasil LTDA; ABIP – Associação Brasileira da Indústria de Pneus Remoldados, Associação Nacional da Indústria de Pneumático – ANIP; Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda; IBAMA; Tal Remoldagem de Pneus Ltda; BS Colway Pneus Ltda; Conectas Direitos Humanos; Justiça Global; Associação de Proteção ao Meio Ambiente de Cianorte – APROMAC; ABR – Associação Brasileira do Segmento de Reforma de Pneus; Associação de Defesa da Concorrência Legal e dos Consumidores Brasileiros – ADCL; Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda; e Ribor – Importação, Exportação, Comércio e Representações Ltda.

Dada a complexidade do tema, a Ministra Cármem Lúcia determinou a realização de uma *audiência pública*, ocorrida em 27 de junho de 2008, na qual diversos especialistas defenderiam suas teses acerca da controvérsia.

Também nesse ponto se mostrou relevante a liderança da Secretaria-Geral de Contencioso, responsável por analisar e alinhar, previamente, o discurso de todos os especialistas que se posicionariam contrariamente à importação dos pneus usados, a fim de garantir a apresentação de uma defesa uniforme e consistente da tese perante o Supremo Tribunal Federal.

Iniciada a audiência pública, o então Advogado-Geral da União, Ministro José Antonio Dias Toffoli, fez um histórico das normas brasileiras que proíbem a importação de pneus usados, a fim de comprovar a legalidade e a constitucionalidade da aludida vedação.

Ainda por ocasião da audiência, pronunciaram-se contrariamente à importação de pneus usados: Dra. Zilda Veloso, coordenadora-geral de

gestão da qualidade ambiental do IBAMA; Dra. Zuleica Nycs, ambientalista e conselheira do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; o Embaixador Evandro de Sampaio Didonet, diretor do Departamento de Negociações Internacionais do Ministério das Relações Exteriores; o Ministro do Meio Ambiente, Carlos Minc; Dr. Welber Barral, secretário de Comércio Exterior; e Dr. Haroldo Bezerra, do Ministério da Saúde. Por sua vez, manifestaram-se favoravelmente à importação: Dr. Francisco Simeão Rodrigues Neto, ex-secretário de Estado da Indústria e Comércio do Paraná; Dr. Vitor Hugo Burko, engenheiro e presidente do IAP (Instituto Ambiental do Paraná); Dr. Emanuel Roberto de Nora Serra, advogado ambientalista; Dr. Ricardo Alípio da Costa, mestre em gestão ambiental; e Dr. Paulo Janissek, doutor em gestão de resíduos.

Em novembro de 2008, o Procurador-Geral da República, alinhando-se à tese defendida pela União, proferiu parecer pela *procedência* do pedido inicial. O parecer reportou-se expressamente a argumentos apresentados pela Advocacia-Geral da União, como, por exemplo, a impossibilidade de promover válido controle dos pneus que entram no país no processo de importação (um alto percentual dos pneus importados, cerca de trinta por cento, já ingressa no país sem a menor condição de aproveitamento, servindo apenas para aumentar o passivo de pneus sem utilidade no território nacional).

A atuação da SGCT prosseguiu com a apresentação de dois extensos *memoriais*, a fim de levar ao conhecimento da Suprema Corte informações úteis à elucidação da controvérsia e demonstrar as razões que corroboravam a inequívoca procedência da arguição.

O primeiro deles reafirmou que a proibição da importação de pneus usados compõe uma delicada e necessária política pública voltada à proteção do meio ambiente e do direito à saúde.

Destacou que o Brasil, segundo dados do Ministério do Meio Ambiente, possuiria cerca de 100 milhões de pneus abandonados, além de gerar, por ano, um passivo de aproximadamente 40 (quarenta) milhões de unidades. Não obstante esse enorme passivo, que certamente poderia ser utilizado como matéria-prima pela indústria de reforma, o Brasil ainda figurava como o maior importador mundial de pneus usados. Em verdade, o interesse dos importadores brasileiros se explica unicamente por razões de ordem econômica, uma vez que as carcaças importadas são substancialmente mais baratas do que as carcaças brasileiras.

Acrescentou que, paralelamente aos interesses econômicos subjacentes à questão, a importação de pneus usados acabava por transferir o problema da destinação de resíduos dos países mais desenvolvidos para os menos desenvolvidos.

Demonstrou, por fim, a inconsistência de alguns argumentos utilizados pelas empresas do segmento de importação e reforma de pneus, como aquele segundo o qual a vedação à importação ofenderia a liberdade de iniciativa e de comércio. Em verdade, a defesa do meio ambiente é um dos princípios gerais da atividade econômica – conforme previsto no art. 170, VI, da Constituição Federal de 1988 –, que está sujeita à observância dos imperativos constitucionais de ordem social, tal como a preservação do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Realizando-se a ponderação entre os valores em conflito, a adoção da medida proibitiva à importação de pneus usados mostrava-se consentânea com o princípio da proporcionalidade.

O julgamento iniciou-se na Sessão Plenária de 11 de março de 2009, com a realização de sustentação oral pelo Advogado-Geral da União (com base em subsídios preparados por esta SGCT) e de diversas das entidades admitidas como *amici curiae*.

Na sequência, o Procurador-Geral da República proferiu parecer pela procedência do pedido, lembrando que o Plenário do STF havia se manifestado rapidamente sobre a questão na análise de um recurso na STA 118, de relatoria da Ministra Ellen Gracie. Na ocasião, apesar de se tratar do julgamento de uma cautelar, os Ministros se posicionaram no sentido de que a importação de pneus usados causa grave lesão à ordem pública, pelos danos à saúde e ao meio ambiente.

Iniciando seu voto, a Ministra Cármem Lúcia submeteu ao Plenário questão preliminar, relativa ao cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental na espécie. Entendeu a Relatora que a petição inicial havia demonstrado, de forma cabal, os requisitos autorizadores da propositura da ADPF. Seu voto pela admissibilidade da ação foi acompanhado por todos os demais Ministros, à exceção do Ministro Marco Aurélio, que restou vencido nesse ponto.

No mérito, a Ministra relatora mostrou alinhar-se à preocupação da AGU, no sentido de pacificar em tempo célere a controvérsia relativa à importação de pneus usados mediante decisões judiciais, sob pena de enfraquecer os objetivos apresentados pelo Brasil junto à Organização Mundial do Comércio (OMC).

Ratificou a consistência dos argumentos elencados pela Advocacia-Geral da União, ressaltando que, ainda que se saiba da relevância do desenvolvimento econômico de uma nação, esse desenvolvimento não pode ocorrer à custa de um grave desequilíbrio ambiental, com consequências danosas para a saúde da população. Consignou, nesse contexto, que “*A Constituição brasileira, como todas as que vigoram democraticamente hoje, não confere direitos fundamentais mediante fatura a ser paga com vidas humanas*”.

Acrescentou que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito, também, a gerações futuras. Reportou-se ao princípio da precaução, segundo o qual a ausência de comprovação de um risco não pode servir de motivo para adiar medidas que visem a impedi-lo.

Entendeu comprovados nos autos, mediante os diversos estudos apresentados na audiência pública, os malefícios dos pneus, tanto na queima quanto no reaproveitamento. Destacou que a própria União Europeia editou norma no sentido de proibir a guarda de pneus usados (em pedaços ou triturados) nos aterros de seus Estados-membros.

A esse respeito, a relatora rechaçou, com ironia, um dos argumentos em prol da importação dos pneus usados, relativo à suposta geração de empregos pelos países importadores – isso porque, conforme demonstrou a AGU, o real interesse subjacente à conduta dos países desenvolvidos era destinar o seu passivo de pneus usados aos países menos desenvolvidos, transferindo a estes o problema ambiental:

Me impressiona a generosidade de países que, tendo problemas ambientais, tendo um passivo de três bilhões de pneus, resolvem vender a preço de miséria, para nossos tristes trópicos, exatamente algo que é tão bom, tanto para gerar emprego quanto para melhorar as condições ambientais e para resolver a questão do passivo [de pneus usados].

Destacou, ainda, que o Brasil tem capacidade para reciclar o pneu doméstico, e que, conforme comprovado pelo INMETRO, o pneu brasileiro seria equivalente aos importados para fins de remoldagem; desse modo, seria desnecessária a importação de um passivo estrangeiro, tendo em vista que o Brasil produz quantidade suficiente para manter em funcionamento as indústrias recicadoras, e descabido o argumento das empresas de que a atividade desenvolvida por elas contribuiria para a despoluição do meio ambiente.

Mencionou que, conforme destacado pela AGU e pela PGR, cerca de 30% (trinta por cento) dos pneus advindos do exterior são efetivamente inservíveis à reciclagem, o que resulta na geração de um grande passivo logo no início do processo de importação.

Afastou, por fim, a suposta violação ao princípio da legalidade, aduzindo competir, de fato, ao DECEX apurar e impedir “qualquer prejuízo aos interesses do País e ao descumprimento da legislação vigente”.

Com base em todos os argumentos acima mencionados, a Ministra votou pela *procedência parcial* da ADPF, para declarar válidas as normas que proíbem a importação de pneus usados, bem como para considerar inconstitucionais as interpretações dadas em decisões judiciais que afastem tais normas. A Relatora, nessa assentada, excluiu da proibição a importação de pneus procedentes dos países que compõem o Mercosul e as decisões transitadas em julgado cujo conteúdo já tenha sido exaurido.

Após o voto, pediu vista do processo o ministro Eros Grau, suspendendo o julgamento da ADPF.

Nesse momento, a Secretaria-Geral de Contencioso apresentou aos Ministros da Suprema Corte o segundo memorial, mediante o qual reforçou a fragilidade de cada um dos argumentos apresentados pelas entidades defensores da importação de pneus usados – em especial, a suposta necessidade de importação de pneus usados para utilização como matéria-prima pela indústria de reforma. Demonstrou-se, ainda, ser imprescindível que a decisão a ser tomada na ADPF alcançasse até mesmo os efeitos das decisões transitadas em julgado, suspendendo-lhes a exequibilidade – solução que, como se verá, efetivamente veio a ser adotada pela Suprema Corte.

Em 24 de junho de 2009, o Plenário do STF, prosseguindo no julgamento, por maioria e acompanhando o voto da Relatora (vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente), julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para: 1) declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27, da Portaria DECEX nº 8, de 14.05.91; do Decreto n. 875, de 19.07.1993, que ratificou a convenção da Basiléia; do art. 4º, da Resolução n. 23, de 12.12.1996; do art. 1º, da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.1998, do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.2002, do art. 47-A do Decreto n. 3.179, de 21.9.1999 e seu § 2º, incluído pelo Decreto 4592, de 11.2.2003; do art. 39, da Portaria SECEX n. 17, de 1.12.2003; e do art. 40, da Portaria SECEX n. 14, de 11. 11.2004; e 2) declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que autorize a importação de pneus usados, *inclusive as portarias expedidas em razão da decisão arbitral do MERCOSUL*, excluindo do provimento da Corte apenas as decisões transitadas em julgado *cujo conteúdo já tenha sido exaurido*.

Em outras palavras, o STF determinou que, a partir de 24.06.2009 (data do julgamento final no Plenário), não poderiam mais ser concedidas licenças de importação, nem tampouco subsistiriam as licenças já concedidas, mesmo que por decisões já transitadas em julgado, caso ainda não tenha se concretizado a importação. A decisão do STF só não alcançou as *importações já realizadas até aquela data*.

Cumpre observar que, na primeira assentada, o voto condutor da Ministra Cármem Lúcia sinalizava no sentido de permitir as importações

provenientes de países do MERCOSUL. No entanto, na sessão de 24 de junho de 2009, a Ministra Relatora esclareceu que passava a proibir as importações também para os países integrantes do MERCOSUL. Em resposta a uma indagação formulada pelo Ministro Ricardo Lewandowski – que questionou qual seria o motivo de a procedência do pedido ser apenas *parcial* –, esclareceu a Ministra que a parcial procedência decorria apenas da exclusão das decisões judiciais com trânsito em julgado e de conteúdo exaurido.

O Ministro Lewandowski também questionou a relatora sobre a situação dos Estados-membros do MERCOSUL, em razão da decisão proferida pelo Tribunal Arbitral *ad hoc*, que obrigaria a importação de pneus desses países pelo Brasil. A Ministra Cármem Lúcia, então, colocando fim às dúvidas, asseverou que *a conclusão da arguição é declarar a inconstitucionalidade de qualquer interpretação que autorize a importação de pneus usados, inclusive as portarias expedidas em razão da decisão arbitral do MERCOSUL*.

O acórdão da ADPF 101 foi publicado no DJE em 04 de junho de 2012. O feito transitou em julgado em 11 de junho do mesmo ano.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Selou-se, assim, uma das mais contundentes vitórias obtidas por esta Secretaria-Geral de Contencioso perante o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a absoluta relevância do tema para as gerações atuais e futuras do País. Não se pode deixar de mencionar a alta complexidade do tema discutido na arguição, dada a sua interdisciplinaridade, bem como os fortíssimos interesses econômicos que se contrapunham à tese sustentada pela AGU – tudo a demandar uma atuação séria, firme e conjunta dos membros desta Secretaria.

De fato, a ADPF nº 101 foi um dos processos que demandaram a atuação de praticamente todos os Departamentos que compõem a Secretaria-Geral de Contencioso: o Departamento de Controle Concentrado de Constitucionalidade, responsável pela elaboração da petição inicial; o Departamento de Acompanhamento Estratégico (integrado, à época, pela autora deste artigo), incumbido de preparar os memoriais e o roteiro de sustentação oral do Advogado-Geral da União, além de acompanhar o desenrolar da audiência pública e as sessões de julgamento; o Departamento de Controle Difuso de Constitucionalidade, auxiliar no levantamento dos dados relativos às inúmeras liminares concedidas pelo país a respeito da matéria; e, por fim, a Assessoria, que se manifestou quanto à força executória do aludido julgamento, no exercício de sua competência de orientar as demais unidades de Contencioso da AGU em matéria constitucional.

EXPROPRIAÇÃO-CONFISCO: CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL

*EXPROPRIATION-CONFISCATION: PSYCHOTROPIC PLANTS
CULTIVATION AND THE “SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” CASE-LAW*

Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda
Advogada da União. Pós-Graduada em Direito Público
Direito Administrativo pela UnB

Sumário: 1 A expropriação-confisco do art. 243 da Constituição Federal de 1988. Colocação da questão perante o Supremo Tribunal Federal; 2 A defesa da tese da União no STF; 3 Desdobramentos da decisão do STF no RE nº 543.974; conclusão.

RESUMO: A previsão Constitucional de desapropriação de glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas – art. 243 da Constituição Federal de 1988. Instituto da expropriação-confisco, que não prevê indenização do proprietário da terra. Questão constitucional: sentido do termo “gleba”: toda a terra ou somente a parcela na qual foi localizado o plantio ilegal. Pacificação da questão pelo STF no Recurso Extraordinário nº 543.974. Acolhimento dos argumentos da União no sentido de que, ante a redação clara do dispositivo constitucional e a finalidade da legislação reguladora – de destinação das terras expropriadas para assentamento de colonos, visando ao cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos – a desapropriação deverá abarcar todo o imóvel. Garantia das políticas públicas de repressão e combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Pendência da definição da questão relativa ao elemento subjetivo de responsabilidade do proprietário da terra. Responsabilidade objetiva ou necessidade de aferição de culpa? Questão pendente de análise em sede de repercussão geral no RE nº 635.336.

PALAVRAS-CHAVE: Desapropriação. Cultivo de Plantas Psicotrópicas.

ABSTRACT: The constitutional prevision of expropriation of glebes where have been found psycotropic plants ilegal cultures. The 1988 Federal Constitution article 243. The institute of expropriation-confiscation, which doesn't conceive indemnity to the land's owner. Constitutional question: “glebe's” meaning: all the farm or only the portion where the ilegal plantation has been found. Resolution of the question by “STF” on the “Recurso Extraordinário” 543.974. Reception of Federal Union arguments that, because of the clear expression of the constitutional article as well as law's purpose: the expropriated land should be destinated to the settlement of colonists, intending the cultivation of food and medicinal products, the expropriation must comprehend all the farm. Assurance of the Public Policy of drug dealing clampdown. Subjective element definition outstanding of definition. Objective responsibility or due of blame? Analysis in “repercussão geral” in the “Recurso Extraordinário” 635.336.

KEYWORDS: Expropriation. Psychotropic Plants Cultivation.

1 A EXPROPRIAÇÃO-CONFISCO DO ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. COLOCAÇÃO DA QUESTÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição de 1988 inovou na redação do art. 243, ao utilizar a expressão “expropriação” no ordenamento jurídico e impor ao proprietário de terras onde se verifique o cultivo de plantas psicotrópicas a sanção de perdimento do imóvel, em franca ampliação à eficácia normativa no princípio da função social da propriedade. No caso de cultivo de plantas psicotrópicas, a terra está sendo utilizada para fins ilegais e criminais, função “antisocial”, portanto, na expressão do Ministro Ayres Britto no voto proferido no RE nº 543.974.

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

Sobre o termo “expropriação”, interessante a colocação de Larissa Maria de Moraes Leal¹:

Por não haver previsão de pagamento de justo e prévio preço, é larga a discussão acerca da natureza do ato a ser praticado pelo Estado: expropriação ou confisco?

Para além da semântica envolvida no tratamento do tema, o fato é que próprio constituinte tratou ambos os vocábulos como sinônimos, ao utilizar o termo expropriação no *caput* do artigo e confisco em seu parágrafo único. São expressões que não encontram consonância integral, mas em virtude do tratamento constitucional dado às

¹ LEAL, Larissa Maria de Moraes. Art. 243. In: BONAVIDES, Paulo et al. (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p 2467-2470.

mesmas, têm sido largamente utilizadas como designadoras de uma mesma prática jurídica, com efeitos e consequências idênticos.

Por expropriação compreende-se toda e qualquer forma de desconstituição compulsória da propriedade. Já no confisco, a propriedade é assumida pelo Poder Público, apreendida pelo fisco, passando a pertencer ao patrimônio público. Pelo confisco o Estado pune o cidadão, tomando para si a propriedade.

No caso em comento, a propriedade de tais glebas é objeto de sanção legal, passa, necessariamente, ao patrimônio da União, razão pela qual trata-se, por via lógica de consequência, de hipótese de confisco leal. Somente após ser assumida pela União, a propriedade deverá ter a destinação apontada pelo texto constitucional, sendo voltada a atividades que promovam o bem-estar social.

Consolidou-se, assim, a previsão da chamada expropriação-confisco das áreas em que há o cultivo ilegal de psicotrópicos. Tal expropriação, que dispensa prévio ato declaratório e sem indenização, opõe-se às modalidades de desapropriação regulares, previstas nos arts. 5º, XXIV (utilidade pública e/ou interesse social), 182 (para fins de reforma urbana) e 184 (para fins de reforma agrária) da Constituição. Sua regulamentação encontra-se na Lei nº 8.257/1991 e no Decreto nº 577/1992.

Diversas questões envolvem a expropriação-confisco, sendo uma das mais polêmicas a discussão sobre o sentido de “gleba”, se se trata da terra, todo o terreno, ou apenas uma porção deste, onde efetivamente for localizado o cultivo dos psicotrópicos. Outra questão relevante diz respeito ao elemento subjetivo a ser averiguado do proprietário do imóvel, se se deve perquirir ou não culpa sua, ou no mínimo ciência, em relação ao fato de haver plantações dessa natureza em sua propriedade. De registrar que esse último tema encontra-se, atualmente, submetido à sistemática da repercussão geral perante o STF (RE nº 635.336).

A primeira questão foi objeto de discussão no STF no recurso extraordinário (RE nº 543.974) e será objeto principal do presente trabalho. O referido recurso foi interposto pela União em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que decidiu que apenas a área onde efetivamente foi cultivada a maconha deve ser desapropriada, “*em primeiro, pela literalidade do preceito, que fala em gleba, que é uma porção de terra não urbanizada, destinada à agricultura; em segundo, porque, por preceito constitucional, ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal*”.

(art. 5º, LIV), o que não seria observado se toda uma propriedade independente da sua extensão, fosse confiscada, sem indenização, pelo fato de, numa de suas glebas, terem sido localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas; e, em terceiro, porque, o perdimento da totalidade do imóvel, em maltrato ao princípio da proporcionalidade, traduziria de resto uma pena que atingiria de forma desastrada até mesmo a família do acusado, em violação ao preceito constitucional de que nenhum apena passará da pessoa do condenado” (voto do Ministro Eros Grau, relator, fl. 1481).

O recurso extraordinário destacou a violação direta ao art. 243 da Constituição de 1988, “pela literal disposição da Constituição Federal, há a previsão de ser desapropriada a gleba de terra. Portanto, de acordo com o comando legal, a desapropriação deverá incidir sobre toda a gleba rural, não apenas sobre a parcela de terra em que foi efetivamente cultivada a planta psicotrópica” (voto do Ministro Eros Grau, relator, fl. 1482).

O Ministério Pùblico Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso, vez que o art. 243 “traz em seu bojo medida de caráter administrativo não atrelada ao processo crime, embora tenha natureza punitiva. Deve-se respeitar o princípio da proporcionalidade, podendo a expropriação ser parcial, ou seja, apenas na área efetivamente cultivada”.

Tendo em vista a relevância do tema a questão foi submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, que, em 26 de março de 2009, deu provimento ao RE da União.

2 A DEFESA DA TESE DA UNIÃO NO STF

Na argumentação desenvolvida pela União, por meio da Secretaria-Geral de Contencioso², perante o STF, em memoriais, foram reforçados os argumentos do recurso extraordinário no sentido de que houve violação ao artigo 243 da Constituição Federal, pois, de acordo com o comando constitucional, a desapropriação deverá incidir sobre toda a gleba rural, não apenas sobre a parcela de terra em que foi efetivamente cultivada a planta psicotrópica, conforme consagrado pela doutrina. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho³:

2 A Secretaria-Geral de Contencioso é órgão da AGU responsável, dentre outras atribuições, por “assistir o Advogado-Geral da União na representação judicial da União, no Supremo Tribunal Federal, no que se refere aos processos de controle concentrado, difuso de constitucionalidade e de competência originária, exceto nos processos de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional” (art. 8º, I, do Anexo I do Decreto nº 7.392/2010).

3 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 833.

[...] entendemos que a desapropriação deve alcançar a propriedade integralmente, ainda que o cultivo se dê apenas em parte dela. O proprietário tem o dever de vigilância sobre sua propriedade, de modo que é de se presumir que conhecia o cultivo. Para nós, a hipótese só vai comportar solução diversa no caso de o proprietário comprovar que o cultivo é processado por terceiros à sua revelia, mas aqui o ônus da prova desse fato se inverte e cabe ao proprietário. Nesse caso, parece-nos não se consumar o pressuposto que inspirou essa forma de expropriação. Em síntese, *não há desapropriação parcial; ou se desapropria a gleba integralmente, se presente o pressuposto constitucional, ou não será caso de expropriação*, devendo-se, nessa hipótese, destruir a cultura ilegal e processar os respectivos responsáveis. (Grifou-se).

De igual modo, Gilmar Ferreira Mendes⁴, ao escrever sobre o art. 243 da Constituição Federal:

Consagra-se, ainda, que *todo e qualquer bem de valor econômico, apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias*. (Grifou-se).

Foi ressaltado que, se a intenção do constituinte fosse a de determinar a desapropriação apenas da parcela em que foi cultivada a planta, teria deixado expresso na norma, o que não ocorreu. Ao contrário, a finalidade da norma constitucional foi a de destinar a área ao assentamento de colonos.

Inclusive, a Lei nº 8.257/91, que dispõe sobre a expropriação em tela, estabelece expressamente que, se a gleba expropriada não puder ser, em cento e vinte dias, destinada ao assentamento de colonos, será incorporada ao patrimônio da União, reservada, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização⁵. Essa disposição da lei, portanto,

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p.443.

⁵ Lei nº 8.257/91

⁶ Art. 15. *Transitada em julgado a sentença expropriatória, o imóvel será incorporado ao patrimônio da União.*
Parágrafo único. *Se a gleba expropriada nos termos desta lei, após o trânsito em julgado da sentença, não puder ter em cento e vinte dias a destinação prevista no art. 1º, ficará incorporada ao patrimônio da União, reservada, até que sobrevenham as condições necessárias àquela utilização.*

deixa clara qual é a finalidade da expropriação. Nesse sentido, oportunas são as lições de Nilzardo Carneiro Leão⁶:

A mens legis, ao utilizar o conceito de gleba, quis, a toda evidência, abranger todo o bem (sítio, fazenda, etc...) não apenas a área plantada.

Daí a conclusão do ilustre magistrado do Tribunal Regional Federal da 5^a Região:

'É o lote no seu todo que será expropriado, toda a área de terreno e não a pequena porção desse terreno onde fora plantada a erva. A expropriação, ao estilo da Lei Maior, é da gleba, do terreno, do lote por inteiro, pois decorrente de circunstância da ilegalidade da cultura do vegetal, cujas folhas e flores são empregadas como narcóticos, de consequências semelhante ao ópio.'

Nem teria sentido, nem atenderia às finalidades expressamente determinadas na norma constitucional, como foi dito, a expropriação de poucos hectares de uma área de mil, com os fins de assentamento de colonos e cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, e nem teria qualquer significação em nível de sanção para o expropriado, pelo mal uso ou uso contrário à lei da propriedade. (grifou-se).

De se destacar, ainda, os argumentos no sentido de que a interpretação conferida pela Corte Regional, e objeto de impugnação pelo extraordinário da União, fugiu dos princípios, normas e mecanismos de prevenção e combate ao uso e tráfico de drogas consagrados na legislação pertinente (Lei nº 8.257/91, Lei nº 11.343/2006, Lei nº 9.804/99 e lei nº 7.560/86) e na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (promulgada por meio do Decreto nº 154, de 26/06/1991), pelo que se faz imperioso adotar exegese que confira máxima efetividade ao art. 243 da Constituição Federal, no combate ao plantio e ao tráfico da droga em defesa da saúde e da vida.

Da análise do acórdão proferido pelo STF, que, à unanimidade, acolheu o recurso extraordinário, vê-se que os argumentos defendidos pela União foram acolhidos. Com efeito, destacou o Ministro relator, Eros Grau (fls. 1485/1486 dos autos):

⁶ LEÃO, Nilzardo Carneiro. Expropriação. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPe*. Pernambuco, 1996. v. v. 1, n. 2, p 401-418.

No art. 243 da Constituição gleba só pode ser entendida como *propriedade*. Propriedade sujeita a expropriação quando nela “forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas”. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. Nesse artigo 243, *gleba* é a *propriedade* na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo.

Importante registrar que o caso concreto do RE nº 543.974 tratava de uma gleba de 25,80 hectares, no qual, em área de apenas 150m², plantava-se maconha, de modo que se mostraria absurdo expropriar 150m² de terra para, como preconiza a Constituição, destinar a “assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos”.

Também restou refutado o argumento do acórdão prolatado pelo Tribunal Regional no sentido de que, conforme o inciso LIV do artigo 5º da Carta, ninguém pode ser privado dos seus bens sem o devido processo legal, ante a simples constatação de que o devido processo legal fora sim observado com a propositura de ação expropriatória pela União.

Por fim, em relação apossível afronta ao princípio da proporcionalidade, com maestria o Ministro relator invocou a clareza do texto constitucional, a alertou para o fato de que a previsão da hipótese de expropriação foi uma escolha do Poder Constituinte, não cabendo ao Judiciário limitá-lo:

Por fim o Tribunal Regional Federal afirmou que “o perdimento da totalidade do imóvel afrontaria o princípio da proporcionalidade”. Essa é, porém, uma oposição ao que o Poder Constituinte estabeleceu. Oposição que não cabe ao Poder Judiciário formular. Diz-se, em outros termos, que a expropriação da totalidade da gleba onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas é *desproporcional*. Como se o Tribunal Regional Federal apontasse, corrigindo-o, um desvio do Poder Constituinte. Como se o “princípio” da proporcionalidade a ele, Poder Constituinte, se impusesse, limitando-o. O Poder Constituinte seria soberano nos limites da proporcionalidade... Não seria soberano! Uma coisa nunca vista!”

O voto do relator foi acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros. A Ministra Ellen Gracie, além de reiterar todos os

argumentos já lançados, ainda lembrou que a interpretação conferida pelo TRF “também é inviável, já que a legislação fundiária proíbe o desmembramento de terras em frações menores do que os módulos rurais, economicamente aproveitáveis, estabelecidos para a região (fl. 1498)”.

O Ministro Marco Aurélio lembrou que, para a intenção do constituinte, pouco importa “que o plantador da erva não seja o proprietário do imóvel, porque também não há essa especificidade no próprio artigo”. Essa circunstância será relevante em uma discussão posterior, ainda não pacífica no âmbito do STF, pois pendente de decisão em sede de repercussão geral, que é a de se aferir o elemento subjetivo culpa do proprietário do imóvel onde se localizou o plantio ilegal.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EXPROPRIAÇÃO. GLEBAS. CULTURAS ILEGAIS. PLANTAS PSICOTRÓPICAS. ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO. LINGUAGEM DO DIREITO. LINGUAGEM JURÍDICA. ARTIGO 5º, LIV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. O CHAMADO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. Gleba, no artigo 243 da Constituição do Brasil, só pode ser entendida como a propriedade na qual sejam localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. O preceito não refere áreas em que sejam cultivadas plantas psicotrópicas, mas as glebas, no seu todo.
2. A gleba expropriada será destinada ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.
3. A linguagem jurídica corresponde à linguagem natural, de modo que é nesta, linguagem natural, que se há de buscar o significado das palavras e expressões que se compõem naquela. Cada vocábulo nela assume significado no contexto no qual inserido. O sentido de cada palavra há de ser discernido em cada caso. No seu contexto e em face das circunstâncias do caso. Não se pode atribuir à palavra qualquer sentido distinto do que ela tem em estado de dicionário, ainda que não baste a consulta aos dicionários, ignorando-se o contexto no qual ela é usada, para que esse sentido seja em cada caso discernido. A interpretação/aplicação do direito se faz não apenas a partir de elementos colhidos do texto normativo [mundo do dever-ser], mas

também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade [mundo do ser].

4. O direito, qual ensinou CARLOS MAXIMILIANO, deve ser interpretado “inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

5. O entendimento sufragado no acórdão recorrido não pode ser acolhido, conduzindo ao absurdo de expropriar-se 150 m² de terra rural para nesses mesmos 150 m² assentar-se colonos, tendo em vista o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos.

6. Não violação do preceito veiculado pelo artigo 5º, LIV da Constituição do Brasil e do chamado “princípio” da proporcionalidade. Ausência de “desvio de poder legislativo”

Recurso extraordinário a que se dá provimento.

(Supremo Tribunal Federal. RE nº 543.974/MG. Recorrente: União; Recorrido: Olivinho Fortunato da Silva. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 26/3/2009. Publicação: DJE nº 66, de 26/3/2009)

3 DESDOBRAMENTOS DA DECISÃO DO STF NO RE Nº 543.974 E CONCLUSÃO

A pacificação do entendimento firmado no RE nº 543.974 possibilitou, no STF, o provimento monocrático de recursos extraordinário da União, tais como RE nº 544.393 e o RE nº 542.408. Não obstante, resta ainda pendente a discussão a respeito do elemento subjetivo envolvendo a responsabilidade do proprietário do imóvel. Dada a relevância da questão, o tema teve repercussão geral reconhecida pelo STF no RE nº 635.336, estando pendente julgamento de mérito. A ementa do acórdão de Plenário que reconhece a existência de repercussão geral é a seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL. NATUREZA OBJETIVA OU SUBJETIVA. PROPRIETÁRIO DE TERRAS. CULTIVO ILEGAL DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. EXPROPRIAÇÃO SEM INDENIZAÇÃO. ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA DO TEMA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. APRESENTA

REPERCUSSÃO GERAL RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE VERSE SOBRE A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE, PARA FINS DE EXPROPRIAÇÃO, DO PROPRIETÁRIO DE TERRAS COM CULTIVO ILEGAL DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS.

(STF. *RE nº 635.336/PE*. Recorrente: Ministério Público Federal; Recorridos: Instituto nacional de Colonização e reforma Agrária – INCRA, União e Ovidio Araújo Barros e outros. Relator: Min. Cesar Peluso. Julgamento pelo reconhecimento da repercussão geral: 27/5/2011. Publicação: DJE nº 167, de 31/8/2011)

Discute-se, aqui, se a responsabilidade do proprietário é objetiva, sendo independente de qualquer aferição de culpa a decretação da expropriação-confisco, ou, ao contrário, se seria subjetiva, devendo-se perquirir se o proprietário participou conscientemente do plantio dos psicotrópicos, ou ao menos dele tinha ciência.

Nesse aspecto, em sede de recursos extraordinários, a União vem defendendo a responsabilidade objetiva do proprietário do imóvel, tendo em vista a redação conferida pela Constituição ao artigo 243, que não dá margem a qualquer juízo de valor quanto à culpa do proprietário da terra.

Do mesmo modo, em relação ao significado da expressão gleba – que abrange todo o imóvel, e não apenas a fração onde efetivamente plantado o psicotrópico –, é perfeitamente válido o argumento de que, se o Constituinte quisesse restringir a expropriação apenas aos imóveis cujos proprietários tivessem ciência do cultivo de entorpecentes, tal ressalva teria sido feita de modo expresso no próprio texto constitucional.

É de se observar que a expropriação baseia-se na responsabilidade civil, de índole objetiva, lastreada no fato de a propriedade estar sendo utilizada de forma nociva ao interesse público, independentemente da culpa do dono da terra. Diversa, portanto, da responsabilização no âmbito penal, que está assentada, inquestionavelmente, na responsabilidade subjetiva.

De se ressaltar que há precedente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da tese defendida pela União, conforme julgamento proferido no RESP nº 498.742, no qual restou assentado ser “objetiva a responsabilidade do proprietário de glebas usadas para o cultivo de espécies psicotrópicas, sendo, em consequência, irrelevante a existência ou inexistência de culpa na utilização criminosa”⁷.

⁷ “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. TERRAS UTILIZADAS PARA O CULTIVO DE PLANTAS PSICOTRÓPICAS. EXPROPRIAÇÃO. LEI 8.257/91, ART. 1º. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 243. EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. IDENTIFICAÇÃO

Cabe ainda enfatizar que, pelo fato de estar pendente de análise, em sede de repercussão geral, o RE nº 635.336, significa que pode haver inúmeros processos sobreestados na origem aguardando a pacificação da matéria pela Corte Suprema, conforme determina o § 1º do art. 543-B do Código de Processo Civil⁸.

Vê-se, pois, que a decisão obtida no RE nº 543.974 representou vitória significativa da Advocacia-Geral da União na preservação do interesse público, em especial na implementação das políticas públicas de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Resta, ainda, mais um desafio: consagrar o entendimento de que a responsabilidade do proprietário das terras é objetiva, independente da aferição de culpa ou dolo, o que está definido em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. Expropriação. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE*. Pernambuco, 1996. V. v.1, n.2.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Art. 243. In: BONAVIDES, Paulo *et al.* (Coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DO REAL PROPRIETÁRIO DAS GLEBAS CONSTRINGIDAS. POSSIBILIDADE DE DILIGÊNCIAS. ATENDIMENTO À FUNÇÃO ATIVA DO JUIZ E À FINALIDADE SOCIAL DA NORMA. 1. É objetiva a responsabilidade do proprietário de glebas usadas para o plantio de espécies psicotrópicas, sendo, em consequência, irrelevante a existência ou inexistência de culpa na utilização criminosa. 2. É de todo cabível e oportunamente a realização de diligências que objetivem identificar o real proprietário de terras comprovadamente empregadas para o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas. 3. Na espécie, ante a caracterizada indeterminação do proprietário das glebas, cumpre-se anular o acórdão e a sentença com a intenção da conferir efetividade ao art. 243 da Constituição Federal, bem assim, atender à finalidade social inscrita na Lei 8.257/91. 4. Recurso especial conhecido e provido.” (RESP nº 498.742/PE. Recorrente: União; Recorrido: Odorico Gomes Leal. Relator: Min. José Delgado. Julgamento: 16/9/2003. Publicação: 24/11/2003)

⁸ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006).

A CRISE DO APAGÃO – A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADC Nº 9 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*THE BLACKOUT CRISIS – CONSTITUTIONAL BRAZILIAN EXPERIENCE
FROM THE TRIAL OF ADC Nº 9 THE FEDERAL SUPREME COURT*

Altair Roberto de Lima

*Advogado da União e Secretário-Adjunto da Secretaria-Geral de Contencioso da
Advocacia-Geral da União*

SUMÁRIO: 1 A crise de energia elétrica – necessidade de concretizar a Constituição; 2 Argumentos invocados pela AGU na ADC nº 9; 3 Fundamentos acolhidos pelo STF no julgamento da ADC nº 9; 4 Experiência brasileira com a crise; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo mostrar que o julgamento da ADC nº 9 pelo Supremo Tribunal Federal, dando maior concretude a preceitos constitucionais, serviu de alerta para que o Estado brasileiro, com o auxílio da Advocacia-Geral da União, investisse no setor de energia elétrica, na tentativa de evitar que o país, literalmente, apagasse. Essa decisão da Corte Excelsa – respaldada na isonomia, na manutenção do equilíbrio financeiro dos contratos de prestadores do serviço de energia e na proporcionalidade, todos princípios assegurados constitucionalmente –, além de definir e assegurar a legitimidade constitucional do modelo adotado para o setor elétrico, reconheceu que a escassez de chuvas e a falta de investimentos podem, decisivamente, influir no desenvolvimento humano e industrial do país, considerada a condição de consumidor e o planejamento dos órgãos estatais e privados. Não fosse esse julgamento – definido à luz do papel institucional que tem a Advocacia-Geral para garantir políticas públicas asseguradas em prestação adequada e regular de serviços públicos –, certamente estaria comprometida a segurança jurídica nas medidas de racionamento que eram tomadas naquele momento.

PALAVRAS-CHAVE: Apagão. Experiência Constitucional Brasileira. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This work has the scope to show that the trial of ADC No. 9 by the Supreme Court, giving more concreteness to constitutional precepts, served as a warning for the Brazilian state with the assistance of the Attorney General's Office, to invest in energy sector power, in an attempt to prevent the country literally erased. This Court's decision Supreme - backed in equality, in maintaining the financial stability of contracts of service providers in the energy and proportionality, all constitutionally guaranteed principles - as well as define and ensure the constitutional legitimacy of the model adopted for the electricity sector, recognized that the lack of rain and lack of investments can decisively influence on human development and the country's industrial, considered the condition of consumer and planning of state agencies and private. Were it not for this trial - set to light the institutional role that has the Attorney General to ensure public policies ensured adequate and regular provision in public services - certainly would be compromised legal certainty in rationing measures that were taken at that time.

KEYWORDS: Blackout. Experience Brazilian Constitutional. Declaratory Action of Constitutionality 9. Supreme Court.

1 A CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA – NECESSIDADE DE CONCRETIZAR A CONSTITUIÇÃO

O racionamento de energia pela população brasileira foi o estopim para que o Presidente da República, através da Advocacia-Geral da União, ajuizasse, em 2001, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 9 perante o Supremo Tribunal Federal.

O país passava por uma crise energética sem precedentes na sua história. Vivia-se o dilema das secas nas bacias hidrográficas, situação suficiente para que o Poder Público – no caso, a União – determinasse medidas de economia no setor energético a serem seguidas pelos consumidores brasileiros.

Nesse contexto, o Presidente da República percebeu a necessidade de editar a Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, observada a urgência e a relevância (art. 62, CF). Entre as medidas de racionamento, estabeleceram-se os limites de consumo e a instituição de uma sobretaxa para aqueles que não economizassem dentro das restrições impostas pelo Governo Federal.

A partir daí, começou uma ardente guerra de liminares no âmbito do Poder Judiciário: muitos juízes de primeiro grau deferiam medida cautelar em ação civil pública, em mandado de segurança, em ação ordinária, sob o fundamento de que o racionamento e, portanto, a medida provisória editada, seriam inconstitucionais, por ofenderem direito fundamental do consumidor (art. 5º, XXXII), além de ser confiscatória (confiscava o bem energia elétrica dos consumidores); outros a negavam, fundando-se na assertiva de que o Estado brasileiro deveria se proteger contra a crise que atravessava e, para isso, consideravam legítimo o racionamento.

Comprovado o requisito (pressuposto) indispensável à propositura de ADC – a controvérsia judicial relevante (art. 14, III da Lei nº 9.868/99)¹ –, o caminho encontrado pela Advocacia-Geral foi provocar a jurisdição do Excelso Pretório.

Era importante, assim, para o país – que vivia naquele momento um verdadeiro apagão –, a gestão da crise de energia elétrica, assim como

¹ BARROSO, Luís Roberto. “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”. Editora Saraiva, 2ª edição, São Paulo, 2006. p. 203: *“A finalidade da medida é muito clara: afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria. É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que textos normativos se sujeitam a interpretações diversas e contrastantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria, impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia”*.

a fixação de metas de consumo e de um regime especial de tarifação, inclusive com a suspensão temporária do fornecimento do serviço.

2 ARGUMENTOS INVOCADOS PELA AGU NA ADC Nº 9

Faziam-se necessárias, nesse ínterim, iniciativas que pudessem estruturar o setor elétrico. À Advocacia-Geral da União, na ocasião, coube o papel de dar segurança jurídica às atividades (controladas pela Administração) de racionamento/redução no consumo de energia elétrica e, para isso, buscou em posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais as justificativas para que o então Presidente da República editasse a medida provisória, instrumento normativo de natureza cautelar legislativa.

Apontou a Advocacia-Geral, *por exemplo, que “o Chefe do Executivo da União concretiza, na emanação das medidas provisórias, um direito potestativo, cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete avaliar” e ponderou que haveria “[...] uma necessidade premente de ‘compatibilizar a demanda e a oferta de energia elétrica’ no País”*.

Como um dos argumentos cruciais, enfatizou a petição inicial da ADC nº 9, circunstanciando o momento de crise e os eventos naturais que surpreenderam o Estado brasileiro:

Assim, em final de dezembro de 2000, o Operador Nacional do Sistema fez avaliações que mostraram uma perspectiva de condições de atendimento em 2001 mais favoráveis que aquelas previstas em 2000, ao final de 1999. Previu-se, ainda, um crescimento de mercado em 2001 de 5% em relação a 2000. As chuvas no início de 2001, entretanto, concentraram-se no Sul, até São Paulo, com o deslocamento das frentes frias para o oceano. Disso resultaram escassas precipitações em Minas Gerais e Leste de Goiás, áreas onde estão situados os grandes reservatórios do Sudeste/Centro-Oeste e as nascentes dos rios São Francisco e Tocantins, onde, por sua vez, situam-se as usinas que atendem ao Norte e ao Nordeste.

A exordial considerou, ainda, a escassez da energia elétrica, como um dos instrumentos do Programa Emergencial de Redução do Consumo de Energia Elétrica, enfatizando:

Em face da escassez do bem energia elétrica e da consequente elevação de seu custo, instituíram-se tarifas especiais para aqueles consumidores que consumirem acima da meta e bônus – a saber, a necessária contrapartida tarifária de estímulo à poupança – para aqueles que reduzirem seu consumo em parcela excedente à poupança determinada pela respectiva meta.

Além disso, destacou a Advocacia-Geral da União que a medida de racionamento não teria natureza confiscatória como se afirmava, ressaltando o caráter isonômico da tarifação especial, afastando as alegações de ofensa ao princípio da legalidade, já que a própria Constituição atribuiu força de lei à medida provisória, sem que isso implicasse desrespeito à cláusula de proteção do direito de propriedade ou, ainda, que a tarifação especial e a suspensão do fornecimento de energia ensejasse dupla punição, o que não violaria o princípio do *non bis in idem*.

Finalmente, asseverou-se, na peça inaugural da ação declaratória sob commento, assinada pelo Presidente da República, que a imposição de tarifa especial ou a suspensão do fornecimento de energia elétrica – podendo ocorrer por meio de atos autoexecutórios – não implicariam ofensa ao contraditório e à ampla defesa. E, em conclusão, finalizou que as cláusulas constitucionais de proteção ao consumidor permitem restrições desse direito por meio de lei, promovendo “*a adequada defesa do consumidor em regime de absoluta escassez de energia elétrica decorrente de uma situação hidrológica crítica*”, em estrita observância ao princípio da proporcionalidade em suas três facetas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3 FUNDAMENTOS ACOLHIDOS PELO STF NO JULGAMENTO DA ADC N° 9

Primeiramente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27.06.2001, iniciou o julgamento da medida cautelar com o relatório do Ministro Néri da Silveira, sendo apresentada, na sequência, sustentação oral do então Advogado-Geral da União, Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

O voto do Ministro relator que se seguiu – acompanhado pelo então Ministro-Presidente, Marco Aurélio – sinalizou a constitucionalidade da medida provisória impugnada, considerando que a sobretarifa deveria ser instituída por lei e que os usuários não poderiam ter os serviços interrompidos, sendo que a eles (usuários) estaria reservado o direito de fiscalizar o correto desempenho do serviço. Finalizou seu voto indeferindo a liminar, após fundamentar no sentido de que a medida seria desproporcional².

² Disse o eminentíssimo Ministro relator da ADC nº 9: “*Ora, na espécie, parece inequívoca a desproporção, a irrazoabilidade de impor-se autêntica pena pecuniária que pode chegar a 200% do valor da tarifa, a quem, por razões que não se apuram, em certo momento, ultrapassa o limite de consumo de energia elétrica estabelecido. A ordem constitucional, à vista do art. 5º, LIV e LV, do Diploma maior, não admite tal tratamento do legislador ou da Administração para com o particular*”.

Contudo, em sentido diametralmente oposto, a Ministra Ellen Gracie, abrindo a divergência, votou pela procedência da medida cautelar, anotando o prolongamento das secas, o limite mínimo dos reservatórios de água (em decorrência da escassez de chuvas), a necessidade imperiosa de poupança de consumo para obter a continuidade regular do fornecimento de energia. No mérito, ressaltou que o regime especial de tarifação se justificaria pela justa remuneração do capital do prestador do serviço, que deve dispor de recursos para melhoria e expansão dos serviços, assegurado pela necessidade de equilíbrio econômico e financeiro do contrato. Informa, assim, que a reserva à lei (prevista no art. 175, parágrafo único, II, CF) alcança a Medida Provisória com força de lei. A Ministra enfatizou, ainda, não enxergar a suposta vulneração à isonomia entre consumidores, porque a medida tem por escopo evitar “*o desbaratamento de recursos escassos*”. Esclareceu, em conclusão, que a medida de racionamento de energia atenderia à função social da propriedade, não caracterizando dupla punição, além de resguardar a ampla defesa e o contraditório garantidos constitucionalmente.

O Ministro Nelson Jobim, por sua vez, acompanhando a divergência aberta pela Ministra Ellen Gracie, fundamentou-se na capacidade financeira dos diversos consumidores – estabelecendo a diferença entre o consumidor frugal e o consumidor pernudário – residenciais, comerciais (ou não residenciais) e rurais. Advertiu quanto à questão do bônus, definindo-o como um estímulo à compensação de quem poupa energia elétrica.

Enquanto isso, o Ministro Maurício Corrêa, na mesma linha de entendimento explicitado na divergência, acrescentou que o racionamento de energia disciplinado no diploma normativo impugnado ajustar-se-ia ao “*princípio da proporcionalidade, que na hipótese está em consonância com os fins a que essas medidas se destinam*”, posição também agasalhada pelos Ministros Carlos Velloso³, Sepúlveda Pertence⁴, Sydney Sanches⁵.

³ Destaca o Ministro Carlos Velloso: “*Tenho que o Sr. Ministro Jobim demonstrou, à saciedade, a necessidade da previsão do corte, mediante norma legal, no sistema de escassez de energia elétrica, medida que é adotada em proveito da maioria que, compreendendo a realidade, colabora e participa do regime de racionamento.*”

⁴ Vale anotar o excerto do voto prolatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: “*Creio que, nos termos em que posta na medida provisória, particularmente o voto do eminentíssimo Ministro Nelson Jobim, com a sua intimidade com as matemáticas, demonstrou com grande clareza a proporcionalidade, a razoabilidade das medidas tomadas, na medida em que estimulam, por um lado, a poupança de energia, à custa daqueles que se excedem nesta utilização.*”

⁵ Conforme se lê no voto do Ministro Sydney Sanches: “*Penso, também, que aqui foi observado o princípio da razoabilidade, da proporcionalidade, que se pode medir até em face da reação popular, que foi de adesão ao plano, em face dos altos interesses do País. Adesão igual no Brasil, só me lembro de ter visto, ao tempo da Guerra, com o racionamento de combustíveis e a adoção do gasogênio, nos automóveis.*”

Finalmente, o Ministro Moreira Alves adicionou seu entendimento de que o preço público teria natureza política, isto é, serviria para a política tarifária⁶, abrindo a controvérsia quanto à proclamação do resultado sobre a eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* da decisão do STF na medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade, em decorrência da suspensão dos processos subjetivos ainda em curso. Nesse aspecto inovador da jurisprudência da Corte Constitucional, prevaleceu, no entanto, o entendimento de que, no caso da medida cautelar na ADC nº 9, a eficácia deveria ser *ex tunc*, suspendendo as decisões (julgamento final ou liminar), e não os processos ainda pendentes.

Ao finalizar o julgamento, o Ministro Marco Aurélio – ficando vencido – ensaiou embate jurídico quanto à sobretarifa. Segundo ele, na sua compreensão, a sobretarifa seria um verdadeiro empréstimo compulsório sem lei complementar, como exige o art. 148 da Constituição, concluindo, assim, que a medida provisória também desrespeitaria a Carta Política quanto a isso.

4 EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM A CRISE

Mesmo antes de 2001, o país já havia experimentado a necessidade de racionamento de energia. Em 11 de março de 1999, uma pane no sistema elétrico – considerado o segundo maior *apagão* ocorrido no Brasil, superando o *blecaute* de 1985 – se estendeu por onze *unidades federativas* brasileiras e o Paraguai.

Após 2001, as crises de energia se sucederam, especialmente em decorrência de falhas constatadas nos sistemas de transmissão. Em 2005, o apagão atingiu o Rio de Janeiro e Espírito Santo, alcançando cerca de 3 milhões de pessoas. Em 2007, problemas em Furnas voltaram a atingir esses dois Estados-membros. Em 2009, um desligamento da usina hidroelétrica de Itaipu Binacional comprometeu o fornecimento de energia, ficando no escuro uma parte do território do Paraguai e 19 unidades da federação brasileira (São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Sergipe, Alagoas, Bahia, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Acre, Rondônia e Distrito Federal), somando prejuízo de R\$ 1 bilhão. Em 2011, sete Estados-

6 Disse o Ministro Moreira Alves: “*Hoje, o preço público tem também o caráter político. Daí se ter de admitir, a meu ver, que haja possibilidade da utilização extralimites de um preço público, exclusivamente considerado como tal, para atender finalidades outras que, no entanto, têm uma limitação, que sejam para permitir que a concessionária possa cumprir a obrigação de manter o serviço adequado. Se não for para isso, obviamente, não é possível uma política tarifária para outra finalidade. E o caso é exemplo de livro*”.

membros do Nordeste foram atingidos por um apagão: Alagoas, Sergipe, Pernambuco, Paraíba, Bahia, Ceará e Rio Grande do Norte.

Em 2012, a partir de setembro, uma série de apagões desencadeou a falta de luz suportada por uma parcela considerável da população brasileira. Em setembro, o Nordeste registrou falha no setor elétrico, que se repetiu em outubro do mesmo ano, inclusive alcançando a região Norte. Também em outubro daquele ano – quando Brasília enfrentou queda de energia por falha em subestação controlada por Furnas –, um defeito em transformador de Itaipu voltou a afetar os consumidores no Paraná, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Acre, Rondônia e Centro-Oeste.

A partir dessas constatações, o controle se fez imprescindível. O balanço da ANEEL, em 2006 por exemplo, revelou o maior potencial já identificado desde 2002. Naquele ano, foram homologados estudos de inventário que somaram potencial de 11.165,7 MW. De 1998 a 2006, a Aneel aprovou cerca de 400 estudos de inventário hidrelétrico realizados por empresas e por instituições públicas e privadas nas principais bacias hidrográficas brasileiras. Esses estudos levantaram o potencial de produção de energia elétrica de aproximadamente 50.670,9 MW, o equivalente a 58% da atual capacidade instalada do país, de 96.302 MW. No gráfico logo a seguir, constata-se a evolução desses inventários⁷:



⁷ Vide informativo semanal da ANEEL nº 254, de 25 a 31 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/boletim254.htm>> Acesso às 21:21hs, de 08.02.2013.

Portanto, o gráfico anterior evidencia os investimentos que foram feitos na área, em períodos que antecederam e sucederam à crise de 2001, logo depois do julgamento da ADC nº 9 pelo Supremo Tribunal Federal.

Junta-se a essa ordem de investimentos que, em 08.01.2013, o noticiário do Jornal Nacional da Rede Globo informou que, em 2001, o Brasil contava com uma malha de 73 mil km de linhas de transmissão de energia elétrica e, em 2012, passou a contar com 106 mil km (quase o dobro em pouco mais de 10 anos). Também em 11.01.2013, o mesmo Jornal Nacional noticiou que, no Brasil, 75% da energia vêm das hidrelétricas, ou seja, nós dependemos das chuvas para gerar eletricidade. Essas informações atualizadas, certamente, explicam a importância e o impacto do julgamento – em decisão que produz efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante – da aludida ADC nº 9, pelo STF, tendo em vista a compreensão de que seria preciso, desde aquele instante, investir no setor.

Por outro lado, nos últimos meses, a discussão sobre o tema ganhou contornos igualmente importantes para o país e para o governo, como já ocorria há 12 anos. De fato, em entrevista, o Ministro de Minas e Energia observou estar seguro de que não há risco de racionamento de energia elétrica e não vai promover mudanças em seu planejamento para o setor elétrico diante de temores que foram gerados, nas primeiras semanas do ano de 2013, pela baixa dos reservatórios das hidrelétricas⁸.

Outro fator importante constatado – também noticiado pelo Governo Federal em 24.01.2013 – foi a redução das tarifas de energia para os consumidores, baixando o custo da energia no país. Anunciou, assim, que a conta de luz dos brasileiros teria uma redução de 18% para as residências e de até 32% para as indústrias, agricultura, comércio e serviços⁹, consubstanciando os benefícios decorrentes dos investimentos que foram feitos no setor.

Demonstra-se, destarte, que o problema do blecaute (ou o chamado apagão) – causado pelo aumento do consumo em decorrência do desperdício de energia, do crescimento populacional e do aumento de produção pelas indústrias –, relaciona-se à falta ou deficiência de gestão, de planejamento, investimentos no parque de geração de energia

⁸ Notícia publicada no site eletrônico: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/90681/>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

⁹ “Dilma anuncia redução de 18% na conta de luz e descarta racionamento”. Disponível em: <<http://www.correiodosmunicípios.com.br/2013/01/24/dilma-anuncia-redução-de-18-na-conta-de-luz-e-descarta-racionamento/>>. Acesso às 10:19 do dia 08 fev. 2013. Então, disse a Presidenta da República: “Com a redução de tarifas, o Brasil passa a viver uma situação especial no setor elétrico, ao mesmo tempo baixando o custo da energia e aumentando sua produção elétrica”.

elétrica¹⁰, ausência de constante manutenção e de tecnologia adequada, decorrentes muitas vezes de falhas técnicas em usinas, redes de transmissão ou estações retransmissoras, além das altas temperaturas e da escassez de águas pluviais, das quais o Brasil, em face de sua posição geográfica, não está livre. Certamente, a experiência servirá de lição, para que o episódio, ou a crise do apagão submetida à decisão da Corte Excelsa, não volte a ocorrer entre nós¹¹.

Isso retrata, inclusive, a conclusão do atual Ministro de Minas e Energia, Edison Lobão, quando afirmou recentemente:

“Temos o desafio de, nos próximos dez anos, dobrar a nossa capacidade instalada de energia elétrica, hoje de 121 mil MW. Para vencê-lo, temos que perseverar na implantação de novas usinas, na ampliação da transmissão e distribuição, no avanço dos programas de eficiência energética, no estímulo às fontes alternativas e na implementação de melhorias contínuas no sistema, tendo como base os pilares da segurança, da universalização do atendimento e da modicidade tarifária. A manutenção dessa política é a garantia de que nunca reviveremos o drama do racionamento de energia de 2001.”¹²

5 CONCLUSÕES

Em síntese, a Advocacia-Geral da União teve papel relevantíssimo e decisivo no sentido de garantir segurança jurídica às alterações impostas pela Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, editada com a finalidade de estruturar o modelo do setor energético, assegurando o racionamento e a prestação adequada e regular do serviço de eletricidade.

Destacou-se, na decisão do Supremo Tribunal Federal, que o racionamento de energia não seria confiscatório, mas isonômico e legítimo, além de a imposição de tarifa especial e a suspensão do

¹⁰ A energia hidroelétrica é considerada a forma mais barata, racional e harmônica para sua obtenção pelo homem. Esta é uma das reflexões expostas pelo Engenheiro Civil João Ernesto Figueiredo, em artigo que denominou “Reflexões sobre o dilema do racionamento de energia elétrica”. Disponível em: <http://www.institutodeengenharia.org.br/site/noticias/exibe/id_sessao/70/id_colunista/12/id_noticia/7285/Reflex%C3%B5es-sobre-o-dilema-do-racionamento-de-energia-el%C3%A9trica>. Acesso em: 22 jan. 2013, às 19:20hs.

¹¹ Em meio a isso, o julgamento da ADC nº 09 também serviu de parâmetro para o ajuizamento da Reclamação nº 2.325, distribuída ao Min. Nelson Jobim.

¹² Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/noticias/destaque1/destaque_321.html>. Acesso em: 14 fev. 2013, às 07:44hs.

fornecimento se consubstanciarem em garantias do contraditório, da ampla defesa e da proporcionalidade, assegurados constitucionalmente.

O julgamento da ADC nº 9 pela Corte Excelsa – marcado por reconhecer a constitucionalidade da política energética que se adotava no Brasil, naquele momento – sinalizou que os investimentos feitos até então no setor eram insuficientes a garantir o abastecimento da demanda de energia em futuro próximo.

No voto vencedor, ressaltou a relatora, ainda, a necessidade de poupança de consumo, considerando as secas e o limite mínimo dos reservatórios de água. Enfatizou – fundamentado na isonomia constitucional e na função social da propriedade, a justificar a medida de racionamento – que a tarifação em regime especial se justificaria pela remuneração do serviço prestado, tendo em vista a necessidade de expansão e de manutenção da equação financeira do contrato do prestador.

A partir dessa decisão, o país passou a monitorar – com mais intensidade – a escassez de recursos naturais – especialmente as chuvas –, a evidenciar um dos obstáculos ao seu desenvolvimento e, por isso, desencadeou-se uma série de medidas que ampliaram e fortaleceram o parque gerador de energia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Energia, Ministério de Minas e. *Energia Elétrica Garantida*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/mme/noticias/destaque1/destaque_321.html>.

FIGUEIREDO, João Ernesto. *Reflexões sobre o dilema do racionamento de energia elétrica*. Disponível em: <http://www.institutodeengenharia.org.br/site/noticias/exibe/id_sessao/70/id_colunista/12/id_noticia/7285/Reflex%C3%B5es-sobre-o-dilema-do-racionamento-de-energia-el%C3%A9trica>.

GOY, Leonardo; BOADLE, Anthony. *Governo descarta risco de racionamento de energia*. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/90681/>>.

Informativo semanal da ANEEL nº 254, de 25 a 31 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/arquivos/PDF/boletim254.htm>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC Nº 9 MC/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 23.04.2004.

DEFESA DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS PREVISTA NO ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41

*DEFENSE OF THE PENSION REFORM – PENSION CONTRIBUTION OF
WORKING AND RETIRED CIVIL SERVANTS AND PENSIONERS AS SET
FORTH IN ARTICLE 4 OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT 41*

*Maria Aparecida Araújo de Siqueira
Procuradora Federal*

*Coordenadora-Geral de Gestão Judicial da Secretaria-Geral de Contencioso – SGCT/AGU
Pós-graduação em Direito Público - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Especialista em Direito Constitucional - IDP*

SUMÁRIO: 1 Breve Histórico; 2 Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra o Art. 4º da EC n. 41/2003; 3. Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs 3105 e 3128; 4 Da Manifestação do Advogado-Geral da União; 5 Do Julgamento das Ações Diretas; 6 Do Acórdão Proferido Pelo STF; Referências.

RESUMO: Por ocasião das comemorações dos 20 anos da Advocacia-Geral da União não se pode deixar mencionar o trabalho desempenhado no âmbito da Secretaria-Geral de Contencioso, na defesa da contribuição previdenciária dos servidores públicos ativos, inativos e pensionistas.

Nesse sentido, o presente artigo busca detalhar o desenvolvimento dos trabalhos realizados na defesa da Emenda Constitucional n. 41/2003, os quais tiveram início ainda durante as discussões a respeito da PEC 40/2003 pelo Congresso Nacional, quando foram identificados os eventuais pontos de questionamento e realizada minuciosa pesquisa doutrinária e jurisprudencial, que acabou por fortalecer a defesa da constitucionalidade da referida norma, especialmente no tocante à contribuição previdenciária de 11% sobre os vencimentos, proventos e pensões.

O obstinado estudo, e o empenho na defesa da Norma Constitucional então criada, constituíram fatores preponderantes para que a alegação de inconstitucionalidade relativa ao *caput* do art. 4º da EC/41, de 2003, analisado em sede das ADI's 3105 e 3128, fosse julgada improcedente pela maioria dos Ministros do STF, em sessão Plenária.

PALAVRAS-CHAVE: Emenda Constitucional nº 41/2003. Reforma da Previdência. Contribuição Previdenciária dos Servidores Públicos Ativos, Inativos e Pensionistas. Constitucionalidade.

ABSTRACT: On the occasion of the celebrations of the Attorney General's Office's 20 Year Anniversary, one cannot fail to mention the work performed within the General Secretariat of Litigation, in the defense of Pension contributions of active and retired civil servants, and pensioners.

In this sense, this paper aims to detail the development of the work undertaken in the defense of Constitutional Amendment N° 41/2003, which began back during the discussions of the PEC 40/2003 by Congress, when possible points of questioning were identified and a thorough research in doctrine and jurisprudence was carried out, which lead to a strengthening of the defense of the constitutionality of that provision, especially with regards to social security contribution of 11% of salaries, proceeds and pensions.

The resolute study and commitment to the defense of the Constitutional Rule thus created were important factors for the ruling of the claim of unconstitutionality on the heading of article 4 of EC/41, 2003, examined through the Direct Actions of Unconstitutionality (ADI's) 3105 and 3128, which was dismissed by the majority of the justices of the Supreme Court in plenary session.

KEYWORDS: Constitutional Amendment nº 41/2003. Pension Reform. Pension Contributions of Active and Retired Civil Servants, and Pensioners. Constitutionality.

1 BREVE HISTÓRICO

A Advocacia-Geral da União desempenhou papel de fundamental importância para viabilizar o cumprimento das normas contidas na Emenda Constitucional nº 41/2003.

Os estudos relativos à defesa da Reforma da Previdência tiveram início bem antes de a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 40/2003 convolar-se na EC n. 41/2003.

Assim, durante os últimos quatro meses de debates no Poder Legislativo, dos dispositivos contidos na PEC n. 40/2003, vários estudos e pesquisas foram realizados no âmbito da Secretaria-Geral de Contencioso, de modo que os resumos de doutrina e jurisprudência que deveriam subsidiar eventual defesa da constitucionalidade da reforma foram alocados numa grande planilha.

Esse procedimento permitiu a condensação de rico material que serviu para a construção da defesa relativa aos questionamentos submetidos ao Supremo Tribunal Federal, pela via de algumas ações diretas de inconstitucionalidade.

Foi nesse contexto que, ao apagar das luzes do ano de 2003, mais precisamente em 19 de dezembro, data mesma da promulgação da Emenda Constitucional n. 41/2003, de 19/12/2003, foi ajuizada a primeira, de uma série de outras ações diretas de inconstitucionalidade contra a EC n. 41/2003.

Assim, pela repercussão nos meios de comunicação e, essencialmente, pela importância na vida dos servidores, é que se faz oportuna uma abordagem relativa às ADI's que trataram da cobrança da contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e dos pensionistas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas.

2 DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA O ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003

O artigo 4º da EC n. 41/2003 possui a seguinte redação, *in litteris*:

Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da

Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o caput incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere:

I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

Em face do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41, acima transscrito, foram ajuizadas as ADI's nº's 3099, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PTB; 3105, requerida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP; 3128, proposta pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR; 3133, ajuizada pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional – PRONA; 3143, requerida pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil – CSPB; 3172, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; e a 3184, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

3 DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N.ºS 3105 E 3128

Conforme visto, o art. 4º da Emenda Constitucional 41/2003 foi questionado em várias ações diretas, daí porque o julgamento das ADIs n.s 3105 e 3128, pelo Tribunal Pleno da Suprema Corte, realizado em 18 de agosto de 2004, servir de parâmetro para as demais ações diretas que tratavam com o mesmo objeto.

Na ADI 3105, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, argumentou-se o desrespeito às normas previstas nos arts. 5º, inciso XXXVI, 150, inciso II, e 60 § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

Isso porque aqueles servidores que haviam preenchido os requisitos de aposentação, os já inativados no momento da promulgação da EC/41/2003 possuiriam direitos adquiridos e *"tinham garantidos, em*

virtude do próprio sistema previdenciário previsto na Constituição, o direito de não pagarem mais contribuição previdenciária”.

Assim, fez-se uma interpretação do art. 5º, inciso XXXVI - “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” - de modo a demonstrar que o vocábulo “lei” teria significado amplo e, assim, estaria incluído no conceito da “espécie normativa emenda constitucional”.

Nesse sentido, argumentou-se que ao desrespeitar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, a EC/41 ofendeu a cláusula pétreia contida no art. 6º, § 4º, inciso IV, da Carta Republicana.

Ao final, sustentou-se a existência de vício de inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da isonomia tributária, de que trata o art. 150, II, da CRFB/1988, em relação aos servidores que seriam inativados após o advento da EC 41/2003.

Na petição inicial da ADI 3128, além dos questionamentos contidos na ADI 3105, destacou-se a impossibilidade de a EC 41/2003 instituir o caráter solidário das contribuições previdenciárias para os aposentados e pensionistas, sob o argumento da impossibilidade de exigir-se a mesma obrigação daqueles que já cumpriram os requisitos necessários para a aposentadoria, porquanto gozariam de direito adquirido.

Acrescentou-se que essa contribuição previdenciária também afrontaria o caráter contributivo, porque não teria causa suficiente, além de desrespeitar a irreduzibilidade da remuneração.

Em ambas as ações diretas, foram requeridas antecipações de tutela para suspender a norma contida no citado art. 4º da EC N° 41/2003.

4 DA MANIFESTAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

No exercício da missão constitucional prevista no art. 103, § 3º, o Advogado-Geral da União apresentou manifestação na defesa no dispositivo impugnado.

Nesse sentido, mediante a assistência da Secretaria-Geral de Contencioso, defendeu a natureza tributária da contribuição previdenciária, para afirmar a impossibilidade de se invocar direito adquirido à não-exação tributária, com fundamento no precedente da Medida Cautelar na ADI nº 2010, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que afirmou ser a seguridade uma espécie tributária.

A referência doutrinária, em favor da tese da natureza tributária da contribuição para a previdência, foi extraída de Parecer exarado pelo

¹ Petição inicial da ADI 3105 disponível no sítio do STF.

Professor Luís Roberto Barroso, intitulado: “Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência: ascensão e queda de um regime de erros e privilégios”, anexado à manifestação.

No tocante ao direito adquirido, ficou claro que a Constituição da República não impedia que a emenda constitucional alterasse o seu contexto, e que a expressão “lei”, contida no art. 5º, inciso XXXVI, se reportava ao plano infraconstitucional, “*mais precisamente lei ordinária*”.

Nesse diapasão, foi evidenciado o magistério de Hugo de Brito Machado³, que defende a possibilidade de o constituinte, em sede de emenda constitucional, dispor que as modificações empreendidas atinjam fatos anteriores. O referido autor defende, ainda, não ser válido afirmar que o direito adquirido seja classificado como direito fundamental, portanto não alcançável por emendas constitucionais, em razão da norma prevista no art. 60, § 4º, inciso IV, pois tal garantia aplica-se ao legislador ordinário.

Na mesma linha foi citado o magistério de Luís Roberto Barroso (op. cit.), que afirma estarem os aposentados e pensionistas sujeitos à incidência da contribuição previdenciária.

A lição do professor Paulo Modesto reforçou o argumento de que os direitos adquiridos não são cláusula pétreia da Constituição⁴.

No campo da colisão dos princípios e direitos constitucionais, foi reproduzido fragmento do artigo do magistério de Fernando Noronha⁵, em que o autor afirma:

‘Nem mesmo a existência de direitos adquiridos pode ser óbice à supressão destes, quando contra eles ergam outros direitos (ou outros princípios) de natureza constitucional e de valor superior ao da tutela do direito adquirido. (in Revista de Direito Administrativo. v. 211. Reforma Administrativa e Direito Adquirido, p. 83).’⁶

Assim, tendo em conta o princípio da razoabilidade, restou defendida a ponderação dos princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, da isonomia, como também dos demais princípios e garantias existentes juntamente com o direito adquirido.

2 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*. RT, 714/21.

4 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

5 NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal *Cadernos de direito constitucional e ciência política..* v. 23., São Paulo: RT, 1998, p. 105-106)

6 Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

Quanto à solidariedade do sistema da seguridade social - que engloba todos os participantes, ou seja, os servidores ativos, os inativos e os pensionistas – defendeu-se que a contribuição previdenciária é própria do sistema de seguridade social, mediante a participação de todos os beneficiários. Nesse sentido foi citada a doutrina pátria, que analisa questões relativas à preservação do princípio da solidariedade social e conclui *“que o mesmo resguarda gerações atuais e futuras de eventual estado de pobreza, como também da perda da dignidade”*.

Além da abalizada doutrina, a defesa do novo regime teve como fundamentos jurisprudencial o julgamento da ADI nº 1441, no qual o Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, asseverou que a *“...Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a Seguridade...”*.

No tocante à alegada ofensa ao princípio da isonomia tributária, de que trata o art. 150, II, da Carta Republicana defendeu-se a tese de que a referida exação teve como finalidade instituir tratamento isonômico aos participantes do mesmo sistema previdenciário, tendo em vista que ao passar para a inatividade o servidor não estaria dele excluído.

Nesse sentido, ao coligir a lição do Professor Celso⁸, ficou claro o fato de que a contribuição previdenciária então instituída, efetivamente, não apresentava qualquer fator de *discrimen* razoável, que pudesse prejudicar os inativos, por exemplo, os quais não poderiam ser classificados em situação diferente em relação aos servidores ativos *“pelo mero fato de já estarem aposentados”*⁹.

Com esses, e outros argumentos no mesmo sentido, o então Advogado-Geral da União requereu a improcedência dos pedidos formulados, *“ante a constitucionalidade do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003”*¹⁰.

5 DO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS

No julgamento das ADI's 3105 e 3128, a União apresentou memorial, na mesma linha do que constituiu a tese de defesa já sustentada pelo Advogado-Geral da União.

⁷ CORREIA. Marcus O. G et al. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.62-64.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 01, 1993. p. 81-82.

⁹ Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

¹⁰ Manifestação do Advogado-Geral da União na ADI 3105. Sítio do STF na Internet.

Todavia, considerando o posicionamento expresso no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no decorrer do julgamento, foi elaborado memorial complementar, de modo a consolidar o posicionamento da União na defesa da Constitucionalidade do art. 4º da EC nº 41/2003.

Ao expor o seu voto a Ministra Ellen Gracie entendeu violados os arts. art. 150, II, bem assim, o art. 150, IV, “*porque a Constituição Federal veda a instituição de tributo com efeito de confisco*”; e 195, § 5º da Constituição Federal, porquanto “*a contribuição dos inativos e pensionistas resultaria em verdadeira bitributação*”, vedada pelo art. 154, I da mesma CRFB/1988.

Com o objetivo de esclarecer as questões relativas ao citado *confisco* e à bitributação, em memorial complementar, o Advogado-Geral da União destacou que o voto da Ministra deixou de observar a norma do artigo 40, da CF/1988, com a redação dada pela EC 41/2003, sobre a natureza e os elementos do regime de previdência instituído por aquela reforma constitucional, que assegurou aos servidores públicos titulares de cargos efetivos, um regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante a contribuição do ente público e dos servidores ativos e inativos, de modo a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (*caput* do art. 40).

Nesse sentido, o art. 4º da EC/41, que havia somente estabelecido os percentuais de contribuição e constituía objeto das ações diretas, haveria que ser interpretado à luz do *caput* do citado art. 40, reformado nos termos do art. 1º da mesma EC nº 41/2003.

Também foi destacado o fato de que o servidor ao se aposentar não perde o vínculo e nem a condição de “servidor”, aplicável aos ativos e inativos e, nesse sentido o STF já havia examinado caso relativo ao servidor público quando passa para a inatividade, e consagrado o entendimento de que tal situação não o torna substancialmente diferente dos demais servidores, porque preservam o vínculo de índole financeira, e a eles são também aplicadas as normas relativas às vantagens e limitações impostas aos servidores em atividade (ADI 1.441).

Em relação ao tema contributividade x solidariedade, foi esclarecido que, com a emenda constitucional, o antigo sistema contributivo passou a ter o conceito de solidariedade, em razão da necessidade de que todos os participantes do sistema contribuíssem para a sua sustentabilidade, indispensável diante do quadro atuarial que então se vislumbrava para o futuro.

Bem por isso, restou defendido que emenda constitucional que estipula, em relação ao imposto discriminado por ela, a inaplicabilidade do princípio da não-vinculação do produto da arrecadação de

impostos a órgão, fundo ou despesa, não fere nenhuma das cláusulas de intangibilidade previstas no artigo 60, § 4º, incisos I ao IV, da Constituição Federal de 1988, tendo em vista posicionamento anterior da Suprema Corte na ADI n. 939.

Nessa linha, restou evidenciado que como o novo imposto teria sido discriminado pela própria Constituição, não seria o caso de se cogitar da aplicação da regra do artigo 154, inciso I, da Carta Política, de 1988, que trata da técnica legislativa para o uso da competência tributária residual da União (Precedentes do S.T.F.: ADIn nº 939/DF, in RDA 198/123-194; ADIMC nº 1.497/DF, in DJU de 13/12/2002, pp. 58).

Ao defender a ausência da natureza de confisco, da contribuição dos inativos, foi esclarecido que o referido entendimento quanto à alegada violação ao artigo 150, IV, da CF/88, não poderia prevalecer, pois a mesma carga tributária a que estariam adstritos os inativos, somando-se o que lhes era tributado a título de imposto de renda de pessoa física e o que viria a ser exigido a título de contribuição previdenciária, também era suportado pelos servidores em atividade, quando são computados tanto o imposto de renda quanto a contribuição previdenciária.

Assim, ficou claro que se acaso os servidores inativos estivessem, por esse motivo, sujeitos a um tributo confiscatório, dever-se-ia concluir, também, de forma absurda, e por simetria, que os servidores ativos não poderiam contribuir para seu sistema de previdência.

6 DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF

Ao final, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs 3105 e 3128, concluiu, por maioria, ser improcedente a alegada inconstitucionalidade do *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.

Desse modo, o STF entendeu que o servidor inativo não detém direito adquirido a imunidade tributária imposta pela Constituição Federal, isso abrange qualquer modalidade de tributo.

O Plenário da Suprema Corte, de forma majoritária, afirmou que a contribuição previdenciária instituída pela EC n. 41/2003 não ofende outros direitos e garantias individuais, devendo submeter-se aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, de forma a viabilizar o cumprimento dos objetivos constitucionais relativos à universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento.

Assim, com apoio na afirmação da constitucionalidade do *caput* do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/2003, a reforma previdenciária se manteve, em prol da estabilidade do sistema e da garantia de manutenção das aposentadorias dos servidores públicos.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Públíco*, n. 01, 1993.
- CORREIA. Marcus O. G et al. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*. RT, 714/21.
- NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. v. 23. São Paulo: RT, 1998.

A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: PASSE LIVRE E A DEFESA DA UNIÃO NA ADI Nº 2.649

*PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES: FREE PASS AND
THE STATE DEFENSE ON ADI N. 2649*

*Raphael Ramos Monteiro de Souza
Advogado da União
Especialista em Direito Público pelo IDP/DF
Mestrando em Direito pelo PPGD/UFRJ
Coordenador-Geral de Atuação Estratégica
da Secretaria-Geral de Contencioso – DAE/SGCT/AGU.*

Sumário: 1 Introdução e contexto normativo: relevância da política pública de proteção da pessoa com deficiência; 2 Argumentos apresentados pela SGCT/AGU em defesa da constitucionalidade da Lei Federal nº 8.899/1994; 3 A orientação acolhida pelo STF na ADI nº 2.649; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A proteção das pessoas com deficiência é consectária de diversos valores albergados pelo texto constitucional, a exemplo dos atinentes à dignidade da pessoa humana, à solidariedade e à não-discriminação. Nessa perspectiva, a edição da Lei nº 8.899/94, ao dispor acerca do “passe livre” para tais indivíduos, revelou-se consentânea com o panorama de reconhecimento e de respeito das diferenças — próprio das sociedades contemporâneas e plasmado em diferentes diplomas internacionais. O propósito do texto é destacar, no contexto dos 25 anos da Constituição Federal de 1988, de que maneira desenvolveu-se a exitosa defesa judicial da União no tema, bem como verificar quais foram os argumentos que, por ocasião do julgamento da ADI nº 2649 pelo Supremo Tribunal Federal, conduziram ao reconhecimento da constitucionalidade de tal ato normativo.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com Deficiência. Dever de Proteção. Direitos Fundamentais. Passe Livre. Lei nº 8.899/1994. ADI nº 2.649.

ABSTRACT: The protection of persons with disabilities is consequence of various constitutionals values, as human dignity, solidarity and non-discrimination. In this way, the enactment of Law N. 8.899/94, which granted the “free pass” for such individuals, manifests consentaneous with the recognition and difference respect framework — typical of contemporaneous societies and present on many internationals laws. This papers aims to emphasize, in the context of 25th anniversary of Brazilian Constitution, how it developed the successful defense of the Union in the subject, besides checks what reasons were accepted by Supreme Federal Court, during ADI 2649 judgment.

KEYWORDS: Persons with Disabilities. State Duty to Protect. Fundamental Rights. Free Pass. Brazilian Law 8.894/1994. ADI n. 2.649.

1 INTRODUÇÃO E CONTEXTO NORMATIVO: RELEVÂNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

É cediço que uma das tônicas do Estado Democrático Brasileiro reside na valorização da dignidade da pessoa humana, na solidariedade e na não-discriminação (arts. 1º, III, e 3º, I e IV, da Constituição Federal). Tal inclinação insere-se no contexto de reconhecimento e respeito das diferenças, próprio das sociedades contemporâneas, nas quais o Estado exerce papel central no fomento e amparo das relações envolvendo sujeitos e grupos minoritários¹.

Sob o ângulo da tutela jurídica, de tal quadro deriva-se a tendência classificada pela doutrina como especialização dos direitos fundamentais². É dizer, constata-se que o ordenamento nacional vem conferindo singular atenção à tutela dos indivíduos que apresentam vulnerabilidades, as quais podem se configurar em virtude de elementos de ordem física, social, étnica ou econômica, entre outros. Fenômeno que se verifica, por exemplo, no que se refere às mulheres, às crianças, aos idosos, aos afrodescendentes e às pessoas com deficiência³⁴ – objeto do caso a ser estudado no presente artigo.

Não são poucos os dispositivos constitucionais a conferir especial tratamento para os referidos indivíduos, tais como a vedação de discriminação em âmbito salarial e profissional (art. 7º, XXXI); a competência material comum e legislativa concorrente para sua proteção e integração (art. 23, II e 24, XIV); a reserva de vagas em concursos

1 Trata-se, assim, da dimensão normativa que, na linha de Honneth, opera como um dos três modos de reconhecimento presentes em uma sociedade solidária, ao lado dos estágios relativos ao suporte emocional das relações privadas e, ainda, à integração comunitária. HONNETH, Axel. *The struggle for recognition*. Trad. de Joel Anderson. Cambridge, Massachusetts : MIT Press. 1995. p. 127-130.

2 Ao lado da positivação e da internacionalização. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 16. tir. Rio de Janeiro : Campus, 1992, p. 62-63.

3 Em que pese certa polêmica, interessante análise acerca da evolução terminológica — de inválidos, incapacitados, defeituosos, deficientes, excepcionais até portadores de necessidades especiais —, feita pelo especialista Romeu Sasaki, conclui que, de acordo com diversos documentos internacionais e pesquisas com os próprios interessados, atualmente, é correto utilizar-se tão-somente a expressão “pessoas com deficiência”. SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência?* Disponível em: <<http://www.educacao.salvador.ba.gov.br/site/documentos/espaco-virtual/espaco-educar/educacao-especial-sala-maria-teresa-mantoan/ARTIGOS/Como-chamar-a-pessoa-que-tem-deficiencia.pdf>>. Acesso em: 18.02.2013.

4 De acordo com a definição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (promulgada pelo Decreto nº 6949/2009), “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

públicos (art. 37, VIII); a aposentadoria especial (art. 37, §4º, I; art. 201, §1º); o benefício de prestação continuada (art. 203, V); a educação especializada (art. 208, V); a assistência à criança e ao adolescente com deficiência (art. 227, §1º, II) e; a acessibilidade (arts. 227, §2º e 244).

Nessa perspectiva emancipatória e compensatória, a edição da Lei Federal nº 8.899/1994, ao dispor acerca da concessão de passe livre no transporte interestadual, veio conferir concretude à tutela da diferença⁵. Ressalte-se, ademais, a dupla cautela na ação do legislador, ao albergar as pessoas com deficiência que, simultaneamente, comprovassem carência, extraindo-se, no particular, elemento de política distributiva e justiça social. Estavam presentes, portanto, diferentes aspectos constitucionais para respaldar o ato em questão.

Não era esta, porém, a compreensão de parcela do setor privado. Assim, a ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros, houve por bem ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2.649) em face do dispositivo, em 13 de maio de 2002. Alegou-se, em suma, que a lei contrariaria os artigos 1º, IV; 5º, XXII; 170; 195, § 5º; 203 e; 204, todos da Carta Maior, pois, a seu ver, instituiria “uma ação de benefício social sem identificar a correspondente fonte de custeio”, com afronta ao “domínio econômico privado das transportadoras associadas”, à livre iniciativa e à isonomia.

O propósito do texto é destacar de que maneira desenvolveu-se a defesa da União no tema, bem como verificar quais foram os argumentos que conduziram ao reconhecimento da constitucionalidade do ato normativo impugnado.

2 ARGUMENTOS APRESENTADOS PELA SGCT/AGU EM DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI FEDERAL Nº 8.899/1994

No que concerne ao mérito da questão⁶, em síntese, foram três os argumentos centrais apresentados pela Secretaria-Geral de Contencioso

⁵ “Pode-se dizer que o direito subjetivo das minorias e dos membros das minorias consiste em serem respeitadas na medida em que sua diferença específica é tratada como irrelevante em termos de não benefício a todos (direito à não discriminação) e como igualmente valiosa quando comparada a outros grupos (direito ao reconhecimento). As duas coisas compõem simultaneamente o direito à diferença, que por sua vez, é uma das formas do direito ao respeito igual à dignidade humana universal”. LOPES, José Reinaldo de Lima. ‘O Direito das Minorias no Mundo Globalizado’. In: CAMPILONGO, Celso (org.). *A Democracia Global em Construção*. Rio de Janeiro : Lumen Juris. 2005. p. 88.

⁶ Vale registrar que foi ainda suscitado, em preliminar, o não-conhecimento da ação, na linha de diversos precedentes (ADI 1.788, 1771, e outras), em virtude da ilegitimidade ativa *ad causam*. Isto porque a requerente representava apenas um ramo ou segmento, e não uma classe de âmbito nacional. Não obstante, conforme ressaltado a seguir, o Plenário optou por avançar na matéria de fundo.

em defesa da norma, os quais gravitaram em torno: a) do dever de proteção como decorrência do princípio da dignidade humana; b) do regime jurídico aplicável ao serviço público de transporte interestadual e; c) da autonomia da gratuidade do transporte coletivo em relação às disposições constitucionais pertinentes à seguridade social.

Salientou-se, de plano, que o ato estava em harmonia com o panorama normativo das últimas décadas – em âmbito constitucional, legal e internacional – referente às pessoas com deficiência. A relação continha série de declarações e normas federais atinentes a vários ramos do direito, como o tributário, o urbanístico, o previdenciário, o trabalhista, o sanitário e o educacional. Confira-se, atualizada:

ANO	NORMA
1971	Declaração dos Direitos dos Deficientes Mentais
1975	Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência
1978	Emenda Constitucional nº 12 – melhoria de sua condição econômica e social
1982	Lei n.º 7.070 – Pensão especial /“Síndrome da Talidomida”
1983	Convenção sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes
1988	Constituição Federal – artigos 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV; 37, VII; 203, IV e V; 208; 227, §1º, II, e §2º; e 244.
1989	Lei n.º 7.853 – Apoio aos portadores de deficiência Convênio ICMS nº 33 – Isenção em veículos de paraplégicos
1990	Lei n.º 8.080 – Promoção, proteção e recuperação da saúde
1992	Leis n.º 8.212 e 8.213 – Contratação mínima pelo setor privado
1993	Lei n.º 8.742 – Benefício de prestação continuada
1994	Declaração de Salamanca – Educação especial <i>Lei n.º 8.899 – Passe livre no transporte interestadual</i>
1995	Lei n.º 8.989 – Isenção de IPI nos automóveis Lei n.º 9.045 – Reprodução de obras no método “Braille”
2000	Lei n.º 10.048 – Prioridade no atendimento Lei n.º 10.089 – Acessibilidade
2001	Lei n.º 10.436 – Reconhece como meio legal de comunicação a Língua Brasileira de Sinais (LIBRA) Decreto n.º 3.956 – Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência
2004	Lei n.º 10.845 – Atendimento educacional especializado
2009	Decreto n.º 6.949 – Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
2011	Decreto n.º 7.612 – Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite
2013	Lei Complementar n.º 142 – Regulamenta aposentadoria especial da Pessoa com Deficiência

Foi demonstrada, portanto, que a preocupação com a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência – notadamente prestacionais ou de segunda geração⁷ – manifestou-se com ainda mais intensidade nos últimos anos. Ao garantir a gratuidade dos deslocamentos em ônibus interestaduais, com a exigência adicional da comprovação da carência econômica, o legislador pátrio, a um só tempo, prestigiou e conformou diferentes dimensões da sociedade solidária almejada pela Lei Fundamental.

Em outros termos, restava configurado o implemento de uma prestação de índole normativa, mediante conformação do regime jurídico de serviço público de transporte rodoviário de passageiros. Providência consentânea, aliás, com a propalada eficácia irradiante dos direitos fundamentais, segundo a qual estes passam a revestir-se de uma dimensão objetiva vinculante de todo o sistema⁸.

No tocante à observância do princípio da proporcionalidade, conforme ressaltado em memoriais, não havia como reputar excessiva uma norma que: (a) reservava apenas dois lugares por veículo; (b) em transporte interestadual, somente; (c) cujos beneficiários eram os deficientes físicos, mentais, auditivos ou visuais; (d) mesmo assim, só os comprovadamente carentes; (e) os quais deveriam estar previamente cadastrados; (f) solicitando tal direito até três horas antes da viagem pretendida – nos termos da implementação do programa “Passe Livre”⁹.

Sob outro viés, abordou-se a controvérsia à luz dos contornos do regime jurídico do serviço público. No caso do transporte interestadual e internacional de passageiros, a respectiva titularidade de exploração — direta ou mediante autorização, concessão ou permissão — é da União (art. 21, XII, “e”, da Lei Fundamental).

Na linha da clássica doutrina administrativa, pois, segundo a qual ao poder concedente cumpre, a partir de todos os meios necessários, “satisfazer do melhor modo possível o interesse público”¹⁰, a União

7 “... atribuindo ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva [...]. Não se cuida mais, portanto, de liberdade perante do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2005. p. 52.

8 HESSE, Konrad. “Significado de los derechos fundamentales”. In: BENDA, Ernest et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio Lopez Pina. 2. ed. Madrid : Marcial Pons. 2001. p. 91-94.

9 De acordo com o disposto no Decreto nº 3.691/2000 e na Portaria Interministerial nº 003/01, que regulamentaram a Lei Federal nº 8.899/94.

10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 704. Sem olvidar a, também clássica, tensão permanente entre o imperativo de se conciliar o interesse público e o interesse privado, via manutenção do equilíbrio econômico financeiro e da remuneração da concessão. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 20. ed. Paris : Dalloz. 2004. p. 325-328.

derrogara parcialmente uma das características da utilização do serviço, qual fosse, a onerosidade para uma classe de usuários.

Ainda assim, era impróprio falar-se em ofensa fosse ao direito de propriedade, fosse ao princípio da livre iniciativa. Isto porque, em matéria de remuneração dos concessionários, o principal meio utilizado é a tarifa, cuja fixação leva em consideração todos os custos do serviço, em respeito ao equilíbrio-econômico dos contratos. Em última análise, após as planilhas apresentadas pelas das empresas, quem arcaria com o custeio de tal direito seria a própria sociedade, ao pagar o preço do serviço. Ou seja, o benefício seria diluído na política de revisão tarifária, cuja definição ocorreria nas relações concretas, em plano apartado do debate relativo à constitucionalidade da medida. Fez-se referência, ademais, à posição adotada pelo STF em favor da gratuidade da expedição das certidões de nascimento e de óbito (ADC nº 5 e ADI nº 1800).

Finalmente, foi esclarecida a impertinência da tese do enquadramento do passe-livre com as ações do sistema da seguridade social. Na linha do que contido no art. 195 da Lei Maior, ao tratar do financiamento dos benefícios da seguridade social e instituir que nenhum deles será criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio, referiu-se, exclusivamente, ao regime tributário a que se submete o custeio dos benefícios da seguridade social.

Vale dizer, o direito à gratuidade do transporte aos portadores de deficiência não constitui benefício da seguridade social e, portanto, não se submete a seu regime jurídico. Tal direito foi concebido em caráter autônomo, não vinculado, portanto, ao regime jurídico daqueles direitos concernentes à assistência social.

Relembrou-se, por último, que, quando se cuida da política pública de gratuidade de transporte às pessoas com deficiência, não se está concedendo o benefício do deslocamento em si mesmo; contudo, sim, um instrumento para eliminação de barreiras e acesso a bens de matriz constitucional tão intensos quanto, como o direito à saúde, ao lazer, à cultura, à educação e ao trabalho¹¹.

Consoante destacado no tópico a seguir, é possível perceber que a Suprema Corte acolheu grande parte dos fundamentos apresentados pela União.

¹¹ NETTO, Antônio Rulli. *Direitos do Portador de Necessidades Especiais*. 2. ed. São Paulo : Fiuza Editores. 2002. p. 235. Destaque, também, para as palavras do Ministro Celso de Mello, ao julgar a ADI nº 903 (DJ de 24.7.1997): “O legislador constituinte, atento à necessidade de resguardar os direitos e os interesses das pessoas portadoras de deficiência, assegurando-lhes a melhoria de sua condição individual, social e econômica [...] criou mecanismos compensatórios destinados a ensejar a superação das desvantagens decorrentes dessas limitações de ordem pessoal.”

3 A ORIENTAÇÃO ACOLHIDA PELO STF NA ADI N° 2.649

A ação direta de inconstitucionalidade foi levada a julgamento plenário no dia 5 de maio de 2008, ocasião na qual foi conhecida e o pedido nela contido restou julgado improcedente. O acórdão restou assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA.

[...] 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, *comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado*.

4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI nº 2649, Rel. Min. Cármel Lúcia, DJ de 16.10.2008, grifou-se)

No mérito¹², o voto da Relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA, pela total improcedência do pleito, percorreu raciocínio que partiu do valor social da solidariedade até chegar à não-violção do princípio da isonomia,

¹² Conquanto fundada em precedentes da Corte, superou-se a preliminar de não conhecimento, por ilegitimidade ativa da requerente, a fim de viabilizar o exame da matéria de fundo, em caráter excepcional. A título de ilustração, tanto o Min. Ayres Britto como a Min.^a Ellen Gracie já haviam decidido, monocraticamente, em desfavor da ABRATI. Conforme conclui a última, no entanto, “vamos ao mérito”.

passando pelo balanceamento entre as atividades econômicas e o bem-estar da coletividade.

Com suporte em dados das Nações Unidas, ressaltou, de início, que 8 em cada 10 pessoas com deficiência residem nos países em desenvolvimento. Daí ter ponderado que, no contexto de uma “comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, cumpre ao Estado “a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das carências” e a “toda a sociedade [que] atue para incluí-los no que seja compatível com as suas condições”. Mencionando, inclusive, a eficácia interpretativa e integrativa dos valores expressos no preâmbulo constitucional, a Ministra enfatizou a luta desses indivíduos face à “inegável dificuldade para superar, na vida em sociedade, os seus limites”.

A seu ver, com adoção da Lei nº 8.899/1994, o país estava antecipando-se ao que posteriormente veio a ser acolhido na Convenção Internacional assinada, em Nova Iorque, no em 2007 [que foi, como visto, posteriormente promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009].

Deixou clara, além disso, a necessidade de que desempenho das atividades de interesse coletivo obedecesse as regras específicas que o bem estar da sociedade determinasse. Dessa maneira, com espeque nos artigos 170 e 175 da Carta Magna, ressaltou que o empresário prestador do serviço público de transporte não dispõe de ampla liberdade de atuação. Esta, in casu, fora condicionada a fim de possibilitar igualação daquelas pessoas com os demais membros da comunidade.

Na sequência, a Relatora endossou a posição defendida pela Advocacia-Geral da União, no sentido que o instituto não se constituía um benefício da seguridade social, porquanto não onerava os cofres públicos. De igual modo, advertiu que “os cálculos aterrorizantes apresentados [pela requerente] falham na matemática, quando não fosse bastante falhar no direito”. Em arremate, acolheu o argumento segundo o qual tais custos seriam compartilhados entre demais usuários pagantes e, caso sobreviesse algum desequilíbrio da equação econômico-financeira, a matéria deveria ser solucionada no plano da revisão tarifária.

Foi a conclusão a qual chegou também os Ministros GILMAR MENDES, MENEZES DIREITO e RICARDO LEWANDOWSKI, com destaque para o voto deste último, ao asseverar que:

[...] foi muito bem enfatizado tanto pela eminente relatora, como também pelo ilustre Advogado-Geral da União, na verdade, estamos diante de uma questão puramente contratual [...]. Portanto, se essa lei trouxer algum desequilíbrio para os contratos de concessão

de transporte coletivo, ele será evidentemente resolvido em sede própria, que é a sede do Direito Administrativo.

Em acréscimo, o Min. CEZAR PELUSO advertiu que a norma estava em vigor desde o ano de 1994, sendo certo que desconhecia qualquer pedido de falência de empresas concessionárias em decorrência de sua aplicação.

O Min. AYRES BRITTO, por sua vez, consignou diversos elogios ao conteúdo do ato, notadamente no que concerne ao duplo objeto tutelado. Para ele, verificava-se “um ponto de confluência muito interessante entre ação distributiva e ação afirmativa”, porquanto a lei “promove, ao mesmo tempo, inclusão social, quando fala do carente econômico, e integração social ou comunitária, quando fala do portador de deficiência”.

Com efeito, da orientação pela constitucionalidade da medida divergiu apenas o Min. MARCO AURÉLIO, segundo o qual o não caberia ao Estado “cumprimentar com chapéu alheio”. Acolhia, assim, a alegação de violação ao art. 195, §5º, da Constituição Federal, que prevê a necessidade de indicação de fonte de custeio para instituição de benefícios de assistência social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das mencionados aspectos, o julgamento envolvendo o “passe livre” para pessoas com deficiência decerto integra o rol dos casos mais simbólicos, em matéria de direitos fundamentais, dos 25 anos da Constituição Cidadã de 1988. A importância da validação da política de integração reside, em última análise, também nas balizas fixadas em torno do princípio da isonomia material.

Não somente em virtude da verificação da clássica e imprescindível correlação referente à presença dos fatores razoáveis de discrimen¹³; mas sobretudo por expressar o reconhecimento, por parte da Suprema Corte do país, de uma modalidade de discriminação compensatória¹⁴ permeada por valores próprios a uma sociedade justa e solidária.

É de se relembrar, por fim, que não são de pouca monta as vicissitudes com as quais tais indivíduos se deparam cotidianamente.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo : Malheiros. 2010, p. 21-23. Angulação que guarda pertinência com os ideais republicanos, na medida em que, ao elidir a incidência do arbítrio, apura a igualdade como “pedra de toque” de tal forma de governo. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo : Malheiros. 2007, p. 158-160.

¹⁴ A qual, longe de violar o direito a igualdade de tratamento e proteção de todos os cidadãos, exatamente nele encontra fundamento. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes. 2010, p. 349-350.

Conforme aponta MARRA¹⁵ – ele próprio uma pessoa com deficiência –, as dificuldades englobam fatores concernentes à acessibilidade; à ausência de educação integrada; a posturas equivocadas ou paternalistas; à falta de informação adequada; a elevados custos financeiros; a limitação de opções e; à necessidade de planejamento antecipado de atividades.

Sob referida ótica, a atuação da Secretaria-Geral de Contencioso da AGU no caso, a um só tempo, colaborou para a mitigação de barreiras para uma vida digna e para a inclusão e o respeito aos componentes desse grupo social. De sorte que, a partir da adoção de um padrão civilizatório que contempla a alteridade, o julgamento representou um passo adiante no que diz respeito à dimensão fraternal da democracia brasileira¹⁶.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo : Malheiros. 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 16 tir. Rio de Janeiro: Campus. 1992.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte : Fórum. 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
- HESSE, Konrad. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernest et al. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução de Antonio Lopez Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons. 2001.
- HONNETH, Axel. *The struggle for recognition*. Tradução de Joel Anderson. Cambridge, Massachusetts: MIT Press. 1995.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito das Minorias no Mundo Globalizado. In: CAMPILONGO, Celso (org.). *A Democracia Global em Construção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- MARRA, Angelo D. *Diritto e disability studies*. Reggio Calabria: Falzea, 2010.

¹⁵ MARRA, Angelo D. *Diritto e disability studies*. Reggio Calabria: Falzea, 2010. p. 213-214; 226-230.

¹⁶ BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 31-35.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 20. ed. Paris: Dalloz, 2004.

RULLI NETTO, Antônio. *Direitos do Portador de Necessidades Especiais*. 2. ed. São Paulo: Fiuza, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Como chamar as pessoas que têm deficiência?* Disponível em: <<http://www.educacao.salvador.ba.gov.br/site/documentos/espaco-virtual/espaco-educar/educacao-especial-sala-maria-terezinha-mantoan/ARTIGOS/Como-chamar-a-pessoa-que-tem-deficiencia.pdf>> Acesso em: 18 fev. 2013.

DIREITOS INDÍGENAS: CASO TIRSS (PET 3388 E OUTROS)

*INDIGENOUS RIGHTS: THE CASE OF RAPOSA SERRA DO SOL
RESERVATION - TIRSS (PET 3388 AND OTHERS)*

Alisson da Cunha Almeida
Advogado da União lotado na Secretaria-Geral de Contencioso
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 Argumentação Desenvolvida pela SGCT; 2.1 Aspectos processuais; 2.2 Do Mérito; a) Da tradicional e inequívoca ocupação indígena na região; b) Do indigenato; c) Das terras indígenas. Garantia constitucional; d) Da área reservada à TIRSS. Necessidade da faixa contínua. Aspectos culturais, produtivos e religiosos; e) Dos documentos anexados pelo autor. Do Relatório do Senado Federal e do laudo pericial formulado na estância estadual; f) Da inexistência de risco ao pacto federativo; g) Da inexistência de ameaça à economia estadual; h) Da má-fé dos posseiros e dos danos ambientais; i) Da plena garantia da defesa nacional; j) Do ingresso das Forças Armadas na área da TIRSS.

Do princípio da dupla afetação; 1) Da participação do Conselho de Defesa Nacional; 2) Da regularidade do procedimento administrativo; 3) Fundamentos Acolhidos pelo STF; Experiência na Atuação e Desdobramentos após o Julgado; 4) Observação Final; Referências.

RESUMO: Caso da Terra da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – TIRSS. Contextualização e importância. Argumentação desenvolvida pela Secretaria-Geral de Contencioso – SGCT. Aspectos processuais: impossibilidade de ingresso do Estado de Roraima como litisconsorte ativo necessário. Mérito: ocupação tradicional da área; indigenato; previsão constitucional; necessidade de demarcação contínua; ausência de risco ao pacto federativo, à economia estadual e à defesa nacional; possibilidade de dupla afetação da área demarcada; desnecessidade de participação do Conselho de Defesa Nacional – CDN; regularidade do procedimento demarcatório. Fundamentos acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal – STF. Experiência na atuação. Desdobramentos do caso: aspectos internos e externos. Objetivação do processo. Fixação de balizas e condicionantes para demarcações de terras indígenas. Observação final.

PALAVRAS-CHAVE: Demarcação. TIRSS. Atuação. SGCT. Julgamento. Importância. Contribuição.

ABSTRACT: Lawsuit involving indigenous land Raposa Serra do Sol – TIRSS. Background and relevance of the case. Arguments put forward by the General Secretary of Judicial Litigation. Procedural issues: impossibility of having the State of Roraima as a co-plaintiff. Merit: traditional occupation of the area; indigenism; constitutional guarantee; need for continuous demarcation; absence of risk to the federal pact, the State economy and national defense; possibility of double affectation; unnecessary involvement of the National Defense Council; regularity regarding the conduct of demarcation. Pleas upheld by the Supreme Court. Outcomes of the case: internal and external aspects. Fixing beacons and conditions for demarcation of indigenous lands. Objectification of the process. Closing remarks.

KEYWORDS: Demarcation. TIRSS. Judgment. Importance. Contribution.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

A Terra Indígena Raposa Serra do Sol – TIRSS encontra-se na região do Rio Branco, no norte da Amazônia Legal, onde se localiza o Estado de Roraima e o Parque Nacional Monte Roraima.

Geograficamente, a TIRSS é formada por savana (Raposa) e serras (Serra do Sol), sendo que a população indígena local constitui-se de cinco etnias, quais sejam: Macuxi, Wapixana, Patamona, Ingarigó e Taurepang, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) aldeias, ocupando historicamente uma área de aproximadamente 1,7 milhões de hectares, situada entre os Rios Surumu, Tacutu e Maú, até a Serra de Pacaraima, na fronteira com a Venezuela.

Após décadas de estudos, foram editados a Portaria nº 534/2005, do Ministério da Justiça, bem como o Decreto Homologatório de 15/04/2005, do Presidente da República, que concluíram pela demarcação contínua da aludida área, cumprindo-se, desse modo, a dicção do art. 231, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual *“as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes”*.

A partir de então, houve o aforamento de diversas ações – principalmente perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região – individuais e coletivas com vistas à anulação do decreto demarcatório, sob o argumento principal de que a Portaria nº 534/2005 conteria supostas ilegalidades.

Constatada a existência de potencial conflito federativo no exame da matéria, o Supremo Tribunal Federal – STF, nos moldes do art. 102, I, “f”, da CF, declarou-se competente para julgar todos os litígios dela decorrentes¹.

Tais ações, à medida que subiam à Suprema Corte, foram sobrestadas até o julgamento da PET nº 3.388/RR, na qual as impugnações referentes à demarcação contínua da TIRSS seria decidida.

A PET nº 3.388/RR, por sua vez, teve início como ação popular² ajuizada, originalmente na Justiça Federal da Seção Judiciária de Roraima, pelo Senador da República Augusto Afonso Botelho Neto, originalmente assistido pelo também Senador da República Francisco Mozarildo de Melo Cavalcanti.

¹ Reclamações nºs 2.833, 3.331 e 3.813/RR, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 5.08.2005, p. 7.

² O rito adotado pelo STF foi o da ação popular. Contudo, por não dispor a Suprema Corte dessa classe processual, o processo foi recebido como Petição (PET).

Postulando a declaração de nulidade da aludida portaria, argumentou o autor popular, em resumo, a presença de vícios em sua edição por suposto desrespeito aos Decretos nºs 22/91 e 1.775/96, já que não teriam sido ouvidas todas as pessoas e entidades afetadas pela controvérsia. Além disso, alegou que o laudo antropológico que subsidiou a demarcação teria sido assinado apenas por um perito, sendo, portanto, parcial.

Afirmou, outrossim, que a demarcação contínua da TIRSS traria consequências ‘desastrosas’ para o Estado de Roraima, sob os aspectos comercial, econômico e social; comprometimento da segurança e da soberania nacionais; prejuízo aos legítimos interesses dos ocupantes não-indígenas; desequilíbrio ao pacto federativo e ofensa ao princípio da razoabilidade.

Verifica-se, assim, que a matéria deduzida na PET nº 3.388/RR é dotada de evidente importância, pois, além de dizer respeito à efetivação de direitos constitucionais, em seu desfecho, estavam sendo discutidos aspectos econômicos, ambientais e até mesmo de segurança nacional. Além disso, com o seu julgamento, havia o propósito de se pôr fim a conflitos fundiários que estigmatizaram a referida área por décadas, ceifando vidas e causando instabilidade às instituições. Não por outro motivo, o julgamento da PET nº 3.388/RR teve ampla divulgação pela imprensa nacional, sendo considerada uma das mais importantes ações em trâmite na Suprema Corte.

2 ARGUMENTAÇÃO DESENVOLVIDA PELA SGCT

2.1 Aspectos processuais

Em razão do grande número de cidadãos e entidades interessadas, existiam vários pedidos de ingresso no feito, sob as mais variadas condições (assistente, litisconsorte, *amicus curiae* etc), inclusive, do Estado de Roraima, que requereu a sua admissão na lide como litisconsorte ativo necessário.

Quanto a este ponto, manifestou-se a União que, embora tenha sido configurada a existência de real conflito federativo, tal assertiva não conduziria à conclusão de que o Estado postulante devesse ser recebido como litisconsorte ativo necessário, pois o que o STF deixou claro foi, tão-somente, a fixação de sua competência fundada no art. 102, I, “f”, da CF. Ressaltou, inclusive, que tal competência já estava definida antes mesmo de o Estado pretender ingressar à lide. Explicitou, ainda, que tal prerrogativa do STF iria prevalecer mesmo se o Estado de Roraima não tivesse postulado o seu ingresso.

Sustentou, desse modo, que a fixação da competência da Suprema Corte para julgar o caso serviu, sim, para reforçar o argumento de que o Estado de Roraima tinha evidente interesse jurídico na demanda e legitimar o seu ingresso no processo, ressalvando, todavia, que isso não induziria à conclusão de que este devesse ingressar como litisconsorte ativo necessário.

Proseguiu afirmando que, uma vez demonstrado o interesse jurídico do Estado postulante, este deveria ser aceito no processo de acordo com a relação jurídica travada e com as normas processuais vigentes, que, no caso, não permitiam o seu ingresso como litisconsorte passivo necessário.

Irretocáveis os argumentos da União.

Conforme abalizada doutrina, o sistema processual e constitucional brasileiro é incompatível com a formação de litisconsórcio ativo necessário, pois o direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se assim não fosse, seria possível imaginar situação em que um dos litisconsortes se negasse a demandar, impedindo, com isto, o direito de ação do outro. Nesse sentido, Fredie Didier Jr³ e Alexandre Freitas Câmara⁴.

Ademais, o litisconsórcio ativo necessário, quando admitido, é sempre relacional. Uma parte nunca pode demandar sem a presença da outra. No caso dos autos, contudo, se afigura perfeitamente possível que o Estado de Roraima figurasse sozinho no polo ativo da demanda. A recíproca também se mostra verdadeira, pois, embora haja um conflito federativo subjacente, o autor popular poderia litigar sozinho, sem a presença do Estado de Roraima, que, inclusive, está livre para aderir a quaisquer dos polos da relação jurídica processual.

Assim, se o STF admitisse a existência de litisconsórcio ativo necessário no caso, estaria fixando entendimento que obrigaria os Estados a figurarem apenas no polo ativo de lides semelhantes, sendo que é da livre escolha destes aderir à pretensão do autor ou resisti-la.

No caso dos autos, seria perfeitamente possível que o Estado de Roraima, atendendo aos ditames constitucionais relativos à proteção ao indígena, resistisse à pretensão do autor. Se assim é, não poderia a Suprema Corte recebê-lo como litisconsorte ativo necessário, pois figurar no polo ativo ou passivo da demanda é, inofismavelmente, uma *faculdade* do mencionado ente federativo.

³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9 ed. Salvador: Edições Jus Podivm, 2008. v.1.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v.1.

O STF, inclusive, já se manifestou sobre o tema, decidindo que “não cabe cogitar de litisconsórcio ativo necessário, na falta de evidência da sua inevitabilidade”⁵.

Não por outro motivo, concluiu a União que, caso o mencionado ente viesse a ser admitido na lide, deveria sê-lo na condição de assistente, recebendo o processo na fase em que se encontrava, não mais podendo formular novos pedidos ou juntar documentos, tudo em respeito ao princípio da eventualidade e sob pena de nulidade do feito.

2.2 Mérito

Conforme consta do relatório do acórdão proferido na PET nº 3.388/RR, a União impugnou “um a um”, os argumentos articulados na petição inicial, iniciando sua defesa com um levantamento histórico da ocupação indígena em toda região da TIRSS, paralelamente à evolução legislativa sobre o assunto, desde o Brasil-colônia.

Confira-se, abaixo, um resumo dos principais argumentos defendidos pela União nas diversas manifestações apresentadas na PET nº 3.388/RR.

a) Da tradicional e inequívoca ocupação indígena na região

O primeiro ponto a ser enfrentado pela União foi a demonstração da tradicionalidade da ocupação. Para tanto, a União valeu-se da referência a documentos históricos que comprovavam a presença indígena desde a época do Brasil-colônia, dando especial destaque aos seguintes registros:

- 1) 1775: construção, pelos portugueses, do Forte de São Joaquim, na confluência dos rios Tacutu e Uraricoera;
- 2) 1914: logo após a definição das fronteiras internacionais Brasil/Guiana, fez-se expressa menção à ocupação indígena então encontrada no local pelo Comandante da Inspetoria de Índios, recém instalada em Rio Branco (antigo Estado do Amazonas), bem como à intenção expressada pelos agricultores da época de expulsar os indígenas com possibilidade de conflito;

⁵ ACO-AgR 330/MS, Rel. Min. Francisco Rezek, Julgamento em 11/10/1984, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

- 3) 1917: o Marechal Rondon, ao visitar a região, deparou-se com os indígenas Macuxis e Jaricunas, e recomendou que as terras compreendidas entre os rios Surumu e Cotingo, e as serras Mairary e Canapiáepim, localizadas no município de Boa Vista do Rio Branco – à época, pertencente ao Estado do Amazonas – fossem a estes reservadas. Desse fato, resultou a edição da Lei n.º 941, de 16 de outubro de 1917, por meio da qual o então Governador do Estado do Amazonas declarou como *posses immemoriaes* por ocupação primária, todas as terras possuídas à época pelos índios, e que hoje correspondem à TIRSS.

Diante desses registros, concluiu a União que as provas da tradicionalidade da ocupação indígena são numerosas, robustas e inofismáveis, e se alargam também pela memória tribal, através das malocas, dos usos, costumes e tradições locais.

b) Do indigenato

Quanto a esse ponto, o desafio foi demonstrar que não é o processo demarcatório que cria o direito à posse. Este somente delimita a área indígena de ocupação tradicional. Para tanto, a União valeu-se do instituto do indigenato. Eis abaixo a argumentação por esta tecida.

O indigenato, conforme José Afonso da Silva⁶, é um instituto jurídico luso-brasileiro, cujas origens remontam aos primeiros tempos do Brasil-colônia, quando o Alvará Régio de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 06 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores dela.

Não se confundindo com a ocupação ou com a mera posse, o indigenato constitui fonte primária e congênita da posse territorial, sendo que, atualmente, encontra previsão constitucional consubstanciada no art. 231, § 2º⁷.

Tal delimitação, para que atenda aos ditames constitucionais, deve ter como baliza a especial relação que o indígena mantém com a terra, já que esta representa valor indispensável a sua sobrevivência. Sem tal garantia, ocorrerá a sua morte física ou cultural, caracterizada esta

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 836-837.

⁷ O instituto em comento também encontra guarida no plano infraconstitucional, pois a Lei n.º 6.001/73 (Estatuto do Índio) estabelece, em seu art. 25, que o reconhecimento do direito dos indígenas e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas independe de sua demarcação.

última pela desintegração dos costumes e rituais, perda da identidade étnica, dissolução dos vínculos históricos, sociais e antropológicos, além da erosão da sua consciência enquanto povo.

Assim, defendeu a União que a posse indígena, prevista na Carta Magna, não está ligada simplesmente à ocupação e à exploração da terra, como ocorre com a posse civil, mas, sim, à sobrevivência física e cultural desses povos.

Por fim, a União fez importante ressalva, destacando que o fato de os indígenas terem sido forçados a se retirarem de parte de suas terras, por exorbitância do poder público ou por violência de particulares, não descaracteriza as terras como tradicionalmente indígenas.

c) Das terras indígenas. Garantia constitucional

Corroborando tudo que foi anteriormente afirmado, a União trouxe aos autos compilação de todas as Constituições brasileiras, demonstrando que, há muito, já se protegia a posse indígena, conforme consubstanciam o art. 129 da CF de 1934; o art. 154 da CF de 1937; o art. 216 da CF de 1946 e o art. 198 da CF de 1967.

Demonstrou, também, que a atual Constituição, nesse mesmo sentido, assegura aos índios o direito às suas terras de ocupação tradicional, competindo à União demarcá-las administrativamente. Destacou, nessa esteira, que já decidiu o Supremo Tribunal Federal que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios incluem-se no domínio constitucional da União, sendo tais áreas inalienáveis, indisponíveis e insusceptíveis de prescrição aquisitiva⁸.

Destacou, também, que inexiste direito adquirido em face de normas constitucionais originárias e que, no caso específico das terras indígenas, dada a importância que a CF/88 impingiu ao tema, foi explicitamente afastado o direito adquirido por particulares em relação a terras de posse indígena, sendo nulos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse daquelas terras, ou a exploração das riquezas naturais nelas existentes, nos termos do art. 231, § 6º, da Constituição Republicana.

Concluiu, assim, a União que a demarcação da TIRSS não configura ato constitutivo de posse, mas sim ato meramente declaratório que define a real extensão da posse e torna eficazes o mandamento constitucional e o Estatuto do Índio (art. 25 da Lei nº 6.001/1973).

⁸ Nesse sentido: RE nº 183.188, Rel. Ministro Celso de Mello, 1ª Turma, DJ de 14.02.1997.

d) Da área reservada à TIRSS. Necessidade da faixa contínua. Aspectos culturais, produtivos e religiosos

Nesse ponto, a União demonstrou a imprescindibilidade da demarcação contínua da TIRSS para o cumprimento do mandamento constitucional e, por conseguinte, para a preservação da população indígena interessada. Para tanto, explicitou que todas as 194 aldeias existentes na área são formadas por indígenas que compõem o mesmo grupo familiar, havendo relações matrimoniais entre membros de tribos diferentes, posto que os vínculos de parentesco acabam por impedir os casamentos entre membros da mesma tribo.

Prossseguiu afirmando que, embora distintos, os grupos indígenas ocupam áreas próximas, contidas dentro de um território único, qual seja, a TIRSS, que permite aos indígenas a mobilidade e a interação necessárias à sua reprodução física, segundo seus usos, costumes e tradições.

Destacou que a Constituição Federal reconhece não apenas a ocupação física das áreas habitadas pelas tribos, mas, também, a ocupação tradicional do território indígena, o que significa reconhecê-lo como toda a extensão de terra necessária à manutenção e preservação das particularidades culturais de cada grupo. Assim, são incorporadas não só as áreas de habitação permanente e de coleta, mas também todos os espaços necessários à manutenção das tradições do grupo. Entram nesse conceito, por exemplo, as terras consideradas sagradas, os cemitérios distantes e as áreas de deambulação.

Por fim, fez referência a União ao tipo de produção agrícola da reserva, realizada segundo o modelo de revezamento das áreas de plantação, bem como a necessidade de livre acesso ao Monte Roraima, situado em parque nacional homônimo, que possui grande significado místico para todas as etnias que vivem nas aldeias da reserva.

Assim, concluiu a União que a manutenção da TIRSS em território contínuo representa a única forma de preservação da cultura, costumes, línguas, crenças, organização social e tradições indígenas, e dá plena eficácia ao texto constitucional.

e) Dos documentos anexados pelo autor. Do Relatório do Senado Federal e do laudo pericial formulado na instância estadual

Visando subsidiar o modelo de demarcação em “ilhas”, o autor apresentou dois documentos, quais sejam: (i) Relatório elaborado por Comissão formada por membros do Senado Federal e (ii) laudo pericial determinado pelo juízo da 1^a Vara Federal de Roraima.

Quanto a esses pontos, demonstrou a União que os documentos carreados aos autos se mostravam parciais e sem as conclusões técnicas aptas a formular correto convencimento.

No primeiro caso – relatório elaborado por membros do Senado Federal –, alegou a União que, dentre os integrantes da Comissão, encontrava-se o Senador Mozarildo Cavalcante, eleito pelo Estado de Roraima e integrante da lide na qualidade de assistente do requerente.

Já na segunda situação – laudo pericial –, destacou a União que, dos cinco técnicos designados, o único antropólogo presente no grupo manifestou-se veementemente contra o laudo formulado pelos demais, recusando-se a assiná-lo e tendo, inclusive, proferido voto em separado.

Assim, demonstrou-se a carência de credibilidade das provas apresentadas pelo autor.

f) Da inexistência de risco ao pacto federativo

Com vistas a afastar a ideia de que a demarcação contínua da TIRSS abarcaria quase a totalidade do Estado de Roraima e, por isso, comprometeria o pacto federativo, a União demonstrou que, conforme disposição contida no decreto homologatório, a aludida área ocupa uma faixa contínua de 17.474,64 km², de um total 224.298,98 km² (área representada por todo o Estado de Roraima), equivalendo a 7,79% do território estadual.

Esclarecido tal equívoco, questionou a União se realmente a demarcação de apenas 7,79% do território de Roraima causaria o alegado risco ao pacto federativo, mormente se for considerado que o aludido Estado possuía, à época do julgamento, a menor densidade demográfica do país.

Ressaltou, ainda, que a população indígena do Estado de Roraima corresponde a um total de aproximadamente 45.000 indivíduos aldeados, sendo uma das maiores populações indígenas do país. Desse total, cerca de 19.000 indígenas vivem na área correspondente à TIRSS.

A partir desses dados, chamou a atenção para o fato de que cerca de 42% da população indígena do Estado de Roraima – equivalente a quase 5% da população total deste – concentra-se numa área de menos de 8% do seu território.

Afastou-se, assim, a alegação de ofensa ao pacto federativo ou mesmo ao princípio da razoabilidade, destacando que violação seria não garantir um direito histórico à população indígena, beneficiando-se, com isso, um pequeno número de posseiros.

g) Da inexistência de ameaça à economia estadual

A maior frente de embate à demarcação contínua da TIRSS teve como mentores os rizicultores que ocupavam a área.

Argumentavam que a demarcação nos termos propostos pela União – que, em verdade, apenas efetivou o mandamento constitucional – comprometeria a economia local.

Tal tese fora afastada pela União com base nos seguintes argumentos:

- 1) segundo o IBGE, a atividade rizicultora em todo o território do Estado de Roraima rende R\$ 55.625,00 por ano, enquanto o Produto Interno Bruto – PIB é de R\$ 3.176.611,00. Assim, a rizicultura, em todo o Estado de Roraima, corresponde a aproximadamente 1,75% do PIB, ao contrário da alegação de que corresponderia a 6%.
- 2) conforme dados do Departamento de Estudos Econômicos e Sociais do Estado de Roraima, a atividade agrícola em conjunto com a pecuária representa tão-somente 3,8% do PIB daquele ente, atrás, portanto, da Administração Pública (58,2%), da construção civil (6,0%) e do comércio (9,3%);
- 3) os indígenas habitantes da TIRSS produzem, anualmente, 50 toneladas de milho, 10 toneladas de arroz, 10 toneladas de feijão. Possuem, ademais, o maior rebanho bovino do Estado de Roraima, com 35.000 cabeças e venda anual de cerca de 3.000 bezerros;
- 4) apesar do grande crescimento geográfico irregular das fazendas de arroz, a produção dessa cultura manteve-se estável desde 1992, não caracterizando uma atividade imprescindível ao desenvolvimento econômico do Estado de Roraima;
- 5) a rizicultura conta com incentivo fiscal concedido pelo Estado de Roraima, isentando-a do pagamento de todos os tributos de competência estadual até o ano de 2018, conforme disposto na Lei Estadual n.º 215/98;
- 6) a rizicultura não apresenta maior incremento de oferta de emprego no Estado em função da mecanização do empreendimento;

- 7) conforme dados contidos nos autos do MS 25.483, que tramitou no STF, existem apenas sete arrozeiros ainda questionando a legalidade da demarcação da TIRSS. Assim, não se pode compreender que, ao se retirar um número ínfimo de posseiros em terras da União, e que ainda contam com incentivos fiscais concedidos pelo Estado de Roraima até o ano de 2018, possa se ocasionar danos à economia estadual.

Assim, refutando mitos e preconceitos, demonstrou a União que a demarcação contínua não ocasiona impactos sensíveis à economia local, comprovando, ainda, que, além da colaboração cultural, os indígenas também contribuem com a economia do Estado.

h) Da má-fé dos posseiros e dos danos ambientais

Nesse tópico, demonstrou a União que a monocultura do arroz instalada na TIRSS cresceu de modo contínuo e irregular desde 1992, quando o INCRA e a FUNAI detectaram as primeiras invasões.

Utilizando-se de imagens obtidas por satélite, demonstrou a União que as ocupações deram-se de má-fé, já que as lavouras apareceram nitidamente dentro da TIRSS, pela primeira vez, em 1992, apresentando uma área de 2.111,83 ha. Em 1997, elas já ocupam, em conjunto, 6.294,8 ha, área que aumenta para 7.585,26 ha em 1998 e para 10.348,59 ha em 2005.

Concluiu, desse modo, que, mesmo considerando a primeira Portaria demarcatória (Portaria n.º 820/98) como o marco caracterizador de uma eventual posse de boa-fé, pelo menos metade da área total das lavouras existentes em 2005 é objetivamente de má-fé. Mesmo assim, visando minimizar os constantes conflitos fundiários que ocorriam na área, comprovou, mediante a juntada de matérias jornalísticas, que ocorreram diversas tentativas da União e do próprio Estado de Roraima de ofertar outras terras para rizicultura.

Destacou, ainda, que desde 1992 as áreas de lavoura aumentaram em número e superfície, ocupando uma extensão sete vezes maior que a observada 13 anos antes. Em contrapartida, o ritmo de crescimento da produção manteve-se praticamente estável, não apresentando evolução significativa desde aquela data.

Identificou, outrossim, alguns impactos ambientais irreversíveis produzidos pelas lavouras, como (i) a supressão completa da vegetação nativa, com perda total da biodiversidade local e (ii) alterações nas estruturas dos recursos hídricos, com a supressão ou mesmo a extinção

de lagos e igarapés. Nessa esteira, registrou que o IBAMA lavrou autos de infração e efetuou inscrições em dívida ativa, contudo, o referido órgão não prosseguiu na consecução de suas atribuições haja vista a ausência de reforço policial ante as ameaças dos rizicultores que reagiam sempre violentamente contra os agentes ambientais.

Concluiu, assim, a União que a agressão ao meio-ambiente continua em ritmo acelerado, na mesma proporção em que se verifica o crescimento irregular das fazendas de arroz.

i) Da plena garantia da defesa nacional

Alegou o autor que a TIRSS situa-se totalmente em faixa de fronteira e que as comunidades indígenas lá existentes não permitiriam ou dificultariam o trabalho institucional das Forças Armadas.

Quanto a essa afirmação, demonstrou a União que, na verdade, a presença indígena na fronteira, em lugares de difícil acesso, assegurava a defesa nacional em face de eventuais invasores. Nessa esteira, faz referência a relatos históricos atestando inclusive a fundamental participação das etnias que hoje compõem a TIRSS quando da fixação da fronteira norte do país, em disputa com a Inglaterra para a definição dos limites com a Guiana.

Destacou, ainda, que as Forças Armadas contam com o apoio dos indígenas que habitam a TIRSS, já que estes adentram diariamente a área e podem, em primeira mão, perceber qualquer invasão ou dano ao território brasileiro.

Com base nessas premissas, concluiu que não há motivos para temer qualquer ato no sentido de se ameaçar a soberania do Brasil, destacando evidente contradição contida no raciocínio do autor, pois ao tempo em que defende a não utilização da faixa de fronteira pelos indígenas, alegando motivos de segurança nacional, postula a ocupação e utilização da mesma faixa de fronteira por brasileiros estabelecidos em cidades e povoados, sob o mesmo fundamento.

j) Do ingresso das Forças Armadas na área da TIRSS. Do princípio da dupla afetação

Importante questão relacionada ao presente caso referiu-se à possibilidade de haver dupla afetação da área relativa a TIRSS, ou seja, de superposição entre a área indispensável à segurança nacional e a área destinada à posse indígena.

Nesse aspecto, destacou a União que tanto a posse indígena quanto a afetação ao uso das Forças Armadas impõem um regime jurídico

especial para as respectivas áreas (arts. 20, §2º e 231, §2º, da CF). Dessa feita, concluiu que se trata de um autêntico conflito entre regras cuja solução estaria a exigir uma *cláusula de exclusão*.

Nesses termos, ponderou que se poderia considerar que a pretendida *cláusula de exceção* consistiria na imposição de uma restrição ao texto normativo contido no art. 231, §2º, da CF, sempre que este fosse conflitante com outro preceito constitucionalmente assegurado, ou seja, o regime jurídico da terra indígena apresentar-se-ia sujeito a eventuais limitações impostas pela disciplina jurídica relativa às terras indispensáveis à segurança nacional, nos termos do art. 20, §2º, da CF.

Assim, demonstrou a União a possibilidade de se instalar pelotão de fronteira, caso a área indispensável para a segurança nacional fosse qualificada como indígena. Ademais, destacou que a própria Constituição Federal prevê, em seu artigo 231, § 5º, ser possível a remoção temporária, *ad referendum* do Congresso Nacional, dos grupos indígenas de suas terras no interesse da soberania do país, o que demonstra a harmonia entre os princípios constitucionais que garantem o direito originário de posse das terras indígenas tradicionais e a segurança das faixas de fronteira.

Visando corroborar tal assertiva, fez referência ao Decreto n.º 4.412/02 – disciplina a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal nas terras indígenas –, que prevê a liberdade de trânsito e acesso de militares e policiais federais, a instalação e manutenção de unidades militares e policiais, além da implantação de programas e projetos de controle e proteção da fronteira nessas áreas.

Concluiu, assim, pela insubsistência dos argumentos sustentados autor, por ser possível a convivência harmônica entre os dois princípios, a fim de garantir a soberania nacional por meio da defesa territorial com o auxílio dos cidadãos indígenas que vivem na área de fronteira.

I) Da participação do Conselho de Defesa Nacional

Outra argumentação expendida pelo autor consistiu na suposta violação do art. 91, § 1º, inc. III, da CF, alegando-se a imprescindibilidade da oitiva do Conselho de Defesa Nacional – CDN no processo administrativo que findou com a homologação da TIRSS.

Nesse tocante, citando o parecer emitido pelo Procurador-Geral da República, demonstrou a União que, ao contrário do alegado pelo autor, a oitiva do CDN é apenas facultativa e não gera qualquer mácula ao processo administrativo já concluído.

É que, ao CDN compete propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional, opinando sobre o seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira. Entretanto, quando se trata de terras indígenas, os critérios e as condições de utilização delas pelos indígenas são precisamente os que estão fixados nos artigos 231 e 232 da CF. Nenhuma margem de atuação, pois, sobra ao CDN nessa seara.

Arrematou, assim, a União que a decisão final acerca de demarcação de terras indígenas cabe ao Presidente da República, isso porque o CDN não participa da elaboração do ato demarcatório, não obstante possa propor critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso (art. 91, § 1º, III, da CF).

m) Da regularidade do procedimento administrativo

Nesse ponto, após demonstrar a conformidade do procedimento administrativo com as normas vigentes através da referência a documentos apresentados pelo próprio autor, ressaltou a União que o STF, em mais de uma ocasião, declarou a legalidade e a constitucionalidade do procedimento administrativo demarcatório que culminou na expedição da Portaria/MJ nº 534, de 13 de abril de 2005, posteriormente homologada pelo Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União em 15 de abril de 2005.

Destacou, ainda, que já pagou um total de 13 milhões de reais em indenizações, e que os particulares remanescentes não vêm obtendo êxito em suas derradeiras demandas junto à Suprema Corte.

Assim, demonstrou a regularidade de todo o processo administrativo e a insubsistência dos argumentos sustentados pelo autor.

3 FUNDAMENTOS ACOLHIDOS PELO STF

O caso da TIRSS, além da evidente importância social, jurídica e econômica, também representou um marco na atuação da Advocacia-Geral da União e, em especial, da Secretaria-Geral de Contencioso, pois praticamente todos os argumentos defendidos pela União foram acatados no julgamento da PET nº 3.388/RR.

Embora a PET nº 3.388/RR tenha sido julgada parcialmente procedente, não foi acatado o seu principal pedido, reconhecendo-se a constitucionalidade e legalidade do modelo contínuo de demarcação, sob pena de se estabelecer, com o modelo de “ilhas”, verdadeiro ‘etnocídio’.

Além disso, diversos outros argumentos da União foram acatados pela Suprema Corte. Segue abaixo resumo contendo os principais deles:

- 1) impossibilidade de ingresso do Estado de Roraima como autor ou litisconsorte ativo, sendo este admitido apenas como assistente simples, já que na ação popular a legitimidade ativa é sempre de *cidadão*.
- 2) inexistência de vícios no processo administrativo demarcatório, pois fora observado o rito previsto no Decreto nº 1.775/96, com a possibilidade de habilitação de todos os interessados, sendo garantido o contraditório e a ampla defesa, além da participação de peritos com reconhecida qualificação técnica, sendo desnecessária a subscrição por todos os integrantes do grupo;
- 3) inexistência de violação à soberania nacional, pois as terras indígenas não se elevam ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada;
- 4) competência exclusiva da União para instaurar, sequenciar e concluir procedimentos demarcatórios, sendo facultada a oitiva do Conselho de Defesa Nacional e desnecessária qualquer consulta ao Congresso Nacional;
- 5) inexistência de antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento econômico e social da região. Nesse ponto, foram veementes as palavras do Ministro relator, Carlos Britto, no sentido de rechaçar qualquer iniciativa do Poder Público de subestimar ou hostilizar comunidade indígenas, destacando que deve ser assegurado o desenvolvimento nacional tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado;
- 6) Reconhecimento de que a terra indígena, na concepção autóctone, “não é um simples objeto de direito, mas ganha dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda sua ancestralidade”;
- 7) Acatamento da tese de que os direitos indígenas foram reconhecidos pela CF/88, e não por ela outorgados, por serem direitos originários;

- 8) Compatibilidade entre terras indígenas e áreas de preservação ambiental (dupla afetação);
- 9) Compatibilidade entre terras indígenas e faixa de fronteira. Nesse ponto, foi destacado que, em verdade, a presença de indígenas nessas áreas facilita o patrulhamento, tendo em vista a necessidade da presença do Estado.

4 EXPERIÊNCIA NA ATUAÇÃO E DESDOBRAMENTOS APÓS O JULGADO

O julgamento do caso da TIRSS deixou importante legado, tanto para as instituições públicas, quanto para a sociedade civil.

No que diz respeito à SGCT, representou grande avanço nas suas relações institucionais, pois houve a necessidade de diálogo e trabalho em equipe com diversas consultorias jurídicas ministeriais, além da Procuradoria-Geral Federal – responsável pela defesa dos interesses da FUNAI perante a Suprema Corte. Além disso, possibilitou a realização de incursões em outros ramos do conhecimento, como a antropologia, história, sociologia, geografia e biologia, permitindo a formação de defesa multidisciplinar na exata medida do requerido pelo caso concreto.

Ademais, no julgamento da aludida ação foi nítido o intento do STF de exarar provimento que extrapolasse os limites subjetivos da lide, indo na esteira da objetivação do processo civil. Focando esse propósito, a Suprema Corte fixou balizas e condicionantes⁹

9 Eis as condicionantes estabelecidas pelo STF no julgamento da PET nº 3.388: “(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área

para outros casos de demarcação de terras indígenas, existentes não somente naquela Corte, mas em todos os órgãos – administrativos e judiciários – do Brasil. Apesar de ser indubitável a intenção original de que essas condicionantes fossem aplicadas em outros casos, ainda pende discussão no Supremo Tribunal Federal acerca do caráter prospectivo das balizas fixadas no julgamento da PET nº 3.388.

Esta, na visão do subscritor do presente trabalho, foi a principal contribuição do julgamento do caso da TIRSS, pois vai representar sensível diminuição da litigiosidade envolvendo essas questões, além de prevenir conflitos entre indígenas e a população não-indígena, e entre entes públicos.

Além disso, o aludido julgamento pôs fim a uma série de discussões – e até mesmo de preconceitos –, pontificando que os indígenas em processo de aculturação não deixam de ser índios para fins de proteção constitucional; reconhecendo o papel central e de liderança da União em relação aos demais entes federativos na efetivação dos direitos indígenas; afirmado a natureza fraternal ou solidária dos direitos previstos nos artigos 231 e 232 da CF, que visam um novo tipo de igualdade: a civil-moral de minorias, e

afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento”.

estabelecendo a promulgação da CF/88 como o marco temporal da ocupação indígena.

5 OBSERVAÇÃO FINAL

O acórdão proferido nos autos da PET nº 3.388/RR foi objeto de embargos de declaração opostos por diversos interessados, recursos estes direcionados principalmente contra as condicionantes fixadas. Porém, até o fechamento do presente trabalho, em 26 de março de 2013, tais recursos ainda não haviam sido julgados.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 9 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. V.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v.1.

A SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO EM DEFESA DO SISTEMA DE COTAS PARA INGRESSO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: EXAME ACERCA DA ATUAÇÃO DO ÓRGÃO DA AGU NA ADPF N. 186 E DOS RESULTADOS ADVINDOS DO JULGAMENTO PROFERIDO NESSA AÇÃO

*THE GENERAL SECRETARY FOR JUDICIAL LITIGATION IN DEFENSE
OF PUBLIC UNIVERSITIES QUOTA SYSTEM: ANALYSES ON THIS
AGENCY'S PERFORMANCE AT THE ADPF N. 186 AND ON THE
RESULTS OF THE DECISION MADE IN THIS CASE*

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

*Advogado da União. Diretor-Substituto do Departamento de Controle Concentrado
de Constitucionalidade da Secretaria-Geral de Contencioso/AGU. Mestrando em
Direito pela Universidade de Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da argumentação formulada pela SGCT em defesa da política de cotas étnico-raciais; 2 Da decisão do STF pela constitucionalidade do sistema de cotas instituído pela Universidade de Brasília; 3 Resultados advindos do julgamento da ADPF n. 186; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo examinar a atuação desenvolvida pela Secretaria-Geral de Contencioso – órgão responsável por auxiliar o Advogado-Geral da União nos processos de controle concentrado de constitucionalidade – na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, em cujo julgamento o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade do sistema de cotas étnico-raciais instituído pela Universidade de Brasília. O estudo analisa os argumentos apresentados pelo órgão mencionado na defesa dessa política de ação afirmativa, comparando-os com as razões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a sua validade, bem como apresenta alguns dos principais resultados práticos decorrentes de tal decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Secretaria-Geral de Contencioso. Advocacia-Geral da União. Supremo Tribunal Federal. Cotas Raciais. Ensino Público Superior.

ABSTRACT: The present article has as its object to examine the performance of the General Secretary for Judicial Litigation – agency that is in charge of advising the Office of Attorney General of the Union on constitutional matters – at the trial in which the Brazilian Supreme Court recognized the constitutionality of the quota system incorporated into the student admission practices of the University of Brasília. The study analyzes the arguments made by the state agency in defense of that affirmative action system and compares them to the reasons given by the Brazilian Supreme Court to declare its validity as well as presents the main results of that decision.

KEYWORDS: General Secretary for Judicial Litigation. Office of Attorney General of the Union. Brazilian Supreme Court. Racial Quotas. Public Higher Education.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é marcada por desigualdades. Historicamente, diversos grupos sociais têm sido objeto de discriminações, situação que ainda perdura nos dias atuais. Isso se verifica em relação aos negros, para quem permanece substancialmente dificultado o acesso a bens e serviços de relevo, tais como o ingresso em universidades públicas.

Afirmações semelhantes às contidas no parágrafo anterior retratam o senso comum a respeito do tema e correspondem ao sentimento partilhado por muitos, sejam componentes dos segmentos desprestigiados, sejam pessoas que deles não fazem parte. Antonio Junqueira de Azevedo¹, por exemplo, constatou que, “[...] dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP, para, em média, 250 alunos por ano, e tendo tido aproximadamente 7.000 alunos, dou meu testemunho de que nem cinco eram negros!”.

Diante da desigualdade observada entre os estudantes que competem para ingressar no ensino público superior, diversos entes federados e instituições de ensino do País passaram a instituir, desde a década passada, sistemas de cotas para ingresso nas universidades públicas, reservando um percentual mínimo de vagas àqueles identificados como pertencentes a grupos sociais minoritários. Já no ano de 2.006, vinte e três universidades brasileiras contemplavam sistemas dessa natureza², dentre as quais se destaca a Universidade de Brasília, que se tornou, em 2.004, a primeira instituição federal de ensino superior a adotar regime de cotas no Brasil³.

Desde então, nos vestibulares promovidos pela Universidade de Brasília, a instituição reserva um percentual das vagas existentes em seus cursos de graduação aos estudantes negros, providência, essa, cuja constitucionalidade foi objeto de acirrados debates desde o momento de sua implementação original.

Conforme ressaltado pelo Ministro Gilmar Mendes⁴, o ponto culminante dessa discussão foi alcançado, no Brasil, por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

¹ AZEVEDO apud GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, p. 307-323, abr./jun. 1999. p. 307.

² FARIA, Súsan. *Universidade do Espírito Santo volta a discutir cotas*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=6164&FlagNoticias=1&Itemid=6313>>. Acesso em: 19 fev. 2009.

³ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *História da Universidade de Brasília*. Disponível em: <<http://www.unb.br/unb/historia/resumo.php>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.186. Atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Argente: Democratas. Arguidos: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da

n. 186, cujo objeto era constituído por atos praticados pelo Reitor da Universidade de Brasília – UnB, pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE e pelo Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UNB, que resultaram na instituição de sistema de cotas para negros no âmbito da universidade referida.

Essa ação foi ajuizada em julho de 2.009 pelo partido político Democratas, que pretendia o reconhecimento da constitucionalidade dos atos mencionados sob o fundamento de que, ao determinarem a reserva de 20% do total das vagas oferecidas pelo Vestibular de 2009 da UnB em favor de candidatos negros, eles violariam os artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso III; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII e LIV; 37, *caput*; 205; 206, *caput* e inciso I; 207, *caput*; e 208, inciso V, todos da Constituição da República.

De modo sintético, o Democratas sustentou, na petição inicial da arguição referida, que, no Brasil, ninguém sofreria exclusão pelo simples fato de ser negro, razão pela qual seria inconstitucional a implementação de ações afirmativas baseadas na raça. Alegou, outrossim, que, geneticamente, as raças não existiriam, de modo que o tratamento diferenciado em favor dos negros conflitaria com as conclusões obtidas a partir da pesquisa do genoma humano.

Ademais, o argenteu aduziu, com esteio em dados estatísticos, que não seria a cor da pele o fator impeditivo do acesso às universidades, mas a baixa qualidade das escolas brasileiras frequentadas pelos pobres, sejam eles brancos, pardos ou pretos. Assim, se o óbice ao alcance do nível superior de escolaridade não corresponde à cor da pele, padeceria de fundamentação, a seu ver, o sistema de cotas raciais.

Entretanto, a argumentação formulada pelo Democratas foi rejeitada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, por unanimidade, julgaram totalmente improcedente a ADPF n. 186 e declararam a constitucionalidade da política de cotas étnico-raciais para seleção de estudantes da Universidade de Brasília. A Corte referida acolheu, desse modo, as manifestações apresentadas pelo Advogado-Geral da União nos autos da arguição citada, que sustentara a validade dos atos instituidores da política de ação afirmativa mencionada.

Tais manifestações pela defesa dos atos questionadas na ADPF n. 186 foram elaboradas pelo Chefe da Advocacia-Geral da União – AGU com o auxílio da Secretaria-Geral de Contencioso – SGCT, que é o órgão competente para “assistir o Advogado-Geral da União na

representação judicial da União, no Supremo Tribunal Federal, no que se refere aos processos de controle concentrado [...]”⁵. Diante do seu caráter decisivo para o reconhecimento da constitucionalidade da política de cotas instituída pela Universidade de Brasília, apresenta-se, a seguir, relato acerca da fundamentação jurídica formulada pela Secretaria-Geral de Contencioso nas manifestações aludidas, conferindo-se ênfase aos argumentos que foram expressamente acolhidos pelo acórdão que julgou improcedente o mérito da ADPF n. 186.

1 DA ARGUMENTAÇÃO FORMULADA PELA SGCT EM DEFESA DA POLÍTICA DE COTAS ÉTNICO-RACIAIS

Durante o processamento da ADPF n. 186, o Advogado-Geral da União, assistido pela Secretaria-Geral de Contencioso, manifestou-se por duas vezes a respeito da validade da política de cotas étnico-raciais instituída pela Universidade de Brasileira, tendo defendido, em ambas as oportunidades, sua compatibilidade com a Constituição da República de 1.988.

Na primeira delas, o Advogado-Geral da União manifestou-se contrariamente à concessão da medida liminar pleiteada pelo Democratas na petição inicial da ADPF n. 186. Sustentou, a propósito, que as medidas de ação afirmativa implementadas pelos atos questionados destinam-se a reduzir as desigualdades fáticas havidas entre os estudantes que competem para ingressar no ensino público superior. Portanto, constituem mecanismos de inclusão de grupo social faticamente excluído das universidades públicas, cuja adoção não é apenas permitida, mas exigida pelo princípio da isonomia, previsto pelo artigo 5º, *caput*, da Constituição da República.

Nessa linha, aduziu que, diversamente da concepção prevalecente durante a Antiguidade e a Idade Média – períodos em que o termo *igualdade* era tomado, prioritariamente, como *igualdade geométrica*, a traduzir um mecanismo de exclusão social, uma vez que servia para justificar a concessão de tratamento privilegiado aos homens considerados virtuosos –, o postulado do Estado Democrático do Direito, adotado pela Constituição de 1.988, compatibiliza-se, tão somente, com um conceito

⁵ BRASIL. Decreto n. 7.392, de 13 dez. 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 dez. 2010.

inclusivo de igualdade, ou seja, com a *igualdade aritmética*, que confere a todas as pessoas idêntica importância⁶.

Sendo assim, a adoção do princípio da igualdade não significa que todas as pessoas devam receber tratamentos idênticos em toda e qualquer situação; pelo contrário, a realização da igualdade impõe, em determinados casos, a submissão dos sujeitos desiguais a tratamentos jurídicos diversos, o que pode ser implementado por meio da adoção de políticas de ação afirmativa, que se traduzem na instituição de medidas de superioridade jurídica tendentes a reparar ou a compensar situação de inferioridade fática a que certo grupo social esteja submetido.

É o que ocorre em relação aos estudantes negros, que permanecem excluídos do ensino público superior, ou seja, possuem acesso mais restrito ou dificultado às universidades públicas em relação aos estudantes brancos. Conforme mencionado na petição de manifestação elaborada pela SGCT, a enorme desigualdade fática existente, no Brasil, entre brancos e negros é revelada, de forma contundente, por dados estatísticos fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em que se observa, por exemplo, que “as taxas de frequência a curso universitário para estudantes entre 18 e 25 anos de idade [...] mostram que em todas as idades a população branca apresenta níveis mais elevados que a de pretos e pardos.”⁷.

Diante disso, observou-se que, apesar de não existir um conceito preciso de *raça*, os negros têm sido excluídos do ensino universitário de modo sistemático, exclusão, essa, que não deriva unicamente da condição socioeconômica dos candidatos, uma vez que os pobres brancos e os pobres negros não enfrentam os mesmos obstáculos de acesso.

Salientou-se, outrossim, a insubsistência do argumento formulado pelo partido Democratas no sentido de que o sistema de cotas raciais violaria o princípio meritocrático, o qual, a seu ver, estaria assegurado pelo artigo 208, inciso V, da Lei Maior. De fato, a utilização do critério do mérito pressupõe que os concorrentes tenham tido as mesmas oportunidades ao longo de suas vidas, de modo que a disputa seja realizada em bases iguais. Neste sentido, é o próprio sistema de cotas (ou de reserva de vagas) que, ao compensar os “[...] fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica”⁸, permite a realização de

⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008*. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. p. 210-213.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Matéria Constitucional. Concessão da ordem para permitir que o impetrante possa participar, na condição de

uma competição justa e igualitária, fundada no critério do mérito e que possibilite a efetiva aferição da capacidade dos candidatos.

Ademais, a manifestação elaborada pela SGCT destacou que o acesso ao ensino não deve basear-se, exclusivamente, no critério do mérito, cabendo ao Estado impor às instituições educacionais a “[...] *obrigatoriedade de inclusão*, em percentuais compatíveis com a respectiva presença de cada grupo em uma dada comunidade, de representantes de grupos sociais historicamente marginalizados [...]”⁹.

Com efeito, dentre as finalidades buscadas pelo regime de reserva de vagas instituído pela Universidade de Brasília, sobressai o objetivo de democratizar o acesso ao ensino público superior, ou seja, de dotar os bancos universitários de maior diversidade racial e sociocultural, com vistas à inclusão das *minorias* e à formação de uma sociedade efetivamente pluralista, tão enfatizada pelos artigos iniciais da Constituição da República. É também por esse motivo que a adoção de sistema de cotas que considerasse exclusivamente a pobreza dos candidatos não garantiria o acesso de estudantes negros à Universidade de Brasília, posto que seria insuficiente para alterar, de modo satisfatório, a composição étnico-racial do corpo discente dessa instituição.

Destarte, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela denegação da medida cautelar pleiteada na ADPF n. 186, diante da constitucionalidade dos atos que instituíram a política de cotas no âmbito da Universidade de Brasília.

Já na segunda ocasião em que se manifestou nos autos da arguição referida, o Chefe da Advocacia-Geral da União, além de haver reiterado as alegações descritas anteriormente, apresentou argumentos fáticos e jurídicos extraídos das apresentações e debates realizados durante a audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, ocorrida entre os dias 3 e 5 de março de 2.010.

Em tal oportunidade, o Advogado-Geral da União, novamente auxiliado pela Secretaria-Geral de Contencioso, aduziu que o programa de ação afirmativa impugnado na arguição mencionada também objetiva promover justiça reparatória, em decorrência da verificação de que uma injustiça profunda – consistente na escravidão – fora cometida contra os negros no passado. Conforme asseverado por João Feres

portador de deficiência, de concurso público. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=26071&classe=RMS>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

9 GOMES, op. cit., p. 316.

Júnior¹⁰ no terceiro dia da audiência pública referida, a Universidade de Brasília, ao formular política baseada em recorte racial, criou uma solução absolutamente adequada para realizar a justiça reparatória, pois promoveu a igualdade de oportunidades entre negros e brancos.

A manifestação elaborada pela SGCT ressaltou, ainda, que a dificuldade enfrentada pelos negros quanto ao ingresso no ensino público superior contribui para que permaneçam sendo excluídos do exercício das funções mais valorizadas pela sociedade brasileira. Exemplo dessa situação de exclusão é encontrado no próprio quadro de professores da Universidade de Brasília, que, segundo o sociólogo José Jorge de Carvalho¹¹, era composto, em 2.003, por cerca de 1.500 docentes, dos quais apenas 15 eram negros.

Ademais, quanto à necessidade da instituição do sistema de cotas atacado na ADPF n. 186, o Advogado-Geral da União sustentou que somente a adoção de políticas públicas de educação diversas das que historicamente vinham sendo implementadas poderia interromper a reprodução das condições de desigualdade que se verificam atualmente. Nesse sentido, aduziu, com respaldo nas informações prestadas pela expositora Denise Carreira, que, caso fossem mantidas as formatações até então conferidas às políticas de educação, seria necessário aguardar pelo menos 67¹² anos para que os avanços universais resultassem em melhorias no atendimento da população negra.

Diante disso, constatou-se a insubstância da tese de que, para propiciar a inclusão dos negros, o ideal seria melhorar o ensino como um todo. De modo diverso, revelou-se a indispensabilidade da adoção de um modelo de inclusão com recorte racial, dado que a raça é um fator autônomo de marginalização, capaz de induzir malefícios independentemente da condição social de suas vítimas.

Por fim, afirmou-se que a experiência brasileira relativa à adoção de sistemas de cotas raciais não resultaria, até então, na redução da qualidade das universidades ou na racialização das relações sociais. Com efeito, além de o percentual de desistência dos estudantes que ingressaram por

¹⁰ INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO. *Apresentação STF - ADPF 186*: audiência pública no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao_STF__Joao_Feres_Junior.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹¹ CARVALHO apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Especialista explica razões que levaram a UnB a adotar sistema de cotas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121027&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 mar 2013.

¹² Contados a partir de 2.010, quando foi realizada a audiência pública relativa ao tema pelo Supremo Tribunal Federal.

meio de cotas ter sido inferior, seu desempenho foi bastante semelhante ao dos demais alunos. Ademais, as previsões de eclosão de um estado de aguda *tensão racial* no Brasil, de fato, nunca se confirmaram.

Sendo assim, o Advogado-Geral da União reafirmou a compatibilidade entre a Constituição da República e a política de cotas étnico-raciais estabelecida pela Universidade de Brasília, manifestando-se pela improcedência dos pedidos veiculados pelo Democratas na ADPF n. 186.

2 DA DECISÃO DO STF PELA CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE COTAS INSTITUÍDO PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Ao examinar o mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência do pedido veiculado pelo partido político Democratas e, por conseguinte, pela constitucionalidade do sistema de cotas étnico-raciais adotado pela Universidade de Brasília. Em tal julgamento, todos os demais julgadores acompanharam o voto proferido pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski, em cuja fundamentação foram acolhidos argumentos substancialmente semelhantes aos expostos nas manifestações elaboradas pela SGCT e subscritas pelo Advogado-Geral da União.

Com efeito, à semelhança do que fora alegado pelo Chefe da Advocacia-Geral da União, o Ministro Ricardo Lewandowski aduziu, inicialmente, que o constituinte de 1.988 não se restringiu a proclamar o princípio da isonomia no plano formal, mas assegurou igualdade material a todos os que residem no País. Isso significa que as diferenças fáticas existentes entre os diversos grupos sociais não podem ser desconsideradas pelo Estado brasileiro, ao qual compete adotar as medidas necessárias à sua superação, sendo essa a compreensão que deve ser conferida ao postulado da isonomia em um regime democrático.

Nessa linha, reconheceu-se no mencionado voto condutor que o princípio da isonomia não somente permite, mas impõe ao Estado a adoção de ações afirmativas para “[...] promover a inclusão social de grupos excluídos ou marginalizados, especialmente daqueles que, historicamente, foram compelidos a viver na periferia da sociedade.”¹³.

Desse modo, nota-se que o Supremo Tribunal Federal aderiu à alegação apresentada pelo Advogado-Geral da União no sentido de que a instituição de reserva de vagas para favorecer o ingresso de negros no ensino público superior brasileiro contribui para a promoção de

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

justiça reparatória, servindo para retificar desvantagens historicamente impostas a essas pessoas.

Também em consonância com a argumentação elaborada pela Secretaria-Geral de Contencioso, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que as universidades públicas não se destinam, exclusivamente, à transmissão de conhecimentos aos estudantes supostamente mais aptos. A seu ver, os critérios seleção dos universitários não podem se restringir à avaliação do mérito dos concorrentes – os quais, aliás, não partem de pontos de largada equivalentes –, mas devem considerar os objetivos gerais buscados pelo Estado Democrático de Direito, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a sociedade como um todo sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias fomentado pela inclusão, no ensino público superior, de grupos étnico-raciais ou socioeconômicos historicamente marginalizados.

Assim, a despeito da inexistência de um conceito biológico ou genético de raça, o ministro referido entendeu pela viabilidade da utilização do critério étnico-racial como um dos elementos componentes da metodologia de seleção dos estudantes universitários. A esse respeito, aduziu que a raça corresponde a uma categoria histórico-cultural criada para justificar a discriminação a certos grupos sociais, razão pela qual pode, igualmente, ser utilizada para promover discriminação positiva com vistas a proporcionar a inclusão desses grupos tradicionalmente excluídos.

Ainda nesse sentido, o Ministro Lewandowski salientou a insuficiência da utilização exclusiva do critério social para promover a almejada integração social, pois, em seu entendimento, a justiça social “[...] mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados [...]”¹⁴. É por isso que o magistrado considera que o maior beneficiário do sistema de cotas não é o estudante que ingressou no ensino universitário, mas o meio acadêmico que conviverá com a alteridade e poderá, dessa maneira, servir de espaço para a desmistificação dos preconceitos sociais e para a construção de uma consciência coletiva plural e culturalmente heterogênea.

Ademais, à semelhança do que fora argumentado pelo Advogado-Geral da União, restou dito no voto condutor do acórdão proferido na ADPF n. 186 que a instituição de regime de cotas étnico-raciais justifica-se, também, diante do reduzido número de negros que exercem funções

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

de relevo na sociedade brasileira. Segundo o Ministro Lewandowski, os principais espaços de poder político e social mantêm-se inacessíveis aos grupos marginalizados, sendo necessário interromper o processo de reprodução e perpetuação de uma mesma elite dirigente.

Em conclusão, o Supremo Tribunal Federal considerou que a política de ação afirmativa instituída pela Universidade de Brasília e impugnada na ADPF n. 186 é compatível com a Constituição de 1.988, pois constitui providência adequada e proporcional para o atingimento das finalidades de corrigir desigualdades sociais historicamente determinadas e promover a diversidade cultural na comunidade acadêmica e científica.

3 RESULTADOS ADVINDOS DO JULGAMENTO DA ADPF N. 186

A vitória obtida pela Secretaria-Geral de Contencioso no julgamento da ADPF n. 186, consistente no reconhecimento da constitucionalidade da política de cotas instituída pela Universidade de Brasília, tem produzido efeitos que ultrapassam o âmbito dessa instituição.

Com efeito, embora a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal tenha por objeto específico o programa adotado por referida universidade, ela serve de parâmetro para a avaliação dos demais sistemas de reserva de vagas instituídos nos últimos 10 anos por diversas instituições universitárias brasileiras. Isso significa que todos os esforços realizados durante uma década em busca de critérios mais justos para a seleção dos alunos das universidades públicas não foram em vão.

O acórdão prolatado na ADPF n. 186 contribuiu, também, para a dispersão de regimes de cotas étnico-raciais por todo o território nacional.

Em 26 de abril de 2012, data em que referido julgamento foi realizado, apenas 21 das 59 universidades federais do País contemplavam alguma espécie de política de ação afirmativa em benefício dos estudantes negros¹⁵. Entretanto, ao assentar a necessidade da adoção de programas dessa natureza, o julgado do Supremo Tribunal Federal conferiu sustentação jurídica para a edição da Lei n. 12.711, de 29 de agosto de 2.012, que obriga as instituições federais de educação superior a reservar, no mínimo, 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Ademais, referido

¹⁵ UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *42,3% das universidades federais do país têm cotas para negros e índios.* Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=90924>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

diploma legal dispõe que essas vagas reservadas serão preenchidas por pretos, pardos e indígenas, em proporção no mínimo igual à de pretos, pardos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição de ensino.

É certo que o acórdão proferido no julgamento da ADPF n. 186 e a Lei n. 12.711/12 não exauriram a busca pela almejada igualdade de oportunidades quanto ao acesso ao ensino público universitário. Aliás, a obtenção de soluções definitivas sequer é compatível com o processo de democratização, que é, por essência, permanente e descontínuo, estando sujeito a idas e vindas, a tropeços e interrupções¹⁶.

De qualquer modo, as medidas citadas têm sido compreendidas por autoridades públicas e por diversas entidades da sociedade civil como sendo das principais conquistas obtidas pelo Estado brasileiro nos últimos 10 anos, posto que são capazes de revolucionar o cenário educacional e, por conseguinte, de desconstituir “a verdadeira razão da desigualdade no Brasil: acesso a educação”¹⁷. Nesse contexto, cumpre destacar o relevante papel desempenhado, quanto ao tema, pela Secretaria-Geral de Contencioso, órgão da Advocacia-Geral da União que contribuiu decisivamente para o reconhecimento da constitucionalidade dos sistemas de cotas instituídos pelas instituições universitárias brasileiras e que, respeitados os limites de suas atribuições, permanecerá atuando em defesa do regime democrático instaurado pela Constituição de 1.988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 7.392, de 13 dez. 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 dez. 2010.

_____. Ministério da Educação. *Movimentos sociais veem Lei de Cotas como vitória para o país*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index>>.

¹⁶ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”*. IN: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011. p. 207-247.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Educação. *Movimentos sociais veem Lei de Cotas como vitória para o país*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=18141:movimentos-sociais-veem-lei-de-cotas-como-vitoria-para-o-pais&catid=212>. Acesso em: 25 mar. 2013.

php?option=com_content&view=article&id=18141:movimentos-sociais-veem-
lei-de-cotas-como-vitoria-para-o-pais&catid=212>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.186. Atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade. Argente: Democratas. Arguidos: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília, Reitor da Universidade de Brasília e Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, *Diário da Justiça*, Brasília, 07 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Especialista explica razões que levaram a UnB a adotar sistema de cotas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=121027&caixaBusca=N>>. Acesso em: 25 mar 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Matéria Constitucional. Concessão da ordem para permitir que o impetrante possa participar, na condição de portador de deficiência, de concurso público. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Relator: Min. Carlos Britto. Brasília, DF, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=26071&classe=RMS>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

FARIA, Súsan. *Universidade do Espírito Santo volta a discutir cotas*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=6164&FlagNoticias=1&Itemid=6313>>. Acesso em: 19 fev. 2009.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Discriminação racial e princípio constitucional da igualdade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2008*. Rio de Janeiro: IBGE, 2008.

INSTITUTO UNIVERSITÁRIO DE PESQUISAS DO RIO DE JANEIRO. *Apresentação STF - ADPF 186: audiência pública no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/Apresentacao_STF__Joao_Feres_Junior.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Democracia sem espera e processo de constitucionalização: uma crítica aos discursos oficiais sobre a chamada “transição política brasileira”*. IN: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Constitucionalismo e história do direito*. Belo Horizonte: Pergamum, 2011, p. 207-247.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *42,3% das universidades federais do país têm cotas para negros e índios*. Disponível em: <<http://www.unb.br/noticias/unbagencia/cpmod.php?id=90924>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. *História da Universidade de Brasília*. Disponível em: <<http://www.unb.br/unb/historia/resumo.php>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

ASPECTOS DO JULGAMENTO DA LEI MARIA DA PENHA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DA NORMA

*ASPECTS OF THE JUDGMENT OF THE LAW MARIA DA PENHA BY
THE SUPREME FEDERAL COURT: THE ACTING OF THE OFFICE OF THE
ATTORNEY GENERAL OF THE UNION IN DEFENSE OF THE STANDARD*

Christina Foltran Scucato
Advogada da União
em exercício no Departamento de Controle Concentrado
da Secretaria-Geral de Contencioso

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da atuação da Advocacia-Geral da União na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424; 2 Dos fundamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a constitucionalidade da Lei nº 11.340/06.

RESUMO: Não obstante o relevante propósito da Lei Maria da Penha, verificou-se que alguns juízos e tribunais pátrios estariam afastando a aplicação de normas previstas pelo referido diploma legal, declarando, em processos subjetivos, a sua invalidade, por suposta afronta aos artigos 5º, inciso I; 125, § 1º; c/c artigo 96, inciso II, alínea “d”; e 98, inciso I, da Constituição. Desse modo, o Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União, ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, objetivando a declaração de validade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06. Na mesma esteira, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424, a Advocacia-Geral da União defendeu interpretação de dispositivos da Lei nº 11.340/06 que tutela de forma mais eficaz a integridade física e psíquica da mulher. À luz dos princípios constitucionais da igualdade e da proporcionalidade, e de outros preceitos não menos importantes, o Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade das disposições previstas pela Lei Maria da Penha, reconhecendo a relevância da referida lei para mitigar as notórias atrocidades cometidas contra a mulher no âmbito familiar. Nesse sentido, o presente estudo destina-se a realizar o cotejo dos argumentos apresentados pela Advocacia-Geral da União, por meio da Secretaria-Geral de Contencioso, nos referidos processos de controle normativo abstrato, com os fundamentos jurídicos adotados pelo Supremo Tribunal Federal para declarar a constitucionalidade da Lei Maria da Penha.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Violência Doméstica. Efetividade. Poder Judiciário. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424. Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT: Notwithstanding the relevance of the Law Maria da Penha (Law nº 11.340/06), it was found that some national courts have not been enforcing the aforementioned legislation in lawsuits disputes, arguing that the referred law was in breach with the articles 5º, item I; 125, § 1º, combined with article 96, item II, letter “d”; and 98, item I, of the Brazilian Constitution. Thus, the President of the Republic, represented by the Office of the Attorney General of the Union (AGU), has filled a Declaratory Action of Constitutionality nº 19, with a view to declaring the validity of articles 33 e 41 of Law nº 11.340/06. In the same way, in the Direct Action of Unconstitutionality nº 4424, the Office of the Attorney General of the Union has advocated a particular interpretation of the Law’s provision, which protects the physical and psychological integrity of women in the most effective manner. In light of the constitutional

principles of equality and proportionality, as well as other equally important precepts, the Supreme Federal Court has not only recognized the constitutionality of the Law Maria da Penha's provisions, but also the relevance of this act to mitigate the notorious atrocities committed against women within the family environment. In this sense, the objective of this article is to compare the arguments presented by the Office of the Attorney General of the Union, particularly those forwarded by its General Secretariat for Judicial Litigation, with the legal basis used by the Supreme Federal Court to declare the constitutionality of the Law Maria da Penha in those cases of abstract normative control.

KEYWORDS: The Maria da Penha Law. Domestic Violence. Effectiveness. Judiciary. Declaratory Action of Constitutionality nº 19. Direct Action of Unconstitutionality nº 4424. The Office of the Attorney General of the Union.

INTRODUÇÃO

Como cediço, a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha¹, foi editada para dar cumprimento à Constituição Federal, bem como a compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, no plano internacional, no sentido de erradicar a discriminação e a violência praticadas contra a mulher.

De feito, conforme dispõe o artigo 226, § 8º, da Carta Política, é dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. É o teor do referido dispositivo constitucional:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Nessa linha, e atento à necessidade de tutelar, especificamente, os direitos e interesses da mulher, mormente sob o prisma da dignidade

¹ Em homenagem a Maria da Penha Maia Fernandes, que, submetida por vários anos à violência física, bem como à tentativa de homicídio perpetradas por seu marido, lutou por vinte anos para vê-lo preso. O caso adquiriu maior destaque com a denúncia feita pela vítima à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), que condenou o Brasil pela demora no processo penal de responsabilização do agressor, recomendando-lhe a edição de uma legislação específica no combate às diversas formas de violência contra a mulher.

humana, o Estado brasileiro aderiu às normas constantes da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher², de 1994, comprometendo-se a adotar políticas públicas e medidas legislativas tendentes a eliminar essa espécie de violência. Confira-se, por oportuno, o teor do artigo 7º da referida convenção interamericana:

Artigo 7

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ação ou prática de violência contra a mulher e velar para que as autoridades, seus funcionários, pessoal e agentes e instituições públicas se comportem conforme esta obrigação;
- b. atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas apropriadas, incluindo medidas de tipo legislativo, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes, ou para modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência ou a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida a violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos;
- g. estabelecer os mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher objeto de violência tenha acesso efetivo a resarcimento, reparação do dano ou outros meios de compensação justos e eficazes; e
- h. adotar as disposições legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para efetivar esta Convenção.

² Ratificada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Igual compromisso fora reafirmado por força da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, incorporada por meio do Decreto Legislativo nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

Nesse contexto, é editada a Lei nº 11.340/06, que institui mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Dentre outras medidas assistenciais e protecionistas, a referida lei autoriza a criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (artigo 14); prevê que os agressores tenham a prisão preventiva decretada (artigo 42); estabelece como circunstância agravante o fato de o agente ter cometido o crime prevalecendo-se de relações domésticas ou com violência contra a mulher (artigo 43); determina o aumento da pena máxima nos crimes de lesões corporais (artigo 44); e afasta do âmbito da Lei Maria da Penha a incidência das disposições da Lei nº 9.099/95.

No entanto, em que pese o relevante propósito da Lei nº 11.340/06, verificou-se, na prática forense, que alguns juízos e tribunais³ estariam afastando a aplicação da referida lei, reputando-a inconstitucional, supostamente em virtude de afronta ao princípio da igualdade (artigo 5º, inciso I, da Constituição⁴); à competência atribuída aos Estados para fixar a organização judiciária local (artigo 96, inciso II, alínea “d”; c/c artigo 125, § 1º, da Carta⁵); e à competência dos juizados especiais (artigo 98, inciso I, da Constituição⁶).

Tal situação deu ensejo à propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19⁷ pelo Presidente da República, bem como o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424⁸, com

3 Nesse sentido, são os seguintes julgados: TJMS, Recurso em Sentido Estrito nº 2007.023422-4, Relator: Desembargador Romero Osme Dias Lopes, Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal, Julgamento em 26/09/2007, Publicação em 24/10/2007; TJRJ, Conflito de Competência nº 2007.008.00568, Relator: Desembargador Orlando de Almeida Secco, Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível, Julgamento em 01/11/2007; TJRS, Conflito de Competência nº 70019035179, Relator: Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, Órgão Julgador: Quinta Câmara Criminal, Julgamento em 11/04/2007; Publicação em 25/04/2007.

4 “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:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

5 “Art. 96. Compete privativamente:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

III - a alteração da organização e da divisão judiciárias;
“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.”

6 “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criaráo:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

7 ADC nº 19, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 09/02/2012.

8 ADI nº 4424, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 09/02/2012.

pedido de interpretação conforme a Constituição, pelo Procurador-Geral da República, ambas com o propósito de ver reconhecida a plena validade de dispositivos constantes da Lei Maria da Penha.

Feitas tais considerações, passa-se a analisar a atuação da Advocacia-Geral da União nos aludidos processos objetivos de controle de constitucionalidade e, após, o teor dos respectivos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

1 DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO⁹ NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N° 19 E NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 4424

Conforme mencionado, a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei nº 11.340/06, por determinados juízos e tribunais pátrios, comprometeu a presunção de validade das normas constantes do referido diploma legal, motivando a deflagração de processo objetivo de fiscalização normativa perante o Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, no dia 19 de dezembro de 2007, o Presidente da República, representado pelo Advogado-Geral da União, ajuizou a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, objetivando a declaração de constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/06. É o teor dos dispositivos mencionados:

Art. 1º. Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

[:.]

Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas

⁹ Por meio da Secretaria-Geral de Contencioso, que é o órgão competente para assistir o Advogado-Geral da União na representação judicial da União, no Supremo Tribunal Federal, no que se refere aos processos de controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do artigo 8º, inciso I, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.

Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no *caput*.

□□

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Na referida ação, após demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante acerca do tema, a Advocacia-Geral da União alegou que a Lei Maria da Penha estaria em conformidade com a diretriz internacional adotada por diversos países para erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Asseverou, ainda, que a edição da Lei Maria da Penha conferiria efetividade ao princípio da igualdade, consagrado no artigo 5º, inciso I, da Carta Magna. Nesse sentido, argumentou que o tratamento diferenciado não violaria o Texto Constitucional, porquanto teria por objetivo corrigir a desigualdade de gênero presente na sociedade brasileira, marcada por inúmeros abusos cometidos contra a mulher no âmbito das relações domésticas. Confira-se, nesse ponto, o seguinte excerto da petição inicial da ação direta em comento:

Como sabido, não basta afirmar a igualdade formal, ignorando as disparidades sociais ainda existentes, visto que militaria contra a concretização da desejada igualdade material, negando-se, assim, o objetivo a que a Carta Política buscou atingir.

Com efeito, a distinção de tratamento revela-se, assim, plenamente justificada, tendo em conta *situação social* a que continuam sujeitas as mulheres, inexistindo, portanto, afronta ao princípio da igualdade.

É indubitável que, não obstante a igualdade substancial entre homens e mulheres (essência humana), remanesce a disparidade social autorizativa do *discrimen*.

Vale dizer, o tratamento distinto não se dá unicamente em razão do sexo, como pressuposto, mas em virtude das circunstâncias a que estão sujeitas as mulheres, inclusive em atenção à diferença de força física (em regra), que potencializa a violência.

Em Memorial apresentado aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a Advocacia-Geral da União demonstrou, ainda, a alarmante estatística da violência praticada contra a mulher no território brasileiro. Para tanto, citou dados da Fundação Perseu Abramo, referentes ao ano de 2001, segundo os quais “dentre as brasileiras vivas, 6,8 milhões já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que, dentre as que admitiram ter sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país, 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto – isto é: a cada 15 segundos uma mulher é espancada no Brasil”.

Na sequência, a Advocacia-Geral da União sustentou que o artigo 33 da Lei nº 11.340/06 não ofenderia o disposto no artigo 96, inciso II, alínea “d”; c/c artigo 125, § 1º, da Constituição, considerando que a Lei Maria da Penha não teria disciplinado matéria afeta à organização judiciária do Estado, mas assunto de natureza processual, de competência privativa da União (artigo 22, inciso I, da Carta Maior¹⁰). Confira-se:

Com efeito, a Lei nº 11.340/2006 não trata do detalhamento típico da organização judiciária do Estado, mas apenas regula matéria processual pertinente à necessária especialização do juízo, bem assim determina a acumulação das competências cível e criminal em Vara Criminal (até a criação dos Juizados), de forma a conferir celeridade à solução de questões sabidamente interdependentes e urgentes, como é o combate à violência doméstica, que, geralmente, envolve aspectos penais e cíveis.

Por fim, afirmou que o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 seria compatível com o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, que prevê a competência dos juizados especiais para processar e julgar as infrações penais de menor potencial ofensivo. Nessa esteira, sustentou que o Poder Constituinte não teria definido o critério a ser valorado para definição de crimes de menor potencial ofensivo, deixando essa tarefa a cargo do legislador infraconstitucional. Além disso, argumentou que a Lei Maria da Penha teria afastado a incidência das normas da Lei nº 9.099/95, em vista da ineficácia dos respectivos institutos para coibir a violência doméstica ou familiar contra a mulher.

Na mesma linha, ao manifestar-se na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424, proposta pelo Procurador-Geral da

¹⁰ “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;”

República, a Advocacia-Geral da União corroborou os argumentos expostos pelo requerente, concluindo pela procedência do pedido para que fosse conferida aos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei nº 11.340/06¹¹ a interpretação de que o delito de lesão corporal leve praticado contra a mulher, na ambiência familiar e doméstica, deveria ser processado mediante ação penal pública incondicionada. A esse respeito, registre-se o seguinte trecho da manifestação apresentada, na referida ação direta, pela Advocacia-Geral da União:

Com efeito, o artigo 41 da Lei nº 11.340/06, ao determinar que aos crimes de violência doméstica praticados contra a mulher não se aplica a Lei nº 9.099/95, afastou de seu âmbito normativo a *integralidade* das regras pertinentes aos Juizados Especiais, dentre as quais se encontra o dispositivo que condiciona o processamento dos crimes de lesões corporais leves à representação da vítima (artigo 88 da Lei nº 9.099/95).

Note-se que não há qualquer ressalva na redação do aludido artigo 41 da Lei nº 11.340/06 que autorize interpretação na linha de que os crimes de violência doméstica contra a mulher estariam imunes, apenas, aos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95, como a transação penal, a composição civil e a suspensão condicional do processo.

Assim sendo, à falta de disposição em sentido contrário, nos crimes de lesão corporal leve praticados com violência doméstica à mulher, a ação penal é pública incondicionada, por força da regra constante do artigo 100 do Código Penal.

Tem-se, portanto, que a referência à figura da representação, contida nos artigos 12, inciso I; e 16 da Lei nº 11.340/06, relaciona-se, tão somente, às hipóteses em que a lei penal determine, expressamente, que a ação seja condicionada à representação.

Enfim, em Memorial, avigorou a ideia de que “deixar a iniciativa da ação penal a cargo da própria vítima, em situação de tamanha vulnerabilidade, seria negligenciar a proteção de seus direitos e obrigá-la

¹¹ “Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I - ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;”

“Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.”

a um convívio familiar sob o império do medo e da violência, em evidente afronta à sua dignidade”.

Esses são, em síntese, os argumentos apresentados pela Advocacia-Geral da União, em defesa da validade das disposições constantes da Lei Maria da Penha.

2 DOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DECLARAR A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 11.340/06

Na sessão plenária realizada no dia 09 de fevereiro de 2012, o Supremo Tribunal Federal¹², por unanimidade, julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, para declarar a compatibilidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/06 com o Texto Constitucional.

Inicialmente, a Corte reconheceu a existência de controvérsia judicial relevante acerca do tema, tendo em conta o intenso debate instaurado sobre a constitucionalidade dos preceitos mencionados, mormente no que se refere aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, bem como à aplicação dos institutos contidos na Lei 9.099/95.

No mérito, o Supremo Tribunal reiterou o entendimento firmado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 106212¹³, no qual fora reconhecida a constitucionalidade do artigo 41 da Lei Maria da Penha. Salientou que a referida lei estaria em consonância com o disposto no artigo 226, § 3º, da Constituição e no artigo 7º, item “c”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, além de conferir cumprimento a outros tratados ratificados pelo País.

Nessa linha, e em conformidade com a tese sustentada pela Advocacia-Geral da União, a Corte afirmou que a edição da Lei Maria da Penha realizaria os princípios constitucionais da igualdade

¹² Conforme o Informativo nº 654 do Supremo Tribunal Federal. Acórdão pendente de publicação.

¹³ HC nº 106212, Relator: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 24/03/2011, Publicação em 13/06/2011. É a ementa da referida decisão:

“VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancial contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher”.

e da proporcionalidade, argumentando que, “ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional”. Destarte, concluiu que não seria desproporcional o uso do sexo como critério de diferenciação, considerando que “a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado”.

O Supremo Tribunal Federal consignou, ainda, que a Lei Maria da Penha seria corolário do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, representando movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça. Nesse ponto, lembrou que, com o objetivo de proteger direitos fundamentais – à luz do princípio da igualdade – o legislador editara microssistemas próprios, a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, a exemplo do Estatuto do Idoso e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No tocante ao artigo 33 da Lei nº 11.340/06, por igual, a Corte acolheu os argumentos da Advocacia-Geral da União, no sentido de que a referida norma seria compatível com os artigos 96, inciso I, alínea “a”; e 125, § 1º, da Carta Maior, por disciplinar matéria de natureza processual, sendo, portanto, de competência privativa da União, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição Federal. Dessa forma, ponderou que o dispositivo em exame “não criaria varas judiciais, não definiria limites de comarcas e não estabeleceria o número de magistrados a serem alocados nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar. Apenas facultaria a criação desses juizados e atribuiria ao juízo da vara criminal a competência cumulativa de ações cíveis e criminais envolvendo violência doméstica contra a mulher, haja vista a necessidade de conferir tratamento uniforme, especializado e célere, em todo território nacional, às causas sobre a matéria”.

Na mesma ocasião, o Supremo Tribunal Federal¹⁴, por maioria, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4424 para conferir interpretação conforme a Carta aos artigos 12, inciso I; 16 e 41 da Lei 11.340/06, assentando a natureza incondicionada da ação penal, na hipótese de crime de lesão corporal leve praticado mediante violência doméstica ou familiar contra a mulher.

14 Conforme o Informativo nº 654 do Supremo Tribunal Federal. Acórdão pendente de publicação.

A Corte considerou, para tanto, que os dados estatísticos no tocante à violência doméstica seriam alarmantes, tendo em vista que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar a representação anteriormente formalizada, incentivando o agente a reiterar seu comportamento ou a agir de forma mais agressiva. E, ainda, que a ameaça e as agressões físicas contra a mulher ocorreriam, principalmente, em ambiente doméstico, o que dificultaria o conhecimento do fato pelas autoridades e a proteção eficaz da vítima.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a necessidade de intervenção estatal acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher, com base na dignidade da pessoa humana (artigos 1º, inciso III, da Constituição¹⁵), na igualdade (artigo 5º, inciso I, da Constituição) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI, da Constituição¹⁶). Outrossim, asseverou que não seria razoável ou proporcional deixar a atuação estatal a critério da vítima: “deixar a mulher — autora da representação — decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana”.

Nesses termos, a Corte acolheu os argumentos da Advocacia-Geral da União, entendendo que a Lei nº 9.099/95, em sua integralidade, não seria aplicável aos crimes cometidos com violência contra a mulher, no ambiente familiar e doméstico, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, a ação penal cabível seria pública incondicionada.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal dirimiu a controvérsia judicial acerca da validade da Lei nº 11.340/06, concluindo pela compatibilidade de suas disposições com a Carta da República de 1.988.

São esses os aspectos do julgamento da Lei Maria da Penha que cumpria abordar, notadamente sob o enfoque da atuação da Advocacia-Geral da União na defesa da constitucionalidade da norma.

15 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

16 “Art. 5º [...]”

[...]”

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;”

UNIÃO HOMOAFETIVA E O JULGAMENTO DA ADI Nº 4277 E DA ADPF Nº 132 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*HOMOSEXUAL UNION AND THE JUDGMENT OF ADI N. 4277 AND
ADPF N. 132 BY THE SUPREME COURT*

Juliana Gomes Falleiros Cavalheiro
Advogada da União lotada na Secretaria-Geral de Contencioso
Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana pela ESMPU em parceira
com a Universidade Bochum/Alemanha; em Direito Administrativo Aplicado pela
Faculdade Fortium; em Direito Público pela Uniderp e em Direito
Constitucional pela Unisul

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da atuação da Secretaria Geral de Contencioso; 2 Da fundamentação do Supremo Tribunal Federal; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Perante o Supremo Tribunal Federal foram propostas duas ações com a finalidade de que, mediante interpretação conforme à Constituição da República, fosse conferida à união homoafetiva as mesmas regras da união heteroafetiva. A União, nos mesmos termos do que fora decidido pelo Supremo Tribunal Federal, defendeu a constitucionalidade da igualdade entre as relações homoafetivas tendo em vista que aquelas também estão englobadas no conceito de entidade familiar; a proibição ao preconceito e à discriminação bem como a liberdade do ser humano no exercício de sua orientação sexual. Posteriormente ao julgamento ora em tela, inúmeros atos normativos nacionais e estrangeiros passaram a admitir também o casamento homoafetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação conforme à Constituição da República. União homoafetiva. Entidade familiar. Isonomia.

ABSTRACT: Two actions have been proposed in the Supreme Court aiming that, through interpretation as the Constitution, was given to the homosexual unions the same rules given to the heterosexual ones. The State of Brazil, in the same terms that had been decided by the Supreme Court, argued the constitutionality of equality relations between the same sex people considering that those are also a family unit; the prohibition to prejudice and discrimination and the freedom about sexual orientation. After the judgment by the Supreme Court, lots of normative acts also began to admit the homosexual marriage.

KEYWORDS: Interpretation as the Constitution. Homosexuality. Family entity. Equality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4277 e na ADF nº 132, examinando os argumentos trazidos pela Advocacia-Geral da União bem como os fundamentos da decisão exarada pelo Pretório Excelso.

A ADI nº 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, teve por objeto o art. 1.7231 do Código Civil Brasileiro em vigor, com o intuito de que o Supremo Tribunal Federal proferisse interpretação conforme a Constituição, a fim de que fosse reconhecida sua incidência também sobre a união, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família, entre pessoas do mesmo sexo.

A ADPF nº 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, objetivou o reconhecimento de que o regime jurídico das uniões estáveis também deve se aplicar às uniões homoafetivas; a interpretação conforme a Constituição dos arts. 19, II e V2, e 333, ambos do Decreto-lei estadual nº 220/754, em ordem a assegurar os benefícios ali previstos aos parceiros de uniões homoafetivas estáveis e a declaração de que as decisões judiciais que se orientam em sentido contrário ao propugnado na inicial violam preceitos fundamentais.

Assim, a ação direta e a arguição de descumprimento propostas tiveram por escopo que a Corte Excelsa reconhecesse a compatibilidade da união entre pessoas do mesmo sexo – validando os efeitos morais, sociais e patrimoniais decorrentes – com os princípios e as regras constitucionais postas em vigor no ordenamento jurídico pátrio.

A União se manifestou no sentido de que as uniões homoafetivas mereciam o mesmo tratamento conferido às uniões heteroafetivas, e o

1 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

2 “Art. 19. Conceder-se-á licença: [...] II – por motivo de doença em pessoa da família, com vencimento e vantagens integrais nos primeiros 12 (doze) meses; e, com dois terços, por outros 12 (doze) meses, no máximo; [...] V – sem vencimento, para acompanhar o cônjuge eleito para o Congresso Nacional ou mandado servir em outras localidades se militar, servidor público ou com vínculo empregatício em empresa estadual ou particular.”

3 Art. 33. O Poder Executivo disciplinará a previdência e a assistência ao funcionário e à sua família, compreendendo: I – salário-família; II – auxílio-doença; III – assistência médica, farmacêutica, dentária e hospitalar; IV – financiamento imobiliário; V – auxílio-moradia; VI – auxílio para a educação dos dependentes; VII – tratamento por acidente em serviço, doença profissional ou internação compulsória para tratamento psiquiátrico; VIII – auxílio-funeral, com base no vencimento, remuneração ou provento; IX – pensão em caso de morte por acidente em serviço ou doença profissional; X – plano de seguro compulsório para complementação de proventos e pensões. Parágrafo único: A família do funcionário constitui-se dos dependentes que, necessária e comprovadamente, vivam a suas expensas.”

4 Estatuto dos funcionários públicos civis do Estado do Rio de Janeiro.

Supremo Tribunal Federal também esposou o mesmo entendimento, conforme irá se demonstrar nesse artigo.

1 DA ATUAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO

A Advocacia-Geral da União, quanto ao mérito⁵, pugnou pelo conhecimento parcial da ADPF nº 132 para que, nessa parte, fosse julgada procedente, dando ao art. 109, II e V, do Decreto-lei nº 220/75, do Estado do Rio de Janeiro, interpretação conforme a Constituição, sem pronúncia de nulidade, a fim de contemplar os parceiros de união homoafetivas no conceito jurídico de família. Requereu, ainda, fosse declarada a nulidade das decisões judiciais, no âmbito daquela unidade da Federação, que se orientam em sentido contrário.

Nos autos da ADI nº 4277, a União também se manifestou no sentido de que a norma constante no art. 1.723 do Código Civil, que trata sobre entidade familiar, engloba também a união entre pessoas do mesmo sexo.

A União consignou que o Estado Democrático de Direito não poderia conviver com ações estatais desafinadas com o respeito e a promoção indistinta do bem de todos os seres humanos. Na lição de José Afonso da Silva, *“a promoção do bem de todos ou do bem comum é objetivo primordial de todo Estado. É isso que justifica sua existência, quer a Constituição formal o diga, ou não.”* (SILVA, 2007, p. 48)

O texto da Constituição da República de 1988, confirmando a vocação democrática nacional e em reforço à vertente de afirmação dos direitos humanos fundamentais no Estado Brasileiro, é pródigo em manifestações nesse sentido:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

⁵ Em sede de preliminar, foi demonstrada a ausência de pertinência temática – requisito de necessário cumprimento aos legitimados do inciso V do art. 103 da Constituição Federal - no que se refere à legitimidade do Governador do Estado para postular providências no âmbito de outros Estados ou da União. Também foi consignado que a aprovação da Lei estadual nº 5.034, de 31 de maio de 2007, alterou a Lei nº 285, de 3 de dezembro de 1979, de modo a incluir os parceiros de uniões homoafetivas entre os beneficiários do regime próprio de previdência do Estado do Rio de Janeiro, equiparando-os à condição de companheiros, e que, portanto, ao menos no campo previdenciário, havia proteção suficiente e tratamento isonômico a amparar os direitos dos que mantêm relações homoafetivas estáveis.

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

“Art. 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.

A despeito de não integrar o corpo normativo da Constituição, o preâmbulo da Carta Maior registra as relevantes intenções do povo brasileiro:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A compreensão dos textos normativos em exame não poderia ignorar, com base nos parâmetros constitucionais, os vínculos e as relações de afeto que mantêm os integrantes de uniões homoafetivas. Se é certo que a Carta Maior prevê, de modo expresso, em seu art. 226, o casamento (§ 2º), a união estável (§ 3º) e a família monoparental (§ 4º) como entidades familiares, não se pode afirmar que o conjunto de suas normas permite excluir de similar tratamento jurídico outras relações baseadas no mesmo suporte fático: auto-determinação, afeto e pleno exercício da liberdade pela deliberada intenção de convivência íntima e estável, a fim de alcançar objetivos comuns.

Nesses termos, a União afirmou que, a despeito de a Carta de 1988 não haver contemplado – de modo expresso – o tratamento jurídico das uniões homoafetivas no capítulo que dedica à família, a evolução e a complexidade das relações humanas estavam a exigir do sistema jurídico respostas adequadas para a resolução dessas

controvérsias, intimamente ligadas ao pleno exercício dos direitos humanos fundamentais⁶.

Inclusive, estudiosos sobre direito de família reconhecem que a realidade fática possui o condão de delimitar os contornos da família moderna. Silvio de Salvo Venosa, ao discorrer sobre os fenômenos sociais que transformam o conceito de família, elencou, dentre tantos acontecimentos, a existência de casais homoafetivos:

Casais homoafetivos vão paulatinamente obtendo reconhecimento judicial e legislativo. Em poucas décadas, portanto, os paradigmas do direito de família são diametralmente modificados. [...] A sociedade enfrenta doravante o posicionamento das chamadas relações homoafetivas. Discute-se já nos tribunais o alcance dos direitos de pessoas do mesmo sexo que convivem. Sem dúvida, o século XXI trará importantes modificações em tema que ganha importância. A seu tempo, quando a sociedade absorver os reclamos desses direitos haverá a resposta legislativa e judicial adequada. Nesse sentido, o projeto do Estatuto das Famílias já se apresenta atual e adequado. (VENOSA, 2012, p. 6-7)

É perceptível o esforço da doutrina e da jurisprudência pátrias para encontrar soluções para as inúmeras questões que surgem do vazio normativo relacionado às uniões homoafetivas. Entretanto, as principais questões vinham sendo resolvidas sobre o prisma patrimonial, utilizando-se, muitas vezes, de institutos já consolidados em outros ramos do Direito – como é o caso da sociedade de fato no Direito Empresarial – a fim de dar cabo a tais questionamentos.

Em uma ordem jurídico-constitucional em que a tutela do ser humano e a afirmação da plenitude de seus direitos apresentam-se como elemento central para o desenvolvimento da sociedade, é fácil perceber que soluções imprecisas e importadas de outros ramos do Direito não se

⁶ Sobre o tema, pertinente o comentário de Érika Harumi Fugie: “[...], admite-se afirmar que normas singulares inseridas na Constituição acabem por se tornar automaticamente obsoletas, quando as mesmas, em virtude de uma mudança real de situação, não podem mais cumprir a sua função integradora e, porventura, podem até assumir uma função desintegradora. A essa nova situação denomina-se mutação constitucional. Assim, os preceitos constitucionais reclamam interpretação adequada à exigência da realidade. Essa interação com a realidade permite considerar a Constituição como uma ordem aberta. Essa abertura da própria Lei Fundamental permite o evoluir constante da ordem constitucional, no compasso da evolução histórica. De modo que a Constituição impõe sua força normativa: ‘a força normativa da Constituição implica, pois, a construção de uma via de duas mãos: a Constituição conforma a realidade; mas ao mesmo tempo é, de certo modo, também por ela (pela realidade) conformada.’” (FUGIE, 2002)

apresentam como adequadas para o enfrentamento de questões que são íntimas à concretização dos direitos da personalidade.

Desse modo, a União consignou que o tratamento diferenciado entre as entidades familiares expressamente previstas na Constituição Federal e as uniões homoafetivas não apresenta justificativa plausível, sob a ótica do princípio da igualdade. É ofensivo ao senso comum – e à força normativa do princípio da isonomia – que, no caso do art. 19, do Decreto-lei nº 220/75, objeto da ADPF nº 132, pudesse ser deferida licença para aquele companheiro ou cônjuge para tratar da doença de seu consorte, sendo impossível ao que mantém união homoafetiva estável – cuja relação se funda nos mesmos pressupostos de liberdade e de afeto que as outras uniões – similar tratamento.

André Franco Montoro identificou três elementos que correspondem às características essenciais da justiça em sentido estrito: a alteridade ou pluralidade de pessoas; o devido; a igualdade. (MONTORO, 1997, p.130)

Conferir tratamento jurídico igualitário às uniões homo e heteroafetivas, conduz à garantia da isonomia; princípio que norteia a concepção de justiça, com o ideário de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na proporção direta de sua igualdade, de acordo com Aristóteles:

E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, uma vez que a proporção entre as porções será igual à proporção entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais – é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais (detêm ou recebem) porções iguais que surgem conflitos e queixas. (ARISTÓTELES, 2002, p. 141)

Ao tratar sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que pessoas em situações idênticas devem receber o mesmo tratamento e que a situação distinta é o que legitima o fator discriminante:

É inadmissível, perante a isonomia, discriminar pessoas ou situações ou coisas (o que resulta, em última instância, na discriminação de pessoas) mediante traço diferencial que não seja nelas mesmas residentes. Por isso, são incabíveis regimes diferentes determinados em vista de fator alheio a elas; quer-se dizer: que não seja extraído delas mesmas.

Em outras palavras: um fator neutro em relação às situações, coisas ou pessoas diferenciadas é inidôneo para distingui-las. Então, não pode ser deferido aos magistrados ou aos advogados ou aos médicos que habitem em determinada região do País – só por isto – um tratamento mais favorável ou mais desfavorável juridicamente. Em suma, discriminação alguma pode ser feita entre eles, simplesmente em razão da área especial em que estejam sediados.

Poderão, isto sim – o que é coisa bastante diversa – existir nestes vários locais, situações e circunstâncias, as quais sejam, elas mesmas, distintas entre si, gerando, então, por condições próprias suas, elementos diferenciais pertinentes. Em tal caso, não será a demarcação espacial, mas o que nelas existe, a razão eventualmente substancial para justificar discrínmen entre os que se assujeitam – por sua presença contínua ali – àquelas condições e as demais pessoas que não enfrentam idênticas circunstâncias. (MELLO, 2011, p. 29-30)

Considerando, pois, que as relações afetivas, sejam homo ou heterossexuais, são baseadas no mesmo suporte fático (exercício da liberdade, amor, afeto, companheirismo, assistência mútua, intuito de compartilhar a vida), razão não há – sob pena de discriminação e de limitação à liberdade sexual – para se atribuir às mesmas, tratamento jurídico diferenciado.

Dessa forma, uma relação homoafetiva possui todos os requisitos para se enquadrar no conceito de entidade familiar e com isso receber igual tratamento jurídico e social, reconhecendo-se direitos, deveres e restrições inerentes ao instituto da família.

Com efeito, família, assim como afirmado por Thiago Hauptman Borelli Thomaz:

[...] existe para a satisfação de seus membros e como materialização de uma situação compartilhada por pessoas que vivem juntas, trocando experiências e partilhando de vida em comum. Há a opção pessoal de cada um de unir e partilhar de sentimentos comuns. (THOMAZ, 2003, p. 97)

A mera identidade de sexos não é fator discriminante apto a conferir tratamento diferente à união entre seres humanos. As convenções sociais e os estereótipos pré-estabelecidos não possuem o condão de distinguir situações sociais idênticas. Não há esforço hermenêutico, destituído de preconceito, capaz de encontrar justificativa plausível para oferecer

solução jurídica que trate de modo diferenciado os integrantes de uniões homoafetivas.

Nesse particular, destaque-se os ensinamentos de Maria Berenice Dias sobre o conceito ontológico de família:

A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pessoas do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente

transformador dos estagnados conceitos da sociedade. [...] (DIAS, 2006, p. 71-79).

A União consignou também que, como inarredável pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana – valor maior tutelado pela Constituição Federal –, é mister que se afaste qualquer óbice jurídico que represente limitação – ainda que potencial – ao pleno exercício da liberdade que possui todo ser humano no exercício de sua orientação sexual.

Sem dúvida, pode-se afirmar que o tratamento jurídico discriminatório, em relação aos parceiros de união homoafetivas, revela limitação à liberdade, na medida em que a escolha de orientação sexual não garante os desdobramentos jurídicos comuns às demais entidades familiares.

A União também lembrou que, no âmbito dos Tribunais Superiores, já era possível catalogar decisões que abonam a tese ora propugnada. Perante a Suprema Corte, registrou o precedente consolidado na Petição nº 1.984/RS, em que a Presidência negou pedido de suspensão de liminar que objetivava a sustação da eficácia de julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que reconhecia a possibilidade de o parceiro homoafetivo gozar de benefício previdenciário. Elencou também o clássico acórdão do Tribunal Superior Eleitoral (Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, rel. Min. Gilmar Mendes) que negou, com inegável acerto, registro à candidatura de parceira homoafetiva que postulava o ingresso no cargo de Prefeito Municipal, este anteriormente ocupado por sua companheira⁷, além de decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como por exemplo, no Recurso Especial nº 395.904/RS.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No julgamento definitivo de ambos os processos objetivos, ADI nº 4277 e ADF nº 132, decidiu o Plenário da Corte Excelsa, por unanimidade, que a norma constante do art. 1.723 do Código Civil não obstaria que a união de pessoas do mesmo sexo pudesse ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal:

No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à

⁷ O caso possui relevância também pelo fato de que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade família não traz apenas direitos, mas também impõe restrições.

Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como ‘entidade familiar’, entendida esta como sinônimo perfeito de ‘família’. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Prevaleceu, no mérito, o voto proferido pelo Ministro Relator Ayres Britto, que, com base no que denomina de “constitucionalismo fraternal” deu interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

O Ministro Relator, explicou sobre o que consistia o “constitucionalismo fraternal”:

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a ‘inclusão social’), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de ‘homoafetivos’. Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural.

Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários.

Dessa forma, asseverou a Corte que o reconhecimento da união homoafetiva deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva, tendo em vista que a união homoafetiva também se trata de uma relação afetiva ou amorosa:

Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar empareirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro.

Enfatizou o órgão colegiado do Tribunal, assim como também defendera a União em suas manifestações, que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem, conforme se observa:

[...] o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou *desigualitário* sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos' (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

[...]

Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se realizar ou ser felizes homossexualmente.

Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade:

Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação jurídica ativa.

E afirmou, assim como também o fizera a União em suas manifestações, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não:

Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual.

Na assentada, o Tribunal assinalou que – quanto ao emprego da sexualidade humana –, haveria liberdade do mais largo espectro ante o silêncio intencional da Constituição, apontando que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que “*tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido*”. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1º do art. 5º da Constituição da República.

Ressaltou, ainda, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétreia, além de frisar que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto de modo emparceirado (intercurso sexual).

Consignou, com inegável acerto, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união — realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos —, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação.

Interpretando o conceito de família de forma não-reducionista, o Ministro Carlos Britto entendeu que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção. O Ministro Relator, no voto condutor do Plenário da Corte Excelsa, registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não-atrelamento a casais heteroafetivos

ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade, nos termos do art. 226, *caput* da Constituição da República, conforme se observa a partir dos seguintes excertos do voto:

[...] permanece a invariável diretriz do não atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

[...]

Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa, confiável e prolongada forma de agregação humana.

[...]

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva.

[...]

[...] a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo 'família' nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser.

Desse modo, registrou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares

homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.

Explicou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1º a 4º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. E concluiu que a solução apresentada, no sentido de reconhecer a união homoafetiva como sinônimo perfeito de família, daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não-discriminação entre outros.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, a discussão a respeito dos direitos derivados da relação homoafetiva, por ser relativa a aspectos decorrentes dos direitos à liberdade, à isonomia, à sexualidade e à não-discriminação, está intrinsecamente ligada aos direitos fundamentais do indivíduo.

Embora inúmeros autores jusnaturalistas defendam que tais direitos são inatos à personalidade humana e por isso não precisariam estar protegidos por um sistema jurídico e/ou legislativo, concordamos com Norberto Bobbio que defende que, por vezes, mesmo os direitos fundamentais demandam conduta ativa por parte da sociedade. Segundo o autor:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (BOBBIO, 2004, p. 5)

De fato, não raras vezes direitos considerados essenciais e fundamentais ao ser humano foram garantidos através de batalhas sangrentas e atuações proativas dos atores sociais envolvidos ou sensíveis à condição humana.

Entendemos que o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar bem como dos direitos, deveres e restrições decorrentes dos desdobramentos que o conceito de família traz, pela União, pelo Supremo Tribunal Federal e pelas inúmeras entidades que participaram das ações ora em estudo como autores e *amicus*

curiae, trouxe ao cenário nacional inegável evolução do ponto de vista humanístico ao proclamar juridicamente uma igualdade que os fatos concretos já demonstravam, mas que, apesar disso, careciam de reconhecimento jurisdicional.

De se consignar ainda que, assim como ressaltou o Ministro Ayres Britto em seu voto no julgamento conjunto da ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, o reconhecimento de direitos às relações homoafetivas não ocasiona qualquer prejuízo às pessoas de relacionamento heteroafetivo.

Ademais, a subsunção da união homoafetiva aos ditames do art. 1723 do Código Civil, não traz, ao casal, apenas direitos e vantagens, mas também acarreta inúmeras obrigações e limitações a direitos. Restrições estas que um ser, por desejo de compartilhar a vida e por amor ao outro, está disposto a impor-se.

No âmbito da Advocacia-Geral da União pude testemunhar o desenvolvimento argumentativo de um incontável número de advogados da União na defesa da tese a favor da igualdade, da isonomia, da liberdade, da proibição à discriminação ao ser humano, independentemente de sua orientação afetivo-sexual, argumentos estes que serviram de lastro ao presente artigo.

O tema sobre a união homoafetiva possui amplitude global. Anote-se que, já à época do julgamento da ADI nº 4277 e da ADPF nº 132, França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia já reconheciam, juridicamente, a união homoafetiva. Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha e África do Sul permitiam, inclusive, o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 15 de julho de 2010, o Senado da Argentina aprovou lei que autoriza o casamento entre pessoas do mesmo sexo no país. A decisão, apoiada pela Presidente Cristina Kirchner, transformou o país no primeiro da América Latina a permitir o matrimônio homoafetivo.

Quase três anos depois, em 10 de abril de 2013, a Câmara dos Deputados do Uruguai, equiparando o matrimônio entre casais hetero e homoafetivos, aprovou o casamento igualitário no país. O dispositivo legal passou a determinar que o matrimônio civil é a união permanente de duas pessoas de sexos diferentes ou iguais.

Além de Holanda, Bélgica, Canadá, Espanha, Argentina, Uruguai e África do Sul, também Noruega, Suécia, Portugal, Islândia, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia Uruguai e França já contemplam, em seus ordenamentos jurídicos, dispositivos que admitem o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em 22 de fevereiro deste ano, o presidente Barack Obama requereu à Suprema Corte dos Estados Unidos da América que

declarasse inconstitucional o *Defense of Marriage Act*, lei que dispõe sobre a diversidade de sexos como pressuposto para o casamento.

Em 23 de abril de 2013, a França, após intensos debates dentro e fora do Parlamento francês, também aprovou o projeto de lei que permite o casamento homossexual no país bem com a adoção de crianças por casais homoafetivos.

No cenário nacional, o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar foi apenas um primeiro passo para a garantia de uma isonomia que, repita-se, apesar de já existir como realidade fática, ainda não estava expressamente disposta em âmbito normativo.

Após o julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277 pelo Pretório Excelso, despontaram atos normativos das Corregedorias dos Tribunais de Justiça Estaduais que passaram a contemplar a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, dispondo sobre a escrituração da união estável homoafetiva, regulamentando a conversão dessas uniões em casamento bem como autorizando o processamento dos pedidos de casamento entre pessoas do mesmo sexo, foram o Provimento nº 40/2011, de 06 de dezembro de 2011, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas; o Provimento nº CGJES 001/2012, de 03 de janeiro de 2012, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo; o Provimento nº 06/2012, de 05 de julho de 2012, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe; o Provimento Conjunto nº CGJ/CCI 12/2012, de 10 de outubro de 2012 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que alterou o Provimento nº 04/2007 do mesmo Estado; o Provimento nº 24/2012, de 17 de dezembro de 2012 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí e o Provimento nº 41/2012, de 18 de dezembro da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Como consequência do julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, mediante proposta de seu presidente, o Ministro Joaquim Barbosa, por 14 (quatorze) votos contra 01 (um), aprovou a Resolução nº 175/2013, que obriga os cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil e converter a união estável homoafetiva em matrimônio.

A referida resolução resolveu definitivamente questão sobre a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, pelo menos em âmbito nacional, e passa a dar efetividade à decisão exarada no julgamento da ADPF nº 132 e da ADI nº 4.277 que, afinal de contas, possui efeito vinculante.

O PSC – Partido Social Cristão, chegou a impetrar mandado de segurança argumentando que o CNJ se apropriou de prerrogativas do

Congresso Nacional por ter aprovado uma norma que não passou pelo processo legislativo. Entretanto, o Ministro Relator do MS nº 32077, Luiz Fux, indeferiu a inicial em face da inadequação da via eleita. De acordo com Fux, a resolução do Conselho Nacional de Justiça qualifica-se como lei em tese, ou seja, possui caráter normativo abstrato e impessoal. E, nestes casos, o enunciado nº 266 da Súmula do STF não permite que a regra seja atacada por meio de mandado de segurança.

Em assim sendo, as determinações da Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça continuam a irradiar seus efeitos, permitindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo e conferindo consequências jurídicas a essas relações.

Esperamos que estes sejam apenas os primeiros atos normativos, de tantos outros que estão por vir, a igualar direitos, deveres e restrições entre casais homo e heteroafetivos.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1 ed. Bauru: EDIPRO, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FUGIE, Érica Haruni. A União Homossexual e a Constituição Federal. *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano IV, n. 15, Síntese, out-dez/2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. (21^a tiragem). São Paulo: Malheiros, 2011.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 24 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- THOMAZ, Thiago Hauptmann Borelli. *União homossexual – reflexões jurídicas*, ano 92, v. 807, jan. 2003. São Paulo: RT, 2003.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

AS RELAÇÕES CONTRATUAIS BANCÁRIAS E OS DIREITOS DO CONSUMIDOR

THE BANK CONTRACTUAL RELATIONS AND CONSUMER RIGHTS

Camilla Japiassu Dores

Pós-Graduada (FESMPDFT) e Mestranda em Direito e Políticas Públicas (Uniceub/DF). Advogada da União, lotada no Departamento de Controle Concentrado de Constitucionalidade da Secretaria-Geral de Contencioso.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Contextualização da discussão acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às Instituições Bancárias; 2 Dos argumentos da União; 3 Argumentos acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 2591.

RESUMO: O trabalho procura mapear o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 2591, em que se discutia a qualificação das atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária como serviço, para efeito de sobre elas incidir o Código de Defesa do Consumidor. As instituições financeiras valeram-se do argumento de que haveria, na espécie, afronta ao disposto no artigo 192 da Constituição de 1988, o qual exigiria que a matéria, supostamente integrante do Sistema Financeiro Nacional, fosse veiculada em lei complementar, bem como violação ao cânones da razoabilidade. O Supremo Tribunal Federal julgou a referida ação direta improcedente, ratificando o entendimento de que o Código do Consumidor não interfere na estrutura institucional do Sistema Financeiro Nacional, este sim regulado por lei complementar. Em breve síntese, concluiu que se aplicam as normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, desde que utilizem, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito.

PALAVRAS-CHAVE: Ação direta de inconstitucionalidade nº 2591. Código de Defesa do Consumidor. Instituições financeiras. Sistema Financeiro Nacional. Lei complementar. Razoabilidade.

ABSTRACT: The work seeks to map the trial of direct action of unconstitutionality nº 2591, which discussed the classification of nature activities, financial, banking and insurance as a service credit for the purposes of them relate to the Consumer Defense Code. Financial institutions used the argument that there would be, in the species, afront to the provisions of article 192 of the Constitution of 1988, which would require that matter, allegedly a member of the National Financial System, were conveyed in complementary law, as well as violation of the Canon of reasonableness. The Supreme Court ruled that direct action as unfounded, confirming the understanding that the Consumer Code does not interfere in the institutional structure of the National Financial System, this regulated by complementary law. In summary, it was concluded that apply the standards published by the Consumer Defense Code, provided that financial institutions use as final recipient, Bank, financial activity and credit.

KEYWORDS: Direct action of unconstitutionality nº 2591. The Consumer Defense Code. Financial institutions. The National Financial System. Complementary law. Reasonableness.

INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, o sistema creditício bancário ocupa ponto de destaque. Tendo em vista que no sistema econômico tal sistema tem função não apenas de atender necessidades de crédito de pessoas físicas e jurídicas, mas também, e principalmente, fomentar o desenvolvimento da nação, através da circulação de riquezas que move o sistema produtivo e, consequentemente, viabiliza o modelo de sustentação para a economia.

Diante de tal área de abrangência e das consequências diretas e indiretas que proporciona, o interesse geral pela matéria fica evidente.

O legislador constituinte de 1988 demonstrou preocupação a respeito do tema, o que resultou em diretrizes para assegurar em todas as relações contratuais, a observância da equivalência entre as partes contratantes com o intuito de fomentar o equilíbrio, e afastar a preponderância de interesses de uma parte sobre a outra. No tocante às relações de consumo, estabeleceu a necessidade de proteção estatal por meio de disposição da defesa do direito do consumidor no artigo 5º, inciso XXXII, e da necessidade imperativa de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, hoje a Lei nº 8.078/90.

A previsão dos direitos do consumidor, que culminou com a edição do código consumerista, teve o intuito de preencher uma lacuna no tocante aos direitos dos cidadãos nas relações cotidianas de consumo, tão ou mais nocivas do que qualquer outro tipo de desrespeito praticado contra seu patrimônio.

Na relação bancária, há de se observar a presença de pessoas físicas e jurídicas e o evidente interesse público em tal relação diante da dimensão dos efeitos da distribuição de crédito, tendo em vista que fomenta o desenvolvimento das atividades de consumo e produtivas. No que se refere ao crédito bancário, o cidadão se encontra em posição altamente vulnerável, fato este decorrente do desenvolvimento do setor bancário, devidamente estruturado e planificado com a moderna técnica de atuar; da linguagem específica das operações de crédito e da necessidade de tal crédito. Desse modo, a instituição financeira impõe, em tal relação, a sua vontade, e o consumidor, sempre demandante por valores para utilização, não tem condições de impor ou exigir igualdade no tratamento.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça, órgão ao qual compete a fiscalização de constitucionalidade difusa, em

reiterados decisórios, aplicou o Código de Defesa do Consumidor aos serviços bancários¹.

Além disso, aquela Corte Superior editou o enunciado nº 297 de sua Súmula, segundo o qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”, tudo em ordem a demonstrar que o reconhecimento do alcance do Direito do Consumidor sobre os negócios bancários é uma realidade inegável.

Com efeito, foi conferida ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de dar a última palavra sobre a aplicabilidade ou inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, tendo sido ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade nº 2591, cujo julgamento foi concluído em 7 de junho de 2006.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DA DISCUSSÃO ACERCA DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE CONSUMIDOR ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS

A Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade nº 2591, tendo por objeto a expressão “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, constante do § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)².

¹ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CADERNETA DE POUPANÇA. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. LITISCONSÓRCIO ATIVO. ADMISSÃO.

- O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é aplicável aos contratos firmados entre as instituições financeiras e seus clientes referentes à caderneta de poupança.

- Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano, da associação autora da ação, de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos. (...)” (REsp. 106888, 2ª Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac. 28/03/2001, DJ 05/08/2002, p. 196 – grifou-se);

“Recurso especial. Omissão inexistente. Código de Defesa do Consumidor. Instituição financeira. Relação de consumo. Contrato de abertura de crédito. Juros remuneratórios. Comissão de permanência.

1. Omissão inexistente no Acórdão recorrido, que decidiu fundamentadamente todas as questões postas na apelação.

2. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras por existir relação de consumo em relação aos respectivos clientes. Precedente da 2ª Seção.

3. Os juros remuneratórios e a comissão de permanência, após o vencimento da obrigação, são encargos legais, não se podendo cobrá-los, entretanto, no mesmo período de inadimplência, de forma cumulada, tendo em vista que na composição deste último encontram-se inseridos juros. Orientação em contrário abre espaço para uma dupla cobrança de juros de natureza remuneratória, ensejando enriquecimento indevido, e ao anatocismo, repelido em nosso Direito, salvo na forma anual, conforme estabelece a Lei de Usura para os mútuos bancários comuns.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (REsp. 298369, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, ac. 26/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 296 – grifou-se).

² “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção,

Nesse contexto, discutia-se a qualificação das atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária como serviço, para efeito de sobre elas incidir o Código de Defesa do Consumidor, alegando a autora que haveria, na espécie, afronta ao disposto no artigo 192 da Constituição de 1988, o qual exigiria que a matéria, supostamente integrante do Sistema Financeiro Nacional, fosse veiculada em lei complementar, bem como violação ao cânones da razoabilidade, extraído do artigo 5º, inciso LIV, também da Carta Republicana.

Destarte, defendeu-se que o código consumerista não se aplicaria às instituições financeiras, com exceção aos casos de crédito direto ao consumidor. Tal entendimento baseava-se no fato de que o dinheiro, produto oferecido pelos bancos, afastaria o conceito legal de consumidor, já que uma vez disponibilizado ao cliente, seria sempre repassado a mais alguém. Desse modo, o tomador do serviço não seria o destinatário final do produto.

A situação jurídica almejada pelas instituições financeiras nas relações consumeristas demonstrava patente desequilíbrio contratual, em desfavor do consumidor, asseverando sua vulnerabilidade no mercado de consumo, e não poderia ser levada a termo, sob pena de restringir a eficácia de um diploma legal vanguardista e arrojado, que se coaduna com os ditames de uma nova ordem econômica e social, trazida pela Constituição Federal de 1988.

2 DOS ARGUMENTOS DA UNIÃO: NATUREZA JURÍDICA DAS RELAÇÕES BANCÁRIAS E POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO CONSUMERISTA SOBRE OS SERVIÇOS BANCÁRIOS

A União³ sustentou que, dentro do Direito Bancário, a reserva de lei complementar do sistema financeiro cuidaria, em princípio, daquele *Direito Público, tendencialmente administrativo*, em observância ao conteúdo da Lei nº 4.595/64, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista."

3 Por meio da Secretaria-Geral de Contencioso, que é o órgão competente para assistir o Advogado-Geral da União na representação judicial da União, no Supremo Tribunal Federal, no que se refere aos processos de controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do artigo 8º, inciso I, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

e dá outras providências, recepcionada pela Carta de 1988 como lei complementar.

Nessa linha de argumentação, as normas ali veiculadas cuidariam apenas e tão-somente da organização e da estrutura do sistema financeiro nacional. Não se ocupariam de pormenores das relações travadas entre as entidades que compõem o sistema e terceiros. Esse, pois, seria o campo a que se deveriam dedicar as leis complementares tratadas no artigo 192 da Lei Fundamental.

Destarte, as leis complementares traçariam normas de organização, definiriam as especificações do tabuleiro, cuidariam daquele Direito Público, tendencialmente administrativo. Por sua vez, a Lei nº 8.078/90 disporia sobre normas de conduta, e sua aplicação dar-se-ia no âmbito do Direito Privado bancário, nomeadamente nas relações que se entabulariam entre fornecedor e consumidor do serviço.⁴

Portanto, o fato de o Código de Defesa do Consumidor ser lei ordinária, e não complementar, em termos práticos, não impediria a sua incidência sobre certos negócios das instituições financeiras.

A União asseverou, outrossim, que o codex consumerista do Brasil também não se endereçaria a toda e qualquer relação firmada por instituições financeiras. Aplicar-se-ia apenas quando diante de consumidor juridicamente assim qualificado, ou seja, “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (artigo 2º da Lei nº 8.078/90).

No que se refere ao princípio da razoabilidade, a União ressaltou o fato de que o Direito do Consumidor teria surgido justamente para combater injustiças que passaram a ser percebidas no fenômeno dos negócios de massa, especialmente no paradigma dos contratos de adesão que exigiriam uma releitura da autonomia da vontade, convertida na autonomia privada.

Com efeito, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, a Carta Brasileira de 1988, em seu artigo 10, incisos II e III, traz como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. No artigo 50, prescreve que o Estado promoverá, na

⁴ A propósito, Cláudia Lima Marques, referindo-se expressamente aos ensinamentos de Eros Roberto Grau, faz clara distinção entre normas de organização e normas de conduta: “Em uma esclarecedora figura de linguagem, comparando os tipos de regras do jogo de xadrez e o tipo de normas jurídicas, Eros Grau conclui: ‘que definem as especificações do tabuleiro, seu número de casa, posição no início e partida’, ou, como diríamos no caso sob estudo, regras que organizam o mercado (tabuleiro) onde as peças atuarão (clientes e instituições financeiras); já as normas de conduta são ‘as regras do jogo de xadrez em si, ‘que estabelecem os movimentos das várias peças’ ou, como diríamos, as normas que determinam e regem a conduta de boa-fé das várias peças (agora denominadas de consumidores e fornecedores).” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2004, p. 439).

forma da lei, a defesa do consumidor. Em seu artigo 170, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros, o princípio da defesa do consumidor.

Esse arcabouço constitucional autorizaria a compreensão de alguns direitos do consumidor, quais sejam, o direito à vida, à saúde, à idoneidade de informação acerca de produtos e serviços, à boa-fé do fornecedor, como direitos fundamentais, inclusive, por serem reflexos da dignidade da pessoa humana.

Caso se procedesse à análise da razoabilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços ofertados no mercado pelas instituições financeiras, seria imprescindível a ponderação dos valores previstos na Carta de 1988. E mais: se houvesse qualquer colisão de direitos estatuídos pela Constituição, entre consumidores e fornecedores, a respectiva solução deveria também se pautar por tal ponderação⁵.

Aliás, a percepção dos direitos do consumidor como direitos fundamentais que concretizam a dignidade da pessoa humana, não qualquer de suas espécies, mas sim aqueles integrantes de seu núcleo essencial, como a proteção à pessoa, à vida e à saúde, e o direito de informação idônea ao exercício eficaz do livre arbítrio do indivíduo, deveria se sobrepor a outros interesses constitucionalmente tutelados⁶.

5 Ao tecer comentários sobre a colisão de direitos fundamentais na jurisprudência dessa Excelsa Corte, e a respeito da preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana, o Ministro Gilmar Mendes, leciona: “Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60. § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III). Assim, devem ser levados em conta, em eventual juízo de ponderação, os valores que constituem inequívoca expressão desse princípio (inviolabilidade da pessoa humana, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito a imagem e da intimidade). Também entre nós coloca-se, não raras vezes, a discussão sobre determinados direitos em contraposição a determinados valores constitucionalmente protegidos. Na discussão sobre a legitimidade das disposições reguladoras de mensalidades escolares, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que, com objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e os dados da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, ‘pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros’. (MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 298-299).

6 A esse respeito, vejam-se as lições de José Carlos Vieira de Andrade: “Outra manifestação da força jurídica dos direitos do consumidor, enquanto direitos sociais, resulta do seu caráter de valores constitucionais e poderá traduzir-se na capacidade para, em situações de conflito entre direitos, fundarem restrições legítimas ou limitações às liberdades e a outros direitos fundamentais. Na realidade, para assegurar a realização dos direitos dos consumidores, o legislador tem de limitar ou restringir direitos, liberdades e

Destarte, a União asseverou que, a rigor, soaria desarrazoado excluir as instituições financeiras do âmbito de tutela do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de violação à razoabilidade e, sobretudo, ao princípio da isonomia.

3 ARGUMENTOS ACOLHIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI Nº 2591

A ação direta de inconstitucionalidade nº 2591 teve longo trâmite no Supremo Tribunal Federal e culminou como entendimento da corte por sua improcedência, o que restou no posicionamento de que o Código do Consumidor não interfere na estrutura institucional do Sistema Financeiro da Carta da República.

Nesse sentido, asseverou o Ministro Carlos Velloso:

É que o Código do Consumidor não interfere com a estrutura institucional do Sistema Financeiro Nacional. Esta, sim, será regulada por lei complementar – C.F., art. 192 – que disporá, inclusive, sobre os temas inscritos nos incisos I a VIII do mesmo artigo 192, cuidando o § 1º deste da autorização a que se referem os incisos I e II; o § 2º disciplina os recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, de responsabilidade da União, que serão depositados em suas instituições regionais de créditos e por ela aplicados; e o § 3º estabelece que “as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a Lei determinar.⁷

garantias dos cidadãos, designadamente a liberdade de iniciativa económica e a liberdade contratual. Neste contexto, são de destacar as alterações à legislação civil e comercial codificada, que rege a generalidade das relações contratuais, sobretudo em matéria de cláusulas contratuais gerais e no âmbito de contratos de adesão, com o objectivo de proteção dos consumidores, por exemplo, proibindo certo tipo de cláusulas, estabelecendo casos de responsabilidade objectiva do produtor ou fornecedor, determinando prazos muito curtos para prescrição de créditos; bem como as limitações introduzidas relativamente à propaganda de certos produtos, incluindo as advertências administrativas sobre os seus malefícios ou inconvenientes, e a certas formas de publicidade e de métodos de venda; (...). Tudo isto representa limitações das liberdades económicas e da liberdade de expressão, que se consideram adequadas, necessárias e proporcionadas, em face da vulnerabilidade do ‘consumidor’ na relação com as entidades que exercem actividades profissionais de produção ou fornecimento de bens e serviços com fins lucrativos.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. In: *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, LXXVIII*. Coimbra: 2002, p. 56-57).

⁷ Trecho do voto do Ministro Carlos Velloso. ADI nº 2591. Relator Ministro Carlos Velloso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 07/06/2006. Publicação em 29/09/2006.

Sob esse prisma, a circunstância isolada de competir ao Banco Central controlar o Sistema Financeiro Nacional não pode servir de razão para restringir o direito de ação dos consumidores, a atuação do Ministério Público e de associações legalmente constituídas para defender interesses e direitos decorrentes das relações de consumo, para frustrar, enfim, o próprio princípio da proteção judiciária, garantia fundamental consagrada pela Constituição da República.⁸

De fato, o Supremo Tribunal Federal concluiu que se aplicam as normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, desde que utilizem, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito, afastando suposta violação ao princípio da razoabilidade⁹. A propósito, confira-se:

A alegação no sentido de que a norma do § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90 – “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária” – seria desarrazoada, ou ofensiva ao princípio da proporcionalidade, porque estaria tratando as entidades bancárias da mesma forma como trata os demais fornecedores de produtos e serviços, assim violadora do devido processo legal em termos substantivos – C.F., art. 5º, LIV – não tem procedência. Desarrazoado seria se o Código de Defesa do Consumidor discriminasse em favor das entidades bancárias. Aí, sim, porque inexistente fator justificador do discriminem, teríamos norma desarrazoada, ofensiva, por isso mesmo, ao *substantive due process of law*, que hoje integra o Direito Constitucional positivo brasileiro.¹⁰

Desse modo, entendeu que a exigência de lei complementar veiculada pelo artigo 192 da Carta da República abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do Sistema Financeiro Nacional, e não as relações de natureza privada travadas entre o consumidor e o fornecedor do serviço bancário.

Com efeito, restou consolidado o entendimento de que “o Código do Consumidor só não pode disciplinar aquelas matérias que estão explicitamente definidas nos diferentes incisos do art. 192 e parágrafos, da

⁸ Nesse sentido, foi o parecer do Procurador-Geral da República nos autos da ADI nº 2591.

⁹ Nesse sentido, a própria ementa do referido julgado esclarece que: “as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. ‘Consumidor’, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito”.

¹⁰ Idem, ibidem.

Constituição, eis que, à sua disciplina, cumpre editar lei complementar.”¹¹ Em outras palavras, tão somente essas questões devem ser colocadas à margem das regras do código consumerista, isto é, as operações típicas do Sistema Financeiro Nacional.

Nada obstante, a Suprema Corte brasileira ressaltou que o artigo 2º, § 3º, do Código consumerista deve ser interpretado em coerência com a Constituição, na medida em que o custo das operações ativas e a remuneração das operações passivas praticados por instituições financeiras na exploração da intermediação de dinheiro na economia devem ser excluídas da sua abrangência. Veja-se:

Empresto, de conseguinte, à norma inscrita no § 2º do art. 3º da Lei 8.078/90 – “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitárias” – interpretação conforme à Constituição, para dela afastar a exegese que nela inclua a taxa dos juros das operações bancárias, ou sua fixação em 12% ao ano, dado que essa questão diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional – C.F, art. 192, § 3º – tendo o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn 4-DF, decidido que o citado § 3º do art. 192, da Constituição Federal, não é autoaplicável, devendo ser observada a legislação anterior à CF/88, até o advento da lei complementar referida no *caput* do mencionado art. 192, da Constituição Federal.¹²

Nessa linha de raciocínio, o Ministro Nelson Jobim asseverou que:

Fica claro que a taxa de juros é um instrumento de política monetária e como tal deve ser atrelada às políticas das Autoridades Monetárias [...] Por isso, para esse tipo de operação financeira, o mercado é regulado por uma política dinâmica formulada pela Autoridade Monetária, com base na legislação do SFN [...] Por tudo isso o CDC não tem aplicação às operações bancárias típicas do SFN, especialmente quando envolvam fixação, limites e cobrança de juros¹³.

Destarte, restou decidido que cabe ao Poder Executivo – especificamente o Conselho Monetário Nacional –, a quem incumbe

¹¹ Trecho do voto do Ministro Néri da Silveira. ADI nº 2591. Relator Ministro Carlos Velloso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 07/06/2006. Publicação em 29/09/2006

¹² Trecho do voto do Ministro Carlos Velloso. ADI nº 2591. Relator Ministro Carlos Velloso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 07/06/2006. Publicação em 29/09/2006.

¹³ Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim.

fiscalizar as operações de natureza financeira, desde a perspectiva macroeconômica, a fixação da taxa base de juros praticável no mercado financeiro.

Ademais, a fiscalização das instituições financeiras é atribuída constitucionalmente ao Banco Central, em especial a estipulação contratual das taxas de juros por elas praticadas no desempenho da intermediação de dinheiro na economia.

Em breve síntese, a Lei nº 8.078/90 preconiza tão somente que os contratos não contenham cláusulas abusivas, isto é, que seja observada a fundamental proteção contratual do consumidor. As normas ali contidas são, portanto, plenamente aplicáveis a todas as relações de consumo, inclusive aos serviços prestados pelas entidades do Sistema Financeiro Nacional.

Após a tentativa de excluir os contratos bancários da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que restou frustrada graças à improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2591 pelo Supremo Tribunal Federal, as instituições financeiras recorreram ao Poder Legislativo a fim de excetuar a aplicação do código consumerista às taxas de juros incidentes em empréstimos e aplicações financeiras.

Para tanto, se valem do Projeto de Lei nº 143/06, de autoria do Senador Valdir Raupp, do PMDB de Rondônia, que visa a incluir um parágrafo no artigo 3º do CDC, com a seguinte redação: “O disposto no presente Código não se aplica em relação ao custo das operações ativas ou à remuneração das ações passivas praticadas por instituições financeiras no desempenho da intermediação de dinheiro, que obedecerá a legislação específica”.

Sustenta-se que essa disposição afrontaria os princípios elencados no Código de Defesa do Consumidor, dentre eles: o do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo; a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, além de desrespeitar o equilíbrio contratual garantido pelo CDC.

O referido Projeto de Lei recebeu parecer favorável da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado, cuja relatoria incidiu ao Senador Expedito Junior, do PR, também de Rondônia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, LXXVIII*. Coimbra: 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

República Federativa Brasileira. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE BY THE BRAZILIAN SUPREME
COURT*

*Washington Timóteo Teixeira Neto
Advogado da União*

*Coordenador-Geral de Ações de Competência Originária do STF do Departamento
de Controle Difuso e Ações Originárias da Secretaria-Geral de Contencioso
Representante do Escritório Avançado da AGU junto ao CNJ
Especialista em Direito Público pela UCAM*

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 Competência para processar e julgar ações contra o CNJ; 3 Breve estudo de casos sobre as atribuições do CNJ; 4 Conclusões.

RESUMO: Fruto da EC nº 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça vem desempenhando importante papel no processo de reforma e modernização do Poder Judiciário, velando pela uniformidade e presteza em todo o território nacional. Nesse contexto, a Secretaria-Geral de Contencioso da AGU obteve perante o Supremo Tribunal Federal importantes vitórias em relação às competências desse novo Conselho, que serão brevemente relatadas neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Competência Concorrente. Supremo Tribunal Federal (STF).

ABSTRACT: Result of the EC nº 45/2004, the National Council of Justice has played an important role in the process of reform and modernization of the judiciary, ensuring the promptness and uniformity throughout the country. In this context, the AGU's General Secretary of Litigation obtained at the Supreme Court important victories related to the competencies of this new Council, which will be briefly reported in this article.

KEYWORDS: Judiciary. National Council of Justice (CNJ). Concurrent Jurisdiction. Federal Supreme Court (STF).

1 CONTEXTUALIZAÇÃO.

Em 2004, os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo uniram-se em prol da aprovação e promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que efetivou a tão esperada *reforma* do Poder Judiciário. Ato contínuo, formalizaram ainda naquele ano uma parceria em busca da melhoria das instituições públicas, de modo a contribuir para a reafirmação da democracia, tendo como um de seus inúmeros mecanismos a – necessária – *modernização* do Poder Judiciário.

A essa louvável parceria se deu o nome de Primeiro Pacto Republicano. Esta primeira edição teve como principal objetivo a viabilização de um Judiciário mais célere e mais atento às demandas da cidadania, sendo decisiva para a efetivação de mecanismos que aumentaram a agilidade da Justiça, a exemplo da regulamentação dos institutos da súmula vinculante e da repercussão geral.

Nesse contexto de reforma e modernização do Poder Judiciário, a gênese de um novo organismo de controle, de composição heterogênea e âmbito nacional, ganhou enorme vitrine. Sabe-se que a Emenda Constitucional nº 45/2005 trouxe profundas alterações ao Capítulo III (Do Poder Judiciário) do Título III (Da Organização do Estado) do texto constitucional, e entre essas mudanças estava então a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com destaque para os artigos 92, I-A e 103-B, da Carta Magna.

Entretanto, antes mesmo de publicada a emenda, a Associação dos Magistrados Brasileiros ajuizou perante o STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.367/DF, impugnando os dispositivos pertinentes ao CNJ, sob os fundamentos de que haveria *i*) uma violação ao princípio da separação e da independência dos poderes, de que são corolários o autogoverno dos tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária, e, ainda, *ii*) ofensa ao pacto federativo por submeter os órgãos do Poder Judiciário dos Estados-membros a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar exercida por órgão da União Federal.¹

No tocante à competência disciplinar do CNJ, e não obstante a improcedência da citada ADI nº 3.367/DF, inúmeros magistrados vinham questionando a competência originária do Conselho para processar e julgar originariamente reclamações disciplinares, independentemente de processamento nas Corregedorias dos respectivos tribunais. Vale dizer, sustentava-se uma suposta

¹ Mais adiante serão aprofundados os contornos do acórdão prolatado nessa ADI nº 3.367/DF, mas já se pode antecipar que o STF a julgou totalmente improcedente.

subsidiariedade de atuação do CNJ. Nessa matéria, tem-se como paradigmático o Mandado de Segurança nº 28.003/DF, caso singular de uma juíza estadual, mas no bojo do qual se debateu amplamente a questão, e ao final a Suprema Corte firmou tese para afastar a insubstancial subsidiariedade invocada.

Na mesma sessão em que foi apreciado o MS nº 28.003, o STF negou referendo à liminar deferida na ADI nº 4.638/DF pelo relator Min. Marco Aurélio, no ponto relativo à subsidiariedade, para aplicar o mesmo entendimento em ambos os casos.

Em todos esses casos, em se tratando de órgão pertencente à União, torna-se evidente que a sua defesa em juízo ou fora dele será exercida pela Advocacia-Geral da União (AGU), nos estritos termos do art. 131, primeira parte, da CRFB/88.² Segundo a organização interna da AGU, a representação da União perante o Supremo Tribunal Federal é de competência do Advogado-Geral da União, sob a assessoria da Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT).³ Vale, enfim, salientar que aos 26 de janeiro de 2010 a AGU e o CNJ firmaram acordo de cooperação técnica para instalação do Escritório Avançado da AGU junto ao CNJ, sob a supervisão da SGCT, com a finalidade de estabelecer mecanismos de integração e intercâmbio de informações, de modo a aprimorar a representação judicial do Conselho.

O certo é que o Conselho Nacional de Justiça chegou num cenário consolidado do Poder Judiciário, tirando de uma relativa zona de conforto inúmeros atores, o que lhe trouxe alguma resistência já esperada. Nessa contextura, a Suprema Corte brasileira a todo o momento vem sendo acionada para dar a palavra final em ações de toda espécie voltada contra o CNJ, do que resulta uma verdadeira leitura pelo STF do Conselho e suas atribuições, competências e limitações, tudo segundo o texto constitucional.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal, legítimo guardião da Constituição, tem exercido relevante papel ao explicitar em suas decisões de uma maneira aprofundada *o que é e o que deve ser* o Conselho Nacional de Justiça, órgão de controle hoje muito bem visto e avaliado pela população brasileira.

E é sobre isso que iremos falar nos tópicos a seguir.

² “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente [...]”.

³ Para nos conhecer melhor, visite o site da Secretaria-Geral de Contencioso disponível em: <www.agu.gov.br>, na aba “institucional”.

2 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÕES CONTRA O CNJ

De início, é importante afastar uma confusão que vem sendo recorrente em algumas ações movidas contra o CNJ. A alínea “r” do inciso I do art. 102 da CRFB/88 é bastante clara ao afirmar a competência da Suprema Corte para apreciar e julgar toda e qualquer ação contra o CNJ ou contra o CNMP. A doutrina, aliás, vem se manifestando de forma praticamente unânime nesse sentido:

Falando genericamente em ‘ações’, nesse dispositivo a Constituição Federal quis incluir ações de toda natureza, inclusive mandados de segurança, habeas data, cominatórias de obrigações de fazer ou de não-fazer etc.⁴

[...] o Texto Constitucional não enumerou quais as ações que serão de competência do Supremo Tribunal Federal quando trata dos Conselhos, prevendo de forma ampla, sem limitações, o que a nosso ver foi proposital. Situação diversa da acima ocorre quanto à competência para julgar alguns dos remédios constitucionais ajuizados em face de determinadas autoridades, como o Presidente da República, já que nos termos do art. 102, I, d, da CF compete ao Supremo julgar os *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança [...] .⁵

O comando responde a uma das maiores críticas formuladas pelos que se opõem aos Conselhos em foco: ‘quem controlará os controladores?’ Não há dúvida de que a questão é relevante. [...] Logo, andou bem o constituinte derivado ao definir quem serão os ‘inspetores judiciais’ dos Conselhos: os ministros do Supremo Tribunal Federal. [...] *todas* as ações judiciais que impugnem atos dos Conselhos, *qualquer que seja o procedimento aplicável*, devem ser propostas perante o STF.⁶

Trata-se de competência originária nova, instituída em razão da criação dos dois Conselhos em referência. *Quaisquer ações, e não*

4 Dinamarco, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 470.

5 FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na Emenda Constitucional 45/2004. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005. p. 202-204.

6 DINO, Flávio [et al.]. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda n.º 45/2004*. Niterói, Impetus, 2005. p. 69-70.

apenas os mandados de segurança, em tal caso, figurarão na competência originária do STF. Na verdade, instituiu-se um foro privilegiado, em nível constitucional, com o que se evitará qualquer interferência jurisdicional sobre a atividade daqueles Conselhos disciplinares, que não se dê por intermédio do Supremo Tribunal Federal.⁷

Do modo amplo como foi redigida, *a alínea não exclui qualquer ação contra o CNJ e o CNMP* (ou melhor, contra os seus atos), sejam cognitivas, como é o mandado de segurança, ou executivas. Não se exclui, é claro, a ação cautelar. [...]

Voltando à interpretação do texto, dir-se-á que ele se refere a *todas e quaisquer ações* que se pudessem propor contra a violação de direitos ou ameaças a eles por qualquer ato dos dois Conselhos, principalmente os seus julgamentos punitivos.⁸

Há também decisões monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal reconhecendo sua competência para *todas as ações* propostas contra o Conselho Nacional de Justiça, a exemplo da AC-MC 2.459, de relatoria da Min. Cármen Lúcia.

Fazendo-se uma interpretação sistemática do inciso I do art. 102 da CRFB/88, resta evidente a distinção entre as alíneas “d” e “r”, sendo esta última substancialmente mais ampla do que aquela. Quisesse o Constituinte reformador fosse diferente, bastaria a inclusão do CNJ e do CNMP na alínea “d”, o que evidentemente não ocorreu de maneira – pode-se dizer – proposital.

Afinal, é natural que seus atos não sejam submetidos ao controle jurisdicional de nenhum outro órgão do Poder Judiciário que não o Supremo Tribunal Federal, sob pena de se confundirem, em um único órgão, as funções de controlado e de controlador. Aliás, a submissão de todos os atos do Conselho Nacional de Justiça ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal foi uma das *rationes decidendi* adotadas no julgamento da ADI 3.367. Sobre o ponto, lê-se, no item 4 da ementa do acórdão:

Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Órgão de natureza exclusivamente administrativa. Atribuições de controle da atividade administrativa, financeira e disciplinar da magistratura. *Competência*

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional n.º 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 379.

⁸ BERMUDES, Sergio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional n.º 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 50.

relativa apenas aos órgãos e juízes situados, hierarquicamente, abaixo do Supremo Tribunal Federal. Preeminência deste, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o Conselho, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Inteligência dos art. 102, caput, inc. I, letra r, e § 4º, da CF. O Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito.

Bem por isso que, buscando preservar a competência do STF para processar e julgar todas ações contra o CNJ, a SGCT/AGU tem ajuizado diversas Reclamações Constitucionais por usurpação de competência (art. 102, I, “I”, primeira parte, CRFB/88), alcançando inúmeros precedentes favoráveis. É o caso, para citar alguns poucos exemplos, das decisões proferidas nas Reclamações nº 14.739/RS, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, nº 14.733/RS, de relatoria do Min. Dias Toffoli e nº 14.228/RJ, de relatoria do Min. Ayres Britto.

3 BREVE ESTUDO DE CASOS SOBRE AS ATRIBUIÇÕES DO CNJ

Por ocasião do julgamento da ADI nº 3.367/DF, a SGCT/AGU trabalhou com o direito comparado, citando inúmeros países que possuem organismo de controle externo da magistratura semelhante ao modelo incorporado pela EC nº 45/2004. Valendo-se de lições de Mauro Cappelletti, acentuou-se que seria inconveniente a “monopolização da responsabilidade disciplinar em mãos da própria magistratura”, uma vez que daí pode resultar a “sua degeneração em instrumento de controle puramente corporativo, isolado da sociedade”.⁹

Assentou-se que não haveria qualquer ofensa ao pacto federativo, ante o caráter nacional – e não apenas federal – do Poder Judiciário e, via de consequência, do próprio CNJ, que passou a integrar a sua estrutura, conforme preceitua o inciso I-A do art. 92 da Carta Magna. Observou-se que o próprio sistema constitucional originário já pressupunha a existência de órgãos de superposição no âmbito do Poder Judiciário, sobretudo no que diz respeito à atividade jurisdicional, como é o caso do STJ e do STF, sem se cogitar qualquer ofensa ao pacto federativo.

Acerca das competências constitucionais desse Conselho, a Suprema Corte acolheu nossa argumentação para reconhecer, especialmente em face do princípio da separação e independência dos

⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*, trad. de ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 73.

poderes e no que tange à criação daquele órgão, a “subsistência do núcleo político do princípio [da separação dos poderes], mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial”.¹⁰

Com efeito, entendeu o STF, por ocasião do julgamento da ADI nº 3.367/DF, em que se discutiu desde a criação do Conselho até as competências que lhe foram outorgadas pela Emenda Constitucional nº 45, que restaram preservadas a autonomia e a independência do Poder Judiciário, mesmo em face do “proeminente papel de fiscal das atividades administrativa e financeira daquele Poder”.¹¹

Asseverou-se, ademais, que “mais que encargo de controle, o Conselho recebeu aí uma alta função política de aprimoramento do autogoverno do Judiciário, cujas estruturas burocráticas dispersas inviabilizam o esboço de uma estratégia político-institucional de âmbito nacional”.¹²

Ressalvou-se, apenas, a preeminência do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário, sobre o CNJ, cujos atos e decisões estão sujeitos a seu controle jurisdicional. Bem por isso que se trabalhou no tópico anterior a competência originária e exclusiva do STF para apreciar e julgar as ações contra o Conselho.

Nessa contextura, a previsão de um órgão como o Conselho Nacional de Justiça, com *caráter nacional*, deixa bem marcada a intenção do Poder Constituinte em conferir, ao Poder Judiciário, *normatização* e *controle uniformes*, de modo a que se observem os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade, da eficiência, dentre outros.

Para tanto, conferiu-lhe a competência de “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (art. 103, § 4º, I, CF/88). Forte nessa competência constitucional é que o CNJ editou, por exemplo, a Resolução nº 07, de 18.10.2005, ato normativo que disciplinou “o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário”, de modo a uniformizar requisitos e procedimentos sobre a matéria nas unidades do Judiciário em todo o país.

Referida resolução foi objeto da ADC nº 12, e desde o julgamento da medida cautelar nesta ação declaratória o STF assentou “a extrema relevância do papel do CNJ como órgão central de controle da atuação

¹⁰ ADI nº 3.367, Relator Ministro Cezar Peluso, julgamento em 13/04/2005.

¹¹ Voto do Ministro Relator Cezar Peluso, proferido na ADI nº 3.367.

¹² Idem.

administrativa e financeira do Poder Judiciário". E disse mais o Ministro Ayres Britto em seu voto:

Daí porque a esse Conselho cabe aferir o cumprimento dos deveres dos juízes e ainda exercer, de parelha com os poderes que lhe forem conferidos pelo Estatuto da Magistratura, aqueles de pronto arrolados pelos incisos de I a VII desse mesmo §4º.

31. No âmbito dessas competências de logo avançadas pela Constituição é que se inscrevem, conforme visto, os poderes do inciso II, acima transcrito. Dispositivo que se compõe de mais de um núcleo normativo, quatro deles expressos e um implícito, que me parecem os seguintes:

I – *núcleos expressos*: a) 'zelar pela observância do art. 37' (comando, esse, que, ao contrário do que se lê no inciso de nº I, não se atrela ao segundo por nenhum gerúndio); b) 'apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário'; c) 'podendo desconstituir-los' (agora, sim, existe um gerúndio), 'revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei'; d) 'sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União' (isto quando se cuidar, naturalmente, da aplicação de lei em tema de fiscalização 'contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial', mais aquelas densificadoras dos princípios da 'economicidade', 'eficácia e eficiência' das respectivas gestões, pelo fato de que nesses espaços jurídicos é que também se dá a atuação dos Tribunais de Contas, tudo conforme os arts. 70 e 74 da Constituição Federal);

II – o núcleo inexpresso é a outorga de competência para o Conselho dispor, *primariamente*, sobre cada qual dos quatro núcleos expressos, na lógica pressuposição de que a competência para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e ainda baixar os atos de sanação de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato, que já é uma forma de prevenir a irrupção de conflitos. O poder de prevenir-se ou acautelar-se para minimizar a possibilidade das transgressões em concreto. (grifou-se).

No ponto, atente-se para o fato de que, por ocasião desse julgamento, restou ainda consignado que o Conselho Nacional de Justiça recebeu

tratamento diferenciado pela EC 45/04, notadamente em face do Conselho da Justiça Federal e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, eis que a Constituição foi *silente* quanto à atuação do CNJ dever ser necessariamente precedida de lei, exigência esta expressa para os dois outros conselhos.

Nesse contexto, é certo que a Constituição Republicana minudenciou a competência do referido Conselho, estabelecendo que:

Art. 103-B. [...]

§ 4º Compete ao Conselho o *controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário* e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - *zelar pela autonomia do Poder Judiciário* e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo *expedir atos regulamentares*, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II - *zelar pela observância do art. 37* e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituir-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa. (grifou-se).

Diante desse quadro normativo e jurisprudencial, a SGCT/AGU vem sustentando que são nítidas, pois, duas funções precípuas reservadas ao Conselho Nacional de Justiça, quais sejam, controlar a atividade administrativa e financeira do Poder Judiciário e promover o controle ético-disciplinar de seus membros.

No mesmo embalo, defende-se que a Constituição não restringiu em nenhuma medida a atuação do Conselho Nacional de Justiça, não havendo que se falar em regra ou princípio da subsidiariedade. As disposições contidas no *caput* do §4º e respectivos incisos II e III, do supracitado art. 103-B da Constituição, são absolutamente claras quanto à expressa e literal competência do CNJ para a análise e julgamento de procedimentos disciplinares.

Em diversas ocasiões sustentou-se que negar a oportunidade de intervenção originária e concorrente do CNJ, especialmente em casos de maior gravidade e repercussão local ou mesmo nacional, redundaria na *impunidade* e no *menoscabo do texto constitucional*.

Impunidade porque não permitir ao Conselho – órgão constitucionalmente encarregado do controle administrativo do Poder Judiciário em todo o país – agir nas hipóteses em que for demandado e o for absolutamente necessário, equivale a admitir-se o transcurso indefinido do tempo de tal modo a dar ensejo à prescrição de processos administrativos disciplinares.

Em que pese o fato de o Conselho Nacional de Justiça ser ainda um órgão relativamente novo, não se pode negar pela via jurisdicional aquilo que o Constituinte quis com a edição da EC nº 45/2004 – fruto do *consenso* nacional político em prol da reforma do Poder Judiciário. Da mesma forma, não se pode negar o que hoje a *literalidade* do texto constitucional dispõe quanto ao plexo de missões e atribuições do Conselho Nacional de Justiça.

Uma análise aprofundada do inciso III do §4º do art. 103-B da Constituição demonstra a existência de *três núcleos* expressos de competência *disciplinar* do CNJ, quais sejam:

- a) *receber e conhecer* das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência *concorrente disciplinar* e *correicional* dos tribunais, podendo *inclusive* avocar processos disciplinares em curso;

- b) *determinar* a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço;
- c) *aplicar* outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa.

E é com base nos dois primeiros núcleos expressos que o Conselho Nacional de Justiça terá mecanismos efetivos para retomar a moralidade, a impessoalidade e a legalidade nos casos mais relevantes, aferidos casuisticamente, evitando-se assim a nefasta influência do corporativismo de classe.

Por outro lado, diz-se em *desprezo ao texto constitucional* porque uma vez violados os seus princípios e não responsabilizados em *tempo hábil* os agentes que se considerem efetiva e legitimamente culpados, a Constituição passa a não ter mais a nobre função de regular e conformar a sociedade. Assim, as situações nela previstas e proibidas perdem o seu valor pelo desuso, tornando-a letra morta.¹³

Assim, defendeu a SGCT/AGU que, em uma simples ponderação de valores, haveria de prevalecer nesses casos de processos disciplinares, acima de tudo, o regime jurídico-administrativo constitucional, que impõe limites e rigores ao gestor público, sob pena de verdadeiro caos das instituições públicas.

Assim, no julgamento do MS nº 28.003, na sessão do dia 08.02.2012, o Plenário do STF assentou que a competência originária do “Conselho Nacional de Justiça resulta do texto constitucional e independe de motivação do referido órgão, bem como da satisfação de requisitos específicos”. Portanto, pacificou-se a tese de que a competência do CNJ não se revela subsidiária, sendo na verdade e de fato uma competência concorrente. No tocante à competência originária e concorrente do Conselho, naquela mesma sessão plenária o STF negou, ainda, referendo à liminar deferida na ADI nº 4.638 pelo Min. Marco Aurélio, superando-se nos mesmos termos a tese da subsidiariedade.

Continuando o breve giro jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal acolheu ainda tese da SGCT/AGU no sentido de que a atuação

¹³ No julgamento da ADPF nº 153, no substancial voto prolatado pelo Min. Gilmar Mendes, identificou-se qual o grande desafio da jurisdição constitucional, a saber: “não permitir a eliminação do núcleo essencial da Constituição, mediante decisão ou gradual processo de erosão, nem ensejar que uma interpretação ortodoxa acabe por colocar a ruptura como alternativa à impossibilidade de um desenvolvimento constitucional”. Portanto, à jurisdição constitucional compete o equilíbrio a fim de permitir o desenvolvimento constitucional, a ser sopesado entre a manutenção do núcleo essencial e a impossibilidade de um rompimento abrupto. Sem sombra de dúvida, dentro desse cenário de desenvolvimento constitucional encontra-se o bem aventurado Conselho Nacional de Justiça.

do CNJ no tempo não se limita pelo instituto da decadência previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 quando se tratar de situações evidentemente inconstitucionais. Esta foi a tese fixada no julgamento histórico do Mandado de Segurança nº 28.279, em 16.12.2010, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, que apontava como coator o ato do Conselho que destituiu tabeliães que receberam a delegação em desrespeito ao princípio do concurso público, nos moldes do §3º do art. 236 da CRFB/88, reconhecendo-se nesse caso a prevalência dos princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da imparcialidade.

Por fim, é certo que a Suprema Corte também pacificou o entendimento de que não se pode converter em instância ordinária de revisão das decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça,¹⁴ a ela competindo apenas o controle de legalidade.

4 CONCLUSÕES

No decorrer deste rápido estudo, foi possível concluir que o Supremo Tribunal Federal pacificou, enfim, que:

- Compete ao próprio STF, originariamente, processar e julgar toda e qualquer ação movida contra o CNJ, conforme interpretação literal, teleológica e sistemática dos termos da alínea “r” do art. 102, I, da CRFB/88;
- Compete ao CNJ, de forma originária e concorrente com os tribunais, a instauração e o processamento de processos disciplinares de magistrados (a tese da subsidiariedade foi derrotada);
- O CNJ detém competência para, primariamente, editar atos normativos no exercício de suas atribuições, vale dizer, com amparo direto do texto constitucional;
- Em casos de manifesta afronta à Constituição, o CNJ não está adstrito à decadência do art. 54 da Lei nº 9.784/99;
- O STF não é instância recursal do CNJ.

¹⁴ Nesse sentido: MS nº 27.895, rel. min. Ellen Gracie, monocrática, DJ 07.04.2009; MS nº 27.795, rel. min. Ellen Gracie, monocrática, DJ 23.03.2009; MS nº 27.712, min. Celso de Mello, DJ 05.12.2008; Questões de Ordem nos MS nº 26.710 e MS nº 26.749, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, julgamento pendente; MS-MC nº 27.077, Rel. Min. Carlos Britto, monocrática, DJ 20.02.08; AC nº 1.968 MC, Rel. Gilmar Mendes, monocrática, DJ 26.03.2008; MS nº 26.797 Rel. Min. Gilmar Mendes, monocrática, DJ 23.10.07¹ (MS nº 28.133/DF-MC, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe-169 de 9/9/09).

Como se percebe, a Advocacia-Geral da União, por sua Secretaria-Geral de Contencioso, tem alcançado resultados expressivos e satisfatórios na defesa do Conselho Nacional de Justiça junto ao Supremo Tribunal Federal. Com esse cuidadoso trabalho, a AGU cumpre com seu papel de extrema relevância para a consolidação da democracia brasileira, somando forças para a modernização do Poder Judiciário, maximizando e otimizando o livre e incondicionado acesso à jurisdição, conforme preceitua o inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88.

REFERÊNCIAS

BERMUDES, Sergio. *A reforma judiciária pela Emenda Constitucional n.º 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*, trad. de ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINO, Flávio [et al.]. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda n.º 45/2004*. Niterói: Impetus, 2005.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na Emenda Constitucional 45/2004. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (coord.). *Reforma do Judiciário: analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional n.º 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CONCURSO PÚBLICO E CARTÓRIOS NA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

OFFICIAL EXAMINATION TO ACCESS PUBLIC NOTARY'S OFFICE ON THE CONSTITUTION: ANALYSIS OF THE GENERAL SECRETARY FOR JUDICIAL LITIGATION PERFORMANCE AND THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME COURT

*Natália Ribeiro Machado
Advogada da União
Atua no Departamento de Controle da Secretaria-Geral de
Contencioso da Advocacia-Geral da União
Pós-graduada em Direito Processual Civil, Recursos Cíveis*

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 Os argumentos desenvolvidos pela SGCT; 3 Os fundamentos acolhidos pelo STF; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 instituiu a exigência de concurso público para o acesso às funções públicas, inclusive para o ingresso na atividade notarial e de registro. A Lei nº 8.935/1994 regulamentou o ingresso na atividade cartorária. Titulares de serventias declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça questionaram no Supremo Tribunal Federal a necessidade de concurso público para investiduras ocorridas posteriormente à Constituição de 1988, mas anteriormente à Lei nº 8.935/1994, bem como a validade daquelas efetivadas sem concurso público, posteriormente à previsão legal mencionada, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e o prazo decadencial de revisão do atos administrativos. A Secretaria-Geral de Contencioso defendeu a necessidade de concurso público para ingresso na atividade cartorária. Para tanto, abordou-se a autoaplicabilidade do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal de 1988; a impossibilidade de incidência do princípio da segurança jurídica e do prazo decadencial do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, diante de situações inconstitucionais, e; a relevância dos princípios da moralidade, da legalidade e da impessoalidade. Esse principais argumentos foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu que é autoaplicável o mencionado artigo constitucional; que inexiste prazo para controle, pelo Conselho Nacional de Justiça, de atos administrativos flagrantemente inconstitucionais, tendo em vista que não se convalidam no tempo, não se lhes aplicando a decadência comum, e; que os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear o acesso às funções públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Concurso Público. Acesso. Funções Públicas. Serventias. Atividade Notarial. Lei nº 8.935/1994. Conselho Nacional de Justiça. Supremo Tribunal Federal. Segurança Jurídica. Prazo Decadencial. Revisão do Atos Administrativos. Secretaria-Geral de Contencioso. Autoaplicabilidade. Artigo 236, § 3º, da Constituição. Artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Inconstitucionalidade. Princípios. Moralidade. Legalidade. Impessoalidade.

ABSTRACT: The Constitution of 1988 (CF/88) established the requirement of official examination to access public offices, as well as to access public notary's office. The Federal Rule nº 8.935/1994 regulates the notary's activity. Holders of notary's office which were declared in vacant by the National Council of Justice (CNJ) challenged on the Supreme Court (STF) the need of official examination after the CF/88, but before to Federal Rule nº 8.935/1994, as well as the validity of the nominations effected without official examination, considering the principle of

juridical stability and the limitation period for public administration to review its own acts. The Secretaria Geral de Contencioso (SGCT) defended the requirement of official examination to access public notary's office. Therefore, the SGCT defended the self-applicant of article 236, § 3º, CF/88; the no incidence of juridical stability principal and of article 54, Federal Rule nº 9.784/99, in unconstitutional situations, and the relevance of the principles of morality, legality and impersonality. This main arguments were accepted by the STF, which decided that article 236, § 3º, CF/88 is self-applicant; that there is no time limit for CNJ to invalidate notorious unconstitutional administrative acts; and that the republican principles of equality, morality and impartiality should guide the access to a public notary's office.

KEYWORDS: Constitution. Official Examination to Access Public Offices. Public Notary's Office. Federal Rule nº 8.935/1994. National Council of Justice. Supreme Court. Principle of Juridical Tability; Limitation Period for Public Administration to Review its Own Acts. Secretaria-Geral de Contencioso. Self-applicant of Article 236, § 3º, CF/88. Article 54, Federal Rule nº 9.784/99. Unconstitutionality; Principles. Morality. Legality. Impersonality.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Este artigo busca demonstrar alguns dos aspectos enfrentados pelo Conselho Nacional de Justiça, Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União e Supremo Tribunal Federal relativamente à problemática das delegações de atividades cartorárias¹ empreendidas à revelia de concurso público, após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Tal polêmica se intensificou a partir da brava atuação do Conselho Nacional de Justiça² que declarou a vacância de centenas de serventias

¹ Serventias judiciais e extrajudiciais.

² O § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal determina: "Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituir-lhos, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços

de todo o País por considerar irregulares (inconstitucionais) os seus respectivos atos de delegação.

Efetivamente, a Constituição Federal de 1988 instituiu a exigência de concurso público para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas no artigo 37, incisos I e II, da seguinte forma:

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:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Como se vê, portanto, a mencionada previsão constitucional, ao instituir a obrigatoriedade de concurso público, estabeleceu a igualdade de oportunidades aos cidadãos no acesso aos cargos ou empregos da Administração Pública, bem como rejeitou investiduras fraudulentas, em homenagem aos princípios republicanos da igualdade, moralidade e impessoalidade.

As atividades notariais e de registro, embora desempenhadas em caráter privado, são autorizadas por meio de delegação do Poder Público, sendo-lhes aplicável, quando cabível, as regras de direito público vigentes.

notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa".

Quanto ao tema, aliás, em defesa da União, em caso relativo a cartórios, na AC nº 2.696, tive a oportunidade de apontar a jurisprudência assentada pela Corte Suprema, por ocasião do julgamento da ADC-MC nº 12, na qual firmou-se "a extrema relevância do papel do CNJ como órgão central de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário", cabendo-lhe "a) 'zelar pela observância do art. 37 [..]; b) 'apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário; c) 'podendo desconstituir-los' [..], 'revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei'; [..] baixar os atos de sanação de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato'".

Assim, há previsão, decorrente de redação elaborada pelo poder constituinte originário, que impõe a necessidade de concurso público para exercício na atividade notarial e de registro:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...]

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Ocorre, contudo, que apesar de tal previsão constitucional, apenas em 18 de novembro 1994, por meio da Lei nº 8.935, houve regulamentação do mencionado dispositivo constitucional. A chamada *Lei dos Cartórios* regulamentou os serviços notariais e de registro, estabelecendo, de forma detalhada, no Capítulo I do Título II, regras especiais relativas ao ingresso na atividade cartorária³.

Diante da previsão legal atinente ao ingresso na atividade cartorária, em 1994 (portanto, seis anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988), os titulares de algumas serventias declaradas irregulares pelo Conselho Nacional de Justiça passaram a questionar a efetiva necessidade de concurso público para investiduras ocorridas posteriormente à Carta de 1988, mas anteriormente à referida Lei nº 8.935/1994.

Pôs-se em exame, assim, a efetividade da norma constante no artigo 236, parágrafo 3º, se dotada de executoriedade operativa (eficácia

³ Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; [...] Art. 15. Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador. § 1º O concurso será aberto com a publicação de edital, dele constando os critérios de desempate. § 2º Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro. [...] Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses. (Redação dada pela Lei nº 10.506, de 9.7.2002) Parágrafo único. Para estabelecer o critério do preenchimento, tomar-se-á por base a data de vacância da titularidade ou, quando vagas na mesma data, aquela da criação do serviço. Art. 17. Ao concurso de remoção somente serão admitidos titulares que exerçam a atividade por mais de dois anos. Art. 18. A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção. Art. 19. Os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação no concurso.

plena e auto-aplicabilidade), ou; programática (eficácia contida ou limitada).

De acordo com a lição clássica de José Afonso da Silva⁴, “pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral”. Isso quer dizer que a aplicação do dispositivo constitucional prescinde de qualquer outro comando que regulamente seus contornos. Diga-se que, mesmo que venha a ser editada lei que o faça, o comando constitucional, por si mesmo, já é dotado de operatividade integral. Já as normas constitucionais de eficácia contida ou limitada, no entanto, são justamente o contrário, tendo em vista que sua plena executoriedade está limitada pela necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Além disso, surgiu, ainda, a discussão sobre a validade das investiduras efetivadas sem concurso público mesmo posteriormente à previsão legal acima transcrita, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e o prazo decadencial de revisão dos atos administrativos.

De se frisar, no ponto, que muitas dessas delegações declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça haviam sido autorizadas (e estavam em pleno funcionamento) há mais de vinte anos, aspecto que, certamente, conduz o operador do direito a uma sensação amarga de desrespeito à segurança jurídica, decorrente de um sentimento de justiça de que a delegação, mesmo que irregular, seria convalidada no tempo.

Essas questões foram levadas ao Supremo Tribunal Federal, por meio de inúmeras ações originárias, especialmente mandados de segurança individuais, em regra impetrados pelos então titulares de serventias declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça⁵.

Em muitos dos casos, os argumentos dos impetrantes se repetiam; dentre eles, os principais eram os seguintes: a) o artigo 236, § 3º, da CF/88 não seria norma de eficácia plena e autoaplicável; b) a perpetuidade na titularidade deveria ser reconhecida tendo em vista a ocorrência de grande lapso temporal, entre a efetivação e a declaração de vacância da serventia, sob o prisma da segurança jurídica; e, c) o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, que prevê lapso temporal para que a Administração Pública reveja seus próprios atos deveria ser aplicada.

Assim, todas essas questões, levadas à Suprema Corte, em incontáveis casos de declaração de vacância de serventias pelo Conselho

⁴ Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81.

⁵ A competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente as ações contra o Conselho Nacional de Justiça decorre do artigo 102, inciso I, alínea r, da Constituição (determinação incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Nacional de Justiça, foram alvo de estudo e defesa elaborada pela Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.

2 OS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS PELA SGCT

Acima se contextualizou, resumidamente, a problemática enfrentada e os principais argumentos apresentados pelos interessados (autores e impetrantes) nas ações que objetivavam a nulidade das declarações de vacância de serventias promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Adiante, procurar-se-á demonstrar cada um dos argumentos desenvolvidos pela Secretaria-Geral de Contencioso.

Como se disse, uma das argumentações trazidas nas referidas ações consistia na alegação de que o art. 236, § 3º, da Constituição Federal conteria norma de eficácia limitada, motivo pelo qual a realização de prévio concurso público para a delegação de serviços notariais e de registro somente seria exigível a partir da Lei nº 8.935/94.

Em defesa, argumentou-se que tal afirmação é contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a norma contida naquele dispositivo constitucional é autoaplicável. Para tanto, apontou-se o entendimento pacificado pela Segunda Turma do STF, no RE-AgR nº 229.884, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 14.06.05, no qual se determinou que a *“simples leitura do art. 236 revela que a eficácia da regra prevista no parágrafo 3º independe da edição de qualquer lei para sua aplicação”*⁶.

Diante disso, portanto, alegou-se que a norma constitucional que exige prévio concurso público para a delegação dos serviços notariais e de registro (bem como para remoção) produz todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o relatado, um dos argumentos trazidos pelos interessados, para se manterem indevidamente na titularidade das serventias, era o de que o princípio da segurança jurídica deveria proteger as situações nas quais decorridos longo lapso temporal, entre a efetivação e a declaração de vacância da serventia. Além disso, também se defendia a incidência do prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9784/99.

No ponto, a linha de raciocínio da União partiu da premissa de que, ao Conselho Nacional de Justiça, foi atribuída a função de editar atos normativos primários, em decorrência de comando constitucional (Art.

6 Por todos, cite-se o agravo regimental interposto pela União no MS-MC 29.642, donde se extraiu tal argumento.

103-B, § 4º: “*expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência*”). Para tanto, alegou-se a existência de jurisprudência do Plenário do STF nesse sentido, por ocasião da ADC-MC 12⁷.

Foi necessário, ainda, esclarecer acerca da aparente antinomia existente entre os artigos 54 da Lei nº 9.784/99⁸ e 91, parágrafo único, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

O mencionado artigo 54 prevê que o direito da Administração Pública de “*anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaí em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé*”.

Entretanto, o artigo 91 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça tem o seguinte teor:

Art. 91. O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do CNJ, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados.

Parágrafo único. *Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, salvo quando houver afronta direta à Constituição.*

Assim, sob o argumento de que a norma regimental tem natureza primária, por retirar seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, desenvolveu-se a tese de que a aparente antinomia deveria ser resolvida pelo critério da especialidade, de modo que o preceito especial deveria prevalecer sobre o preceito geral, da seguinte forma: como regra, aplica-se, aos processos administrativos realizados por entidade ou órgão federal, o artigo 54, *caput*, da Lei nº 9.784/99; porém, especificamente com relação aos processos administrativos em curso perante o Conselho Nacional de Justiça, “*no âmbito de sua competência*” (CF, artigo 103-

⁷ Por todos, cite-se o agravo regimental interposto pela União no MS-MC 29.696, donde se extraiu tal argumento.

⁸ Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

B, § 4º, inciso I), prevalece a norma contida no artigo 91, parágrafo único, de seu Regimento Interno (*lex specialis derogat generali*)⁹.

Ademais, reforçou-se o empenho do Conselho Nacional de Justiça para tornar realidade os princípios da moralidade e da legalidade no preenchimento de serventias extrajudiciais, cuja criação havia sido pensada justamente para zelar pela observância dos princípios constitucionais dispostos no artigo 37 (inciso II do § 4º do art. 103-B), sem que lhe fosse constitucionalmente imposto nenhum limite temporal para o exercício de suas competências.

Alegou-se, ainda, que o princípio da segurança jurídica não poderia sustentar situações flagrantemente inconstitucionais como as dos casos relatados (artigo 236, § 3º, CF/88). Assim, reforçou-se que, quanto ao ato administrativo que afronta diretamente a Constituição Federal, não há que se falar em decadência administrativa, tendo em vista que “*o decurso do tempo não pode servir para perpetuar irregularidades que corroem a credibilidade do Estado Democrático de Direito*”¹⁰.

Além do mais, elaborou-se o argumento subsidiário de que, independentemente da disposição contida no parágrafo único do artigo 91 do RICNJ, não seria aplicável o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 porque a decadência administrativa atinge apenas os atos anuláveis, mas não aqueles que são nulos, como o são os atos inconstitucionais.

Para tanto, a União apontou a tese desenvolvida por Juarez Freitas:

qual a abrangência do art. 54 da Lei 9.784/99 [...]?

[...]

o sistema impõe outras ressalvas além daquela expressamente constante no art. 54 (‘salvo comprovada má-fé’), cumprindo ao intérprete verificar, de modo criterioso, se está perante uma destas outras situações, aptas a configurar nulidade absoluta, mais do que anulabilidade. Dito de outro modo, torna-se indispensável discernir bem e perceber se se está diante de um ato absolutamente nulo (sem

9 “Foi exatamente o que decidiu o Ministro Ayres Britto no MS-MC n.º 28.060: ‘Quanto à suposta decadência (art. 54 da Lei nº 9.784/99), averbo ser o referido dispositivo legal aplicável em casos de auto-tutela da Administração em relação a seus próprios atos. Ora, o Conselho Nacional de Justiça exerce o controle externo do Judiciário. Em palavras outras, trata-se de tutela externa. Pelo que, no caso, o mencionado art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica ao CNJ’. O argumento foi reiteradamente desenvolvido nas peças da União, cite-se, por todos, o agravo regimental interposto no MS-MC 29.696.

10 Trecho retirado de informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça, constantes em diversos autos referentes aos casos analisados.

prazo decadencial para suprimi-lo) ou de ato anulável (com prazo decadencial para anulá-lo). Em relação a tão-somente este último é que se aplica, pois, o prazo decadencial previsto no dispositivo sob comento. [...] se, no plano formal, a nulidade for gravíssima, absoluta e intransponível, então o vício será essencial e insanável, não se deixando jamais convalidar pela ação do tempo, nem havendo o menor sentido, nos limites do sistema, em falar de prazo decadencial para a decretação da nulidade.

Tome-se o exemplo veemente e infelizmente nem tão insólito de uma *nomeação de servidor, sem a aprovação em concurso público, para ocupar cargo efetivo e, portanto, completamente desbordante das hipóteses legais*. *Semelhante nomeação jamais, sob hipótese nenhuma, poderá ser convalidada, tal a monta de ofensa aos princípios e ditames constitucionais*, sem embargo da imposição técnica de dispensar tratamento justo aos atos válidos praticados por funcionário de fato, dada a irrelevância da vontade subjetiva do agente na seara administrativista, além da necessidade de resguardo da confiança e da boa-fé dos administrados. Contudo, a nomeação, em si mesma, padece, no caso figurado, de mal incurável. Nasceu sem alma, juridicamente falando.

Pelo visto e respondendo, conclusivamente, à questão [...], sobre qual a abrangência do art. 54 da Lei 9.784/99, sugerimos esta como sendo a melhor intelecção: o direito-dever de a Administração Pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, salvo se se tratar de ato de nulidade absoluta, porquanto em relação a estes seria desproporcional cogitar da aplicação do referido prazo decadencial¹¹.

Nesse contexto, alegou-se a impossibilidade de se manter delegação efetivada à margem de concurso público, por refletir situação inconstitucional, que não se convalida no tempo. De se dizer, além do mais, que a União esclareceu sobre a correta adequação entre os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, ao enfatizar que, se, de um lado, o ingresso no serviço público sem a prévia aprovação em concurso determina o afastamento do servidor a qualquer

¹¹ Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFIELD, Carlos Ari [et al.] (coord.). As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 98-104. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos: Os atos administrativos nulos “não produzem efeitos jurídicos e sua nulidade pode ser argüida a qualquer tempo” (Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 122).

tempo (nulidade de ato constitucional), de outro, é preservado o seu direito ao recebimento da remuneração relativa ao trabalho prestado (respeito à segurança jurídica).

Outro argumento apresentado, de forma subsidiária, foi o de que, mesmo que considerado o prazo decadencial previsto pelo artigo 54 da Lei nº 9.784/99, o termo inicial deve ser contado da data em que a constitucionalidade do ato de delegação do serviço notarial ou de registro tornou-se conhecida pelo Conselho Nacional de Justiça, na forma como decidido pelo Ministro Joaquim Barbosa no MS-MC nº 26.045. Isso porque o termo inicial não pode ser contado em momento anterior à própria previsão de competência do CNJ, órgão que nasceu a partir da Emenda Constitucional 45/2004.

Argumentou-se, ainda, sobre a nulidade dos atos de remoção de titular de serventia ocorrida sem concurso público de provas e títulos, por não observância do requisito procedural estabelecido pelo parágrafo terceiro do artigo 236 da Constituição Federal¹², no qual se determina a exigência de prévia aprovação em concurso de provas e títulos tanto para a delegação original dos serviços notariais e de registro, como também para as delegações ulteriores, realizadas por meio de remoção. Tal argumento, como se demonstrou, aliás, estava em conformidade com o entendimento proferido no MS-MC nº 28.950, julgado em 13.09.10, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

No ponto, é de se frisar o intenso esforço empreendido pelos advogados da Secretaria-Geral de Contencioso para demonstrar, caso a caso, a ocorrência de inúmeras remoções efetivadas em nítida ofensa aos princípios da moralidade pública e da impensoalidade. É que, muitas vezes, a delegação de serventias extrajudiciais lucrativas eram transferidas, quase que hereditariamente, de pai para filho, por meio de permutas, entre cartórios de baixa rentabilidade (de titularidade de descendente) pelos de alta rentabilidade (de titularidade de ascendente), sem qualquer observância ao princípio do concurso público.

Buscava-se demonstrar, portanto, o que acontecia em termos práticos, que era o seguinte:

A renda do serviço extrajudicial posto no concurso local, em regra, é insignificante, circunstância que diminui significativamente o número de concorrentes. [...] Empossado, aquele que foi aprovado

¹² Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...] § 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

em concurso local para uma serventia de baixa renda (em regra pessoa jovem) obtém, por meio de permuta (e, portanto, sem a concorrência inerente aos concursos públicos), a titularidade de serventia bastante rentável.

A serventia mais rentável, no mais das vezes, tem por titular pessoa mais velha. E o patronímico dos permutantes é o mesmo.

Pequenos serviços extrajudiciais que sequer informam suas rendas ao Sistema Justiça Aberta foram inúmeras vezes utilizados como trampolim para permuta com cartório mais rentável [...].

Outras vezes, logo após ser usado de trampolim para a permuta, o serviço extrajudicial de pequena renda foi extinto. [...]

Percebe-se, portanto, que as permutas burlam a regra do concurso público, perpetuam famílias nos serviços judiciais mais rentáveis e permitem até mesmo verdadeira ‘venda do ponto’ por aqueles que estão em vias de se aposentar e são ‘donos’ de serviços rentáveis, tudo em afronta à forma republicana de governo e aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.¹³

Assim, diante de tantos argumentos, não poderia se conceber a convalidação de delegações inconstitucionais por ofensa aos princípios do concurso público, da moralidade e da impessoalidade.

3 OS FUNDAMENTOS ACOLHIDOS PELO STF

Apresentadas as principais linhas de defesa da União, elaboradas pelos advogados da Secretaria-Geral de Contencioso, cumpre agora revelar-lhes o sucesso obtido nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

O principal julgamento no qual foram apreciadas as questões aqui colocadas foi o MS nº 28.279, relatoria da Ministra Ellen Gracie, o qual se usará para apresentar todos os fundamentos acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à primeira questão, relativa à eficácia do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal, se de conteúdo limitado ou pleno, que ponderava

¹³ Trecho de informações prestadas pela Corregedoria Nacional de Justiça, repetido em diversas peças elaboradas, a exemplo do agravo regimental no MS nº 29.225, do agravo regimental no MS nº 29.263, da manifestação no MS nº 30.811, do agravo regimental no MS nº 29.225, das contrarrazões no MS nº 30.808.

acerca da necessidade de concurso público para a delegação de serviços notariais e de registro desde a vigência da Carta Magna ou se somente a partir de Lei n.º 8.935/94, a Suprema Corte, no julgamento do MS nº 28.279, reiterou a sua jurisprudência, afirmando, peremptoriamente, que o artigo 236, § 3º, da Constituição Federal é norma autoaplicável.

Assim, ao confirmar a eficácia plena do artigo 236, § 3º, CF/88, o Tribunal Supremo rejeitou a tese de que somente com a edição da Lei nº 8.935/1994 teria a norma constitucional se tornado exigível e, portanto, determinou que, nos termos da Constituição Federal, fosse para provimento de serventias vagas, fosse para fins de remoção, sempre se fez imprescindível a submissão a concurso público. Veja-se trecho da decisão, na parte que interessa:

1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável.
2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção.
3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável.
4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009).

Nesse julgamento, também a tese de que não existe prazo para o controle, pelo Conselho Nacional de Justiça, de atos administrativos inconstitucionais, foi igualmente acolhida pelo Plenário do STF. Nessa oportunidade, o Pleno negou provimento a agravo interno interposto pelo impetrante, confirmando assim, integralmente, a decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie, no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça pode anular atos administrativos inconstitucionais mesmo após o decurso do prazo de cinco anos.

No ponto, de se ressaltar a interessante tese, inédita na jurisprudência da Suprema Corte, de que atos flagrantemente inconstitucionais não se convalidam no tempo, não sendo a eles

aplicável a regra de decadência comum, prevista na Lei do Processo Administrativo. Nessa linha de pensamento, a Suprema Corte entendeu que o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 não poderia se sobrepor a um comando previsto na Constituição, sob pena de subversão da ordem constitucional. Diante disso, após 1988, qualquer delegação de atividade cartorária necessariamente deveria obedecer a regra constitucional do concurso público. Observe-se o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no MS nº 28.279:

5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.
6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988.
7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro.

De se ressaltar, também, um outro aspecto compreendido pelo Plenário da Suprema Corte, que foi o fundamento quanto à inconstitucionalidade sob o viés dos princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade, que devem nortear o acesso às funções públicas.

Por abranger os principais pontos alegados, bem como os fundamentos mais relevantes da problemática aqui analisada, transcreve-se, abaixo, o tocante voto da Ministra Ellen Gracie, relatora do MS nº 28.279:

O Congresso Nacional se esforçou para dar à Nação uma Constituição verdadeiramente republicana, que é hoje considerada uma das mais avançadas do mundo.

A Constituição-cidadã inaugurou uma nova era, ao deixar expressa a exigência de concurso público para o provimento das serventias extrajudiciais vagas ou para fins de remoção.

Imbuídos do espírito genuinamente republicano, nossos Constituintes romperam com a tradição política feudal de atribuições de titulações de cartórios.

A Constituição de 1988 instaurou a legitimidade em relação ao provimento das serventias notariais e de registro em nosso País.

É que vivíamos até a promulgação da atual Constituição como se estivéssemos ainda no Império. As titularidades de cartórios equivaliam, na prática, a algo parecido às extintas concessões de baronato, criando-se uma espécie de classe aristocrático-notarial, atualmente inadmissível.

Hoje um jovem de origem modesta também pode sonhar em ingressar em tão importante atividade, sem depender de favores de autoridades, bastado para tal desiderato vocação e dedicação aos estudos.

A esta Suprema Corte foi legada a maior de todas as missões: ser guardiã da Constituição da República Federativa do Brasil. Como juízes da mais alta Corte de Justiça deste País, não podemos e não devemos transformar a Constituição em refém de leis e de interpretações contrárias ao espírito da própria Lei Maior.

Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da imparcialidade devem nortear a ascensão às funções públicas.

Os milhões de brasileiros e brasileiras que se debruçam diariamente sobre livros horas a fio a estudar em busca de um futuro melhor não merecem desta Suprema Corte resposta que não seja o repúdio mais veemente contra esses atos de designação ilegítimos.

É com o brilhante voto da Ministra Ellen Gracie, quase um desabafo relativo às tantas questões postas em discussão no MS nº 28.279, que se conclui o presente estudo, no qual se demonstrou o sucesso dos argumentos apresentados pela União, por meio de dedicada atuação da Secretaria-Geral de Contencioso nas diversas ações, então propostas no Supremo Tribunal Federal, sobre o tema analisado.

4 CONCLUSÃO

Diante do que se expôs, conclui-se que a jurisprudência da Suprema Corte se firmou de forma favorável à exigência de concurso público para todas as atividades cartorárias cujos titulares nelas tenham ingressado posteriormente à Constituição Federal de 1988, o que revela o sucesso dos argumentos apresentados pela dedicada atuação da Secretaria-Geral de Contencioso.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mârtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari [et al.] (coord.). Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.

O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ADI Nº 2.182

*THE LEGISLATIVE DUE PROCEDURE OF ADMINISTRATIVE
MISCONDUCT LAW – ADI Nº 2.182*

*José Cândido Magalhães
Advogado da União
Representante do Escritório Avançado da Secretaria-Geral de Contencioso
na Câmara dos Deputados*

SUMÁRIO: 1 Histórico do caso; 2 Defesa da norma impugnada; 3 Dos debates em Plenário e das alegações dos interessados; 4 Conclusão – improcedência da ADI nº 2.182; Referências.

RESUMO: Ação direta de inconstitucionalidade em face da Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa. Suposta inconstitucionalidade formal. Inexistência. Processo legislativo. Bicameralismo brasileiro. Art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal. Regularidade da tramitação do PL nº 1.446/91. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). A aprovação de substitutivo pelo Senado não equivale à rejeição do projeto. Artigo 118, § 4º do RI-CD. Substitutivo nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial, e não, rejeição. A rejeição do substitutivo pela Câmara implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Improbidade Administrativa. Inexistência. Bicameralismo brasileiro. Devido Processo legislativo.

ABSTRACT: Direct unconstitutionality action against Law nº 8.429/92 – Administrative Misconduct Law. Supposedly formal unconstitutionality. Absence. Legislative procedure. Brazilian bicameralism. Art. 65, sole paragraph, of the Federal Constitution. Regularity of proceedings on the Law Project nº 1446 / 91. Project passed in the Initiator House (Deputies House) and referred to the Reviewer House (Senate), which approved substitute, following its return to the House os Representatives (CF, Article 65, para. single). Approval of substitute for Senate does not mean the rejection of the project. Article 118 § 4 of the IR-CD. Substitute is nothing more than a broad amendment to the initial project, and not rejection. Rejection of the substitute by the Deputies involves the referral of the project to the presidential approval and not in its return to the Senate, because already completed the legislative process.

KEYWORDS: Unconstitutionality. Administrative Misconduct. Absence. Brazilian Bicameralism. Legislative Due Procedure.

1 HISTÓRICO DO CASO

A Lei de Improbidade Administrativa, quando de sua promulgação, gerou tanto aplausos quanto críticas. Para alguns, significava o fim da impunidade. Para outros, truculência estatal. Com isso, inúmeras ações foram propostas discutindo sua validade.

O presente artigo busca relatar a alegação de inconstitucionalidade formal de toda a lei, por suposta ofensa ao devido processo legislativo, tramitada perante o Supremo Tribunal Federal. Com intuito didático, é mister um pequeno relato do caso.

O Partido Trabalhista Nacional interpôs ação direta de inconstitucionalidade, em março de 2000, argüindo a inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa.

Alegava o autor que a norma impugnada teria violado o artigo 65 da Constituição Federal, diante da *“inobservância dos esquemas rituais rigidamente impostos pela Carta Magna da República”*, a gerar *“a invalidade formal dos atos legislativos editados pelo Poder Legislativo”*.

Conforme ressaltado pelo Partido autor, a legislação atacada ferira o sistema bicameral, pois *“o projeto de lei apresentado inicialmente pela Câmara dos Deputados foi rejeitado, sendo apresentado um novo projeto de lei pelo Senado”*, após o que tal projeto substitutivo fora encaminhado à Câmara dos Deputados, para que esta exercesse as funções de casa revisora. No entanto, durante a tramitação do projeto substitutivo, teria sido requerida a sua retirada de pauta, e, posteriormente, foram incluídos *“alguns dispositivos constantes do substitutivo do Senado Federal e ao projeto inicialmente apresentado pela Câmara”*.

E que a Câmara dos Deputados teria então elaborado *“uma terceira e nova redação para o projeto de lei destinado a regular os atos de improbidade”*, a qual não teria sido examinada pelo Senado Federal.

Por sete votos a um foi indeferida a liminar, logo em maio de 2000.

Em 2010, foi decidido o mérito da ação, julgando-se a sua improcedência, por maioria.

2 DEFESA DA NORMA IMPUGNADA

Conforme os ditames da Constituição Federal e da Lei nº 9.868/99, a Advocacia-Geral da União apresentou a defesa da norma impugnada. As alegações da AGU buscaram demonstrar o correto trâmite do processo legislativo, sem qualquer mácula ao bicameralismo brasileiro. Esse era, também, o entendimento do próprio Congresso Nacional, que defendia a

correta tramitação do projeto de lei, pautado, inclusive, nos Regimentos Internos de ambas as Casas.

Resumidamente, os argumentos de defesa eram de que, quando o PL nº 1.446 (o qual originou a Lei nº 8.429) foi enviado ao Senado Federal, este apresentou-lhe um substitutivo. O substitutivo, na verdade, não consiste num novo projeto, como alegava o autor, mas sim numa extensa emenda a um projeto de lei já existente. O Regimento Interno da Câmara dos Deputados assim dispõe:

Art. 118. Emenda é a proposição apresentada como acessória de outra, sendo a principal qualquer uma dentre as referidas nas alíneas ‘a’ e ‘e’ do inciso I do art. 138.

[...]

§4º. Emenda substitutiva é a apresentada como sucedânea a parte de outra proposição, denominando-se ‘substitutivo’ quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto; considera-se de forma a alteração que vise exclusivamente ao aperfeiçoamento da técnica legislativa.

Desta forma, não havia como considerar que o substitutivo apresentado pelo Senado Federal ao PL nº 1.446, de 1991, fosse considerado um novo projeto de lei, demandando a instauração de novo processo legislativo.

Uma vez que o Senado Federal não apresentou novo projeto de lei, mas apenas uma emenda substitutiva ao projeto original, é de se concluir que, quando o projeto de lei retornou à Câmara dos Deputados, foi para ser votado em segundo turno, e não para um suposto exercício das funções de casa revisora.

Hipótese diferente ocorreria se a proposição tivesse sido arquivada pelo Senado, o que não foi o caso.

A Advocacia-Geral da União também demonstrou que o Supremo Tribunal Federal já havia apreciado caso praticamente idêntico ao dos autos, por ocasião do julgamento da ADI nº 600. Nesta, a Suprema Corte já se manifestara no sentido de que é desnecessário um novo retorno à Casa revisora quando a Casa iniciadora tenha realizado alguma alteração no substitutivo. Isto porque o objetivo da Casa em que o projeto fora iniciado é tão-somente aperfeiçoar o que foi objeto de revisão.

Transcreveu-se para tanto alguns trechos do voto do Min. Rel. Ministro Marco Aurélio, na referida ADI nº 600:

O projeto que deu origem à Lei Complementar nº 65, de 15 de abril de 1991, teve início no Senado. Remetido à Câmara dos Deputados, ocorreu aprovação de substitutivo do Deputado José Serra, retornando, então, em estrita observância ao disposto no artigo 65 da Constituição Federal, à Casa iniciadora, que o apreciou, ao que tudo indica, à luz do artigo 287 do próprio Regimento Interno, tomando-se o substitutivo como série de emendas.

Sustenta o Requerente que a supressão do conectivo 'e' constante do substitutivo entre os incisos II e III do artigo 1º implicou a existência de emenda, razão pela qual o projeto deveria ter sido mandado de volta à Câmara.

E também em seu mérito, foi assim julgada:

O alcance emprestado pelo Requerente ao parágrafo único do artigo 65 da Lei Básica Federal contraria a razão de ser da regra nele inserta, ao menos ao primeiro exame. O retorno ali previsto tem objetivo único de aperfeiçoar a revisão de que cuida a cabeça do artigo. Daí estar contida em dispositivo que disciplina a revisão dos projetos a ser procedida quer pela Câmara, quer pelo Senado, conforme seja a Casa de origem. À primeira vista, não há como emprestar ao disposto no parágrafo único em comento sentido que acabe por revelar a indeterminação de remessas, o que poderia surgir caso admitida a obrigatoriedade de retorno à Casa revisora sempre que alterado, na forma ou na substância, o que aprovara. Confundiriam-se os papéis reservados às Casas do Congresso e que são definidos em face à origem do projeto.

Percebe-se assim, que o substitutivo, de fato, deve ser tomado apenas como uma série de emendas, e não como um novo projeto de lei, prescindindo, portanto, reiniciar o processo legislativo.

3 DOS DEBATES EM PLENÁRIO, E DAS ALEGAÇÕES DOS INTERESSADOS

Quando dos julgamentos, tanto da Medida Cautelar quanto do mérito, interessantes debates foram travados em Plenário, com manifestações de praticamente todos os Ministros da Corte.

Logo no início dos debates, o relator Ministro Maurício Corrêa já afirmava, com base no art. 118, § 4º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que “*substitutivo não é projeto autônomo, mas sim, emenda ampla a um projeto inicial*”,

Afirmava ainda, que, para se atender ao devido processo legislativo, não é necessário um eterno “ir e voltar” entre as Casas Legislativas na tramitação de todo projeto de lei.

Citou ainda a doutrina de Raul Machado Horta, que já compartilhava do mesmo entendimento, quando a Constituição de 1946, segundo ele, já havia simplificado o processo legislativo, afirmando que “a casa iniciadora tem competência conclusiva”.

Diz o voto do Ministro relator, quando do julgamento da Medida Cautelar:

De fato, aprovada a emenda substitutiva no Senado Federal, tenho que pode a Câmara, retomando o projeto inicial, do qual se originou o substitutivo, nele incorporar destaques da emenda substitutiva da casa revisora, visto que cumprida a plena realização do processo legislativo com a manifestação da vontade das duas casas do CN.

Aproveitar partes do substitutivo e fazê-las inserir no projeto de lei final constitui prerrogativa da casa iniciadora, [...]]

Citando o art. 190 do RI-CD, justificou que “o substitutivo será considerado como série de emendas, e votado em bloco, e vice versa (parágrafo único).”

Para o ministro relator, a Câmara dos Deputados enviou ao Senado projeto de lei, e este não o rejeitou, tendo, sim, apresentado emenda substitutiva. Tal substitutivo foi rejeitado pela Câmara, mantendo a redação original, mas com alguns destaques daquela emenda substitutiva apresentada pelo Senado.

Em suma, o que se discutiu na presente ADI foi a interpretação do conceito jurídico de “emenda substitutiva”.

Interessante ainda destacar comentário do min. relator acerca da validade da norma:

Como se sabe, a lei (de improbidade) disciplinou matéria de indeclinável importância para a sociedade nacional, [...]]

Sendo, pois, lei que se insere no âmbito do desejo geral da sociedade brasileira contra improbidade, dado que se constitui em instrumento indispensável que visa a punição de práticas repudiadas, vê-se que, se de um lado pode acarretar prejuízo aos que responderam e estão respondendo a crimes por ela regulamentados, de outro, com mais razão ainda – pelo princípio da bilateralidade do risco – é essa mesma

sociedade que será a mais lesada pela impunidade dos transgressores da ordem legal.

[...]

Esse quadro mais se agrava se se verificar que a lei é de 1992, portanto, vigente há quase 8 anos, [...] além do que, caso viesse a ser suspensa a sua eficácia, ocasionaria transtorno de indiscutível insegurança jurídica para todos.

O também à época Ministro da Corte, Nelson Jobim, teceu longos comentários sobre o tema. Para tanto, traçou paralelos com ordenamentos estrangeiros: o sistema bicameral alemão, que é diferente do nacional, e onde, acaso modificado o projeto da Câmara pelo Senado, é criada então uma comissão mista de ambos, para discutir tal projeto. Aqui, no Brasil, não se prevê tal comissão mista.

Ao contrário, a forma mais utilizada no processo legislativo brasileiro é: o projeto de lei iniciado na Câmara é recebido pelo relator, no Senado. Ele, o relator acresce as emendas oferecidas pelos Senadores e elabora então um “substitutivo”, que nada mais é do que a soma dos projetos de Lei da Câmara com as emendas aprovadas pelos Senadores, nascendo então, o “substitutivo” da comissão.

Ou seja, tem-se uma “mescla” dos textos. Apesar de se utilizar o texto “original” da Câmara dos Deputados, pontuam-se alguns trechos ou artigos do substitutivo do Senado Federal, que serão incluídos no original.

O voto exemplifica o caso: *“O que se fez? Tomou-se o projeto de lei da Câmara como base e destacou-se vários dispositivos aprovados no Senado e se incluiu no texto da Câmara.”*

Explica ainda o porquê da “palavra final” caber à Câmara dos Deputados. Em suas palavras:

Aprovado este material e votado no Senado, volta à Câmara dos deputados, aí, surge na Câmara o momento de retorno do texto, daí porque se diz, e aqui observo a curiosidade, é que, na verdade, no sistema bicameral modelo brasileiro, que é a maioria dos modelos dos sistemas bicamerais no mundo, há sempre a prevalência da casa iniciadora.

[...]

Quando a Câmara recebe esses textos, o que faz? De duas uma, ou a Câmara toma como base o texto seu, que enviou ao Senado, puro, ou

toma como base o texto do Senado. Quando a Câmara toma por base o seu texto, que enviou ao Senado e que deu origem ao substitutivo, são oferecidos os destaques ao texto do Senado para incluir no texto base da Câmara. É exatamente o que ocorreu nessa hipótese.

E continua a justificativa:

A câmara fica, então, com o poder revisor final, com a palavra final. A razão pela qual se estabelece dessa forma é porque, na câmara, a representação é da população, e no, senado, a representação é dos estados federados. Deixa-se, portanto, a última voz do processo legislativo brasileiro à população brasileira, representada, integralmente, pela câmara dos deputados.

Interessante ressaltar que o Ministro Nelson Jobim era Deputado Federal à época da votação da Lei (foi Deputado de 1987 até 1995). Assim sendo, trata-se de alguém que vivenciou o dia a dia de votações legislativas e adquiriu conhecimento sobre as praxis das Casas legislativas. Desta forma seu voto ganha ares de bastante relevância.

Já o Ministro Marco Aurélio foi contrário à maioria. Entendia que:

O que se busca é um consenso de vontades legislativas. É preciso que haja o duplo crivo em um mesmo sentido. O descompasso [...] leva à conclusão prevista no parágrafo único [...]. e afirmava ainda que “no campo pragmático, partiu-se para o que se denomina de ‘emenda substitutiva’, em que se abandona por completo o projeto inicial.

Argumentou ainda, que do projeto inicial, com apenas 13 artigos, o senado o modificou para 37 artigos. Interessantes, porém, foram as extensas discussões em Plenário, todas trazidas à taquigrafia do acórdão, onde novamente o Ministro Nelson Jobim justifica tal modificação substancial do Projeto de Lei:

O modelo da câmara [...] usava-se parágrafos, alíneas e incisos. O senado separou em dispositivo; (mas) não se criou muita coisa nova. O que se fez foi desmanchar o texto da câmara de catorze artigos e se criar textos que eram tratados como incisos na câmara.

Ministro Marco Aurélio ainda insistia na necessidade de observância irrestrita ao bicameralismo para o caso. Nelson Jobim, então, justificou a constitucionalidade do procedimento legislativo mencionando, ainda que

não expressamente, um importante elemento para a interpretação e para a mutação constitucional: a “práxis” congressista:

Para que isso se modifique, precisamos ir ao Senado, sermos eleitos, e alterarmos o processo legislativo, e não através de uma interpretação que vem sendo produzida há mais de cem anos. V.Exa. está pretendendo exatamente mudar uma regra de cem anos de vigência, através de uma interpretação num fim de tarde, num fim de sessão.

Ou seja, a prática constituinte, legislativa, das casas do congresso, reiterada, corriqueira, por dezenas de anos, levara a tal procedimento, não devendo, portanto, ser taxado como inconstitucional o Projeto que seguiria tal praxis.

Outra justificativa prática lançada nos debates foi a de que, num sistema pluripartidário como o nosso, é quase impossível a conciliação completa em projetos de lei.

Exemplificou-se que, na Alemanha de alguns anos atrás (onde reinava o bicameralismo “extremo”), eram somente dois os partidos prevalentes. Assim, chegava-se com facilidade a um consenso em ambas as Casas, e projetos quase não eram modificados quando iam da casa iniciadora para a revisora, e vice-versa.

Todavia, nos dias atuais, com o crescimento de outros partidos alemães, aquele congresso tem encontrado grande dificuldade para aprovação de suas leis, o que os tem feito pensar em migrar para o sistema simples, como o brasileiro. A ausência de acordos pode gerar o eterno vai e vem de projetos, pois modificações substanciais em uma casa levariam, obrigatoriamente, à revisão pela outra Casa, e o suposto “ping-pong” (nas palavras do Ministro Marco Aurélio) não teria fim.

Sepúlveda Pertence também justificou seu voto com razões práticas :

Pretende-se que a Câmara deveria devolver o texto resultante da sua segunda votação à reapreciação do Senado, como se se tratasse num projeto novo e assim por diante. Essa seria, talvez, a fórmula de um bicameralismo absolutamente perfeito. Não sei, porém, se ele existira em qualquer parte do mundo. Certamente nunca existiu no constitucionalismo brasileiro.

Nelson Jobim ainda traz mais uma justificativa histórica e pragmática para a prevalência da Câmara dos Deputados, prevalência esta iniciada desde a Constituição de 1946: era experiência histórica

que diversos ex-Governadores de Estado se tornassem Senadores posteriormente. Assim, acaso houvesse prevalência do Senado sobre a Câmara, estes ex-Governadores poderiam acabar controlando a manifestação popular, silenciando a voz do povo – exercida pela Câmara dos Deputados – caso fosse deles – Senado – a palavra final.

Ultrapassada a fase do julgamento da medida liminar pleiteada, o mérito seguiu os mesmos passos.

Logo nas informações iniciais prestadas pelo Legislativo no feito, o Presidente do Congresso já argumentava que emenda substitutiva não importa em rejeição do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados.

Também o Presidente da República prestou informações no sentido de ser equivocado acreditar que a aprovação de emenda substitutiva pela casa revisora transforme-a em casa iniciadora.

O Ministro Eros Grau, em seu voto de mérito, tece comentários sobre o andamento do projeto de lei:

As alterações foram substanciais. É certo, no entanto, que o projeto não fora rejeitado. Encaminhado pela Câmara ao Senado, foi por este aprovado, com uma emenda ampla que o inovou nos aspectos formal e material. Justamente por isso a emenda recebe, na Dicção do Regimento Interno da Câmara, o nome de substitutivo.

[...]]

Não há que se falar, pois, em rejeição do projeto da Câmara pelo Senado, tampouco em nova proposição legislativa. Ainda que o texto tenha sido a ele modificado sensivelmente, na forma do substitutivo, o projeto enviado pela Câmara foi aprovado pelo Senado.

...]] Verificou-se, na prática, uma composição entre os textos do Senado e da Câmara.

Aqui surge uma nova indagação. Esse novo texto discutido e aprovado pela Câmara dos Deputados consistiria uma nova proposição, a demandar uma segunda votação do Senado como Casa revisora?

A resposta é negativa. O que foi rejeitado pela Câmara não foi o projeto de lei, mas o substitutivo do Senado, que, como vimos, consiste em uma espécie de emenda. Rejeitada, restabeleceu-se o

texto originalmente aprovado pela Câmara, ao qual se fez acrescer várias disposições extraídas do substitutivo do Senado”

Isto significa que, na prática, haverá preponderância da Câmara dos Deputados¹, na medida em que nesta se iniciam, entre outros, todos os projetos de lei de iniciativa do Presidente da República.

4 CONCLUSÃO – IMPROCEDÊNCIA DA ADI Nº 2.182

Em resumo: embora o sistema bicameral, em uma concepção rígida, leve à idéia de identidade entre as funções básicas de cada Casa legislativa, no que concerne ao processo legislativo atual, há uma nítida prevalência quanto à atuação da Câmara iniciadora.

É que na busca do consenso para a formação do ato legislativo – a partir do modelo de aprovação por uma Casa, com encaminhamento à outra, em função revisora –, na hipótese de uma proposição que foi objeto de emendas, a palavra final fica a cargo da Casa iniciadora, em consonância com o disposto no artigo 65, parágrafo único, da Constituição.

Nesse sentido, inclusive, exemplifica a doutrina de José Afonso da Silva²:

Técnica de solução do conflito no direito constitucional brasileiro. Sábia, a nosso ver, é a solução do constitucionalismo brasileiro, pois é de sua tradição norma como a seguinte que constava do art. 69 da Constituição de 1946 e consta do *art. 65 e seu parágrafo único da Constituição em vigor* [...]. Vale dizer: *a última palavra cabe à Câmara iniciadora no caso de entendimento diverso a respeito de uma proposição emendada*. [...] *Fugiu, sem dúvida alguma, à rigidez dos princípios de que, no bicameralismo, os projetos só se consideram aprovados, definitivamente, se passarem por ambas as Câmaras, em idêntica forma, no que faz bem.* (grifou-se).

Iniciado o projeto de lei na Câmara de Deputados, cabe a esta encaminhar à sanção do Presidente da República, depois de examinada a emenda apresentada pelo Senado Federal. O substitutivo aprovado no Senado, atuando como Casa revisora, não caracteriza novo projeto de lei a exigir uma segunda revisão, e a rejeição de tal substitutivo pela Câmara implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua

¹ Nesse sentido, inclusive, é o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence quando do julgamento da ADI nº 3.367-DF, *verbis*: “*No processo bicameral brasileiro de emendas à Constituição, não se tem, ao contrário do que ocorre no processo legislativo ordinário, a prevalência da Casa de origem.*”

² SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293.

devolução ao Senado. Caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo.

Como se vê, ainda que modificado o texto original, se aprovado, não há que se falar em novo projeto. A partir deste entendimento, é de se perceber que, caso o Senado pretenda apresentar “novo” projeto de lei, não basta modificar o original, enviado pela Câmara, mas, sim, deve vetar aquele projeto, para que, outrora, um novo seja proposto.

Assim, não há como considerar que o substitutivo apresentado pelo Senado Federal ao PL nº 1.446, de 1991, seja um novo projeto de lei, demandando a instauração de novo processo legislativo.

Na esteira de todas as argumentações acima, o Supremo Tribunal Federal julgou a improcedência da ADI interposta, acolhendo as alegações da Secretaria-Geral de Contencioso da AGU, e declarando a constitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DESCRIÇÃO E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA LEI DA FICHA LIMPA

*DESCRIPTION ET ANALYSE DE LA JURISPRUDENCE DE SUPRÊME
TRIBUNAL FÉDÉRAL CONCERNANT LA LOI DE LA FICHE PROPRE*

Álvaro Osório do Valle Simeão

Advogado da União

*Professor de Direito Constitucional e Eleitoral em Brasília - Brasil
Especialista em Processo Civil e Mestre em Direito Internacional*

SUMÁRIO: Contextualização; 1 A argumentação desenvolvida pela Advocacia-Geral da União nos processos sobre a “Lei da ficha limpa”; 2 A atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da “Lei da ficha limpa”; 3 A filosofia da mudança na Lei Complementar nº 135, de 2010; Referências.

RESUMO: Busca-se, no presente artigo, fazer uma descrição e análise do conteúdo jurisprudencial criado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das ações que submeteram a Lei Complementar nº 135/10 a controle de constitucionalidade, destacando os argumentos utilizados pela Advocacia-Geral da União nesses processos e as consequências políticas e sociais que possam ter advindo desses julgamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Ficha Limpa. Supremo Tribunal Federal. Advocacia-Geral da União. Controle de Constitucionalidade.

RÉSUMÉ: Il se cherche, dans présent article, faire une description et une analyse du contenu jurisprudencial créé par le Suprême Tribunal Fédéral quand du jugement des actions qui ont soumis la Loi Complémentaire nº 135/10 le contrôle de constitutionnalité, en détachant les arguments utilisés par l'Advocacia-Geral de l'Union dans ces procédures et les conséquences politiques et sociales qui puisse avoir arrivé de ces jugements.

MOTS-CLÉS: Fiche Propre. Suprême Tribunal Fédéral. Advocacia-Geral de l'Union. Contrôle de Constitutionnalité.

CONTEXTUALIZAÇÃO

Todo elegível é eleitor, mas nem todo aquele que detém capacidade eleitoral ativa pode ser eleito. Para ter seu nome sufragado e vir a exercer mandato eletivo o cidadão deve preencher requisitos que transbordam das exigências postas em norma para o ato de votar.

É que no regime de democracia representativa, onde há intermediários para dar consecução à *volonté générale*, o risco de deturpação do querer popular, tanto na campanha eleitoral como depois da assunção ao poder, é considerável¹.

Daí a necessidade de um filtro que, se não exclui, pelo menos minora os estelionatos eleitorais e as subjetividades políticas falsas.

Com esteio nesse pensamento, a Constituição de 1988 estabelece que os casos de inelegibilidade, no Brasil, são fixados tanto em nível constitucional como infraconstitucional, de modo que, a par das hipóteses catalogadas no artigo 14 da Carta da República, o §9º desse mesmo artigo deixa livre a criação, por meio de lei, de outras causas de inelegibilidade².

Há restrição tão-somente em relação à espécie normativa – a veiculação da nova causa de inelegibilidade há de ser feita por meio de lei complementar – e é preciso obedecer aos fins estabelecidos pela Constituição, de modo que se deverá buscar a proteção da probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, a verificação da vida pregressa dos candidatos, a normalidade e a legitimidade dos pleitos contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Com base nessa previsão constitucional, foi editada, em 18 de maio de 1990, a Lei Complementar nº 64³, que fixa os casos de inelegibilidade infraconstitucional na atualidade e vem sendo alterada, de tempos em tempos, por outras leis complementares⁴.

1 Em países como o Brasil, com eleitorado superior a 120 milhões de votantes, a tecnologia eleitoral ainda não é capaz de dar vazão a formas de democracia direta, sendo também muito restritas as hipóteses relacionadas com formas de democracia participativa, tal qual referendo, plebiscito e iniciativa popular de lei.

2 Na redação ampliativa dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7 de junho de 1994: “Art. 14. [...] §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

3 Substituiu a Lei Complementar nº 5, de 1970, que ainda tinha por fundamento de validade a Constituição Federal de 1967.

4 A primeira dessas alterações adveio da Lei Complementar nº 81, de 13 de abril de 1994.

A última dessas alterações, promovida pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, também conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, incluiu novas hipóteses de inelegibilidade visando especificamente a proteção da probidade administrativa e moralidade no exercício do mandato.

Tal norma foi gestada em ambiente de grande apelo popular⁵, tendo sido submetida a crivo de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal tanto na via difusa como concentrada, por atores contrários e a favor da sua entrada em vigor e produção de efeitos⁶.

O objetivo do presente artigo é o de fazer uma descrição e análise do conteúdo jurisprudencial criado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento das ações que submeteram a Lei Complementar nº 135/10 a controle de constitucionalidade, destacando os argumentos utilizados pela Advocacia-Geral da União nesses processos e as consequências políticas e sociais que possam ter advindo desses julgamentos.

1 A ARGUMENTAÇÃO DESENVOLVIDA PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NOS PROCESOS SOBRE A LEI DA FICHA LIMPA

A Advocacia-Geral da União – AGU, por meio da sua Secretaria-Geral de Contencioso - SGCT, teve atuação judicial marcante no que se refere à consolidação do entendimento jurisprudencial quanto à higidez constitucional da Lei Complementar nº 135, de 2010.

A postura do órgão de representação judicial da União sempre foi em prol da defesa da norma. Nesse sentido, entendeu-se desde o início que a defesa da Lei da Ficha Limpa era a defesa da própria Constituição Federal, no ponto em que a Carta elege, como valores a serem protegidos mediante a previsão legal de hipóteses de inelegibilidade, a probidade administrativa e a moralidade para exercício do mandato.

Nas peças produzidas foi analisado o próprio conceito de moralidade eleitoral, exigida constitucionalmente como condição para o acesso aos cargos eletivos e ao exercício de parcela do Poder estatal. A

⁵ O projeto que deu origem a essa norma foi enviado à Câmara dos Deputados com a subscrição favorável de mais de 1% (um por cento) do eleitorado nacional, segundo cálculos do Tribunal Superior Eleitoral - TSE.

⁶ Insta mencionar, na via difusa, a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 633.703, da Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, onde se deferiu a pretensão da parte recorrente para declarar a inaplicabilidade da Lei Complementar nº 135 às eleições de outubro de 2010, tendo em vista o princípio da anterioridade eleitoral – artigo 16 da Constituição Federal de 1988. Na via concentrada tramitaram e foram julgadas, em conjunto, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578, onde foi ratificada, com efeitos *erga omnes*, a necessidade de obediência ao princípio da anterioridade eleitoral, e se decidiu pela constitucionalidade da aplicação da Lei Complementar nº 135 aos pleitos posteriores à eleição de 2010.

doutrina de Marcelo Antônio Ceará Serra Azul⁷ ilustra o entendimento da AGU sobre o conteúdo e a amplitude que deve ser dada ao conceito de moralidade eleitoral. O autor aduz o seguinte:

O registro de candidatura é ato judicial, no qual se deve ter em vista o princípio da moralidade administrativa, sendo certo que parcela do Poder estatal somente pode ser alcançada por pessoas idôneas, de moral ilibada e reputação indene de dúvidas, haja vista o Preâmbulo da Constituição Federal, e os artigos 14, parágrafo 9º, 5º, XXXV, 37, caput e parágrafo 4º, Art. 54, Art. 85, V, 101, 105, 119, II, 120, II, 123, I que, sistematicamente, demonstram que a acessibilidade à parcela do Poder Estatal, seja Federal, Estadual, Distrital ou Municipal somente é possível a pessoas probas, cuja moral seja ilibada, indene de dúvidas.

Assim, a AGU defendeu que a exigência constante do artigo 14, § 9º, da Constituição, deriva da premissa de que, no âmbito do Direito Eleitoral, os interesses da coletividade detêm primazia sobre os meramente individuais, os quais devem, portanto, ceder diante daqueles, uma vez que, no domínio da política, os direitos e deveres não são considerados senão à luz da finalidade pública a que se destinam. Nessa esteira é o entendimento de Márlon Jacinto Reis⁸, *in verbis*:

O indivíduo aqui cede a sua primazia aos elevados interesses da coletividade, porque estamos agora nos domínios da política, onde direitos e deveres não são considerados senão à luz da finalidade pública a que se destinam. Não mais cuidamos da defesa dos direitos constitucionais de um indivíduo, salvo em sua imediata relação com a tutela do interesse geral que neste campo prepondera.

A AGU teve oportunidade de ratificar que a Carta Republicana expressamente delegou ao legislador complementar a tarefa de estabelecer os casos de violação da moralidade eleitoral, para fins de inelegibilidade, e por isso foi editada a Lei Complementar nº 135/10, que passava a ditar várias novas hipóteses de inelegibilidade.

Em outros termos, a norma defendida pela AGU concretizava, naquele momento histórico, o mandamento constante do § 9º do artigo 14 da Lei Maior, uma vez que, conforme adequadamente decidido pelo

7 AZUL, Marcelo Antônio Ceará Serra. O princípio da moralidade para o exercício de poder político e sua repercussão no registro de candidaturas. Fortaleza: Suffragium - *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 02, n. 03, p. 11-21, maio/dez. 2006.

8 REIS, Marlón Jacinto. *Inelegibilidade e Vida Pregressa*. questões constitucionais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12481>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

legislador complementar, o sujeito que cometer infração ética não revela condições para representar a sociedade nos órgãos políticos. Protegemos, assim, a probidade e, notadamente, a moralidade eleitoral.

A AGU também defendeu que o instituto da inelegibilidade não se reveste da natureza de sanção. De fato, a sua incidência decorre da constatação de que o candidato não preenche requisitos mínimos e condições essenciais para o exercício do direito de ser votado, não se podendo cogitar, pois, de espécie de pena, eis que os demais direitos políticos do cidadão restarão preservados.

Nesse sentido, aliás, o Supremo Tribunal já tinha assentado. O entendimento havia sido adotado por ocasião do julgamento proferido no Mandado de Segurança nº 22.087, onde restou consignado que “*inelegibilidade não constitui pena*”. Veja-se:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. INELEGIBILIDADE. CONTAS DO ADMINISTRADOR PÚBLICO: REJEIÇÃO. *Lei Complementar n. 64, de 1990, art. 1., I, 'g'.* I. - *Inclusão em lista para remessa ao órgão da Justiça Eleitoral do nome do administrador público que teve suas contas rejeitadas pelo T.C.U, além de lhe ser aplicada a pena de multa. Inocorrência de dupla punição, dado que a inclusão do nome do administrador público na lista não configura punição.* II. - *Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, Lei Compl. n. 64/90, a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência.* III. - *A Justiça Eleitoral compete formular juízo de valor a respeito das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, vale dizer, se as irregularidades configuram ou não inelegibilidade.* IV. - *Mandado de segurança indeferido.* (MS nº 22087/DF, Relator: Ministro Carlos Velloso, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 28/03/1996, Publicação em 10/05/1996; grifou-se).

Em síntese, como é a própria Carta da República que elege a probidade e a moralidade como condições para a elegibilidade de um cidadão, outros fatores relacionados à sua vida pregressa também podem ser positivados pelo legislador infraconstitucional como critérios para a aferição de sua capacidade eleitoral passiva.

A posição da Advocacia-Geral encontrava-se em completa consonância com a posição jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral, como se percebe pelo acórdão lavrado no Recurso Ordinário Eleitoral nº 4.995/MG, que mais tarde derivaria para o Recurso Extraordinário 633.703. Eis o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral no RO 4.995/MG:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO. ART. 1º, I, 'l, DALC N° 64/90, COM REDAÇÃO DALC N° 135/2010. CONSTITUCIONALIDADE. INELEGIBILIDADE NÃO CONSTITUI PENA. INOVAÇÃO DAS TESES RECURSAIS. NÃO PROVIMENTO. 1. O Tribunal Superior Eleitoral firmou o entendimento de que a Lei Complementar nº 135/2010 é constitucional e se aplica às eleições de 2010. Precedente. 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura. Precedente. Como consequência de tal premissa, não se aplicam à inelegibilidade os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo, tampouco ocorre antecipação da sanção de suspensão dos direitos políticos, prevista para a condenação com trânsito em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa. Precedente. 3. Agravo regimental não provido. (RO 4.995-AgR/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR) – Grifou-se

2 A ATUAL JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA LEI DA FICHA LIMPA

O primeiro processo a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em que se questionava a compatibilidade da “Lei da ficha limpa” com a Constituição Federal, foi o Recurso Extraordinário nº 633.703/MG, interposto contra o acórdão lavrado pelo Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Ordinário Eleitoral nº 4.995/MG⁹.

Nessa insurreição, um candidato a Deputado Estadual por Minas Gerais¹⁰ questionava a aplicação do novo diploma fixador de inelegibilidades às eleições de outubro de 2010, uma vez que quando da ocorrência desse pleito, a Lei Complementar em foco contaria com menos de um ano de vigência.

Haveria contrariedade, na visão do recorrente, ao chamado princípio da anualidade ou anterioridade eleitoral, estabelecido no artigo 16 da Carta Política, e que determina que a lei que alterar o processo eleitoral, apesar de entrar em vigor na data da sua publicação, não se aplicará à eleição que ocorra até um ano da data da sua vigência.

Na decisão recorrida, prolatada pelo Tribunal Superior Eleitoral, tinha sido fixado entendimento no sentido de que, ao tratar de condições

9 Acórdão transscrito no final do tópico anterior, onde foi analisada a atuação da AGU.

10 Candidato Leonídio Henrique Correa Bouças, então filiado ao PMDB/MG.

de elegibilidade, a Lei Complementar nº 135 não disciplinaria o processo eleitoral, que permaneceria o mesmo, a partir do registro das candidaturas.

Assim, não sendo disciplinadora do processo eleitoral, a “Lei da ficha limpa” não precisaria atender ao princípio da anterioridade eleitoral, podendo ser aplicada às eleições de outubro de 2010.

Verifica-se, portanto, que para deslinde da insurreição exigir-se-ia do Supremo Tribunal Federal uma definição pretoriana do que seria esse “processo eleitoral”, termo jurídico de relativa indeterminação contido no artigo 16 da Constituição da República.

Insta observar, a esse respeito, que, em duas ações de controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal já havia fixado posição quanto à natureza de cláusula pétrea que envolveria o princípio da anualidade eleitoral e sinalizado a necessidade de proteção dos prérios eleitorais quanto a mudanças casuísticas que pudessem acontecer por obra de novas leis eleitorais ou mesmo por força de decisões abstratas da Suprema Corte em tema eleitoral¹¹, de modo que não se poderia dar interpretação restritiva a essa garantia do cidadão-eleitor, contida no artigo 16 da Constituição¹².

Fiel a essa orientação, o Plenário do Supremo Tribunal Federal acabou por abraçar, a partir do voto condutor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, a tese ampliativa no que toca ao conceito de “processo eleitoral”, deixando consignado que essa sequência de atos remonta à própria filiação partidária, que de acordo com o artigo 18 da Lei dos Partidos Políticos, deve ocorrer um ano antes do pleito¹³.

Assim, o processo eleitoral teria início com a escolha dos candidatos em convenção partidária de natureza privada, e não a partir do pedido de registro ou homologação do registro de candidatura pela Justiça Eleitoral, como havia entendido o Tribunal Superior Eleitoral.

Com base nessa premissa, o Supremo Tribunal Federal conheceu do recurso extraordinário e por seis votos a favor, e cinco contrários, deu provimento ao apelo procedente de Minas Gerais para fixar que a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, não poderia ser aplicada às eleições de outubro daquele mesmo ano.

Outro argumento utilizado pelo recorrente, tendo em vista as razões que levaram ao indeferimento do registro da sua candidatura¹⁴,

¹¹ Modulação de efeitos temporais.

¹² Vide ADI nº 2.628/DF, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, e ADI nº 3.741, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

¹³ “Lei nº 9.096/95 - Art. 18. Para concorrer a cargo eletivo, o eleitor deverá estar filiado ao respectivo partido pelo menos um ano antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais.”

¹⁴ Condenação colegiada em processo cível por improbidade administrativa.

foi o de que essa decisão, tomada pelo TSE, teria violado o preceito constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não deu guarida a essa alegação, conforme defesa da AGU, sob o fundamento de que a presunção de inocência refere-se, sobretudo, à órbita criminal, sendo o indeferimento de registro de candidatura um procedimento administrativo que não se enquadraria no conceito de pena, podendo ser levado a efeito antes mesmo de uma posição definitiva do judiciário quanto a culpa.

Tendo sido reconhecida a repercussão geral da questão posta em julgamento, houve a possibilidade de aplicação imediata e monocrática do artigo 543-b, do Código de Processo Civil, de modo que o entendimento fixado pelo Tribunal pôde se projetar a outros apelos extremos que possuíam o mesmo objeto, apesar de partes diferentes.

Como o julgamento só foi finalizado em 23 de março de 2011, isso significou, em termos de execução prática, que a decisão do Supremo Tribunal Federal gerou a posse superveniente de muitos candidatos que tiveram seus registros de candidatura indeferidos pela Justiça Eleitoral, nas eleições de 2010, com o consequente afastamento daqueles candidatos que já se encontravam no exercício do mandato, iniciado em 1º de janeiro de 2011.

Possibilitou-se, por exemplo, que Jader Barbalho, por ser autor de Recurso Extraordinário com o mesmo objeto julgado no Supremo¹⁵ e candidato que teve sua candidatura indeferida com base na “Lei da ficha limpa”, tomasse posse no cargo de Senador da República pelo Estado do Pará, com o imediato afastamento da candidata que tinha sido empossada em 1º de janeiro de 2011 (Marinor Brito, concorrente pelo PSOL que tinha obtido a quarta maior votação para o cargo no Estado do Pará¹⁶).

Mas, ainda que se tenha emprestado repercussão geral a esse tema tratado no Recurso Extraordinário nº 633.703/MG, ao qual nos referimos nos parágrafos antecedentes, oito dias após o julgamento desse apelo iniciou-se o questionamento abstrato da “Lei da ficha limpa” no Supremo Tribunal Federal.

A Confederação Nacional das Profissões Liberais, entidade de classe de âmbito nacional, ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4578¹⁷, que precedeu a Ação Declaratória de

¹⁵ STF - RE 631.102/PA

¹⁶ O terceiro colocado naquela eleição, Candidato Paulo Rocha – PT/PA, também havia deixado de assumir o cargo por ter tido sua candidatura indeferida com base na “Lei da ficha limpa”.

¹⁷ Autuada em 31/03/2011

Constitucionalidade nº 29¹⁸, de autoria do Partido Popular Socialista, e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 30¹⁹, protocolada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em todas essas três ações o paradigma de controle era o mesmo e os fundamentos jurídicos utilizados contra e a favor da constitucionalidade da “Lei da ficha limpa” eram muito próximos, de modo que tais ações foram apensadas e levadas a julgamento em conjunto.

Não obstante houvesse a repetição das teses relacionadas com a compatibilidade da “Lei da ficha limpa” com os princípios da anualidade eleitoral e presunção de inocência, o trio de petições, relativamente às causas de pedir contidas no Recurso Extraordinário nº 633.703/MG, alargava a análise a ser empreendida pela Corte Suprema.

Foi suscitada, nesse sentido, dúvida quanto à compatibilidade da Lei Complementar nº 135/10 com o princípio da irretroatividade das leis penais piores²⁰ e a necessidade de preservação dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada²¹.

Nesse ponto o Pretório Excelso definiu que elegibilidade é matéria estritamente ligada ao processo eleitoral, razão pela qual a Lei Complementar nº 135, de 2010, não precisaria obedecer à retroatividade vedada pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988²², e que não existe direito adquirido a um regime moralmente pior que o inaugurado com a lei Complementar nº 135, de 2010.

Questionou-se, também, se o novo diploma moralizador afrontava ou não os dogmas implícitos da razoabilidade, proporcionalidade e proibição de retrocesso em face de lei nova com caráter punitivo.

Esse argumento foi refutado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que razoável, na verdade, é que só concorra a cargo eletivo os indivíduos que mantenham um mínimo de moralidade para o exercício do mandato, restando afastada essa ética mínima quando o candidato foi condenado por órgãos colegiados do Poder Judiciário, quando as contas que presta são rejeitadas pelos órgãos estatais de controle, quando já foi forçado a renunciar por força de acusações que o levariam à perda do

¹⁸ Autuada em 19/04/2011

¹⁹ Autuada em 03/05/2011

²⁰ Artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal de 1988: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

²¹ Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

²² Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

cargo público ou quando está impedido de exercer livremente a profissão que escolheu por ter violado dever ético-profissional.

Quanto à presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal encampou a tese da Advocacia-Geral da União quanto às irrefutáveis diferenças entre condenação criminal e inelegibilidade, para afirmar que não se poderia frustrar o propósito moralizante do artigo 14, §9º, da Constituição da República, ampliando a garantia presente no artigo 5º, inciso LVII²³, da Constituição Federal, de modo a afastar tal garantia de sua bitola penal, salientando-se que o direito eleitoral possui natureza essencialmente civil.

Levava-se, por último, à análise do Pretório Excelso a congruência ou não da “Lei da ficha limpa” com o núcleo essencial dos direitos fundamentais de primeira geração e a possibilidade ou não de se cumular inelegibilidade com suspensão de direitos políticos.

Nesse tópico, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a elegibilidade pode, sim, ser restringida por lei complementar, desde que as novas hipóteses de inelegibilidade não sejam arbitrárias e se coadunem com a teleologia presente no artigo 14, §9º, da Constituição Federal, salientando que a “Lei da ficha limpa” não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas (aquele que teve seu registro indeferido continua com o direito de voto).

O Supremo Tribunal Federal fez distinção entre inelegibilidade e suspensão ou perda de direitos políticos, para enfatizar que a primeira traduz condição objetiva cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, caso eleito, de exercê-los, enquanto os últimos importam restrição não apenas ao direito de concorrer ou exercer o cargo eletivo, mas também o direito de voto. Por essa razão, a Corte decidiu que não existe constitucionalidade na cumulação entre inelegibilidade e suspensão de direitos políticos.

Assim, o Supremo Tribunal Federal manteve integralmente a Lei Complementar nº 135, de 2010, julgando improcedente a ADI 4578 e procedentes a ADC 29 e ADC 30. Como por ocasião do julgamento, em 16 de fevereiro de 2012, já se tinham passado mais de doze meses da promulgação e entrada em vigor da norma questionada, não se sentiu a necessidade de analisar o pleito dos autores à luz do parâmetro da anterioridade eleitoral, presente no artigo 16, da Constituição Federal de 1988. A “Lei da ficha limpa”, a esse tempo, já estava pronta para produzir seus efeitos.

²³ Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

3 A FILOSOFIA DA MUDANÇA NA LEI COMPLEMENTAR N° 135, DE 2010

Considerando dados divulgados por vinte Tribunais Regionais Eleitorais, em vinte Estados-membros²⁴, chega-se a um número de 1.107 (mil cento e sete) candidatos, nas eleições municipais de 2012, que tiveram seus registros de candidatura indeferidos com base na Lei Complementar nº 135, de 2010.

Nos vinte e seis Estados o total de pedidos de registros de candidatura aos cargos de Prefeito e Vereador ficou entre 80.000 (oitenta mil) e 90.000 (noventa mil)²⁵.

Assim, conclui-se que entre dez e vinte por cento dos candidatos foram proibidos de concorrer, por força da “Lei da ficha limpa”, no primeiro pleito em que se deu aplicação a tal norma.

Isso revela um enrijecimento, no mesmo percentual, do filtro ético imposto a todos aqueles que intentaram concorrer aos cargos eletivos, inferindo-se, a partir desses dados, que a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 traz necessariamente uma diminuição dos riscos de representação popular falseada ou estelionato eleitoral.

A norma em comento propicia maior convergência entre ética e política, valorizando a probidade, decência e integridade das condutas pessoais daqueles que querem governar, lembrando que a tradição histórica, no Brasil, é de transgressão à moralidade em nome de um pragmatismo político que confunde interesse pessoal e anseio do povo.

A “Lei da ficha limpa” melhora uma ordem jurídica que, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “...não pode permanecer indiferente a condutas de quaisquer autoridades da República que hajam eventualmente incidido em censuráveis desvios éticos no desempenho da elevada função de representação política do Povo brasileiro.”²⁶

²⁴ ACRE, ALAGOAS, AMAPÁ, AMAZONAS, CEARÁ, ESPÍRITO SANTO, MATO GROSSO, MATO GROSSO DO SUL, MARANHÃO, MINAS GERAIS, PARÁ, PARAÍBA, RIO GRANDE DO SUL, RIO DE JANEIRO, RONDÔNIA, RORAIMA, SANTA CATARINA, SÃO PAULO, SERGIPE, TOCANTINS.

²⁵ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2012/Julho/tse-disponibiliza-informacoes-sobre-candidatos-nas-eleicoes-2012>>.

²⁶ Trecho do coto proferido pelo Ministro no julgamento do RE 633.703/MG.

REFERÊNCIAS

- AZUL, Marcelo Antônio Ceará Serra. O princípio da moralidade para o exercício de poder político e sua repercussão no registro de candidaturas. Fortaleza: Suffragium. *Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, v. 02, n. 03, maio/dez. 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- REIS, Marlón Jacinto. *Inelegibilidade e Vida Pregressa. questões constitucionais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12481>>. Acesso em: 20 nov. 2009.
- ROCHA. Maria Elisabeth Guimarães Teixeira. *Limitação dos mandatos eletivos. nova visão do contrato social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho; VISCONDE, Giovanna Gabriela. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2011.

O BRASIL NA ERA DA ADVOCACIA DE ESTADO: O CASO DOS SUPLENTES PARLAMENTARES

*IL BRASILE NELL'ERA DELLA AVVOCATURA DI STATO:
IL CASO DEI SOSTITUTI*

Marcelo Ribeiro do Val

*Advogado da União lotado na Secretaria-Geral do Contencioso, em exercício no
Escritório Avançado da AGU na Câmara dos Deputados*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O precedente; 2 A repercussão política; 3 A atuação da Advocacia-Geral da União; 4 O julgamento; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente ensaio faz parte do projeto de divulgação de trabalhos relevantes prestados ao país nos vinte e cinco anos da Constituição Federal de 1988. O objetivo é trazer ao conhecimento público relevante episódio ocorrido a época do décimo oitavo ano de existência da Advocacia-Geral da União, o qual teve por significado o redimensionamento da AGU no cenário jurídico-político brasileiro. Trata-se de cenário de estranhamento havido entre a Câmara dos Deputados e o Supremo Tribunal Federal, o chamado *Caso dos Suplentes*. Contemporânea à questão sobreveio inauguração do Escritório Avançado da AGU na Câmara dos Deputados, vinculado à Secretaria-Geral do Contencioso, mediante o qual a AGU passou a dar suporte técnico-jurídico imediato ao Parlamento, na esfera contenciosa, em estreita colaboração com os órgãos de assessoramento jurídico-consultivo internos da Casa. A atuação imediata e precisa da AGU revelou a vocação institucional para percorrer a estrada da *Advocacia de Estado*.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Defesa do Parlamento. Advocacia de Estado e Advocacia de Governo. Mandato Parlamentar. Vacância. Direito à Suplência. Ordem de Investidura. Diplomação. Coligação ou Partido.

PREMESSA: Questo saggio integra il progetto di divulgazione dei processi rilevanti in tema di difesa dello Stato nel venticinquesimo anno della Costituzione Federale del 1988. L'obiettivo è quello di portare a conoscenza del pubblico il rilevante episodio accaduto nel diciottesimo anno di esistenza dell'Advocacia-Geral da União, che ha comportato per quest'ultimo un significativo ridimensionamento della istituzione nello scenario giuridico-politico brasiliano. In particolare, si allude alla spaccatura verificatasi tra la Camera dei Deputati e il Supremo Tribunale Federale chiamata il *Caso dei Sostituti*. La questione è accaduta contemporaneamente all'inaugurazione dell'Ufficio Avanzato dell'AGU presso la Camera dei Deputati, il quale è vincolato alla Secretaria-Geral do Contencioso, attraverso cui l'AGU ha cominciato a prestare servizio tecnico-giuridico immediato per il Parlamento nella sfera contenziosa, in stretta collaborazione con i suoi organi interni di consulenza giuridica. L'attuazione immediata e precisa dell'Advocacia-Geral da União ha rivelato la propria vocazione istituzionale, percorrendo una nuova strada, quella dell'*Avvocatura di Stato*.

PAROLE-CHIAVI: Advocacia-Geral da União. Difesa del Parlamento. Avvocatura di Stato e Avvocatura di Governo. Mandato Parlamentare. Posto Vacante. Diritto alla Sostituzione. Ordine di Investitura. Titolazione. Collegazione o Partito.

INTRODUÇÃO

Os vinte anos da Advocacia-Geral da União contados através da sua participação nos casos relevantes ao país revela ao leitor as etapas da construção e do amoldamento institucional, desde a importação do modelo, a partir da secular *Avvocatura dello Stato* italiano¹, até o seu ingresso na *advocacia de Estado*, o que ocorreria à época do décimo oitavo aniversário.

Antes de completar a *maioridade* a AGU atuava estritamente na consultoria jurídica do Poder Executivo, para a efetivação das políticas públicas, e na representação judicial da União, voltada à guarda do patrimônio público dos Três Poderes republicanos e à viabilização dos programas do Governo Federal.

Permito-me dizer, sem incomodar-me com eventual dissenso, que a atividade mais próxima à *advocacia de Estado* até então exercida era a atuação do Advogado-Geral da União na defesa de normas impugnadas, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, trabalho sempre elaborado pela Secretaria-Geral do Contencioso.

Auferidos o respeito e a notoriedade nacional, através de reiterados êxitos em matérias de envergadura nos tribunais e a excelência do trabalho de seus integrantes, o olhar da sociedade e das autoridades lançados sobre a AGU sempre foi como mais um órgão do Poder Executivo. As razões podem estar relacionadas ao fato de ter-se atribuído o *status* de ministro ao chefe maior - motivado pela forma de sua investidura, por ato único do Presidente da República -, à sua instalação inicial no Palácio do Planalto e à cultura seguida pelos primeiros Advogados-Gerais², no sentido de restringir a defesa de agentes políticos dos demais Poderes da União quando envolvidos em casos momentosos.

O quadro de auto-restrição da representação judicial somado à histórica proximidade com os órgãos do Governo - ao tempo em que a AGU continuava institucionalmente distante dos demais Poderes -

¹ Para saber mais vide: Caramazza, Ignazio F. *La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana*. Debates em Direito Público, ano 11, nº 11, p. 9-36. Brasília: ANAUNI, 2012.

² Recordo que até a efetiva implementação da AGU, mesmo após a Constituição de 1988, o serviço de contencioso jurídico da União continuou sendo exercido pelo Ministério Públco Federal, devido à regra de transição do artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Públco e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Públco Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públcas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

deflagrou propostas legislativas para a criação de procuradorias próprias no âmbito do Parlamento e do Tribunal de Contas da União, voltadas a suprir a carência de um serviço de contencioso jurídico próximo, imediato e disponível.

O final ano de 2010 trouxe importante avanço à Advocacia-Geral a União, relativamente à maior efetividade da competência a qual lhe outorgara o artigo 131 da Constituição Federal, no que instalados escritórios avançados da AGU³ na Câmara dos Deputados, no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho da Justiça Federal, através de formalização de convênios interinstitucionais. Ficarei restrito à experiência do Escritório da Câmara dos Deputados.

O novo órgão nasceu como braço vinculado à Secretaria-Geral do Contencioso - SGCT para atender também às demandas represadas. Os efeitos foram imediatos e redefiniram o papel da AGU no Estado brasileiro, quer sobre o olhar externo quer sobre o interno. Transitou-se da *advocacia de Governo* - voltada sobretudo para a defesa do erário e a viabilização das políticas públicas -, para a *advocacia de Estado*, consideradas as novas atividades de defesa das instituições nacionais, das prerrogativas e da imagem de seus agentes.

Inaugurado o Escritório, em 16 de dezembro de 2010, num trabalho conjugado com a Casa Parlamentar, o ato solene efetivou formalmente o papel constitucional da Advocacia-Geral da União no Estado brasileiro – o da defesa judicial completa, pronta e imediata dos Três Poderes da União.

Contemporaneamente ao início dos trabalhos do Escritório, no encerrar do ano judiciário e legislativo, aporta à Câmara dos Deputados ofício de intimação originário do Supremo Tribunal Federal, mediante a qual o Plenário da Corte deferira pedido de liminar em mandado de segurança contra o Presidente da Casa, determinando a posse de suplente de parlamentar.

1 O PRECEDENTE

A primeira atuação da AGU na sua nova atribuição⁴ foi diante de um caso um tanto inusitado. Tratava-se de medida liminar em mandado de segurança⁵ impetrado pelo Diretório Nacional do Partido do Movimento

³ Um escritório avançado pioneiro foi instalado no Tribunal de Contas da União, ligado à Consultoria-Geral da União, porém destinado a acompanhar e dar suporte no cumprimento das decisões daquela instituição.

⁴ O destaque é para o exercício da atribuição de fato, pois a competência já havia sido outorgada pelo artigo 131 da Constituição Federal.

⁵ MS nº 29.988/DF-MC, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 07/06/2011, apontado por todos os impetrantes como o Precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Democrático Brasileiro – PMDB, contra ato do então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Michel Temer⁶, dirigente da própria agremiação. Este recusara-se a dar posse ao correligionário e investira suplente filiado à outra legenda (da mesma coligação), considerada a ordem de precedência da cadeira, segundo diploma expedido pelo Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia.

Consoante o ofício, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de cinco votos a três⁷, deferira liminar para que a vaga aberta pela renúncia do ex-Deputado Federal pelo PMDB, Natan Donadon, fosse preenchida pelo primeiro suplente do partido, tendo em conta dois argumentos.

O primeiro seria a coerência com o precedente da Corte, fixado nos julgamentos dos Mandados de Segurança nºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, segundo o qual o mandato parlamentar conquistado no sistema eleitoral proporcional pertence ao partido político, daí no caso de infidelidade partidária – desfiliação por abandono ou troca imotivada de legenda – o parlamentar perde o mandato e a cadeira deve ser preenchida pelo suplente do mesmo partido. Ainda sob o mesmo motivo, a Corte apontou que o Tribunal Superior Eleitoral, em atenção aos precedentes referidos, editara a Resolução nº 22.580, com o seguinte teor:

Consulta. Detentor, Cargo Eletivo proporcional. Transferência. Partido integrante da coligação. Mandato. Perda. 1. A formação de coligação constitui faculdade atribuída aos partidos políticos para a disputa do pleito, conforme prevê o art. 6º, caput, da Lei nº 9.504/97, tendo sua existência caráter temporário e restrito ao processo eleitoral. 2. Conforme já assentado pelo Tribunal, o mandato pertence ao partido e, em tese, estará sujeito à sua perda o parlamentar que mudar de agremiação partidária, ainda que para legenda integrante da mesma coligação pela qual foi eleito. Consulta respondida negativamente.

O segundo argumento fazia referência ao fenômeno *pro tempore* de existência das coligações. Assim, se tais alianças são automaticamente dissolvidas com o fim das eleições, segundo a decisão cautelar em comento, após a diplomação os suplentes seriam apenas os correligionários dos partidos, porquanto somente estes continuam a existir.

⁶ Atualmente Vice-Presidente da República e reeleito Presidente da sigla PMDB.

⁷ Ausentes os Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie e vaga a cadeira do Ministro Eros Grau, recém-aposentado.

2 A REPERCUSSÃO POLÍTICA

Na iminência a terminar o mandato de Presidente da Câmara, o Deputado Michel Temer não deliberou sobre a ordem. Dias após, ainda em dezembro de 2010, renunciou ao cargo para assumir a vice-Presidência da República, ao tempo que o Parlamento e o Supremo Tribunal Federal entraram em recesso.

Em fevereiro de 2011 iniciou-se a nova legislatura e a posse dos novos parlamentares. Eleito Presidente da Casa, o Deputado Marco Maia acionou a Procuradoria Parlamentar, a Assessoria Técnico-Jurídica da Mesa da Câmara dos Deputados (órgãos internos de consultoria jurídica) e o Escritório da AGU para tomar conhecimento e posicionar-se sobre a questão, ante a notícia de outras liminares no mesmo sentido, consideradas as vagas decorrentes do afastamento de deputados recém-eleitos, investidos em cargos de ministro e de secretário de Estado.

A resposta quanto à ordem pendente de cumprimento (MS nº 29.988/DF-MC) foi pela negativa, ante o exaurimento do direito, tendo em conta superveniência da nova legislatura. Eventuais danos não poderiam ser discutidos em sede mandamental. Quanto às situações futuras, estas dependeriam de estudo aprofundado, sendo sugerida a investidura das vagas conforme a ordem de precedência dos diplomas expedidos pela Justiça Eleitoral, fosse a suplente de partido ou de coligação.

Os primeiros ofícios veiculando a questão logo chegaram à Casa Legislativa. Tratavam-se de cautelares preventivas deferidas pela Ministra Cármem Lúcia no âmbito dos Mandados de Segurança nºs 30.260/DF e 30.272/DF. A estes seguiram-se uma terceira liminar, deferida pelo Ministro Marco Aurélio, e mais vinte cinco ofícios solicitando informações para instruir impetrações análogas. As notificações chegaram à Câmara dos Deputados quando todos os suplentes já haviam sido empossados conforme os diplomas eleitorais, ou seja, observadas as coligações.

Os argumentos apresentados pelos impetrantes eram, invariavelmente, os mesmos expostos na tese vencedora do MS nº 29.988/DF-MC, qual seja, a de que após o julgamento dos referidos precedentes⁸, pelo Supremo Tribunal Federal, relativos à (in)fidelidade partidária, as representações legislativas pertencem aos partidos políticos, não

⁸ Supremo Tribunal Federal - Mandados de Segurança nºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF.

aos deputados. Portanto, eventual desfiliação injustificada⁹, implica a perda do mandato pelo parlamentar. Por consequência, sendo o partido detentor da titularidade da cadeira e efêmera a coligação partidária, eventual vacância autoriza a sucessão pelo suplente do partido titular e não da coligação. Diversamente em relação ao primeiro *writ* – mas relevante, como exponho adiante –, todos os impetrantes eram pessoas físicas, não os partidos aos quais eram vinculados.

Autorizada a atuação do Escritório da AGU pela Secretaria-Geral do Contencioso e pelo Advogado-Geral da União – no que em jogo questão não somente jurídica, mas sobretudo política –, traçou-se como estratégia a união de esforços e a divisão de argumentos. Coube, então, à Assessoria Técnico-Jurídica da Mesa da Câmara dos Deputados preparar as informações do Presidente da Casa, sublinhando o seu dever de cumprimento dos títulos eleitorais e de submissão ao Regimento Interno da Câmara, o qual prevê a necessidade de instaurar-se procedimento administrativo prévio a qualquer hipótese de desinvestidura de parlamentar em exercício.

À Procuradoria Parlamentar coube apresentar memorial contendo a defesa do texto literal da lei, no sentido de a vaga aberta pertencer aos suplentes das coligações, ainda que contrária ao referido *precedente* do Supremo, ressaltando que interpretação diversa levaria à situações extravagantes¹⁰. À AGU coube o ingresso em nome da União¹¹ e a apresentação da tese jurídica pertinente e uniforme a todos os *writs*.

A questão tomou grande repercussão na imprensa, tendo em conta não somente a disputa das cadeiras – que alteravam as representações dos partidos –, mas também o certo estranhamento político havido entre os Presidentes da Câmara e do Supremo Tribunal Federal, ante a não implementação imediata das liminares. Afirmava publicamente, o Ministro Cesar Peluso, que a questão estava pacificada no Tribunal, tendo em conta o *precedente* fixado pelo Plenário no MS nº 29.988/DF-MC.

3 A ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Em meio à polêmica interinstitucional (vale dizer, de primeira grandeza), fixou-se a (correta) estratégia de pontuar o papel da

9 A justificação ocorre mediante justo processo perante a justiça eleitoral.

10 Tais situações estão expostas adiante, ao final do item 4.

11 Artigo 7º, inciso II, da Lei nº 12.016/2009: II – que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;

Advocacia-Geral da União de apaziguador e mediador da controvérsia, redirecionando o foco político da questão para o viés meramente jurídico.

A União formalizou agravos regimentais nos três casos em que deferidas as liminares e solicitou o ingresso simples nos demais, cujos pedidos de medida acautelador estavam pendentes de apreciação.

Nas suas razões, a União arguiu preliminar quanto à incongruência processual da impetração, sob a óptica do interesse jurídico. No caso, ao argumentar, o impetrante, que a cadeira vaga pertence à agremiação ao qual vinculado o titular - e não ao eleito ou à coligação -, então o verdadeiro (único) legitimado processual a reclamar o direito seria o próprio partido. Isto porque na prática, dependendo da quantidade de titulares e suplentes eleitos pela legenda ou pela coligação, o partido poderia sair ganhando ou perdendo com a tese e ser contrário ao interesse do seu correligionário. Apontou-se, como exemplo, o agravo interposto pelo Democratas contra a liminar deferida no MS nº 30.272/DF.

Uma segunda preliminar foi arguida, a reforçar a tese do Presidente da Câmara, alegando a perda do objeto da impetração, porquanto a investidura de suplente somente pode ser revista nos casos estritos de retorno do titular ou de perda do mandato, a teor do art. 55 da Constituição da República¹².

Ainda antes de adentrar no mérito, a AGU destacou que a *ratio* do MS nº 29.988/DF-MC não formara verdadeiro precedente sobre a questão, quer porque não fora decidida pela maioria da Corte - seis integrantes -, quer em razão de tratar-se de juízo precário. E nem mesmo o formaria, considerada a impossibilidade de alcançar o julgamento definitivo de mérito, ante a perda do objeto com o fim da legislatura em referência. De fato, a única vez que o Supremo tratara especificamente da matéria, com decisão definitiva, fora em sede de juízo monocrático¹³, cujo teor era exatamente contrário à pretensão dos impetrantes.

No mérito, a União suscitou dois pontos principais a demonstrar o equívoco portado do julgamento do MS nº 29.988/DF-MC. O primeiro

12 Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

13 MS nº 28.143/MS, relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicada no DJ de 21.08.2009.

respeitava à má aplicação do direito positivo, no que a questão estava sendo abordada pelo Tribunal mediante certa confusão entre regimes jurídicos diversos, ou seja, o do *Funcionamento Parlamentar* – que disciplina as relações jurídicas e as condutas entre partidos e correligionários, no exercício do mandato – com o *Devido Processo Eleitoral* – que regulamenta as relações entre os candidatos e partidos e a Justiça Eleitoral durante o sufrágio, até a formação e outorga do diploma.

Nas mencionadas peças processuais a AGU apontou que o regime jurídico do devido processo legal eleitoral está estampado no Código Eleitoral – Lei nº 4.737/1965 – e atualizado expressamente pela Lei Eleitoral – Lei nº 7.454/1985. A conjugação destas normas forma a sistemática que disciplina o certame eleitoral, cuja finalidade é a formação de títulos judiciais à investidura de cargos políticos – Diplomas –, pela Justiça Eleitoral, reveladores da outorga de mandatos pelos eleitores aos seus representantes.

A questão veiculada nas impetracões versava exatamente sobre tal regime, ou seja, a investidura de suplentes de Deputados Federais a serem satisfeitos pelo Parlamento, segundo a ordem de precedência determinada pelos Tribunais Eleitorais dos Estados. No caso, a Câmara dos Deputados¹⁴ restringiu-se a dar cumprimento aos títulos e não poderia deixar de fazê-lo, pois sequer teria legitimidade para desconstituir-los, no que instrumentos próprios são o recurso contra a expedição do diploma ou a impugnação ao mandato eletivo¹⁵.

Em harmonia com a linha adotada pela Câmara dos Deputados e presente, em todos os casos em análise, hipótese de vacância legítima da representação parlamentar – afastamento em razão de investidura em cargos de ministro ou secretário de Estado¹⁶ –, a AGU valeu-se da técnica do *distinguishing*¹⁷ para demonstrar que em nenhum momento esteve em jogo a questão da (in)fidelidade partidária no exercício do

14 Como bem colocado nas informações do Presidente da Câmara dos Deputados.

15 § 10 do art. 14 da Constituição Federal: O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

16 Art. 56 da Constituição Federal: Não perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - investido no cargo de Ministro de Estado, Governador de Território, Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Território, de Prefeitura de Capital ou chefe de missão diplomática temporária;

II - licenciado pela respectiva Casa por motivo de doença, ou para tratar, sem remuneração, de interesse particular, desde que, neste caso, o afastamento não ultrapasse cento e vinte dias por sessão legislativa.

§ 1º - O suplente será convocado nos casos de vaga, de investidura em funções previstas neste artigo ou de licença superior a cento e vinte dias.

17 Para saber mais sobre a técnica vide: GERHARDT, Michel J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008. BRENNER, Saul e SPAETH, Harold J. *Stare decisis*. New York: Cambridge

mandato parlamentar, cuja regência pertine à Lei nº 9.096/95¹⁸, que trata do Regime Jurídico dos Partidos Políticos.

Desatado o nó jurídico, a União pontuou que a matéria acerca da ordem de investidura suplente em cadeira regularmente vaga está expressa e claramente positivada na leitura conjugada do Código Eleitoral com a Lei das Eleições¹⁹, no sentido da observância da ordem de precedência dos coligados diplomados - caso a legenda vencedora da titularidade não seja unipartidária -, presente a equivalência normativa entre coligação e partido²⁰.

Acrescentou, ainda, que o fato de a coligação partidária ser um legitimado processual (eleitoral) com existência temporária - extinguindo-se com a proclamação final das eleições -, não obsta a execução dos diplomas dos suplentes, auferidos mediante soma de esforços eleitorais. A razão é que os seus efeitos projetam-se no tempo também para oportunizar aos partidos menores não contemplados com titularidades, o exercício de mandatos suplentes, fruto da participação no coeficiente eleitoral. Prova disso é a ulterior legitimidade das coligações de impugnar titulações mediante recurso contra a expedição do diploma ou contra o mandato eletivo.

O segundo argumento explorado pela AGU foi a questão do *distinguishing* entre os precedentes evocados e os casos em análise. No ponto, evidenciou-se, através de exame detalhado dos casos anteriores - MS nºs 26.602/DF, 26.603/DF, 26.604/DF e 27.938/DF -, que o Supremo fixara os seguintes entendimentos:

University Press, 2006. OLLERO, Andrés. Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial. Cuadernos y debates 163. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

18 Art. 26 da Lei nº 9.096/95: Perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito.

19 Lei nº 7.454/1985: art 4º - A Coligação terá denominação própria, a ela assegurados os direitos que a lei confere aos Partidos Políticos no que se refere ao processo eleitoral, aplicando-lhe, também, a regra do art.

112 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, quanto à convocação de Suplentes. (grifado)

Parágrafo único - Cada Partido poderá usar sua própria legenda sob a denominação da Coligação.

20 Código Eleitoral – Lei nº 4.737/1965: art. 108 - Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido. (Redação dada pela Lei nº 7.454, de 30.12.1985).

[...]

art.112. Considerar-se-ão suplentes da representação partidária:

I - os mais votados sob a mesma legenda e não eleitos efetivos das listas dos respectivos partidos;

II - em caso de empate na votação, na ordem decrescente da idade.

art. 113. Na ocorrência de vaga, não havendo suplente para preenchê-la, far-se-á eleição, salvo se faltarem menos de nove meses para findar o período de mandato.

- a) o parlamentar em exercício que se desfilia da agremiação perde o mandato se, injustificadamente, pratica infidelidade partidária constatada em devido processo legal. No MS nº 27.938/DF o Tribunal entendeu que se a vacância decorrer da morte do titular que mudou justificadamente de partido, devolve-se a cadeira à agremiação de origem, refletindo o quadro obtido no resultado das eleições após a contagem do coeficiente eleitoral;
- b) a desfiliação injustificada e a infidelidade partidária implicam a perda do mandato porque a cadeira titular não pertence ao parlamentar, mas à agremiação que o elegeu – Resolução TSE nº 22.563 –, pouco importando se este mudar para partido da mesma coligação – Resolução TSE nº 22.580.

Com referência ao precedente da Justiça Eleitoral firmado no sentido de o mandato pertencer ao partido, não à coligação – Resolução TSE nº 22.580 –, a União apontou que, naquele caso, o Tribunal Superior Eleitoral não se referia à hipótese de disputa entre partidos sobre a investidura do cargo vago, mas sim entre partido e ex-filiado no exercício do mandato. Na consulta indagava-se sobre o mandato na hipótese de o titular eleito pedir o cancelamento da filiação ou mudar de partido, ainda que coligado nas eleições. Decidiu-se, então, que a troca de partido sem justo motivo implica infidelidade, ainda que a agremiação de destino do parlamentar tenha participado da coligação. O enfoque levara em conta a hipótese prevista no artigo 26 da Lei nº 9.096/95, porquanto em jogo conduta partidária no exercício do mandato.

Relativamente à renúncia da cadeira ocupada, questão versada no MS nº 29.988/DF, ao ato unilateral do parlamentar (não do partido) foi aplicado o tratamento análogo aos casos de desfiliação e de infidelidade, porquanto identificada ulterior irregularidade na investidura, ante a mudança de partido do primeiro suplente diplomado. O quadro era, portanto, muito diverso dos tratados nos precedentes evocados.

Os casos tratados na Legislatura 2011/2013 eram inéditos, pois os titulares das cadeiras não abriram mão do mandato nem agiram mediante infidelidade. Diversamente, afastaram-se justificadamente para serem investidos em cargos do Poder Executivo – artigo 56, inciso I, da Constituição de 1988 –, sem a oposição dos respectivos

partidos políticos. Os casos denotavam a comunhão de propósitos e a conveniência entre partidos e parlamentares, no que o cargo no Poder Executivo proporciona investiduras, em cargos de confiança, de correligionários capazes de implementar as políticas públicas da Pasta seguindo as diretrizes partidárias. Os partidos titulares vagam temporariamente as cadeiras, sem perder as representações, até o retorno dos parlamentares.

Por fim, valendo-se da técnica das *situações-limites*²¹, a AGU demonstrou que a persistência do posicionamento da tese pelo Supremo deflagraria situações extravagantes, como a convocação de suplente do partido, que recebera somente 17 votos, em detrimento do primeiro suplente da coligação, que auxiliara no quociente eleitoral da vaga com 69.798 votos. Por fim, sublinhou a necessidade de novas eleições, extravagantes, porquanto restrita aos partidos que não haviam suplentes.

4 O JULGAMENTO

No interstício entre as impetrações e o julgamento do mérito o quadro fático foi polêmico e de estranhamento entre o Supremo e o Parlamento. Chegou-se ao ponto de o Ministro Marco Aurélio solicitar, ao Procurador-Geral da República, a instauração de ação penal contra o Presidente da Câmara dos Deputados por prática de crime de desobediência.

A insegurança jurídica tomou proporções maiores ante a multiplicação de mandados de segurança pela disputa de cadeiras suplentes em Estados e Municípios. Alguns Tribunais seguiram as decisões o Supremo, outros não. Os partidos, então *titulares* dos mandatos, estavam divididos conforme o Estado.

A consistência dos argumentos apresentados pela AGU ao Supremo não só provocou dúvidas à maioria, mas também deu grande suporte argumentativo à minoria formada no julgamento do referido *precedente*, a ponto de nenhuma liminar mais ser deferida. O Procurador-Geral da República não acolheu a requisição do Supremo e alinhou-se à União em seus pareceres.

Sensibilizada com o quadro de insegurança, a Ministra Cármem Lúcia pediu logo pauta para o julgamento de mérito do MS nº 30.272/DF. A AGU trabalhou memoriais para convencimentos de todos os

²¹ Método utilizado por Carl Schmitt, mediante o qual a comprovação da legitimidade dos conceitos existentes depende da submissão da assertiva à situação limítrofe, de exceção, pois a normalidade nada prova. In Teologia Política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

integrantes da Corte, principalmente os que não haviam participado do julgamento do *precedente*. Após dois meses, o Presidente do Tribunal inclui-o na pauta de 27 de abril de 2011.

No julgamento, após as sustentações orais das partes interessadas - com uma clara e objetiva exposição da Secretaria-Geral do Contencioso - o Tribunal encontrava-se com a composição completa e pronta para a decisão, ante a estreia do Ministro Luiz Fux no Plenário.

A relatora, Ministra Cármem Lúcia, num voto técnico e completo, iniciou o percurso da (provável) maior *reviravolta* de posicionamentos da Corte num julgamento. Após afastar as preliminares – fato previsível, ante o relevo do tema -, acolheu a tese da União e da Câmara dos Deputados, indeferindo a ordem, julgando prejudicado o agravo e cassando a liminar deferida. A seguir, um após o outro, todos os demais componentes a acompanharam, a exceção do Ministro Marco Aurélio.

Findo o julgamento, por dez votos a um, encerrou-se imediatamente o estranhamento entre os Poderes. Com o tempo, todos os demais processos análogos seguiram o mesmo destino, em juízos monocráticos.

Sugere-se abrir um novo tópico (ex. Considerações finais) para falar tanto desse resultado do Escritório da AGU como de outra consequência importante do julgamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A missão primeira atribuída ao novo Escritório da AGU na Câmara dos Deputados teve reflexo instantâneo. Aproximou o cliente de seu advogado, trouxe para si a responsabilidade de mediar conflitos jurídicos entre Poderes distintos e de salvaguardar a Casa Legislativa de ataques injustos e de distorções que historicamente é alvo. Incluiu-se, ainda, as atribuições de incrementar e aprimorar o trâmite de subsídios para a defesa do erário e da constitucionalidade das leis, além de conferir tratamento prioritário às demandas da Câmara dos Deputados, em especial às questões institucionais sensíveis. Frise-se que, na causa, não esteve em jogo defesa do erário ou de política pública, nem houve qualquer participação ou posicionamento do Governo Federal.

Em suma, ao completar dezoito anos, a Advocacia-Geral da União atingiu a maioridade de assumir de vez o seu papel de *advocacia de Estado*.

REFERÊNCIAS

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. *Stare decisis*. New York: Cambridge University Press, 2006.

CARAMAZZA, Ignazio F. La difesa dello Stato in giudizio e la soluzione italiana. *Debates em Direito Públco*, ano 11, nº 11, p. 9-36. Brasilia: ANAUNI, 2012.

GERHARDT, Michel J. *The power of precedent*. New York: Oxford University Press, 2008.

OLLERO, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Cuadernos y debates 163. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

SCHIMITT, Carl. *Teología Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

A DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO PERANTE O STF

*THE DEFENSE OF THE CONSTITUTIONALITY DISARMAMENT
STATUTE BEFORE THE SUPREME COURT*

Lilian Barros de Oliveira Almeida

Advogada da União

Professora de Direito Constitucional

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3112; 2 Argumentação desenvolvida pela SGCT na defesa da constitucionalidade da lei 10.826/2003; 2.1 Ofensa reflexa da Constituição Federal; 2.2 Constitucionalidade formal do Estatuto do Desarmamento; 2.3 Ausência de extração da competência legislativa da União; 2.4 Inexistência de violação ao princípio federativo; 2.5 Conformidade com o princípio da presunção de inocência; 2.6 Constitucionalidade em relação ao livre exercício da profissão, ao direito adquirido, ao devido processo legal e às normas de competência legislativa; 2.7 Razoabilidade da proibição de aquisição de armas de fogo por menores de 25 anos de idade; 3 Argumentos da SGCT acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal; 4 Considerações finais; Referênciais.

RESUMO: O presente artigo objetiva expor o objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3112, bem como a argumentação desenvolvida pela Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT) da Advocacia-Geral da União (AGU) pela defesa da constitucionalidade da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Busca, também, identificar os argumentos acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ocasião do julgamento e, por fim, demonstrar a diminuição da violência com arma de fogo, após a entrada em vigor do estatuto do desarmamento.

PALAVRAS-CHAVE: Secretaria-Geral de Contencioso. Estatuto do Desarmamento. Defesa da Constitucionalidade.

ABSTRACT: This article aims to explain the object of the Direct Action of Unconstitutionality n. 3112, as well as the arguments developed by the Public Federal Attorney-General's Secretary-General Litigation to defend the constitutionality of Law 10.826/2003 (Disarmament Statute). Also seeks to identify the arguments relied on by the Supreme Court during the trial and, finally, to demonstrate the reduction of violence with a firearm, after the entry into force of the disarmament's statute.

KEYWORDS: Secretary-General Litigation. Disarmament Statute. Defense of Constitutionality.

INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União é a instituição classificada como função essencial à justiça responsável por representar a União, judicial e extrajudicialmente, e por exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Para o exercício de sua atividade de representação judicial da União, a AGU conta com a Secretaria-Geral de Contencioso, órgão responsável, nos termos do art. 8º do Decreto n. 7392/2010, dentre outras atribuições, por assistir o Advogado-Geral da União na representação judicial da União, no Supremo Tribunal Federal, no que se refere aos processos de controle concentrado, difuso de constitucionalidade e de competência originária, exceto nos processos de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Desde o início da sua criação, a Secretaria-Geral de Contencioso tem desempenhado um papel relevante na defesa da União perante o STF. Diversas foram as vitórias alcançadas nos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidades, através da forte atuação da SGCT, em que se defendeu a constitucionalidade de leis que visavam implementar importantes políticas públicas para o Brasil.

Dentre as ações diretas de inconstitucionalidade apreciadas pelo STF, destaca-se a ADI 3112/DF, através da qual foi impugnada a constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10826/2003).

Através do presente artigo, pretende-se expor, inicialmente, o objeto da ADI 3112, bem como a argumentação desenvolvida pela SGCT pela defesa da constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento. Em seguida, serão identificados os argumentos acolhidos pelo STF no julgamento e, por fim, será demonstrada a diminuição da violência com arma de fogo, após a entrada em vigor do estatuto do desarmamento.

1 OBJETO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3112

O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade para buscar a declaração de inconstitucionalidade da Lei federal n. 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências.

Segundo expõe o requerente, toda a Lei n. 10.826/2003 seria formalmente inconstitucional, por padecer de vício de iniciativa, a teor do art. 61, § 1º, II, “e”, da Constituição Federal, por desrespeitar a iniciativa privativa do Presidente da República para a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.

Quanto à inconstitucionalidade material, sustentou o autor que: (a) os arts. 2º, X, e 23, §§ 1º e 2º, do Estatuto do Desarmamento, extrapolaram a competência legislativa da União para estabelecer normas gerais sobre produção e consumo (art. 24, V e § 1º, CF/88), bem como o devido processo legal (art. 5º, LIV); (b) os arts. 5º, §§ 1º e 3º, 10, 11, I, II e III, e 29 da lei questionada ofenderam o princípio federativo (arts. 1º, *caput*, e 60, § 4º, I, c/c arts. 24, I, V, §§ 1º e 2º, 25, § 1º, e 144, § 1º, CF/88); (c) os arts. 14, 15, parágrafo único, e 21 infringiram os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII); (d) o art. 35, *caput*, §§ 1º e 2º, da lei, seria inconstitucional por afronta ao direito de livre exercício da profissão ou trabalho (art. 5º, XIII, c/c art. 170, parágrafo único, CF/88) e ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI), e por exceder a competência do Congresso Nacional (art. 49, XV); (e) por fim, o art. 28 do estatuto impõe uma restrição desarrazoada, em desacordo com o princípio da proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF/88).

Considerando a relevância jurídica e o impacto sócio-econômico do Estatuto do Desarmamento, o então relator, Ministro Carlos Velloso, em 2004, determinou fosse aplicado o disposto no art. 12 da Lei n. 9.868/99¹ deixando de apreciar o pedido de liminar.

Há de se destacar que as ADIs 3137, 3198, 3263, 3518, 3535, 3586, 3600, 3788 e 3814 foram também ajuizadas para impugnar a Lei 10826/2003. Decidiu o então relator, Ministro Ricardo Lewandowski, em 2006, pelo apensamento das referidas ADIs à ADI 3112, bem como por seu julgamento conjunto, porque, enquanto cada uma delas atacava um aspecto da referida lei, a ADI 3112 atacava a lei em sua totalidade.

¹ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e do seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

2 ARGUMENTAÇÃO DESENVOLVIDA PELA SGCT NA DEFESA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10826/2003

2.1 Ofensa reflexa da Constituição Federal

Segundo o Partido Trabalhista Brasileiro, o art. 35, §§ 1º e 2º², da Lei n.º 10.826, de 2003, seria inconstitucional porque (a) o Congresso Nacional não tem iniciativa para convocar referendo popular e (b) um projeto de lei não tem competência para autorizar a realização de referendo, em face do art. 2º, § 2º³, e art. 3º⁴ da Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998, que disciplinam o regime jurídico do referendo e do plebiscito.

Argumentou a SGCT que a suposta ilegitimidade arguida em relação ao art. 35, §§ 1º e 2º, do Estatuto do Desarmamento, deveria ser cotejada em face da Lei n.º 9.709 que institui o regime geral do referendo popular, e não da Constituição Federal. O âmbito normativo porventura transgredido seria, portanto, o da lei, não o da Carta Magna, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem reiteradamente se posicionado de forma a inadmitir o juízo abstrato de constitucionalidade de ato normativo cujo conteúdo não agrida frontal e diretamente norma constitucional.

2.2 Constitucionalidade formal do Estatuto do Desarmamento

O requerente sustentou a inconstitucionalidade formal de toda a Lei n.º 10.826/2003, tendo em vista a iniciativa privativa do Presidente da República para iniciar o processo legislativo de leis que disponham

² Art. 35. É proibida a comercialização de arma de fogo e munição em todo o território nacional, salvo para as entidades previstas no art. 6º desta Lei.

§ 1º Este dispositivo, para entrar em vigor, dependerá de aprovação mediante referendo popular, a ser realizado em outubro de 2005.

§ 2º Em caso de aprovação do referendo popular, o disposto neste artigo entrará em vigor na data de publicação de seu resultado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

³ Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

[-]

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

⁴ Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do § 3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

sobre as matérias previstas no art. 61, § 1º, II, “e”⁵, da Constituição. No caso dos autos, a lei em apreço – ao revogar a lei de criação do Sistema Nacional de Armas (SINARM), manter sua estrutura e acrescer-lhe competências – teria invadido, a seu ver, a competência privativa do Presidente da República.

Argumentou a SGCT que o Sistema Nacional de Armas é órgão instituído no Ministério da Justiça, no âmbito da Polícia Federal, conforme art. 1º da Lei n.º 9.437/1997. Assim, a Lei n.º 10.826/2003, por seu turno, tão-somente conferiu-lhe novas atribuições, não incidindo em matérias de ingerência privativa do Presidente da República (“criação e extinção de Ministérios e órgãos”).

2.3 Ausência de extração da competência legislativa da União

O Partido Trabalhista Brasileiro alegou que o art. 2º, X⁶, e o art. 23, §§ 1º e 2º⁷, do estatuto, teriam violado o art. 24, V e § 1º⁸, da Constituição

⁵ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

⁶ Art. 2º Ao Sinarm compete:

[...]

X – cadastrar a identificação do cano da arma, as características das impressões de raiamento e de microestriamento de projétil disparado, conforme marcação e testes obrigatoriamente realizados pelo fabricante;

⁷ Art. 23. A classificação legal, técnica e geral, bem como a definição das armas de fogo e demais produtos controlados, de usos proibidos, restritos ou permitidos será disciplinada em ato do Chefe do Poder Executivo Federal, mediante proposta do Comando do Exército. (redação original)

§ 1º Todas as munições comercializadas no País deverão estar acondicionadas em embalagens com sistema de código de barras, gravado na caixa, visando possibilitar a identificação do fabricante e do adquirente, entre outras informações definidas pelo regulamento desta Lei.

§ 2º Para os órgãos referidos no art. 6º, somente serão expedidas autorizações de compra de munição com identificação do lote e do adquirente no culote dos projéteis, na forma do regulamento desta Lei.

⁸ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

V - produção e consumo;

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Federal, na medida em que a competência da União Federal, em matéria afeta à legislatura concorrente, limita-se à edição de normas gerais.

Ressaltou, porém, a SGCT, na defesa da constitucionalidade da lei, que o art. 21, VI⁹ da Carta Magna, por seu turno, prevê que compete à União autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico. Sustentou a SGCT que, estando o desarmamento da sociedade brasileira intimamente ligado à segurança e à ordem públicas, e tendo em vista que as armas de fogo se subsumem no conceito de material bélico, seria o art. 21, VI, e não o art. 24, V, da Constituição, o fundamento constitucional para justificar a edição da Lei Federal n.º 10.826, de 2003.

2.4 Inexistência de violação ao princípio federativo

Alegou o PTB que o art. 5º, §§ 1º e 3º¹⁰, art. 10¹¹, art. 11, I, II e III¹², e art. 29¹³ da Lei n. 10.826/2003, transgridem o princípio federativo, ao retirar a competência administrativa dos Estados para exercício do poder de polícia, no que tange ao registro das armas de fogo.

Argumentou a SGCT, em contrapartida, que o Estatuto do Desarmamento advém de um conjunto de medidas com a finalidade

⁹ Art. 21. Compete à União:

[-]

VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico;

¹⁰ Art. 5º O Certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, desde que seja ele o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa. (redação original)

§ 1º O certificado de registro de arma de fogo será expedido pela Polícia Federal e será precedido de autorização do Sinarm.

[-]

§ 3º Os registros de propriedade, expedidos pelos órgãos estaduais, realizados até a data da publicação desta Lei, deverão ser renovados mediante o pertinente registro federal no prazo máximo de 3 (três) anos. (redação original)

¹¹ Art. 10. A autorização para o porte de arma de fogo de uso permitido, em todo o território nacional, é de competência da Polícia Federal e somente será concedida após autorização do Sinarm.

¹² Art. 11. Fica instituída a cobrança de taxas, nos valores constantes do Anexo desta Lei, pela prestação de serviços relativos:

I – ao registro de arma de fogo;

II – à renovação de registro de arma de fogo;

III – à expedição de segunda via de registro de arma de fogo;

¹³ Art. 29. As autorizações de porte de armas de fogo já concedidas expirar-se-ão 90 (noventa) dias após a publicação desta Lei.

de assegurar a segurança pública no seio do Estado brasileiro. Trata-se de política criminal de âmbito nacional, o que, por sua natureza, requer uniformidade de tratamento. Ademais, a competência legislativa referente a porte, posse e registro de arma de fogo pertence à União. Os Estados, contudo, continuam com as respectivas competências residuais em matéria de segurança pública.

2.5 Conformidade com o Princípio da Presunção de Inocência

O requerente invocou, ainda, a incompatibilidade do art. 14, parágrafo único¹⁴, do art. 15, parágrafo único¹⁵, e do art. 21¹⁶ da Lei n. 10.826/2003, com o art. 5º, LIV (devido processo legal) e LVII (presunção de inocência), da Constituição Federal, bem como com o princípio da intervenção mínima do Direito Penal e da proporção entre as penas, em razão da insusceptibilidade de fiança e liberdade provisória para os referidos crimes.

Sustentou a SGCT ser juridicamente plausível estabelecer a impossibilidade de liberdade provisória ou a inafiançabilidade de alguns dos tipos penais pelo estatuto previstos. Afirmou não se tratar de violação ao princípio da presunção de inocência, por meio do qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII).

Argumentou, também, que a prisão provisória é medida precária de caráter cautelar, cujo objetivo é assegurar o resultado útil do processo, a eficácia da sentença penal. Sua instituição não agride a norma constitucional em apreço.

2.6 Constitucionalidade em relação ao livre exercício da profissão, ao direito adquirido, ao devido processo legal e às normas de competência legislativa

O PTB afirmou que o já mencionado art. 35, §§ 1º e 2º, da Lei n. 10.826/2003, afronta também os princípios do direito adquirido (art.

¹⁴ Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

¹⁵ Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável.

¹⁶ Art. 21. Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insusceptíveis de liberdade provisória.

5º, XXXVI), garantia da propriedade (art. 5º, XXII), livre exercício da profissão (art. 5º, XIII, c/c art. 170, parágrafo único) e devido processo legal (art. 5º, LIV).

Ressaltou a SGCT, primeiramente, que as eventuais incompatibilidades com os princípios do direito adquirido, da garantia do direito de propriedade e do devido processo legal são subsidiárias no tocante à ofensa ao livre exercício da profissão, pelo que a conformidade com este princípio conduz à legitimidade quanto aos demais. Observou que não haveria que se falar em direito adquirido a regime jurídico de uma dada atividade econômica pelo Governo controlada, sob pena de, em nome desse suposto direito, inexistir o dever-poder de controle e de fiscalização das atividades pelo Estado.

No que tange à interpretação do art. 5º, XIII, e do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, afirmou ser possível extrair, dos referidos dispositivos, normas que asseguram o livre exercício da profissão na forma da lei.

Sustentou, assim, caber ao Estado, em atenção ao interesse público, traçar o desenho normativo da propriedade e da liberdade, em seu ordenamento jurídico. A norma, por sua natureza mesma, comporta uma limitação, que será extraída da própria Constituição e por ela delineada. O legislador, com o Estatuto do Desarmamento, em face dos alarmantes índices de violência, através de um juízo de ponderação com o sacrifício do livre exercício da profissão, moldou o direito de comercialização de armas de fogo e de munição, em favor da segurança pública, autorizando-o tão só nos termos da lei.

2.7 Razoabilidade da proibição de aquisição de armas de fogo por menores de 25 anos de idade

Por fim, o PTB levantou a inconstitucionalidade do art. 28¹⁷ da Lei nº 10.826, de 2003, que veda ao menor de 25 anos de idade adquirir arma de fogo, ressalvadas as exceções legalmente previstas.

Argumentou a SGCT que, ao se considerar o espírito do Estatuto do Desarmamento, torna-se evidente que a restrição à aquisição de armas de fogo por menor de 25 anos de idade é adequada, necessária e proporcional aos fins colimados (assegurar a segurança e a ordem públicas), sem operar uma restrição arbitrária à liberdade individual dos menores de 25 anos, tendo em vista que a experiência tem demonstrado os riscos existentes no porte de armas de pessoas nessa faixa etária.

¹⁷ Art. 28. É vedado ao menor de 25 (vinte e cinco) anos adquirir arma de fogo, ressalvados os integrantes das entidades constantes dos incisos I, II e III do art. 6º desta Lei.

3 ARGUMENTOS DA SGCT ACOLHIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Corte Suprema, em julgamento ocorrido em 02 de maio de 2007, por maioria, julgou procedente, em parte, a ADI 3112. Inicialmente, o Tribunal rejeitou, por unanimidade, as alegações de constitucionalidade formal, ao fundamento de que os dispositivos do texto legal impugnado não violam o art. 61, § 1º, II, “e”, da CF, conforme defendido pela SGCT.

Também, por unanimidade, o tribunal julgou improcedente o pedido e acolheu os argumentos apresentados pela SGCT quanto à constitucionalidade dos artigos 2º, X; 5º, §§ 1º, 2º e 3º; 10; 11, II; 12; 23, §§ 1º, 2º e 3º; 25, parágrafo único; 28; 29 e parágrafo único do art. 32 da Lei 10.826/2003, e declarou o prejuízo da ação em relação ao art. 35, da referida lei, em razão da realização, no ano de 2005, do referendo previsto no citado dispositivo legal.

O Tribunal, contudo, por maioria, julgou procedente em parte a ação para declarar a constitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, que proíbem o estabelecimento de fiança, respectivamente, para os crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e de disparo de arma de fogo e do artigo 21, que prevê serem insusceptíveis de liberdade provisória os delitos capitulados nos artigos 16 (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), 17 (comércio ilegal de arma de fogo) e 18 (tráfico internacional de arma de fogo).

Ficaram vencidos parcialmente os Ministros Ayres Britto, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence, que julgavam improcedente a ação quanto aos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente quanto ao parágrafo único do artigo 15 e, em relação ao artigo 21, apenas quanto à referência ao artigo 16.

Veja-se abaixo a ementa do acórdão publicado em 26/10/2007, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. INTROMISSÃO DO ESTADO NA ESFERA PRIVADA DESCARACTERIZADA. PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO RECONHECIDA. OBRIGAÇÃO DE RENOVAÇÃO PERIÓDICA DO REGISTRO DAS ARMAS DE FOGO. DIREITO DE PROPRIEDADE, ATO JURÍDICO PERFEITO

E DIREITO ADQUIRIDO ALEGADAMENTE VIOLADOS. ASSERTIVA IMPROCEDENTE. LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. FIXAÇÃO DE IDADE MÍNIMA PARA A AQUISIÇÃO DE ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE. REALIZAÇÃO DE REFERENDO. INCOMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL. PREJUDICIALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. II - Invasão de competência residual dos Estados para legislar sobre segurança pública incorreta, pois cabe à União legislar sobre matérias de predominante interesse geral. III - O direito do proprietário à percepção de justa e adequada indenização, reconhecida no diploma legal impugnado, afasta a alegada violação ao art. 5º, XXII, da Constituição Federal, bem como ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido. IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” e de “disparo de arma de fogo”, mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade. V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente. VI - Identificação das armas e munições, de modo a permitir o rastreamento dos respectivos fabricantes e adquirentes, medida que não se mostra irrazoável. VII - A idade mínima para aquisição de arma de fogo pode ser estabelecida por meio de lei ordinária, como se tem admitido em outras hipóteses. VIII -

Prejudicado o exame da constitucionalidade formal e material do art. 35, tendo em conta a realização de referendo. IX - Ação julgada procedente, em parte, para declarar a constitucionalidade dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15 e do artigo 21 da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

(Supremo Tribunal Federal. ADI 3112/DF. Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ de 26/10/2007)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme acima narrado, a Advocacia-Geral da União, com o auxílio da Secretaria-Geral de Contencioso, logrou êxito na defesa da constitucionalidade de diversos dispositivos da Lei Federal n. 10.826/2003, perante o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 3112/DF em 02/05/2007.

O Estatuto do Desarmamento foi editado em um contexto sócio-político que envolvia a imperiosa necessidade de conter os índices alarmantes de violência no Brasil, através, dentre outras medidas, de restrições à comercialização, à posse e ao porte de armas de fogo.

As medidas contempladas pela Lei n. 10.826/2003, traduzem a fundamental exigência de trazer ao povo brasileiro um ambiente social, no qual a segurança e a ordem públicas imponham-se. Dentro desse espírito e em atenção ao clamor da sociedade brasileira, editou-se o referido estatuto, para concretizar o direito fundamental à segurança, previsto nos arts. 5º, *caput*, e 144 da Carta Magna.

Ressalte-se que o referido diploma legislativo foi editado com a finalidade de adequar a legislação brasileira à tendência legislativa mundial, que apontava para a restrição ao uso das armas de fogo, com o objetivo de resguardar o indivíduo e a sociedade do abuso perpetrado na utilização dessas armas.

Após sua publicação, foi editado o Decreto n. 5123/2004, que regulamentou a Lei 10826/2003 e foram lançadas diversas Campanhas do Desarmamento, que já recolheram mais de 600.000 (seiscentas mil) armas de fogo no Brasil. A título de exemplo, a Campanha Nacional do Desarmamento de 2012 buscou a mobilização da sociedade brasileira para retirar de circulação o maior número possível de armas de fogo¹⁸. A entrega voluntária de armas pelos cidadãos é uma orientação prevista no

¹⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Campanha Nacional do Desarmamento*. Disponível em: <http://www.entreguesuarma.gov.br/desarmamento/>. Brasília, 2013, Acesso em: 25 mar. 2013.

Estatuto do Desarmamento e pôde ser feita em mais de 2 mil postos de coleta em todo o Brasil.

Além da entrega, a campanha teve o objetivo de conscientizar a população para os riscos de ter uma arma de fogo. Com o conceito “Proteja sua família. Desarme-se.”, a campanha trouxe uma abordagem emocional, com depoimentos baseados em casos reais de pais e mães que perderam seus filhos em acidentes ou brigas. Situações cotidianas que, com uma arma, podem se transformar em fatalidade.

Importante, também, destacar que estudos como o “Mapa da Violência 2013: mortes *matadas* por armas de fogo”¹⁹, realizado com fundamento em dados do Subsistema de Informação sobre Mortalidade (SIM) do Ministério da Saúde, apontam diminuição da violência e queda nos índices de homicídio com arma de fogo, após a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento.

Apontou o estudo que, entre 1990 e 2003, o crescimento dos homicídios com arma de fogo foi relativamente sistemático e regular, com um ritmo muito acelerado: 7,3% ao ano. Depois do pico de 39,3 mil mortes em 2003, os números caíram para aproximadamente 36 mil justamente em razão da entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento e das Campanhas do Desarmamento realizadas. Destaque-se que as mortes por acidentes com armas caíram 8,8% e que as mortes por causalidade indeterminada, isto é, sem especificação (suicídio, homicídio ou acidente), tiveram uma significativa queda, evidenciando uma melhoria na apuração das informações.

Estudo realizado pela Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde, intitulado “Redução de homicídios no Brasil”²⁰ também apontou que uma das principais causas identificadas para esta redução no número de homicídios consiste na publicação do estatuto do desarmamento e no recolhimento de armas pelas Campanhas do Desarmamento. Importante, ainda, ressaltar que os investimentos em segurança pública, tanto da União, por meio da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), quanto por estados e municípios, também tiveram o papel de estimular o desenvolvimento de estruturas de segurança pública e de projetos locais para o enfrentamento da violência, induzindo políticas locais.

Por derradeiro, conclui-se que a Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União desempenhou relevantíssimo papel na

¹⁹ WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2013: mortes matadas por armas de fogo*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

²⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Redução de homicídios no Brasil*. Disponível em: <<http://pd़ba.georgetown.edu/Security/citizensecurity/brazil/documents/rh.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

defesa da constitucionalidade de diploma legal que, de fato, concretiza o direito fundamental à segurança.

Hoje, quase dez anos após a entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento e após a declaração de constitucionalidade pelo STF de seus dispositivos estruturais, pode-se afirmar que a sociedade saiu vencedora com as restrições impostas à comercialização das armas de fogo e munições.

REFERÊNCIAS

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Campanha Nacional do Desarmamento*. Disponível em: <<http://www.entreguesuarma.gov.br/desarmamento/>>. Acesso em: 25 mar. 2013. Brasília, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Redução de homicídios no Brasil*. Disponível em: <<http://pdbs.georgetown.edu/Security/citizensecurity/brazil/documents/rh.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2013: mortes matadas por armas de fogo*. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2013.

OS LIMITES DE IDADE PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS E A INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DO ART. 10 DA LEI 6.880/1980

*THE AGE LIMITS FOR ENLISTMENT IN ARMED FORCES AND
THE ARTICLE 10 OF THE MILITARY STATUTE SUPERVENING
UNCONSTITUTIONALITY*

*Francisco de Assis Rodrigues
Advogado da União e mestrandão em Direito
Constitucional pela Universidade de Lisboa*

SUMÁRIO: 1 Atuação da SGCT no RE 600.885; 2 Desdobramentos legislativos; 3 Desdobramentos doutrinários; 3.1 Conflito intertemporal entre direito pré-constitucional e nova Constituição: revogação ou inconstitucionalidade superveniente?; 3.2 A questão no direito brasileiro; 3.3 Decorrência do entendimento firmado na ADI 2; 3.4 Desdobramentos da decisão do RE 600.885 na atuação da SGCT; 4 Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo destina-se à análise da atuação da Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT) da Advocacia-Geral da União no RE 600.885, bem como da decisão proferida no mencionado processo. Será feita, inicialmente, uma contextualização do caso, dando-se ênfase à atuação da SGCT. Em seguida, será feita uma breve notícia dos desdobramentos legislativos decorrentes deste julgamento. Após, a análise focará nos desdobramentos doutrinários da decisão proferida nesses autos. Demonstrar-se-á que a decisão do RE 600.885, ao modular os efeitos da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980, representou uma viragem da jurisprudência do STF sobre a qualificação jurídica da desconformidade do direito pré-constitucional com a nova Constituição (tal fenômeno seria não mais qualificado como revogação, mas sim como inconstitucionalidade superveniente). Por fim, serão exploradas algumas decorrências práticas dessa mudança jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Lei Pré-constitucional. Nova Constituição. Inconstitucionalidade Superveniente.

ABSTRACT: This paper aims both to analyze the work undertaken by the Attorney General's Office (SGCT) concerning Extraordinary Appeal n. 600.885 (RE 600.885), as well as examine the Brazilian Supreme Court (STF) holding on this lawsuit. Firstly, there will be a case overview, focusing on the allegations brought by the SGCT before the STF. Secondly, there will be a short account of the legislative unfoldments from this trial. Thirdly, the analysis will center on the doctrinal developments of said STF ruling. It will be argued that, by modulating the effects of the non-reception of art. 10 of Law 6.880/1980, the ruling on RE 600.885 represents a turning point in the STF jurisprudence regarding prior laws inconsistent with a supervening Constitution. Such phenomenon can no longer be qualified as a mere abrogation, but rather as a supervening unconstitutionality. Finally, practical consequences arising from this jurisprudential shift will be investigated.

KEYWORDS: Constitutional Law. Pre-constitutional Legislation. New Constitution. Supervening Unconstitutionality.

1 ATUAÇÃO DA SGCT NO RE 600.885

A fixação de limite de idade para ingresso nas Forças Armadas foi um tema recorrentemente discutido nos tribunais brasileiros pelo período de quase 25 anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Muito se questionou a respeito da fixação deste limite de idade por meio de ato infra legal, em especial diante do alargamento do princípio da legalidade trazido pela nova Constituição. A questão foi, finalmente, solucionada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 600.885, sendo este um dos vários casos em que a atuação da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União (SGCT), nos seus 10 anos de existência, mostrou-se decisiva no processo de concretização dos preceitos da Constituição de 1988.

Este artigo destina-se, assim, a analisar a decisão proferida pelo STF no RE 600.885, bem como a atuação da SGCT, explorando-se os desdobramentos legislativos e doutrinários do julgamento.

No mencionado processo, discutiu-se a nulidade da cláusula inserta no edital do Concurso de Admissão aos Cursos de Formação de Sargentos de 2008/2009, que impunha limite de idade máxima de 24 anos como requisito de ingresso no curso.

O candidato e autor da referida demanda sustentou que a exigência feita pelo Exército brasileiro era inconstitucional, em virtude do disposto no inciso X do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, que determina que somente lei disporá sobre os limites de idade para ingresso nas Forças Armadas (*“a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade”*).

Julgado procedente o pedido em todas as instâncias, a União interpôs recurso extraordinário, alegando, no que importa para o presente artigo, que o art. 10 da Lei 6.880/1980 fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que, por isso, era legítima a delegação do poder regulamentar às Forças Armadas, aí incluso o poder para estabelecer limite de idade de ingresso por meio do edital do certame.

O dispositivo legal em questão possui o seguinte teor: *“Art. 10. O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.”*

A União destacou, ainda, a necessidade de submeter o feito à sistemática da repercussão geral, diante da grande relevância jurídica e social, uma vez que milhares de candidatos ao ingresso na carreira militar encontravam-se na mesma condição do autor da demanda, qual

seja, acima do limite de idade. Tal situação poderia refletir negativamente nas atividades e na estrutura hierárquica e de comando inerente às Forças Armadas.

No STF, a Ministra relatora, Cármem Lúcia, assim sintetizou a controvérsia discutida no processo:

O caso presente exige seja analisado se a regra do art. 10 da Lei n. 6880/1980 teria sido, ou não recepcionada pela Constituição de 1988, em cujo art. 142, § 3º, inc. X, se fixou que apenas lei, tomada em sentido material e formal, poderia definir obrigações a serem atendidas pelos candidatos aos cargos das Forças Armadas.

No julgamento do RE 600.885, entendeu o STF que os limites deveriam ser fixados por lei, e que esta não poderia desertar do seu papel, tendo em vista que a Constituição Federal estabeleceu um núcleo mínimo de requisitos que não poderia fugir à legalidade estrita. Por esta razão, concluiu-se pela não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980:

Tem-se, pois, que a definição dos requisitos a serem preenchidos pelos candidatos a ingressar nas Forças Armadas haverá de se dar por lei, cujo conteúdo mínimo já vem determinado constitucionalmente. Dentre os elementos que compõem aquele conteúdo mínimo está, exata e expressamente, o requisito referente aos limites de idade.

Logo, não poderia a lei desertar do seu papel constitucional e delegar o que por delegação não poderia ocorrer, a saber, a definição dos limites de idade para o ingresso nas Forças Armadas. E é exatamente o que me parece significar a transferência ao administrador público do que a Constituição conferiu, com exclusividade, à atuação do legislador: a definição daqueles limites.

Daí porque concluo não ter sido recepcionada expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” contida no art. 10 da Lei 6.880/1980.

No entanto, não se limitou o STF a simplesmente fazer o juízo de não-recepção, pois, afinal de contas, a norma tida por revogada produzira efeitos por quase vinte e cinco anos após a promulgação da Constituição. Vários concursos foram realizados, nos quais se impôs o limite de idade com base na norma contida no art. 10 da Lei 6.880/1980. Assim, em

nome da segurança jurídica, resolveu o STF modular os efeitos da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980 pela Constituição Federal:

Todavia, há de se considerar que, passados mais de vinte e dois anos da vigência da Constituição brasileira de 1988, enorme número de concursos públicos foram realizados tomando-se como fundamentos dos editais exatamente a norma agora tida como não recepcionada.

Assim, com base no princípio da segurança jurídica, passado interregno alargado de vigência da Constituição da República de 1988, período no qual dezenas de seleções públicas foram realizadas com observância daquela regra legal, modulo os efeitos da não-recepção para manter a validade dos certames realizados pelas Forças Armadas e em cujos editais e regulamentos se tenha fixado limites de idade com base no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011, ressalvado, como é óbvio, o direito do ora Recorrido, que se mantém hígido por força da decisão judicial agora confirmada.

Tal decisão representou vitória significativa para a União, pois, apesar de negar provimento ao seu recurso extraordinário, assegurou a validade de todos os concursos realizados após a promulgação da Constituição de 1988. Teve ainda o STF a preocupação de declarar a não-recepção *pro futuro* o que, a um só tempo, garantiria a validade dos concursos em andamento e ainda permitiria que o legislador pudesse evitar um vácuo normativo. Fixou-se, então, a data de 31 de dezembro de 2011. A partir daí, a fixação de limite de idade em ato infralegal violaria a exigência de lei inscrita no § 3º do art. 142 da Constituição Federal. A sucumbência da União, portanto, limitou-se às ações com idêntico objeto ajuizadas até aquele julgamento.

Tendo sucumbido quanto a este ponto, a SGCT opôs embargos de declaração, por meio dos quais requereu ao STF que fixasse critérios de proporcionalidade, estabelecendo padrões objetivos que pudesse ser aplicados às ações judiciais em curso, a fim de evitar, por exemplo, que candidatos que ultrapassem em muito o limite de idade não tivessem suas demandas julgadas procedentes.

Posteriormente, a SGCT protocolizou nova petição, por meio da qual noticiou o trâmite de projetos de lei para fixação do limite de idade para ingresso nas Forças Armadas e, por essa razão, requereu que os efeitos da não-recepção fossem prorrogados até 31 de dezembro de 2012. A atuação da SGCT, quanto a este pedido de dilação do prazo, será analisada detalhadamente no próximo tópico.

No julgamento dos embargos declaratórios, o STF negou a pretensão de estabelecimento de critérios de proporcionalidade, mas deferiu o pedido de dilação do prazo de não-recepção – estendendo-o até 31 de dezembro de 2012 –, e ainda fez a ressalva expressa, a fim de extirpar qualquer dúvida, de que a declaração de não-recepção da expressão contida no art. 10 da Lei 6.880/1980 não prejudicava os candidatos com ações ajuizadas.

2 DESDOBRAMENTOS LEGISLATIVOS

O julgamento do RE 600.885 foi fundamental para edição de uma série de leis, que acabaram por fixar, dentre outros assuntos, os limites de idade para ingresso nas Forças Armadas.

Em decorrência direta do julgamento de mérito do RE 600.885, a Presidência da República encaminhou ao Congresso Nacional, em regime de prioridade, os Projetos de Lei nº 2843/2011 e nº 2844/2011, que propunham, respectivamente, (i) a alteração da Lei nº 11.279/06, na parte em que trata dos requisitos para ingresso nas carreiras da Marinha, e (ii) o estabelecimento dos requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército.

Apesar do empenho do Governo Federal, o prazo fixado pelo Supremo Tribunal Federal no primeiro acórdão não se revelou suficiente. Assim, no ano de 2012, em razão do vácuo legislativo formado, doze processos seletivos para ingresso na Marinha e oito para ingresso no Exército, estavam suspensos. Diante deste cenário, a Marinha e o Exército solicitaram à SGCT que interviesse junto ao STF, solicitando a prorrogação do prazo da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980.

A SGCT elaborou, então, como já mencionado no tópico anterior, um memorial, no qual destacou que todos os esforços para a aprovação dos projetos de lei estavam sendo envidados e, em razão de excepcional interesse social, solicitou a prorrogação da não-recepção da norma. O Supremo Tribunal Federal acatou este argumento, destacando que o indeferimento da prorrogação geraria uma situação de grave insegurança jurídica e deferiu a prorrogação até 31 de dezembro de 2012.

A atuação da SGCT foi decisiva para que os projetos de lei fossem aprovados, bem como para que fossem realizados novos concursos para ingresso nas Forças Armadas durante o prazo de tramitação destes projetos.

Assim, dentro do prazo requerido pela SGCT, foram editadas as seguintes normas:

- Lei 12.464/2011: fixa o limite de idade para ingresso na Aeronáutica no inciso V do art. 20;
- Lei 12.704/2012 alterou a Lei 11.279/2006, para acrescentar o art. 11-A, no qual o limite de idade para ingresso na Marinha do Brasil também foi detalhadamente disciplinado;
- Lei 12.705/2012, por seu turno, fixou, no art. 3º, os limites de idade para ingresso no Exército Brasileiro.

Muito embora o STF não tenha utilizado expressamente a técnica de apelo ao legislador, a edição de tais leis são um indicativo positivo do diálogo institucional entre os Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. Muda-se, assim, aquela visão de que o legislador simplesmente ignorava as decisões do Supremo Tribunal Federal, o que vem a valorizar o controle recíproco dos poderes, essencial para o bom funcionamento da República. De se salientar, ainda, que a interlocução perante estes Poderes realizada pela SGCT revelou-se salutar, pois este órgão da AGU conseguiu afinar as razões de interesse social à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, possibilitando ao Poder Legislativo a edição das leis necessárias.

3 DESDOBRAMENTOS DOUTRINÁRIOS

A importância do julgamento do RE 600.885 não se limita, no entanto, à questão do limite de idade estabelecido como requisito de ingresso nas Forças Armadas. Como foi visto, o STF *modulou* os efeitos da não-recepção do art. 10 da Lei 6.880/1980 pela Constituição Federal.

Em vez de ter considerado que, após a entrada em vigor da Constituição de 1988, tal norma estava simplesmente revogada – que a partir daquele momento não produziria mais efeitos –, optou a Suprema Corte por dizer que os efeitos da não-recepção seriam *pro futuro*, mais especificamente que referida norma não seria mais considerada recepcionada após 31 de dezembro de 2012.

Não se questiona aqui o fato de, em nome da segurança jurídica, ter o STF se valido da técnica da modulação dos efeitos. Tal medida era extremamente necessária, pois, passadas mais de duas décadas da promulgação da Constituição, vários concursos foram realizados sob a égide da norma tida por revogada. Assim, a declaração pura e simples de que tal norma não produziu efeitos desde a entrada em vigor da nova Constituição macularia a validade de vários concursos, causando um verdadeiro caos na organização administrativa das Forças Armadas.

No entanto, o que se questiona é se o fenômeno da *revogação* comporta a modulação de efeitos, pois esta, como se sabe, é típica técnica decisória presente nos provimentos jurisdicionais que reconhecem a *inconstitucionalidade*.

No direito brasileiro, a incompatibilidade do direito pré-constitucional com a nova Constituição é caso de *revogação*, tendo o STF rejeitado a tese da *inconstitucionalidade superveniente* no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2 (ADI 2).

No julgamento do RE 600.885, no entanto, o STF modulou os efeitos da revogação, mas nada foi dito a respeito de aquela decisão ser ou não uma decisão de inconstitucionalidade. Assim, impõe-se uma breve distinção entre revogação e inconstitucionalidade superveniente.

3.1 Conflito intertemporal entre direito pré-constitucional e nova constituição: revogação ou inconstitucionalidade superveniente?

As noções de constitucionalidade e inconstitucionalidade designam, nas palavras de Jorge Miranda, conceitos de relação: “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela ou não a sua base”.¹ Múltiplas são as possibilidades de conflitos intertemporais entre a Constituição, tomada como parâmetro, e os atos jurídicos públicos cuja (in)constitucionalidade será aferida.

Quando se toma como ponto de referência o *momento da decisão de inconstitucionalidade*, essa relação de desconformidade pode ser *pretérita* ou *presente*². Na *inconstitucionalidade presente*, a relação de desconformidade se dá com uma Constituição que está em plena vigência no momento em que proferida a decisão de inconstitucionalidade. Na *inconstitucionalidade pretérita*, a relação desconformidade se dá entre “um acto ou uma norma e uma norma constitucional que já não se encontra em vigor mas que desempenhou, em relação a tal acto ou a tal norma, função conformadora ou paramétrica.”³ O qualificativo pretérito refere-se, desse modo, à norma constitucional desrespeitada. Inconstitucionalidade pretérita representa, nas palavras de Miguel

¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 7-8.

² TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade Pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos Dez Anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987. p. 267-343. p. 272

³ TELES, op. cit. p. 267-343. p. 272.

Galvão Teles, uma abreviatura da locução *inconstitucionalidade por desconformidade com norma constitucional pretérita*.

Por outro lado, quando se toma como ponto de referência *o momento do surgimento da incompatibilidade* do ato com a Constituição, tem-se que a inconstitucionalidade poderá ser *originária* ou *superveniente*.⁴ A *inconstitucionalidade originária* implica que um ato jurídico público colida desde o momento da sua formação com o parâmetro constitucional, assim, “o parâmetro constitucional pré-existe ao acto que a ele é desconforme.”⁵ A *inconstitucionalidade superveniente*, por sua vez, tem lugar quando “um acto originariamente conforme com a Constituição entra posteriormente em confronto com uma norma constitucional, editada sucessivamente ao momento do início da vigência do mesmo acto.”⁶

Esta classificação da inconstitucionalidade superveniente é a faceta do fenômeno da inconstitucionalidade que importa para a análise do presente artigo, pois está em cheque a conformidade do art. 10 da Lei 6.880/1980 (norma pré-constitucional, portanto) com a Constituição de 1988 (parâmetro de controle de constitucionalidade superveniente).

No entanto, sabe-se que o tratamento desse fenômeno sob o aspecto da inconstitucionalidade não é pacífico. Muito pelo contrário, no direito brasileiro, como já mencionado, o próprio Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido diametralmente oposto, tendo refutado expressamente tal tese e firmado o entendimento de que, em casos tais, trata-se de mera revogação. Em outras palavras, o STF tratou da questão como um conflito intertemporal de leis.

3.2 A questão no direito brasileiro

Ao contrário das Constituições de 1891 (art. 83), 1934 (art. 187) e 1937 (art. 183), a Constituição de 1988 não possui norma expressa a respeito do *status* do direito pré-constitucional em desconformidade com as novas normas constitucionais. No entanto, apesar do vácuo normativo a partir da Constituição de 1946, formou-se no direito brasileiro uma inegável tradição de tratar como revogado o direito pré-constitucional em desconformidade com uma Constituição superveniente.

Apesar de minoritária, sempre houve corrente que defendesse, entre nós, o tratamento da questão sob o viés da inconstitucionalidade.

⁴ TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade Pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos Dez Anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987. p. 267-343. pp. 274-275

⁵ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 164.

⁶ MORAIS, op. cit.p. 164.

Castro Nunes entendia ser inconciliável a ideia de revogação e inconstitucionalidade superveniente e defendia que a norma pré-constitucional em desconformidade com a nova Constituição deveria ser tratada como um ato puramente inconstitucional.⁷

Lúcio Bittencourt era adepto de uma posição conciliatória. Não descartava a ideia de revogação nem muito menos a de inconstitucionalidade. Para ele, a revogação era uma consequência da inconstitucionalidade.⁸ Esse mesmo entendimento foi perfilhado mais recentemente por José Afonso da Silva, para quem a “eficácia ab-rogativa das normas constitucionais, de todas elas, pode ser expressa ou tácita, por incompatibilidade verdadeiramente vertical, mas com uma solução de incompatibilidade horizontal”.⁹ Assim, entende que a Constituição de 1988 alberga a tese da *revogação por inconstitucionalidade*.

Não obstante a existência de tais entendimentos, o Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da Constituição de 1988, reafirmou o pensamento majoritário, tendo assentado, no julgamento da ADI 2, que o direito anterior incompatível com a nova Constituição era simplesmente revogado. Por esta razão, não conheceu da mencionada ADI, pois a ação direta de inconstitucionalidade destinava-se à declaração de inconstitucionalidade de uma lei e não para se fazer um juízo sobre a sua revogação.

O Ministro relator da ADI 2, Paulo Brossard, pautou-se na ideia de *nulidade da lei inconstitucional* para justificar a adoção da teoria da revogação como a melhor saída para o tratamento do fenômeno da incompatibilidade do direito anterior com a nova Constituição. Ateve-se àquela noção, trazida do direito americano por Rui Barbosa, de que a lei contrária à Constituição é como se não existisse. Então, questionou o Ministro Paulo Brossard:

Como é possível considerar que uma lei seja válida até o momento da promulgação do novo texto constitucional e daí por diante se considere nula ou inexistente? Se nulidade houvesse, essa nulidade atingiria a lei desde o seu nascimento, e consequentemente deveriam ser desfeitas todas as relações jurídicas constituídas sob a sua égide.

E mais adiante salienta:

⁷ NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 603.

⁸ BITTENCOURT, A. C. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p. 133.

⁹ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 217-218.

A tese segundo a qual as leis anteriores à Constituição quando inconciliáveis com esta não são revogadas, mas são inconstitucionais e assim devem ser declaradas através do procedimento adequado, subverte a noção de inconstitucionalidade. [...] Segundo doutrina consagrada, é *ex tunc* o efeito da declaração de inconstitucionalidade. Por que ela é congênita à lei, ela pré-existe à declaração judicial. O julgador não muda a lei, fazendo-a nula quando era válida, apenas declara o vício pré-existente. [...] Como poderia falar em efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade da lei anterior à constituição, se ele coubesse, se ele não fosse, como é, um contra-senso? Ou teria de ser *ex nunc*? Teria de admitir-se dois tipos de inconstitucionalidade, um a produzir efeitos *ex tunc* outro a produzir efeitos *ex nunc*.

Como se nota, o dogma da nulidade do ato inconstitucional foi um dos argumentos decisivos para se concluir que o fenômeno seria caso de revogação, pois como todo ato inconstitucional seria nulo desde o seu nascimento, não se admitiria que tal ato tivesse produzido efeitos antes do advento do novo parâmetro constitucional, que deu causa à inconstitucionalidade superveniente.

No entanto, o tratamento do fenômeno da inconstitucionalidade pela ideia da nulidade há muito já se mostrou insuficiente. Sinais que evidenciam o reconhecimento desta insuficiência, no direito brasileiro, são o art. 27 da Lei 9.868/1999, que autoriza a modulação de efeitos em ADI, e a jurisprudência do próprio STF, mormente a partir do *leading case* RE 197.917, que passou a admitir a modulação de efeitos também em processos de controle de constitucionalidade concreto.

Assim, a ideia de revogação, firmada na ADI 2, assenta-se em uma concepção de inconstitucionalidade não mais em voga no direito brasileiro.

3.3 Decorrência do entendimento firmado na ADI 2

O julgamento da ADI 2 foi paradigmático, pois, a partir dele, o STF não mais consegue de Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo objeto fosse lei anterior à Constituição, ou seja, reduziu-se sobremaneira o objeto daquele instrumento processual e, consequentemente, negou à decisão que declarasse a desconformidade do direito anterior com a Constituição os efeitos gerais (*erga omnes*) corriqueiramente produzidos pela decisão tomada em sede de ADI.

Ainda como consequência desse julgamento, também se reafirmou o entendimento de que a declaração de não-recepção do direito anterior

com a nova Constituição não precisaria observar a cláusula da reserva de plenário (*full bench*) prevista no art. 97 da Constituição, segundo a qual a constitucionalidade de uma lei só deve ser declarada por voto da maioria absoluta dos membros de um tribunal.

E, uma terceira decorrência, que entra em contradição direta com a decisão tomada no RE 600.885, é a impossibilidade de se modular os efeitos da revogação de uma norma pré-constitucional pela Constituição. O STF, ao julgar uma série de recursos extraordinários, havia firmado entendimento neste sentido:

A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descharacteriza um dos pressupostos indispesáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.

(STF, RE 353508, Min. CELSO DE MELLO, 2^a Turma, 15/05/2007)

A despeito da existência deste e de diversos outros precedentes, negando taxativamente a modulação de efeitos da não-recepção, o STF, no julgamento do RE 600.885, modulou expressamente os efeitos da não-recepção. Mas ora, o entendimento de que o fenômeno se resolve por simples revogação também implica que a norma ordinária anterior contrária à nova norma constitucional é revogada imediatamente após a entrada em vigor do novo parâmetro constitucional.

Tal fato foi inclusive ressaltado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 2: “A incompatibilidade vertical superveniente de leis ordinárias anteriores, resultante da sua colidência com o novo ordenamento constitucional, gera a **imediatá** revogação dos atos hierarquicamente inferiores.”

A ideia de modulação de efeitos contraria, assim, a própria noção de revogação, pois “todos efeitos produzidos por norma tacitamente revogada, após o momento da revogação, *seriam irremediavelmente ineficazes, sem possibilidade de salvaguarda.*”¹⁰

¹⁰ MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade.* Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 168.

Assim, é inegável que o STF, ao modular os feitos da revogação do art. 10 da Lei 6.880/1980 pela Constituição de 1988, implicitamente, alterou o seu entendimento jurisprudencial a respeito da qualificação jurídica do ato pré-constitucional incompatível com a Constituição superveniente.

3.4 Desdobramentos da decisão do RE 600.885 na atuação da SGCT

Nota-se, assim, que o tratamento reducionista¹¹ da questão como simples revogação, trouxe à tona, portanto, a insuficiência da abordagem desse fenômeno simplesmente pelo viés da sucessão de leis no tempo. Ademais, a manutenção do antigo entendimento firmado na ADI 2, paralelamente às novas técnicas de decisão que vêm sendo adotadas pelo STF, na prática, acaba por mesclar os conceitos de revogação e inconstitucionalidade, atribuindo àquela traços distintivos da essência desta e, por conseguinte, subvertendo o próprio sentido técnico de cada um dos institutos.

Importante frisar que não se reacendeu, no julgamento do RE 600.885, a discussão do enquadramento da questão como revogação ou inconstitucionalidade. No entanto, nos próprios votos e debates os Ministros tratam do fenômeno, por vezes, não como revogação, mas sim expressamente utilizando a expressão “inconstitucionalidade superveniente”.¹²

Antes mesmo do julgamento do RE 600.885, já se via uma atenuação da tendência reafirmada no julgamento da ADI 2. Na ADI 3619, o STF permitiu o controle de constitucionalidade de norma pré-constitucional que havia sido meramente compilada em norma pós-constitucional. Gilmar Mendes aponta, ainda, que o STF, ao apreciar a ADI 3833, que impugnou o Decreto Legislativo n. 444/2002 em face da EC n. 41/2003, afirmou que, a despeito de se cuidar de direito pré-

¹¹ O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 2, já havia alertado para um dos problemas decorrentes do reducionismo que é tratar a questão como mera revogação: “Reducir o problema às dimensões da simples revogação da norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior – se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade –, redundaria fechar-lhe a via da ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o País, até chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim da longa caminhada pelas vias frequentemente tortuosas do sistema de recursos”.

¹² Quanto a este ponto, é de se salientar que o Ministro Gilmar Mendes fala do art. 10 da Lei 6.880/1980 como lei ainda constitucional em processo de inconstitucionalização, razão pela qual sugeriu, inclusive, que a Corte fizesse, naquele caso, um apelo ao legislador. Na mesma direção trilharam os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski, que falaram expressamente em inconstitucionalidade da referida norma.

constitucional, poderia aquela Corte reexaminar incidentalmente, em controle abstrato, a revogação ou não-recepção do direito anterior.¹³

Neste processo gradual de viragem jurisprudencial, o julgamento do RE 600.885 se destaca, pois nele o fenômeno da incompatibilidade do direito pré-constitucional com a nova constituição foi tratado inequivocamente como inconstitucionalidade superveniente.

Neste novo cenário, vislumbram-se novos horizontes de atuação da SGCT. Isso porque, apesar de o STF, no RE 600.885, ter tratado o caso pelo viés da inconstitucionalidade, continua, por outro lado, a admitir recursos extraordinários por violação ao art. 97 da Constituição, quando o objeto de tais recursos implicam o cotejo de norma pré-constitucional e norma constitucional superveniente, ou seja, consideram não ser necessária a observância da reserva de plenário para declarar a desconformidade de direito anterior a 1988 com a Constituição¹⁴. Diante disto, abre-se uma nova perspectiva de atuação para a SGCT, uma vez que agora poderá recorrer para ver admitidos os recursos extraordinários da União por violação ao art. 97, nos quais se questionam a compatibilidade de direito pré-constitucional com a Constituição de 1988.

Outra possibilidade é reavivar o debate quanto à utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade como instrumento de controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional. Abre-se espaço também para discutir um possível esvaziamento do papel da ADPF no tocante à sua atribuição de também servir ao controle do direito pré-constitucional. Tal instrumento, regulado pela Lei 9.882/1999, que já vinha sendo timidamente utilizado - em comparação aos outros instrumentos de controle de constitucionalidade -, pode cair ainda mais em desuso depois do alcance que se deu à decisão proferida no RE 600.885.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusões, pode-se dizer que o julgamento do RE 600.885 é significativo na comemoração dos 25 anos de promulgação da Constituição Federal e nos 10 anos da Secretaria-Geral de Contencioso.

Como foi visto, a atuação da SGCT, ao articular as necessidades do Poder Executivo perante o Supremo Tribunal Federal, permitiu que aquela Corte, valendo-se das modernas técnicas de decisão da Justiça Constitucional, conferisse ao Poder Legislativo tempo hábil para edição

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.1179.

¹⁴ Neste sentido, merecem destaque as recentes decisões monocráticas, que negaram seguimento a recursos da União: ARE 652.658, RCL 14.736, AI 776.887, dentre outros.

das leis que fixaram os limites de idade para ingresso nas Forças Armadas. É de se ver, portanto, que a atuação da SGCT não se limitou à defesa judicial da União, mas também fomentou o diálogo institucional dos Poderes, essencial para o equilíbrio da República.

Por fim, foi visto que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 600.885, embora não explicitamente, mudou, quase 25 anos após a promulgação da Constituição de 1988, a sua jurisprudência há muito sedimentada a respeito da qualificação dos atos pré-constitucionais incompatíveis com a Lei Maior. E esse julgamento do RE 600.885 representou, a um só tempo, um dentre vários exemplos de atuações bem-sucedidas da SGCT nesses primeiros 10 anos de existência, como também a criação de um solo fértil para a discussão de futuras possibilidades de atuação da Secretaria-Geral de Contencioso nos anos que ainda vêm.

REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, A. C. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2013.
- MORAIS, Carlos Blanco. *Justiça Constitucional: Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2006.
- NUNES, Castro. *Teoria e Prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TELES, Miguel Galvão. Inconstitucionalidade Pretérita. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Nos Dez Anos da Constituição*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1987.

ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR. ATUAÇÃO DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO NA CURADORIA DA LEI Nº 10.671/2003.

ESTATUTO DE DEFENSA DE LOS AFICIONADOS. FUNCIONAMIENTO DE LA SECRETARÍA-GENERAL DE LITÍGIOS EN LA DEFENSA DA LEY Nº 10.671/2003

*Thiago Carvalho Barreto Leite
Advogado da União
Secretaria-Geral de Contencioso
Departamento de Acompanhamento Estratégico*

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares. *Mens Legis*; 2 Ajuizamento da ADI nº 2937 e manifestações dos órgãos constitucionais. Defesa do ato pela AGU; 3 Atuação estratégica da SGCT; 3.1 Autonomia desportiva. Alcance do art. 217, I, CRFB; 3.2 Competência legislativa. Inexistência de delegação de poder de polícia ; 4 Suprema Corte acolhe as teses defendidas pela SGCT; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O esporte movimenta a sociedade brasileira, com grandes impactos na economia. Ocorre que, o principal destinatário e financiador das práticas desportivas, o torcedor, está, na maioria das vezes, em situação de hipossuficiência frente aos organizadores de eventos desportivos. Diante dessa constatação, verificou-se a necessidade de tutelar o torcedor, o que veio a lume com a Lei nº 10.671/2003, conhecida como Estatuto de Defesa do Torcedor. Inconformado com a edição da referida lei, partido político, com representação no Congresso Nacional, ajuizou ação direta de constitucionalidade, ADI nº 2.937, contra vários dispositivos legais. Na concepção do requerente os dispositivos impugnados violariam a Constituição Federal, em especial, o art. 217, I, CRFB, que consagra a autonomia das entidades desportivas. A Advocacia-Geral da União, exercendo seu *munus* constitucional, realizou a defesa da lei impugnada. Além disso, a ação foi acompanhada estratégicamente pela Secretaria-Geral de Contencioso. O Supremo Tribunal Federal refutou, integralmente, as alegações contidas na inicial, acolhendo os argumentos defendidos pela AGU.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto de Defesa do Torcedor; Autonomia Desportiva e Soberania. Competência Legislativa da União. Tutela da parte Hipossuficiente.

RESUMEN: Las prácticas deportivas movimentan la sociedad brasileña, con un gran impacto en la economía. La Ley nº 10.671/2.003 viene a tutelar las hinchas, que todos los días se dirigen a las canchas. Insatisfecho con la promulgación de esa ley, uno partido político, con representación en el Congreso Nacional, presentó una acción directa de constitucionalidad, ADI N ° 2937, contra esa ley. La Advocacia-Geral da União (AGU), llevó a cabo la defensa de la ley impugnada. En el juicio de la acción directa de constitucionalidad, la Suprema Corte confirmó los argumentos emitidos por esa AGU.

PALABRAS CLAVE: Estatuto de Defensa de los Aficionados. Autonomía y la Soberanía Deportiva. Competencia Legislativa de la Unión. Tutela de los Vulnerables

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES. MENS LEGIS

O esporte faz parte da cultura nacional e está extremamente atrelado ao modo de vida do brasileiro. É usual a referência ao Brasil como a “pátria de chuteiras”. Trata-se de fator de identificação da sociedade brasileira.

Segundo dados do atlas do esporte no Brasil¹, que apresenta dados de uma das maiores pesquisas sobre esporte no mundo, em 2003 havia cerca de 74 milhões de praticantes ocasionais de esportes, gerando cerca de 870 mil empregos. Tais dados estão desatualizados e hoje, uma década após a pesquisa, é possível que os números sejam ainda maiores.

Além do fator cultural, sobressai o lado econômico das competições esportivas, que movimentam vultosas cifras. Segundo dados do IPEA, em 2005, o esporte foi responsável por 1,95% do PIB brasileiro². Tais valores, por certo, aumentarão, sobretudo diante da realização da Copa do Mundo de 2014, no Brasil e Olimpíadas de 2016, na cidade do Rio de Janeiro³.

Ocorre que o principal destinatário e financiador da prática desportiva, o torcedor, encontrava-se desamparado de mecanismos que lhe permitisse exigir a implementação de condições dignas de acesso, higiene e segurança nos estabelecimentos escolhidos para sediar eventos esportivos.

A ausência de infraestrutura⁴ adequada para o recebimento de competições e o relativo descaso que os organizadores de eventos tinham, protegidos por uma legislação leniente, fundada em dogmas de responsabilidade aquiliana que muitas vezes impediu que torcedores, vítimas de infortúnios, obtivessem reparações econômicas por prejuízos sofridos – deram forma a uma verdadeira crônica de tragédias anunciam.

1 Publicação disponível em: <<http://www.atlasesportebraasil.org.br/textos/173.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2013.

2 Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/desafios/edicoes/33/artigo47019-7.php>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

3 Estima-se gastos de cerca de 26 bilhões de reais para a Copa de 2014 e 12 bilhões de reais para a realização dos jogos olímpicos de 2016. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/home.seam> e <<http://www.portaltransparencia.gov.br/rio2016/matriz/>>.

4 Infelizmente existem diversos casos de desastres que acometeram torcedores ao longo dos anos. Na final do campeonato brasileiro de 1992, por exemplo, parte da arquibancada do Maracanã cedeu, ferindo centenas de pessoas e causando o óbito de três torcedores.

5 O Estatuto do Torcedor, em seu art. 23, exige que a entidade responsável pela organização da competição apresente ao Ministério Público laudos técnicos, que atestem a segurança dos estádios. A norma foi regulamentada pelo Decreto nº 6.795/2009, que exige laudo segurança; laudo de vistoria de engenharia; laudo de prevenção e combate de incêndio; e laudo de condições sanitária.

A preocupação com o respeito aos direitos dos torcedores foi o mote que moveu o legislador ordinário. Em parecer apresentado, na votação do PL nº 7262/2002, que deu origem à Lei nº 10.671/2.003, assim se manifestou o Deputado Gilmar Machado:

O desrespeito ao cidadão torcedor, elemento fundamental para sobrevivência e desenvolvimento do esporte nacional, tem sido frequente nas competições desportivas nacionais. Tal desrespeito vai desde a falta de transparência no estabelecimento das regras das competições a questões envolvendo a segurança e saúde públicas.⁶

Nesse contexto, veio a lume a Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003. A referida lei buscou equilibrar a relação desigual entre torcedores de eventos desportivos e seus organizadores⁷, tutelando a parte hipossuficiente. O legislador ordinário esclareceu que o torcedor é, em última análise, consumidor. A própria lei, em seu art. 3º equiparou ao fornecedor a entidade responsável pela organização de competição⁸.

Com a edição da lei, passou a existir diploma especial regulamentado a relação de consumo, na qual uma das partes é o torcedor. O Estatuto do Torcedor e o Código de Defesa do Consumidor – CDC – passam a conviver, havendo um diálogo entre as fontes.

2 AJUIZAMENTO DA ADI Nº 2937 E MANIFESTAÇÃO DOS ÓRGÃOS CONSTITUCIONAIS. DEFESA DO ATO PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Em 17 de julho de 2003, pouco mais de dois meses após o início da vigência da lei, o Partido Progressista ajuizou, perante o STF, ação direta de constitucionalidade, autuada sob o nº 2.937. Em longa inicial, de 40 laudas, o requerente tece considerações acerca de diversos dispositivos⁹ legais, que considera violadores da Carta Constitucional.

⁶ Disponível em <www.camara.gov.br>. Acesso em: 09/02/2011.

⁷ Utiliza-se aqui o vocábulo em sentido lato abrangendo poder público, clubes, confederações, entidades desportivas, etc.

⁸ Art. 3º Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

⁹ Em síntese, o autor afirma que os seguintes dispositivos violam a CF: Art. 8, I; 9, § 5º, I e II, 10, § 4º; 11, caput e parágrafos; 12; 19; 30; 32, caput e parágrafos; 33, II e III; 37, incisos e parágrafos. Ressalte-

Ao longo da inicial, o requerente traz duas teses centrais de argumentação: violação à competência legislativa da União (Art. 24, CRFB); e violação à autonomia desportiva (art. 217, I, CRFB). Além disso, traz considerações acerca da impossibilidade de delegação do poder de polícia. Requereu a concessão de medida liminar e no mérito, a procedência do pedido, com declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos atacados.

Diante da relevância da matéria adotou-se o rito do art. 12, Lei nº 9.868/99¹⁰, e foram requisitadas informações da Presidência da República e Congresso Nacional. Após, abriu-se vista ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que se manifestassem.

A Presidência da República e Congresso Nacional, ao prestarem informações, defenderam a constitucionalidade do ato. A Advocacia-Geral da União, por sua vez, ratificou as informações prestadas pela Presidência da República. Por fim, a Procuradoria-Geral da República apresentou parecer pela improcedência dos pedidos apresentados.

Houve pedido de ingresso, como *amicus curiae*, das seguintes entidades desportivas: Futebol Clube, Ceará Sporting Club, América Futebol Clube, Santa Cruz Futebol Clube, Clube Atlético Paranaense, Associação Atlética Portuguesa de Desportos, Cruzeiro Esporte Clube, Sociedade Esportiva Palmeiras, Santos Futebol Clube, Futebol Brasil Associados, Mogi Mirim Esporte Clube, Vila Nova Futebol Clube, São Raimundo Futebol Clube, União São João Esporte Clube, Sociedade Esportiva e Recreativa Caxias do Sul, Grêmio Foot-ball Porto Alegrense, Esporte Clube Juventude, Sport Club Internacional, Clube Atlético Mineiro, Paulista Futebol Clube Ltda. e Londrina Esporte Clube. Todos os pedidos foram indeferidos pelo Ministro Relator.

O Processo foi incluído em pauta, para julgamento definitivo, em 15 de abril de 2010.

se, que em alguns dispositivos, questiona-se apenas trecho ou palavras e não a integralidade da norma.

Não se transcreve a impugnação específica em virtude do limite de espaço imposto. A relação completa dos dispositivos impugnados pode ser acessada em <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublisher/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2144396>.

¹⁰ Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

3 ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO

Desde a distribuição do feito, por se tratar de tema sensível, a Secretaria-Geral de Contencioso, órgão da Advocacia-Geral da União com competência para atuação perante o Supremo Tribunal Federal, acompanhou o trâmite da ADI nº 2.937, por meio de seu Departamento de Acompanhamento Estratégico.

Como a inclusão do feito em pauta ocorreu anos após a distribuição da ação, quando o Brasil sequer fora selecionado como sede da Copa de 2014 ou das Olimpíadas de 2016, foi necessário realizar um trabalho estratégico, levando novos dados à consideração do Supremo Tribunal Federal, bem como reforçando argumentos já expedidos. Trata-se, em verdade, de uma atualização da defesa do ato legislativo, adaptando-a a nova moldura fático-jurídica.

A referida atualização envolveu a elaboração de memórias, que foram distribuídos previamente ao julgamento. Os memoriais buscaram demonstrar a constitucionalidade da lei, refutando os argumentos da inicial e trazendo algumas considerações, que são sintetizadas abaixo.

3.1 autonomia desportiva. Alcance do art. 217, I, CRFB

A inicial afirmava, a todo momento, que a Lei nº 10.671/2003 teria violado a autonomia desportiva consagrada no art. 217, I¹¹, CRFB. A referida violação decorreu da errônea percepção do requerente acerca da extensão do conceito de autonomia. O autor, em verdade, confundiu autonomia com soberania, gerando o que Cazorla Prieto denomina *complexo de ilha*.

Autonomia, ao contrário do que acreditava o requerente, significa autodeterminação dentro de limites legais. A autonomia das entidades desportivas não tem o condão de anular a competência constitucional da União para estabelecer normas gerais sobre o desporto.

A distinção entre soberania e autonomia já fora debatida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da ADI nº 3.045¹²

¹¹ Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento

¹² Na sessão plenária de 15 de dezembro de 2004 assim se manifestou o Ministro Relator da ADI nº 3.045, Celso de Mello: [...] tais entidades estejam sujeitas às normas gerais fundadas na legislação emanada

que, posteriormente, foi julgada prejudicada, em razão da alteração substancial do dispositivo impugnado (art. 59, *caput* e parágrafo único do Código Civil).

Ressalte-se, ainda, que a Lei nº 10.671/03 ao valorizar o torcedor como sujeito de direitos, merecedor de condições materiais para o exercício da cidadania, contribuiu para o fomento de práticas desportivas concretizando o mandamento constitucional insculpido no art. 217, *caput*, CFRB¹³¹⁴.

3.2 Competência legislativa. Inexistência de delegação de poder de polícia

A peça inaugural da ADI nº 2937 afirmava, ainda, que haveria extravasamento da competência legislativa da União. O argumento central, novamente, era a autonomia desportiva. O requerente entendia que a autonomia desportiva significaria a impossibilidade de impor-se balizas legais à atuação desportiva.

do Estado, eis que a noção de autonomia, ainda que de extração constitucional, não se revela absoluta, nem tem a extensão e o conteúdo inerentes ao conceito de soberania e independência. [...] o conceito de autonomia – que supõe o exercício de um poder essencialmente subordinado a diretrizes gerais que lhe condicionam a prática – não se confunde com a noção de soberania, que representa uma prerrogativa incontrastável, impregnada de caráter absoluto. (grifou-se).

Durante os debates o Ministro Cezar Peluso também externou sua posição: O inciso XVII, do art. 5º, onde se estatui que o Estado não deve intervir nas associações, no seu funcionamento concreto, não na ordenação jurídica; nesta, o Estado pode intervir, porque não abdicou do poder de legislar sobre Direito Civil, sobre Direito Comercial e sobre desporto. [...] E o art. 217, a mim me parece, com o devido respeito, proíbe que o Estado intervenha na organização da associação desportiva, isto é, trata-se de norma protetiva contra ato concreto de intervenção estatal, não contra o poder de legislar sobre formas gerais de associação. Essa parece-me ser a diferença. (Grifou-se).

Por fim, encontra-se a manifestação do Ministro Carlos Britto, que afirma ser preciso conciliar essas normas protetivas, de modo especial, de tais instituições com [...] o art. 24, IX, que fala sobre desporto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=461974>>.

- 13 Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: (Grifou-se).
- 14 Acerca do dever de fomento e contribuição da Lei nº 10.671/03 para a realização do mandamento constitucional, assim se manifesta a doutrina pátria: “De outra parte, a atuação do legislador, ao impor a Lei nº 10.671/2003, implica a realização do dever constitucional do Estado – consagrado no art. 217 da Constituição – de fomentar práticas desportivas formais e não-formais. Esse preceito, a exemplo do disposto no art. 43.3 da Constituição espanhola, tem o sentido de autorizar a intervenção estatal em âmbito desportivo com o propósito de fomento. [...] A noção de fomento apresenta-se indissociável das noções de planificação, programação, vigilância, tutela e controle, bem como de coordenação e ordenação. [...] Desse modo, o Estatuto de Defesa do Torcedor constitui diploma legislativo infralegal que contribui, juntamente com outras iniciativas do Estado, para a concretização do objetivo de fomento.” LEAL, Roger Stiefelmann. Constituição e direitos do torcedor: apontamentos sobre a constitucionalidade da lei 10.671/2003 (estatuto de defesa do torcedor). In: *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Jorge Miranda*, p. 435 e 436.

Contudo, mais uma vez, a percepção revelou-se inadequada. A autonomia das entidades desportivas deve ser compatibilizada com o art. 24, IX, CRFB, que expressamente outorga competência à União para legislar sobre desporto. O ente federal atuou, portanto, conforme o que determina a Constituição.

Por fim, demonstrou-se que não houve delegação do Poder de Polícia. O art. 19¹⁵ impõe que os organizadores do evento respondam pela segurança dos mesmos. Nada mais natural, em espaços privados, voltados para o lucro, o dever estatal de segurança passa a ser compartilhado com o particular. Isentar o particular, de qualquer obrigação, em casos como o presente, significa, em última instância, onerar a sociedade pelo desenvolvimento de atividades lucrativas, que não se revertem em seu favor.

4 SUPREMA CORTE ACOLHE AS TESES DEFENDIDAS PELA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO

O processo foi levado ao plenário, para julgamento pela Suprema Corte, em 23 de fevereiro de 2012. Nessa ocasião, a Advocacia-Geral da União, através de seu Ministro de Estado, realizou sustentação oral, reforçando a tese da constitucionalidade da Lei nº 10.671/03.

As teses defendidas pela Advocacia-Geral da União foram acolhidas pela Suprema Corte. Em seu voto, o Ministro Relator, Cesar Peluso ressalta a importância da manifestação da AGU, acolhendo a argumentação exposta:

A ação direta proposta contra a validade constitucional do Estatuto do Torcedor, posto que envolva assunto de relevante impacto social e de consideráveis efeitos sobre o esporte pátrio, não me parece de difícil resolução. *As informações prestadas, bem como as manifestações da AGU e da PGR, no sentido da total improcedência da ação, indicam-lhe o desfecho apropriado.*

[...]

¹⁵ Art. 19. As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo.

A União exerceu a competência estatuída no inciso IX desse artigo, sem dela desbordar, em se adstringindo a regular genericamente a matéria.

[...]

4. No que tange à autonomia das entidades desportivas, ao direito de livre associação e à não-intervenção estatal, tampouco assiste razão ao requerente.

[...]

Penso se deva conceber o esporte como direito individual, não se me afigurando viável interpretar o caput do artigo 217 - que consagra o direito de cada um ao esporte - à margem e com abstração do inciso I, onde consta a autonomia das entidades desportivas. *Ora, na medida em que se define e comprehende como objeto de direito do cidadão, o esporte emerge aí, com nitidez, na condição de bem jurídico tutelado pelo ordenamento, em relação ao qual a autonomia das entidades é mero instrumento de concretização, que, como tal, se assujeita àquele primado normativo.*

[...]

A responsabilização objetiva prevista no art. 19 é consectário da textual equiparação das entidades desportivas, consoante o disposto no art. 3º, à figura do fornecedor do Código de Defesa do Consumidor. Tal equiparação não é apenas obra da lei, mas conclusão necessária da relação jurídica que enlaça os eventos desportivos profissionais e os torcedores. Fere qualquer conceito de justiça imaginar que pequena lavanderia possa ser responsabilizada, quando cause dano ao cliente, mas organizadores de eventos milionários, de grande repercussão, com público gigantesco, e que se mantêm graças à paixão dos torcedores que pagam pelo ingresso e pelos produtos associados, já não suportem nenhuma responsabilidade sob pretexto de se não enquadrem no conceito ou classe dos fornecedores.¹⁶ (Grifou-se)

Os demais Ministros seguiram a mesma linha e, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 10.671/2003¹⁷.

¹⁶ O Acórdão encontra-se disponível, em sua integralidade, em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2086302>>.

¹⁷ O Acórdão encontra-se assim ementado: EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Arts. 8º, I, 9º, § 5º, incs. I e II, e § 4º, 11, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, 12, 19, 30, § único, 32, caput e §§ 1º e 2º, 33, § único, incs. II e III, e 37, caput, incs. I e II, § 1º e inc. II, e § 3º, da Lei federal nº 10.671/2003. Estatuto

5 CONCLUSÕES

A ação foi, originariamente, proposta em 05 de agosto de 2003, adotando-se o rito abreviado previsto no art. 12, Lei nº 9.868/99. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pela constitucionalidade da lei em 12 de setembro de 2003.

O efetivo julgamento só ocorreu em 23 de fevereiro de 2012, quase 10 anos após a primeira manifestação da AGU. Trata-se se situação usual, decorrente do grande número de ações que chegam diuturnamente ao Supremo Tribunal Federal¹⁸.

Nesse interregno, entre a propositura da ação e efetivo julgamento, é necessário realizar um trabalho de acompanhamento estratégico, pois uma série de fatores *vg*, políticos, jurídicos ou econômicos podem ter influência no desfecho da ação e precisam ser levados ao conhecimento da Suprema Corte. No caso em tela a ação foi cadastrada para acompanhamento especial e, a cada movimentação, foi adotada a providência adequada para o êxito da defesa do ato.

O Departamento de Acompanhamento Estratégico¹⁹ da Secretaria-Geral de Contencioso realiza essa função de monitoramento e acompanhamento das ações mais relevantes em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, buscando colaborar para o êxito das demandas em trâmite perante a Suprema Corte.

de Defesa do Torcedor. Esporte. Alegação de incompetência legislativa da União, ofensa à autonomia das entidades desportivas, e de lesão a direitos e garantias individuais. Vulneração dos arts. 5º, incs. X, XVII, XVIII, LIV, LV e LVII, e § 2º, 18, caput, 24, inc. IX e § 1º, e 217, inc. I, da CF. Não ocorrência. Normas de caráter geral, que impõem limitações válidas à autonomia relativa das entidades de desporto, sem lesionar direitos e garantias individuais. Ação julgada improcedente. São constitucionais as normas constantes dos arts. 8º, I, 9º, § 3º, incs. I e II, e § 4º, 11, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 6º, 12, 19, 30, § único, 32, caput e §§ 1º e 2º, 33, § único, incs. II e III, e 37, caput, incs. I e II, § 1º e inc. II, e § 3º, da Lei federal nº 10.671/2003, denominada Estatuto de Defesa do Torcedor.

18 A demora no julgamento não pode ser imputada ao Supremo Tribunal Federal, que desenvolve seu trabalho com excelência. Deve-se, em verdade, a grande quantidade de ações, que tramitam pela Corte. Segundo dados consolidados em 31/12/2012 o acervo atual do Supremo Tribunal Federal é de 66.946 ações. O número de processos que a Corte precisa analisar, a cada ano, supera, em muito o número de ações que outras Cortes Constitucionais, ao redor do mundo, apreciam.

19 As competências do Departamento de Acompanhamento Estratégico são estabelecidas pelo Decreto nº 7.392/2010, em seu art. 11, que assim dispõe:

Art. 11. Ao Departamento de Acompanhamento Estratégico compete:

I - assistir o Secretário-Geral de Contencioso quanto ao acompanhamento e avaliação das ações que envolvam a União em curso no Supremo Tribunal Federal;

II - elaborar os memoriais e os roteiros de sustentação oral nos processos relevantes de controle concentrado e difuso d constitucionalidade; e

III - realizar o acompanhamento das ações judiciais relevantes, inclusive daquelas ajuizadas contra o Presidente da República e Ministros de Estado.

REFERÊNCIAS

- ATLAS DO ESPORTE NO BRASIL. Disponível em: <<http://www.atlasesportebrasil.org.br/textos/173.pdf>>.
- BRASIL. *Decreto Federal nº 6.795/2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6795.htm>.
- BRASIL. *Lei Federal nº 8.078/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>.
- BRASIL. *Lei Federal nº 9.868/1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>.
- BRASIL. *Lei Federal nº 10.671/2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm>.
- BRASIL. *Projeto de Lei nº 7.262*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=96076>>.
- CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Portal da Transparência. *Copa 2014 e Jogos Rio 2016*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/home.seam> e <<http://www.portaltransparencia.gov.br/rio2016/matrix/>>.
- GURGEL, Anderson. *Esporte - Pátria das bicicletas, quimonos, raquetes e chuteiras*. IPEA. Publicação Desafios do desenvolvimento, 33. ed. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2215:edicao-no-61&catid=1&Itemid=5>.
- LEAL, Roger Stiefelmann. Constituição e direitos do torcedor: apontamentos sobre a constitucionalidade da Lei 10.671/2003 (estatuto de defesa do torcedor). In: *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Professor Jorge Miranda*.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.937*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincideente=2144396>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.045*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2181802>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Acervo processual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>>.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO – LEI DE ANISTIA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

*TRANSITIONAL JUSTICE – AMNESTY LAW
CLAIM OF NON-COMPLIANCE WITH A FUNDAMENTAL PRECEPT Nº 153*

Letícia de Campos Aspesi Santos

Advogada da União

*Diretora do Departamento de Controle Concentrado de Constitucionalidade da
Secretaria-Geral de Contencioso
Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo IBDP*

Ana Carolina de Almeida Tannuri Laferté

Advogada da União

*Pós-graduada em Direito Constitucional pelo IDP
Pós-graduada em Direito Tributário pelo IBET*

SUMÁRIO: 1 Contextualização; 2 Argumentação desenvolvida pela Secretaria-Geral de Contencioso e o respectivo acolhimento pelo Supremo Tribunal Federal; 3 Desdobramentos da ação após o julgamento; 4 Conclusão.

RESUMO: O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (nº 153) perante o Supremo Tribunal Federal para questionar o recebimento, pela Constituição Federal de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, e obter declaração no sentido de que a anistia concedida aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos contra opositores políticos, durante o regime militar. A Secretaria-Geral de Contencioso prestou informações, defendendo a amplitude da anistia concedida, inclusive quanto aos crimes comuns praticados por agentes políticos, as quais foram aprovadas pelo Advogado-Geral da União e encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal juntamente com manifestações divergentes elaboradas no âmbito de Secretarias federais e Ministérios. Além de órgãos federais, o debate também envolveu diversos setores da sociedade civil, evidenciando, assim, a grande controvérsia existente em torno da temática discutida na ação. No entanto, os argumentos expostos pela Secretaria-Geral de Contencioso foram amplamente acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, que, por maioria de votos, em sua composição plenária, julgou improcedente o pedido formulado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Anistia. Regime Militar. Crimes Políticos. Conexão. Crimes Comuns.

ABSTRACT: The Federal Council of the Brazilian Bar Association filed a writ before the Federal Supreme Court aimed at remedying the lack of implementation of a fundamental precept of the Constitution (ADPF n. 153) in the case of article 1, § 1, of Federal Law No. 6,683 of August 28, 1979. The petition argues that such provision is not in accordance with the Constitution and requests that the Brazilian Supreme Court declares that the effects of amnesty granted to those responsible for political crimes or related offenses do not extend to common crimes committed by public officials against political opponents during the military regime. The General Secretariat of Judicial Litigation underscored the wide character of the amnesty, which in its opinion reaches common crimes committed by politicians. That position was endorsed by the Federal Attorney-General and forwarded to the Supreme Court along with dissent opinions of a number of federal departments and ministries. In addition to federal agencies, the debate has also involved various sectors of civil society, thus underlining the great controversy around the topic.

However, the arguments put forward by the General Secretariat of Judicial Litigation were widely accepted by the Supreme Court, which, by majority vote, in a full court session, dismissed the request by the Federal Council of the Brazilian Bar Association.

KEYWORDS: Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept. Amnesty. Military Regime. Political Crimes. Connection. Common Crimes.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Em 21 de outubro de 2008, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou na Corte Suprema do País com arguição de descumprimento de preceito fundamental¹ para questionar o recebimento, pela Constituição Federal de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

A norma impugnada possui a seguinte redação:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

De acordo com o arguente, a aplicação do teor normativo do mencionado § 1º gerou relevante controvérsia constitucional alicerçada, especialmente, na divergência de entendimentos externados pelos Ministérios da Justiça e da Defesa quanto à concessão de anistia a agentes públicos tidos como responsáveis, entre outros crimes, por homicídios, torturas, abusos de autoridade, lesões corporais, desaparecimentos forçados, estupros e atentados violentos ao pudor perpetrados contra opositores políticos ao regime militar.

¹ A referida ADPF foi autuada no Supremo Tribunal Federal sob o nº 153.

Nesse contexto, o autor aduziu que a extensão do benefício da anistia a tais agentes não constituiria interpretação válida conferida à Lei nº 6.683/79, pois violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal de 1988².

Com esteio em tais afirmativas e aduzindo, ainda, que a violação à dignidade humana não se legitimaria com a mera reparação financeira, o arguente requereu ao Supremo Tribunal Federal interpretação conforme a Constituição à Lei nº 6.683/79, com a finalidade de obter declaração no sentido de que a anistia concedida aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos contra opositores políticos, durante o regime militar.

Em obediência ao procedimento previsto pela Lei nº 9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, foram prestadas informações pelas duas Casas do Congresso Nacional.

A Presidência da Câmara dos Deputados informou que a Lei nº 6.683/79 fora aprovada na forma de projeto de lei do Congresso Nacional, seguindo, à época, todos os trâmites constitucionais atinentes à espécie. O Senado Federal, por seu turno, suscitou preliminares de inépcia da petição inicial e concluiu pela inexistência de controvérsia judicial relevante, a afastar o julgamento de mérito da arguição.

Os autos foram, na sequência, encaminhados ao Advogado-Geral da União, que, por intermédio de sua Secretaria-Geral de Contencioso, apresentou manifestação em defesa do ato normativo impugnado. De forma inédita no contexto de atuação no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a Advocacia-Geral da União anexou à aludida manifestação cópias de informações prestadas por diversos órgãos públicos diretamente envolvidos na temática em debate, fazendo parte de tais informes, inclusive, dados e esclarecimentos desfavoráveis à tese de defesa das normas impugnadas.

A medida adotada pela Advocacia-Geral da União propiciou ao feito a formação de um corpo documental de extrema relevância à elucidação dos fatos e à formação de conceitos necessários ao deslinde das questões debatidas, bem como propiciou à Corte Suprema amplo acesso às divergentes opiniões sobre a matéria, no âmbito dos órgãos públicos envolvidos na causa.

² O autor invocou como preceitos fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988: o princípio da isonomia em matéria de segurança (artigo 5º, caput); o preceito fundamental de não ocultação da verdade (artigo 5º, inciso XXXIII); os princípios democrático e republicano (artigo 1º, caput); a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Integraram, portanto, o acervo documental anexado à manifestação da Advocacia-Geral da União as informações prestadas pela Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH, pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República – SAJ/CC, pelos Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, e da Defesa, bem como pela Consultoria-Geral da União³.

O Procurador-Geral da República, por seu turno, apresentou parecer destacando a divergência interpretativa sobre a abrangência da anistia penal veiculada nas normas impugnadas, conferindo ênfase às diversas notas técnicas trazidas aos autos pela Advocacia-Geral da União. Após afastar as preliminares suscitadas em desfavor do cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o Representante do Ministério Público Federal concluiu, quanto ao mérito, que a questão submetida ao Supremo Tribunal Federal não comportaria exame dissociado do contexto histórico em que editadas as normas sob inventiva, razão pela qual rememorou registros da história do país que viabilizaram a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual, destacando a forte luta da sociedade civil brasileira pela democracia.

Ainda naquele parecer ministerial, foram citados manifestos oriundos de diversos seguimentos da sociedade, todos alinhados com a tese de defesa do caráter amplo e geral da anistia. Mereceu destaque, inclusive, atuação decisiva da Ordem dos Advogados do Brasil no processo de transição política vivenciado pelo Brasil, inclusive em apoio ao deferimento da anistia de forma ampla e sem restrições. Sendo assim, o parecer inclinou-se no sentido de que o acolhimento da tese sustentada na arguição de inconstitucionalidade acarretaria, em suma, um rompimento dos anseios das diversas classes e instituições políticas que, no final dos anos 70, pugnaram por uma lei de anistia com efeitos amplos, bem como prejudicaria o acesso à verdade histórica. Por essas razões, expostas sumariamente, o Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido veiculado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Requereram o ingresso no feito, na condição de *amici curiae*, a Associação Democrática e Nacionalista de Militares – ADNAM⁴; o Centro

3 Assinale-se que, no âmbito do Poder Executivo, o Ministério da Justiça, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil manifestaram-se pela procedência da ação. Os demais órgãos pronunciaram-se pelo descabimento da medida judicial adotada ou pela improcedência do pedido nela veiculado.

4 Em sua petição, a ADNAM requereu a improcedência do pedido formulado pelo argente. O pleito de ingresso no feito restou deferido pelo Ministro Relator Eros Grau, através de decisão proferida em 12 de abril de 2010.

pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL⁵; a Associação Brasileira de Anistiados Políticos – ABAP⁶; e a Associação de Juízes para a Democracia⁷.

Em 29 de abril de 2010, o Tribunal Pleno da Corte Suprema do Brasil, por decisão majoritária, julgou improcedente a arguição, nos termos lançados pelo Ministro Relator Eros Grau⁸.

2 ARGUMENTAÇÃO DESENVOLVIDA PELA SECRETARIA-GERAL DE CONTENCIOSO E O RESPECTIVO ACOLHIMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Passa-se a expor, resumidamente, os argumentos constantes da nota expedida pela Secretaria-Geral de Contencioso nos autos da ADPF nº 153, juntamente com a demonstração do respectivo acolhimento pelos Ministros da Suprema Corte. Ao final do presente tópico, ter-se-á evidente a ampla confirmação da tese exposta pela SGCT no acórdão proferido.

De início, destaca-se que a Secretaria-Geral de Contencioso asseverou a importância de se retomar o contexto histórico em que editada a Lei nº 6.683/79. Afirmou que o diploma legal debatido decorreria de negociação entre a sociedade civil e o regime militar, a viabilizar a transição para o regime democrático. Dessa forma, assegurou-se, com a lei, que ambos os lados seriam beneficiados com a anistia, evitando-se, inclusive, qualquer espécie de revanchismo no novo governo⁹.

⁵ O CEJIL pleiteou a procedência do pedido formulado na inicial, para que a Suprema Corte “declare que a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79 não impede a persecução penal das graves violações de direitos humanos cometidas de modo sistemático durante o regime militar brasileiro, em conformidade com os preceitos constitucionais e as obrigações do Estado brasileiro derivadas do Direito Internacional”. Assim, requereu que o conceito de crimes conexos aos crimes políticos não se estende aos delitos praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar (trecho extraído da respectiva petição de ingresso no feito).

⁶ A Associação Brasileira de Anistiados Políticos pugnou pela interpretação no sentido de que a anistia concedida pela lei em debate “aos crimes políticos e conexos, quando o Brasil se encontrava em pleno regime de exceção, não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes públicos que atuaram na repressão contra os opositores ao regime militar instalado a partir de 1964 e encerrado em 1985.” (trecho extraído da petição de ingresso no feito).

⁷ O pleito de ingresso formulado pela Associação de Juízes para a Democracia restou deferido pelo Ministro Relator, através de decisão proferida em 10 de fevereiro de 2010.

⁸ ADPF nº 153/DF, Relator Ministro Eros Grau, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 29/04/2010, Publicação no Diário de Justiça Eletrônico de 06 de agosto de 2010.

⁹ Quanto ao tema, vale destacar trecho do voto proferido pela Ministra Cármem Lúcia: “Os motivos que levaram à elaboração daquela lei, bem expõem a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República, e que foi enfatizado na sessão inicial deste julgamento no voto do Ministro Relator, foram a reconciliação e a pacificação nacional, num momento em que era necessária ultrapassar o regime ditatorial implantando desde a década de sessenta e promoverem-se meios para se chegar à democracia. O inicio deste processo foi, exatamente, a anistia buscada pela sociedade e que dependia de ato estatal, consubstanciado na lei agora questionada em um de seus dispositivos.”

Nesse contexto, a SGCT transcreveu documentos produzidos, à época, pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, como exemplos de representantes da sociedade civil que traduziram a *mens legislatoris* daquele momento. Destaca-se, dentre tais documentos, o parecer elaborado pelo então Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, José Paulo Sepúlveda Pertence, sobre o projeto de lei da anistia¹⁰.

Os documentos transcritos pela SGCT, amplamente citados pelos Ministros¹¹ no acórdão proferido, atestaram que a anistia, a qual decorrera inexoravelmente do contexto em que promulgada, teria sido ampla e geral, e, portanto, concedida a opositores e vinculados ao regime militar.

Na sequência, afirmou a SGCT que o significado de conexão, para os efeitos da norma, deveria ser entendido dentro do contexto específico da causa extintiva de punibilidade. Assim, afirmou que o § 1º do artigo 1º da Lei nº 6.683/79 deveria ser interpretado da forma mais ampla possível, atribuindo-se ao termo conexão a abrangência que se pretendera, à época, conferir à medida¹².

Asseverou-se, contudo, tratar-se de norma extintiva de punibilidade e, portanto, a mudança de interpretação pretendida na arguição, para efeito de afastar o benefício da anistia concedida a alguns sujeitos, atingiria, por certo, situações jurídicas já consolidadas, além de acarretar leitura mais gravosa da norma.

Acerca desses primeiros argumentos lançados pela SGCT, impende registrar que, no acórdão proferido, os votos vencedores ressaltaram a importância do contexto histórico em que a norma fora editada para a sua correta interpretação. Firmou-se, então, no julgamento da Suprema Corte, entendimento majoritário no sentido de que a lei da anistia pretendia, sim, naquele momento histórico de transição para a democracia, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. Nas palavras do Ministro Relator: “*Daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral*”¹³.

¹⁰ “Para atestar a existência desse pacto conciliatório, negado pela inicial, bastaria, como testemunho, a palavra de Sepúlveda Pertence, presente neste julgamento como se ainda participasse da bancada.” Voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, que destaca a importância do referido parecer para o desdobramento da questão.

¹¹ Citem-se, como exemplos, os Ministros Eros Grau, Cármem Lúcia e Celso de Mello.

¹² Trecho do voto da Ministra Cármem Lúcia: “Como posto pela Advocacia-Geral da União, não apenas a norma do § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79 não é ambígua, como ela esclarece, de maneira taxativa, a sua finalidade de ampliar indistintamente a anistia então concedida”.

¹³ Nas palavras do Ministro Relator Eros Grau: “A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral [...]”.

Também o Ministro Celso de Mello pontuou em seu voto que, “*com o elevado propósito*” de viabilizar a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual, a anistia:

se faz inequivocamente bilateral e recíproca [...] com a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar.

Dessa forma, prevaleceu o entendimento na Corte de que a conexão a que alude a lei é própria ao momento histórico em que editada. Ademais, como bem ressaltou o Ministro Celso de Mello, o próprio diploma legislativo em questão, mediante interpretação autêntica do dispositivo questionado, considerou conexos “*os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (Lei nº 6683/79, art. 1º, § 1º)*”. Assim, conclui o Ministro Cezar Peluso, que é a própria lei que “*define o que deva, no seu contexto, ser entendido como crimes conexos*”.

Ademais, consignou a Corte, ainda na linha da tese defendida pela SGCT, que a eficácia jurídica resultante de uma lei de anistia legitimamente editada revela-se insuprimível, ainda que revogado o diploma legislativo que a concedeu. No sentido do exaurimento da lei de anistia, o Ministro Celso de Mello afirmou, em seu voto, *verbis*:

É tão intensa a intangibilidade de uma lei de anistia, desde que validamente elaborada (como o foi a Lei nº 6.683/79), que, uma vez editada (e exaurindo, no instante mesmo do início de sua vigência, o seu conteúdo eficacial), os efeitos jurídicos que dela emanam não podem ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena de a nova lei incidir na proibição constitucional que veda, de modo absoluto, a aplicação retroativa de leis mais gravosas.

No que tange à pretensão do requerente de desconstituir a anistia concedida pelo ato normativo hostilizado, afirmou a SGCT a ausência de respaldo na Carta da República, cujo artigo 5º proclama, como direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e a irretroatividade da lei penal mais severa (artigo 5º, *caput* e inciso XL, da Constituição).

Assim, à luz desses postulados constitucionais, asseverou a SGCT a impossibilidade de a ordem jurídica inaugurada com a Carta de 1988 retroagir para atingir situações consolidadas quase dez anos antes de sua promulgação, revestindo-se do caráter de lei penal mais gravosa.

Referido argumento também restou acolhido pela maioria dos Ministros desse Supremo Tribunal Federal.

Sob esse aspecto, a Ministra Cármén Lúcia assinalou que eventual mudança de interpretação da norma questionada, que trata de matéria penal, acaso sobrevisse, “*em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação*”.

Nessa linha, uma vez que a anistia prevista pela lei em exame abrange os crimes cometidos no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, ressaltou a SGCT que a extinção da punibilidade relativa a tais delitos também decorreria da prescrição da pretensão punitiva, haja vista o transcurso de mais de 29 (vinte e nove) anos desde seu cometimento. Tal tema atinente à prescrição não passou despercebido pela maioria dos integrantes da Corte, tendo o Ministro Cezar Peluso asseverado, *verbis*:

E a pergunta decisiva seria: qual o interesse legítimo – não digo apenas o interesse jurídico – que ficaria, que restaria para justificar julgamento de procedência desta ação? Ela não serviria para instauração de ação penal, porque todas as ações penais estão prescritas, de modo que, na matéria, não se poderia chegar a nenhuma sentença de mérito!

Demonstrou a SGCT, assim, a compatibilidade material da Lei nº 6.683/84 com a Constituição de 1988, sustentando a prejudicialidade dos demais argumentos apresentados pelo arguente, no sentido da não-recepção das normas questionadas pela Carta vigente em razão de supostos vícios formais em sua formação.

Nesse sentido, afirmou a Secretaria-Geral de Contencioso ser irrelevante o fato de a citada lei haver sido “*votada pelo Congresso Nacional, na época em que os seus membros eram eleitos sob o placet dos comandantes militares*” (fl. 24 da petição inicial), uma vez que a incorporação de ato normativo à ordem jurídica instaurada supervenientemente depende, apenas, da compatibilidade material de seu conteúdo com a nova Constituição. Confira-se, nesse sentido, o que afirmou a Ministra Cármén Lúcia¹⁴, *verbis*:

¹⁴ Também o Ministro Eros Grau manifestou-se sobre a questão: “Pois é certo que, a dar-se crédito a eles, não apenas o fenômeno do recebimento – a recepção – do direito anterior à Constituição de 1988 seria afastado, mas também outro, este verdadeiramente um fenômeno, teria ocorrido: toda a legislação anterior à Constituição de 1988 seria, porém exclusivamente por força dela, formalmente inconstitucional. [...] O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição. [...] A forma é regida pela lei da época do fato (*tempus regit actum*), sendo, pois, irrelevante para a recepção.”

Em relação à alegação, igualmente formulada na tribuna, no sentido de que a lei n. 6683 seria ilegítima, bastando para tanto enfatizar ter sido ela produzida por um Congresso ilegítimo, composto, inclusive, por senadores não eleitos, é de se observar a impertinência total de tal assertiva para o deslinde da questão aqui posta, até mesmo porque, mesmo na formulação da Constituição de 1988 ainda prevaleciam congressistas naquela condição e não é agora, quase vinte e dois anos após a sua promulgação, que se haverá de colocar em dúvida a legitimidade daquela composição. Se tanto ocorresse, poderíamos chegar a questionar a própria Constituição de 1988, o que não me parece sequer razoável.

De fato, entendimento diverso resultaria na invalidade não apenas da Lei nº 6.683/79, mas de todos os atos normativos editados à época.

Ademais, a SGCT afirmou que a anistia prevista na lei questionada fora ratificada pela Emenda Constitucional nº 26/85, da qual a própria Constituição de 1988 extrai fundamento. No mesmo sentido, confira-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.”

Ressaltou a SGCT, também, a insubsistência da alegação apresentada pelo requerente no sentido de que a lei hostilizada violaria a Constituição por impedir o acesso do povo brasileiro a informações sigilosas relativas ao período da ditadura. De feito, o sigilo a que aludiu o autor constituíra matéria estranha à versada na Lei nº 6.683/79, porquanto objeto das Leis nº 8.159/91 e nº 11.111/05, cuja validade fora impugnada pelo próprio requerente, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.987¹⁵.

A Secretaria-Geral de Contencioso observou, ainda, que a própria Ordem dos Advogados do Brasil aguardou trinta anos de vigência da Lei de Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979) e vinte anos de vigência da Constituição Federal para voltar-se contra sua própria opinião, essencial àquela época para permitir a transição para um regime democrático, e tardivamente, apresentar uma extemporânea irresignação.

¹⁵ Sobre o tema, foi enfática a Ministra Cármem Lúcia, ao afirmar que “o direito à verdade, o direito à história, o dever do Estado brasileiro de investigar, encontrar respostas, divulgar e adotar as providências sobre os desmandos cometidos no período ditatorial não estão em questão”, de modo que “simplesmente não é este o tema posto”.

Diante disso, anotou que tão adversa alteração não mereceria guarda apóis a consolidação conquistada com a contribuição do próprio arguente¹⁶.

Por fim, no tocante à prevalência de Tratados Internacionais sobre a Constituição brasileira, sustentou a SGCT o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal no sentido de que os tratados estão subordinados à Constituição Federal. Considerando, por hipótese, que houvesse sido internalizado algum dos tratados, tal hipótese somente ocorreria via lei ordinária, a qual não se sobrepõe à Carta Federal.

3 DESDOBRAMENTOS DA AÇÃO APÓS O JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE

Em face do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil opôs embargos de declaração, com a finalidade, em breve síntese, de sanar suposta omissão quanto ao exame do caráter bilateral da anistia. Argumentou que não teria sido enfrentada pela Suprema Corte a premissa de que os criminosos políticos anistiados agiram contra o Estado e a ordem política vigente, “*ao passo que outros atuaram em nome do Estado e pela manutenção da ordem política em vigor*”¹⁷. Ademais, afirmou que o arresto embargado teria sido omissio sobre a não ocorrência de prescrição em relação aos crimes de desaparecimento forçado e sequestro, cometidos pelos agentes do regime.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil trouxe aos autos, apôs a oposição dos referidos embargos declaratórios, cópia da Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”)¹⁸. Referido ato decisório, de acordo com o embargante, consubstanciaria fato novo consistente no pronunciamento unânime de Juízes integrantes da Corte no sentido da incompatibilidade da concessão de anistias, relativas a graves violações de direitos humanos, com o Direito Internacional¹⁹.

¹⁶ A propósito, o Ministro Relator Eros Grau assinala que “A mim me causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodamente empenhada nessa luta, agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprio*”.

¹⁷ Trecho extraído da fl. 02 da petição de embargos de declaração.

¹⁸ O inteiro teor da sentença pode ser extraído através do endereço eletrônico: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf.

¹⁹ Ainda conforme exposto pelo Conselho Federal da OAB, a Corte Interamericana considerou que a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Lei de Anistia afetou o “dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos (...) e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação,

Em decorrência da referida decisão internacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requereu ao Supremo Tribunal Federal pronunciamento expresso acerca da executoriedade da mencionada sentença no Brasil, cujo teor seria incompatível com a decisão proferida por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.

O Advogado-Geral da União manifestou-se no sentido da rejeição dos embargos, sob o fundamento de inexistência de omissão no arresto questionado. Na mesma linha foram os posicionamentos externados pelo Senado Federal, pela Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República. O recurso ainda não foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda como desdobramento do tema em análise, vale destacar a edição da Lei nº 12.528/11²⁰, que cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos e efetivar o direito à memória e à verdade histórica, além de promover a reconciliação nacional.

Tal comissão busca, precipuamente, propiciar o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior, bem como colaborar para a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, viabilizando a prestação de assistência às vítimas de tais violações.

4 CONCLUSÃO

Partindo de uma sintética exposição dos fundamentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, buscou-se com o presente artigo destacar o contexto histórico em que editada a Lei de Anistia, evidenciando-se, em breves linhas, a transição entre o regime autoritário militar e o regime democrático atual, bem como os anseios, à época, de diversos seguimentos da sociedade. Examinou-se, ainda, os argumentos expostos pela Secretaria-Geral de Contencioso no tocante ao recebimento da Lei de Anistia pela Constituição Federal, com ênfase ao posicionamento adotado no sentido do caráter amplo e geral do benefício, e o seu respectivo acolhimento pela Suprema Corte do Brasil.

persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana" (Item 172 da Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos).

²⁰ Publicada no Diário Oficial da União de 18 de novembro de 2011 – Edição extra.

A CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DA OAB E O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL

*THE CONSTITUTIONALITY OF BAR EXAM AND THE FUNDAMENTAL
RIGHT OF FREEDOM OF PROFESSION*

*Francisco de Assis Floriano e Calderano
Advogado da União
Secretaria-Geral de Contencioso
Departamento de Acompanhamento Estratégico*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito fundamental ao livre exercício profissional à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2 Da Constitucionalidade do exame de qualificação profissional aplicado pela OAB; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Em outubro de 2011 o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, considerou constitucional a exigência de aprovação prévia em exame da Ordem dos Advogados do Brasil para que bacharéis em direito possam exercer a advocacia. A partir da análise desse julgamento, o artigo procura demonstrar como a Suprema Corte sedimentou as balizas do direito fundamental veiculado no art. 5º, XIII, da Constituição – que consagrou a liberdade de exercício profissional em norma de eficácia limitada, afirmando ser *livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer* –, firmando a base jurídica para a regulamentação legal de outras profissões.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Direitos Fundamentais. Livre Exercício Profissional. Exame de Ordem. Advocacia.

ABSTRACT: In October 2011, the Supreme Court judged constitutional the requirement of prior approval on Bar Exam for Bachelors of Laws. This article shows how the Supreme Court understood the extension of the fundamental right established in art. 5º, XIII, of the Constitution – which provides the standards of freedom of profession and says that the practice of any work, trade or profession is free, observing the professional qualifications which the law shall establish – establishing the legal basis for regulation by law of other professions.

KEYWORDS: Constitutional. Fundamental Rights. Free Exercise of the Profession. Bar Exam. Advocacy.

INTRODUÇÃO

Em outubro de 2011 o Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, considerou constitucional a exigência de aprovação prévia em exame da Ordem dos Advogados do Brasil para que bacharéis em direito possam exercer a advocacia. A decisão foi proferida no julgamento do recurso extraordinário nº 603.583/RS, de relatoria do ministro Marco Aurélio, interposto por bacharel em direito que sustentava a violação de uma série de dispositivos constitucionais em virtude da exigência, prevista no art. 8º, IV, e § 1º, da lei nº 8.906/94, de aprovação no exame como requisito para a inscrição nos quadros da OAB.

Afirmava-se, basicamente, violação ao direito fundamental ao livre exercício profissional e, por consequência, à dignidade humana; a impossibilidade de regulamentação do exame pelo Conselho Federal da OAB por meio de provimento, bem como que a avaliação da qualidade do ensino jurídico compete ao Poder Público, nos termos do artigo art. 209, II, da Constituição, e não à Ordem, que deteria, tão somente, a competência fiscalizatória do exercício profissional do advogado.

Na origem, a demanda fora proposta em face do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e da União, que, até o julgamento do extraordinário, havia procurado ver reconhecida sua ilegitimidade passiva. Por conta disso, a argumentação quanto ao mérito da demanda fora desenvolvida pela Advocacia-Geral da União basicamente nos memoriais entregues aos ministros e na sustentação oral perante o plenário da Corte, o que demonstra a importância do trabalho de acompanhamento estratégico desenvolvido pela Secretaria-Geral de Contencioso.

É a respeito dessa argumentação, e de seus reflexos no deslinde da causa, que irão se ocupar as próximas linhas, na tentativa de demonstrar como o Supremo Tribunal sedimentou, de vez, as balizas do direito ao livre exercício profissional.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O cerne da controvérsia girou em torno do núcleo essencial do direito fundamental consagrado no art. 5º, XIII, da Constituição, e dos limites de conformação de tal direito pelo legislador ordinário. A Constituição de 1988 consagrou a liberdade de exercício profissional afirmando ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Anota José Afonso da Silva que o dispositivo confere dupla liberdade: liberdade *de escolha* do trabalho, ofício ou profissão, e liberdade *de exercer* o que fora escolhido. Afirma o ilustre constitucionalista que decorre diretamente da norma apenas a vedação de o Poder Público constranger a uma ou outra escolha, não investindo o particular em direito subjetivo ao efetivo exercício da profissão escolhida:

[...] Quanto a saber se há ou não condições de aquisição de ofício ou de profissão escolhida, não é tema que preocupe o enunciado da norma. Como todo direito de liberdade individual, a regra limita-se a conferi-lo, sem se importar com as condições materiais de sua efetividade. Equivale a dizer, como a experiência mostra, que, na prática, a liberdade reconhecida não se verifica em relação à maioria das pessoas, que não têm condições de escolher o trabalho, o ofício ou a profissão, sendo mesmo obrigadas a fazer o que nem sempre lhes apetece.¹

É de se ver, portanto, que, nos termos do próprio art. 5º, XIII, a Constituição não confere direito subjetivo ao indivíduo *a exercer* qualquer profissão que venha a escolher – isto é, há liberdade de exercício e não garantia de exercício – e, mais, determina que o exercício profissional dependerá do atendimento às eventuais qualificações profissionais validamente exigidas pela legislação, competindo à União o estabelecimento de condições para o exercício das profissões².

Trata-se, segundo certo consenso doutrinário, de norma de eficácia contida, na medida em que o constituinte regulou de modo suficiente os contornos do direito, possibilitando desde logo o seu exercício, embora tenha reservado à legislação ordinária margem para uma atuação restritiva da plenitude dessa eficácia. Tal restrição – e nisso também há relativo consenso – é condicionada por uma reserva legal dita *qualificada*, haja vista que a Constituição não apenas prevê que a restrição seja feita pela via legal, como também predetermina a finalidade e as condições dessa limitação³.

Diversamente de outros direitos fundamentais que servem apenas à resistência contra intervenções ocasionais do poder público, trata-se de direito cuja ideia básica é ligada ao livre desenvolvimento da personalidade

¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 108 e 109.

² CF/88, art. 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões”.

³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 343

humana como um todo, ao garantir ao indivíduo a base de seu sustento e possibilitar sua contribuição para o corpo social (daí a Constituição erigir como fundamento da República o valor social do trabalho), razão pela qual sua efetiva proteção exige que “às intervenções legislativas sejam por princípio impostas fronteiras bem estreitas”⁴.

Destarte, a questão passa, para além da delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional, pela identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, teve a oportunidade de assentar com precisão o núcleo essencial do direito à liberdade profissional e, a partir daí, as balizas de ação do legislador ordinário na conformação desse direito (“limites dos limites”⁵).

Ainda sob o império da Constituição de 1967/69, o Tribunal, no julgamento do RE nº 70.563/SP, resolveu paradigmático caso a respeito da profissão de corretor de imóveis, tecendo o então relator, ministro Thompson Flores, considerações dignas de nota:

A liberdade do exercício profissional se condiciona às condições da capacidade que a lei estabelecer. Mas, para que a liberdade não seja ilusória, impõe-se que a limitação, as condições de capacidade, não seja de natureza a desnaturar ou suprimir a própria liberdade. A limitação da liberdade pelas condições de capacidade supõe que estas se imponham como defesa social. Observa Sampaio Dória (“Comentários à Constituição de 1946”, 4º vol., p. 637):

A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critérios de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio.

⁴ BVerfGE 7, 377, in SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Compilación de Sentencias. (Trad.) Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez/Konrad-Adenauer-Siftung, 2003. p. 601-604.

⁵ MENDES, op. cit., p. 348 e ss. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 295 e ss (a tradução prefere a expressão “restrição das restrições”).

No julgamento da Representação nº 930, que igualmente assentou a inconstitucionalidade de preceito que restringia o acesso à profissão de corretor de imóveis, a Corte discutiu a respeito da extensão da liberdade profissional e do sentido da expressão *condições de capacidade*, tal como disposto no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/69. O conhecido voto proferido pelo ministro Rodrigues Alckmin enfatizou a necessidade de se preservar o núcleo essencial do direito, ressaltando a obrigatoriedade observância do princípio da razoabilidade:

A Constituição Federa assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional [...]. Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não⁶.

A orientação do Tribunal firmou-se, assim, no sentido de que o exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei relativas às qualificações profissionais que tenham por finalidade preservar a sociedade contra condutas potencialmente danosas advindas do mau exercício dessas atividades, seja no tocante a indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos, seja no que diz com requisitos especiais, morais ou físicos.

Com base em tais premissas, a Corte, no julgamento do recurso extraordinário nº 511.961/SP, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, declarou a inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista. Entendeu-se que o jornalismo, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício. Nesse caso, em particular, agregou-se ainda o fundamento de que o jornalismo está umbilicalmente ligado ao pleno exercício das liberdades de expressão, comunicação e informação, a exigir uma interpretação conjunta do art. 5º, XIII, com os dispositivos constitucionais que cuidam de tais liberdades⁷.

⁶ Representação nº 930, Relator p/ acórdão Min. Rodrigues Alckmin, DJ 02.09.1977

⁷ RE 511961/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 13.11.2009

Igualmente, no julgamento do RE nº 414.426, o Tribunal entendeu inconstitucional a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos como requisito para o exercício da profissão, em face da ausência de potencialidade lesiva da atividade – como afirmou o ministro Cesar Peluso, desafinar até pode ser um dano, mas é juridicamente irrelevante. Também nesse caso, considerou-se que a atividade estava estritamente vinculada com a própria liberdade de expressão e manifestação artística. A ministra Ellen Gracie, relatora, destacou em seu voto:

Há atividades cujo mau exercício pode implicar sério dano, por exemplo, à saúde, à segurança, ao patrimônio ou mesmo à formação intelectual das pessoas. Daí a exigência de que médicos, psicólogos e enfermeiras, engenheiros e arquitetos, advogados e professores ostentem curso superior como requisito para o exercício de suas atividades. Exige-se o registro profissional perante o conselho criado para fiscalização da atividade. Também é indubitavelmente legítima a exigência de habilitação específica para outras atividades profissionais em que a imperícia implicaria risco grave. [...]

Na prática da música, inexiste qualquer risco de dano social, razão pela qual não há que se admitir o estabelecimento de condições à sua manifestação, mesmo a título profissional: a liberdade deve prevalecer. [...] Para exercer atividade de músico, para escrever e publicar romances, contos ou poemas, para noticiar e comentar acontecimentos da vida individual e social, não há que se exigir qualificação específica nem requisito formal.⁸

Conclui-se, portanto, que, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são requisitos para a validade da restrição à liberdade de exercício profissional:

- (i) a previsão legal;
- (ii) a pertinência com as qualificações, técnicas ou não, relativas à profissão e, como sói acontecer em matéria de leis restritivas ou conformadoras de direitos;
- (iii) a consonância com o postulado da proporcionalidade.

⁸ RE 414426, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ. 10.10.2011.

É de se ver o cuidado que tem o Tribunal para que as exigências formais para o exercício profissional não se prestem a servir a interesses meramente corporativos de reserva de mercado. Ao fim e ao cabo, a justificação deve sempre apoiar-se no interesse público.

Coube, assim, a Advocacia-Geral da União demonstrar como e em que medida o exame de ordem atende a estas condições.

2 DA CONSTITUCIONALIDADE DO EXAME DE QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL APLICADO PELA OAB

No exercício da competência prevista no art. 22, XVI, da Constituição, no que tange especificamente à advocacia, a lei federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, em seu artigo 8º, arrolou como requisitos cumulativos para a inscrição como advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil a *“aprovação em Exame de Ordem regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB”*, atribuindo à Ordem a competência para selecionar os advogados e para regulamentar o estatuto com os provimentos que julgar necessários (art. 44, I, c/c art. 54, V e art. 78).

Atendida, portanto, a exigência de reserva legal quanto à *“previsão da aprovação no exame como requisito para inscrição nos quadros da OAB e, por consequência, para o exercício da profissão de advogado”*. Não há que se falar, como chegou a ser aventado, que a exigência de êxito em uma prova como condição para o exercício profissional seria incompatível com o disposto no art. 5º, XIII, da Constituição. Como bem observa Luís Roberto Barroso:

Segundo essa linha de raciocínio, a Constituição teria permitido apenas que a lei estabeleça exigências de qualificação profissional, mas não que preveja uma etapa prévia de verificação. Com o respeito devido e merecido, o argumento baseia-se em leitura reducionista do art. 5º, XIII, que ignora a própria ratio do dispositivo e o converte em exigência meramente formal, destituída de conteúdo. O argumento também ignora a previsão do art. 22, XVI, que expressamente autoriza o legislador a estabelecer condições para o exercício de profissões. Como chega a ser intuitivo, admite-se a imposição de requisitos e restrições justamente porque se quer garantir que o profissional seja capacitado. Não faria nenhum sentido

⁹ Releva destacar que a demanda posta perante o Supremo Tribunal girava em torno apenas da exigência de aprovação no exame, não se voltando contra a obrigatoriedade de inscrição na OAB como requisito para o exercício da advocacia.

interpretar a liberdade de profissão como um direito fundamental a não-verificação das deficiências. Muito menos afirmar que qualquer medida destinada a efetuar essa verificação seria, mesmo em tese, inadequada à luz do art. 5º, XIII¹⁰.

De outro vértice, é notório que a profissão de advogado se encontra entre aquelas passíveis de regulamentação pela legislação ordinária nos termos do art. 5º, XIII, da Constituição, porquanto reclama qualificação técnica específica. Com efeito, trata-se de atividade que, por lidar diretamente com bens jurídicos da maior importância – a vida, a saúde, a liberdade, a honra, a segurança, as relações familiares, a guarda e a tutela de incapazes, o patrimônio etc. – traz em si o perigo de dano social decorrente da imperícia técnica.

Não se trata, assim, de interesse meramente corporativo, mas, ressalte-se, de qualificação técnica específica para a profissão de advogado, que não é a mesma, *v.g.*, do docente, do acadêmico, do delegado ou do analista judiciário – todos esses bacharéis em direito.

Há, portanto, sérios riscos decorrentes diretamente da ignorância de *conhecimentos técnicos* ínsitos à natureza da profissão: a perda de um prazo, a má interpretação de um texto de lei, ou mesmo do dispositivo de um julgado, a errônea escolha de um meio processual, *v.g.*, são passíveis de acarretar erros irreversíveis aos jurisdicionados, notadamente diante da definitividade (aptidão para a coisa julgada) de que se revestem os provimentos jurisdicionais. A assistência jurídica de qualidade é meio essencial à prestação jurisdicional efetiva, daí ser o advogado indispensável à administração da Justiça, nos termos da Constituição.

Importa, desse modo, saber se a exigência do exame como requisito para a inscrição nos quadros da OAB e, por extensão, para o exercício da advocacia, atende ao princípio ou postulado da proporcionalidade.

No que diz com o subprincípio da *adequação*, é patente que o exame de ordem se presta à seleção de profissionais que possuam qualificação mínima suficiente para o bom exercício da profissão. É dizer: a aprovação prévia no exame é meio idôneo para se evitar o dano inerente à atuação profissional, ao excluir de antemão os candidatos manifestamente ineptos, sem prejuízo do controle repressivo corriqueiramente exercido por um conselho profissional.

Do mesmo modo, a previsão do exame também supera o teste da *necessidade*, como escolha do meio menos gravoso, haja vista que

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Constitucionalidade e legitimidade do exame de qualificação profissional aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil como requisito para o exercício da advocacia*. Parecer disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Parecer_exame_de_ordem.pdf>. p. 19. Acesso em: 24 out. 2011.

eventuais medidas alternativas não se mostram aptas, por si só, a garantir a presença de qualificação técnica ao exercício da advocacia.

O argumento no sentido de que bastaria a rigorosa fiscalização do Poder Público em relação aos cursos de direito para a garantia da qualificação profissional, consistindo o exame em um mecanismo para mascarar a formação deficitária do bacharel, não procede.

É preciso esclarecer que o MEC faz a avaliação dos cursos superiores por meio do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade), avaliando a qualidade de ensino como um todo, e não a qualificação técnica individual do profissional. E mesmo a rigorosa atuação do Poder Público frente à profusão de cursos de direito tem se mostrado insuficiente para garantir a qualidade técnica dos profissionais, como ano após ano comprovam os índices relativos à taxa de reprovação no exame: segundo dados da Ordem dos Advogados do Brasil, 88% dos inscritos foram reprovados no exame realizado em dezembro de 2010, e, no anterior, o índice de reprovação chegou a 90%.

Demais disso, a conclusão de um curso superior de direito não confere a quem quer que seja a condição de bacharel em advocacia, mas de bacharel em direito. A aprovação no exame de ordem é uma exigência técnica específica apenas para a profissão de advogado. Há toda uma gama de atividades profissionais franqueadas ao bacharel em direito que não se confundem e nem pressupõem a advocacia.

Não há, de outro vértice, que se falar em rigor excessivo do exame. Para a aprovação na primeira etapa, composta exclusivamente de questões objetivas, basta o acerto de metade das questões. Na prova prática, cuja matéria cobrada é previamente escolhida pelo candidato e é permitida a consulta à legislação e à doutrina, exige-se apenas 60% de aproveitamento, sem haver número pré-definido de aprovados, de modo que não há competição entre os inscritos. Há, ainda, previsão de realização de três exames por ano, de modo a minimizar os efeitos de eventual reprovação. A realização do exame é prática difundida em diversos países e, como alguns ministros demonstraram em seus votos, a sistemática do modelo brasileiro é muito menos restritiva do que as existentes no direito comparado.

Por outro lado, a atuação repressiva da Ordem dos Advogados do Brasil, incidente a partir da apuração de faltas e danos já ocorridos, não elide uma atuação preventiva, com vistas a evitar a ocorrência de danos, que muitas vezes podem ser graves e irreversíveis.

No que toca, por fim, à proporcionalidade em sentido estrito, é fácil notar como o próprio constituinte originário promoveu o sopesamento

entre o livre exercício da atividade profissional e o interesse público, condicionando o exercício de determinadas profissões aos requisitos previstos em lei. À luz dessas disposições, e por tudo quanto já exposto, há que se reconhecer que os benefícios decorrentes da medida elencada pelo legislador superam, em larga medida, os inconvenientes e dissabores dos bacharéis candidatos à advocacia.

O resguardo de terceiros contra os riscos inerentes à profissão justifica, portanto, a exigência do exame, critério impessoal, objetivo, adequado e necessário aos fins perseguidos em nome do interesse social.

Todas essas considerações foram encampadas pelos ministros em seus votos, que afastaram ainda as demais alegações de inconstitucionalidades formuladas.

Assim é que a Corte reconheceu, igualmente, não haver qualquer violação ao princípio da legalidade na regulamentação do exame por meio de ato do Conselho Federal da OAB. Com efeito, ao passo em que a *previsão* da qualificação profissional se encontra submetida à reserva legal absoluta, isto é, demanda previsão em lei formal, a *mera regulamentação* desse requisito de qualificação se acha, como cediço, submetida à reserva legal relativa, ou à reserva de norma, e não de lei. Seria, de fato, inconcebível, e à margem de qualquer razoabilidade, que lei formal definisse todos os critérios necessários para a aplicação do exame de ordem, como, v.g, data e periodicidade das provas, conteúdo programático, nota mínima para aprovação e recursos cabíveis, composição e perfil da banca examinadora, etc.

O ministro relator, neste ponto, reconheceu não estar-se diante de uma verdadeira delegação legislativa, haja vista que o provimento da OAB em nada inova ou cria qualquer obrigação que já não decorra da lei. Além disso, destacou que é próprio da Administração moderna desenvolver-se por meio de uma estrutura policêntrica de tomada de decisões e edições de regulamentos, em contraposição ao um tradicional modelo piramidal, e, conforme já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, a OAB, assim como os demais conselhos de fiscalização profissional, possui prerrogativas típicas de pessoas de direito público, de modo que a previsão contida no §1º do artigo 8º da Lei nº 8.906/94 deveria ser analisada no contexto geral de reorganização das funções públicas.¹¹

¹¹ Notadamente no que diz respeito à OAB, enquanto não possua natureza autárquica, o que significa não estar ligada à Administração Direta por vínculos de tutela administrativa, o STF já reconheceu que ocupa posição “ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro” não se voltando “exclusivamente a finalidades corporativas”, possuindo poder de polícia e regulamentar na persecução de suas finalidades institucionais, nos termos da lei. Cf. ADI 8026/ DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 29.09.2006.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O exame de ordem, com efeito, não se presta a resolver eventuais problemas da qualidade do ensino jurídico no país, e nem seria capaz disso. A história do ensino jurídico no Brasil repete, desde a sua origem, os mesmos problemas há muito denunciados (formação generalista do bacharel, descompasso com a realidade social, profusão de abertura de curso de direito, etc.).¹² O reconhecimento de sua constitucionalidade apenas garante um óbice mínimo a que bacharéis inaptos à realização do quefazer comezinho da advocacia causem danos a terceiros – o que já não é pouco.

A importância do julgamento reside, no entanto, menos no seu desdobramento imediato do que nas perspectivas de atuação que se abrem a partir das balizas que foram sedimentadas. Do conjunto dos precedentes citados e dos votos proferidos no julgamento, depreende-se que a perplexidade não reside no fato de a advocacia ser a única profissão a exigir legalmente um exame de proficiência para o seu exercício, mas justamente na constatação de que outras profissões que demandem tantos ou mais conhecimentos técnicos, cuja inobservância possa igualmente acarretar danos imediatos e irreversíveis a terceiros, assim não o fazam. Abre-se, desse modo, a possibilidade de instituição de exames semelhantes para o exercício, *v.g.*, da medicina ou da engenharia.

Por outro lado, há inúmeros projetos de lei no Congresso pretendendo regulamentar atividades as mais diversas, como as de babá, garçom, *cuidador de pessoa idosa*, lutador de vale tudo, DJ (*jockey*), chaveiro, historiador, decorador, profissional do sexo, fotógrafo, ceramista, etc. Em muitos desses projetos, há dispositivos expressos no sentido de que a inobservância dos requisitos de exercício ali elencados caracterizam exercício irregular da profissão, em um claro intuito de inserir a atividade como contravenção penal, prevista no art. 47 no Decreto-Lei 3.688/41.

A partir do posicionamento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, a União tem uma base segura de atuação para o exercício legítimo da competência legislativa que lhe foi conferida pelo artigo 22, XVI, da Constituição.

¹² Ainda na década de 50, San Tiago Dantas denunciava incapacidade da grande maioria dos cursos jurídicos para formar profissionais preparados, em célebre aula inaugural proferida nos cursos da Faculdade Nacional de Direito, em 1955. Cf. DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, A Educação Jurídica e a Crise Brasileira. Para um diálogo com o texto, cf. FALCÃO, Joaquim, Classe Dirigente e Ensino Jurídico. Ambos disponíveis em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2652/Cadernos_FGV_Direito_Rio_02-01.pdf?sequence=1>.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto, *Constitucionalidade e legitimidade do exame de qualificação profissional aplicado pela Ordem dos Advogados do Brasil como requisito para o exercício da advocacia*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/Parecer_exame_de_ordem.pdf>
- DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, *A Educação Jurídica e a Crise Brasileira*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2652/Cadernos_FGV_Direito_Rio_02-01.pdf?sequence=1>.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Compilación de Sentencias. (Trad.) Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez/Konrad-Adenauer-Siftung, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800 70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares