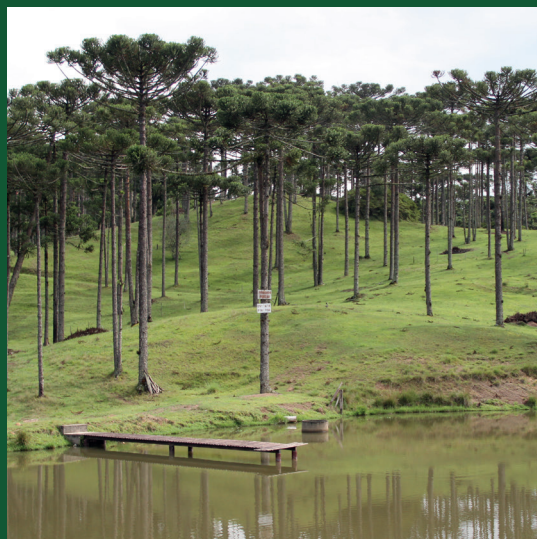

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V. 10, n. 23, jul./dez. 2013

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

v. 10, n. 23, julho/ dezembro 2013
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 238	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------	----------------

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio

Leandro Garcia Machado

Nuno de Campos

Rogério Ponzi Seligman

Sandro Ricardo Souza

Silvana do Prado Brouwers

Diretora do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)

Vanessa Wendhausen Cavallazzi

**As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.**

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de
Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação
Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mpsc.mp.br

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça de Santa
Catarina e da Associação Catarinense do Ministério Público. -
v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis : PGJ : ACMP,
2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral,
2009- .
v. 10, n. 23, jul./dez. 2013.
ISSN 1981-1683

I. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público. II.
Associação Catarinense do Ministério Público.

CDD 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: novembro de 2016

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro - Florianópolis - SC
CEP 88015-240
(48) 3224-4600 e 3224-4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva - R. Bocaiúva, 1.750
Centro - Florianópolis - SC
CEP 88015-904
(48) 3229-9000
pgj@mpsc.mp.br
www.mpsc.mp.br

Administração Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Sandro José Neis

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais

Fabio de Souza Trajano

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Sandro José Neis

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Sandro José Neis

Mário Luiz de Melo

Rogério Antônio da Luz Bertoncini

Genivaldo da Silva

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Aor Steffens Miranda
Murilo Casemiro Mattos
Sidney Eloy Dalabrida
Fábio Strecker Schmitt
Sonia Maria Demeda Groisman Piardi
Marcílio de Novaes Costa - *Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Sandro José Neis - Procurador-Geral de Justiça
Gilberto Callado de Oliveira- Corregedor-Geral

Representantes do Colégio de Procuradores

Odil José Cota
Pedro Sérgio Steil
Vera Lúcia Ferreira Copetti

Representantes da Primeira Instância

Narcísio Geraldino Rodrigues
Gladys Afonso
Gercino Gerson Gomes Neto
Fábio de Souza Trajano
Ivens José Thives de Carvalho
Durval da Silva Amorim
Américo Bigaton
Rui Arno Richter

Secretário-Geral

Fernando da Silva Comin

Corregedor-Geral do Ministério Público

Gilberto Callado de Oliveira

Subcorregedor-Geral

José Galvani Alberton



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Luciano Trierweiller Naschenweng
Presidente

Luiz Adalberto Villa Real
Vice-Presidente

Gilberto Assink de Souza
1º Secretário

Marcos Augusto Brandalise
2º Secretário

João Carlos Linhares Silveira
Diretor Financeiro

Sandro Ricardo Souza
Diretor de Patrimônio

Caroline Cabral Zonta
Diretora Cultural e de Relações Públicas

Vanessa Wendhausen Cavallazzi
Diretora Administrativa

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi
Diretora da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Conselho Fiscal

Marcelo de Tarso Zanellato
Abel Antunes de Mello
Helen Crystine Corrêa Sanches
Fabrício José Cavalcanti
Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt

Conselho Consultivo

Simão Baran Júnior
Jorge Eduardo Hoffmann
Luciana Uller
Rodrigo César Barbosa
Max Zuffo
Bruno Bolognini Tridapalli
Deize Mari Oeschler
Sandra Faitlowicz Sachs
Heloísa Crescenti Abdalla Freire
Alexandre Carrinho Muniz
Anderson Adilson de Souza
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Cyro Luiz Guerreiro Júnior
Joaquim Torquato Luiz

SUMÁRIO

CONSTITUCIONAL

OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....9

Alan Ricardo Grah

Pedro Roberto Decomain

O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL E AS NORMAS REPETIDAS E REMISSIVAS31

Anelise Dell'Antonio Cadornin

LEI N. 9.637/98 (MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS) E O JULGAMENTO DO MÉRITO DA ADI N. 1.923 PELO STF: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO63

Diego Christiano Allet Matte

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL E DO SISTEMA *COMMON LAW*93

Danielle Mariel Heil

CRIMINAL

ESTUPRO MEDIANTE A PRÁTICA SUCESSIVA DE CONJUNÇÃO CARNAL E OUTROS ATOS LIBIDINOSOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO E CONTRA ÚNICA VÍTIMA: Crime único ou concurso material?119

André Costa Doin

Pollyananna Maria da Silva

INFÂNCIA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: FUNDAMENTOS, POSSIBILIDADES E ESTRATÉGIAS DE CONCRETIZAÇÃO.....133

Luciano Moreira de Oliveira

CIDADANIA

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NA SUA EFETIVAÇÃO.....157

Thárik Uchôa Luz

PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL EM TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA185

Fernanda Broering Dutra

PEÇA PROCESSUAL

ADITAMENTO A DENÚNCIA207

Alexandre Volpatto

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .. 213

Vinicius Secco Zoponi

OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Alan Ricardo Grah

Assistente de Promotoria de Justiça do MPSC

Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado, Campus Mafra

Pedro Roberto Decomain

Promotor de Justiça de Santa Catarina

Professor da Universidade do Contestado, Campus Mafra

SUMÁRIO

Introdução. 1 Referencial Teórico. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente produto jurídico científico possui como objetivo geral indicar quais são os limites do poder constituinte reformador na Constituição Federal do Brasil de 1988. Para tanto, após a exposição das noções gerais sobre poder constituinte reformador e das diferenças entre reforma, emenda e revisão, indicaram-se os limites elencados pela doutrina ao Poder Constituinte Reformador, quais sejam, limites materiais, circunstanciais, procedimentais e temporais. Em seguida, realizou-se a caracterização desses limites na Constituição Federal do Brasil de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Constituinte Reformador. Reforma Constitucional.

ABSTRACT

This scientific juridical product has as main objective indicate which limits the reformer constituent power in the Federal Constitution of Brazil of 1988. For that, after exposure of the general notions about reforming constituent power and the differences between reform, amendment and revision, we indicated the limits provided by the Constituent Power Reform doctrine, namely, materials, circumstantial, procedural, and temporal. Then realized the characterization of these limits in the Federal Constitution of Brazil of 1988.

KEYWORDS: Constituent Power Reform. Constitutional Reform.

INTRODUÇÃO

O homem vive em um processo de mutação natural e constante. Ele muda de valores e de princípios. Essas mudanças em sua forma de sentir, pensar e agir acarretam a superação de dogmas antigos.

No âmbito constitucional, esse fenômeno resulta numa situação peculiar: as normas positivadas nas constituições podem não mais atender aos interesses do povo. Daí surge a importância da reforma constitucional: permitir a alteração do conteúdo da constituição no afã de acompanhar a evolução da sociedade.

No entanto, se não possuir limitações, a reforma constitucional pode causar insegurança devido às constantes mudanças no âmbito jurídico e até mesmo servir como instrumento de abuso do Poder.

Assim, considerando que a doutrina caracteriza a reforma constitucional como desdobramento do poder constituinte, o presente produto jurídico científico possui como objetivo geral indicar quais são os limites do poder constituinte reformador na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

De outra banda, esta pesquisa possui os seguintes objetivos es-

pecíficos: identificar quais são os limites elencados pela doutrina ao poder de emenda e ao poder de revisão e caracterizar tais limites na Constituição Federal de 1988.

No tocante ao problema, pretende-se, por intermédio desta pesquisa, responder o seguinte questionamento: quais são os limites do Poder Constituinte Reformador na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988?

Por fim, cumpre destacar que a pesquisa foi desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica.

1 REFERENCIAL TEÓRICO

As leis fixas perdem-se no tempo, a exemplo do Código de Hamurabi. Com a vitória do constitucionalismo, as constituições escritas receberam a característica de imutabilidade relativa. Tal relatividade advém do dever de harmonizar as novas demandas trazidas pela evolução com as tradições históricas¹.

Daí promana a necessidade palpável do *processus* da modificação constitucional, da sua revisão em conformidade aos preceitos estatuídos pela própria constituição, a fim de ajustá-la e acomodá-la continuamente, mediante medidas pacíficas, à realidade social cambiante. Somente assim dar-se-á a evolução da sociedade rumo a modelo gradativamente mais perfeito de organização social, coibindo a desarmonia entre os valores sociais e os velhos moldes jurídicos, causa precípua das revoluções, e evitando a mudança social pela revolução e pelos golpes de Estado².

Nesse sentido, esse poder que se destina a modificar a constituição segundo o que ela estabelece é denominado Poder Constituinte Reformador. Em última análise, esse poder visa a permitir a mudança da Constituição, adaptando-a a novas necessidades, sem que para tanto seja preciso recorrer à revolução ou ao Poder Constituinte Originário³.

O Poder Constituinte Reformador é a peça-chave para a sobrevivência e a dignidade das constituições. Se imutáveis ou quase inalterá-

1 RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo, SP: Freitas Bastos Editora, 1997. p. 34-35.

2 FERREIRA, Pinto. **Teoria geral do Estado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 448.

3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional comparado**. v. 1 o Poder Constituinte. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974. p. 156.

veis são desrespeitadas. De outra banda, se excessivamente alteráveis, caem no descrédito. Ao contrário do Poder Constituinte Originário de rara manifestação e temporalidade exígua, o poder reformador é condição e estado intermitente⁴. Dessa forma, devem ser observados determinados limites com o fito de “fazer que a reforma tenha o maior grau de materialidade possível, refletindo, da maneira mais precisa, aquilo que a sociedade resolveu modificar no texto constitucional”⁵.

Nesse âmbito, limites são “barreiras que impedem a mudança constitucional, tomando por base as limitações aceitas, ou ao menos debatidas, pela doutrina e jurisprudência brasileiras”⁶. De outra banda, reforma constitucional é “qualquer alteração do texto constitucional, é o caso genérico, de que são subtipos a emenda e a revisão”⁷, a revisão constitucional possui caráter mais amplo e abrangente, ao passo que as emendas se circunscrevem a âmbito mais restrito⁸.

A variedade terminológica na identificação de suas formas não impede a compreensão comum sobre a natureza limitada da atividade do poder constituinte reformador, nas suas formas de emenda e revisão. Logo, as Constituições fixam as limitações que condicionam a atividade do poder constituinte reformador, e a doutrina constitucional não diverge no entendimento das limitações que condicionam a conduta desse poder, seja ele denominado Poder de Emenda ou Poder de Revisão⁹.

Inicialmente, no tocante ao Poder de Emenda, a doutrina indica a existência de limites materiais, circunstanciais e procedimentais.

Por razões políticas, o Poder Constituinte Originário pode isolar de qualquer possibilidade de alteração ulterior determinados assuntos estruturais ao Estado. Assim, por intermédio dos denominados limites materiais, ele cria proibições à reforma constitucional de determinados conteúdos ou objetos. Tais limites podem ser explícitos ou implícitos¹⁰.

Os limites materiais explícitos se exteriorizam por meio das chamadas “cláusulas pétreas”, as quais retiram da área reformável as

4 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 30.

5 CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 84.

6 MOREIRA, 2012. p. 20.

7 FERREIRA, 1975. p. 450.

8 SANTANA, Jair Eduardo. **Revisão Constitucional: reforma e emendas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 89.

9 HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 108.

10 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2001. p. 35-36.

matérias nelas designadas¹¹. Dessa forma, as cláusulas pétreas formam um “núcleo intangível da Constituição Federal”¹².

Existem poucos textos constitucionais gravados com cláusulas de inalterabilidade. Mais reduzido ainda “o número de Constituições que delimitaram um rol extenso de limites materiais ao poder de reforma. A tradição brasileira, prevista no § 4º do art. 60 da Constituição de 1988, é exceção à ordem mundial”¹³:

Segundo esse dispositivo:

Art. 60. [...]

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Nesse âmbito, observa-se que a expressão “não será objeto de deliberação a proposta” permite, no nosso sistema, o controle preventivo, “já que se refere à mera proposta de emenda à Constituição, e a menção à tentativa traduz a não aprovação da emenda, bastando sua apresentação como proposta no Congresso Nacional, para que possa ser atacada via mandado de segurança”¹⁴.

No que tange à interpretação da expressão “tendente a abolir”, a doutrina ensina que:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expresamente declarem: “fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se

11 BASTOS, 2001. p. 35.

12 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 372-673.

13 MOREIRA, 2012. p. 30-31.

14 MOREIRA, 2012. p. 57-58.

encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição¹⁵.

Ressalta-se, ainda, que o dispositivo em questão impede apenas que “a reforma seja tendente a abolir, não impedindo o alargamento ou reforço dessas matérias, especialmente dos direitos fundamentais”¹⁶.

O inciso I trata do pacto federativo, que é a “parte da Constituição que trata da distribuição dos poderes entre as diversas esferas governamentais, isto é, entre a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal”¹⁷. Nesse diapasão, o artigo 18 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos”.

Dessa forma, não é passível de deliberação a proposta de emenda que desvirtue o modo de ser federal do Estado brasileiro, “em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competência entre o governo central e os locais”¹⁸.

No que tange ao inciso II, para preservar o exercício regular e a livre consciência do escrutínio os qualificativos secreto, universal e periódico foram gravados como condições do exercício do voto¹⁹.

Nesse âmbito, pelo princípio do voto secreto, o eleitor guarda para si a sua decisão de voto. De outra banda, o princípio da periodicidade impõe o sufrágio periódico e a renovação periódica dos cargos políticos²⁰.

A periodicidade dos mandatos é consequência do voto periódico estabelecido como cláusula pétrea. Uma emenda não está legitimada para transformar cargos políticos que o constituinte originário previu como suscetíveis de eleição em cargos vitalícios ou hereditários²¹.

O princípio da universalidade, por sua vez, impõe o direito de voto a todos os cidadãos, com exceção daqueles que não possuam capacidade

15 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 69.

16 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154.

17 SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 996.

18 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 256.

19 MOREIRA, 2012. p. 43.

20 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, [2002]. p. 304-306.

21 MENDES; COELHO; BRANCO, 2009. p. 257.

eleitoral²². Nesse sentido, a Constituição de 1988 trouxe aos menores de 18 e aos maiores de 16 o direito de escolher seus representantes políticos, porém encontram-se excluídos do alistamento eleitoral os estrangeiros e os conscritos do serviço militar²³.

Ademais, a imediaticidade é outra característica do voto gravada como cláusula pétrea pela Magna Carta de 1988. Assim, o voto direto ou imediato significa que “o voto tem de resultar imediatamente da manifestação da vontade do eleitor, sem intervenção de grandes eleitores ou de qualquer vontade alheia”²⁴. No Brasil, “o voto direto encontra correspondência no movimento histórico das “diretas já”, que marcou a reação popular ao final do período antidemocrático – onde ocorreram eleições indiretas ou imposições do poder militar”²⁵.

O inciso III protege a separação dos Poderes. A Constituição Federal de 1988 estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º).

A independência entre os órgãos que desempenham as funções do Poder gera uma peculiaridade constitucional, qual seja, “a existência de funções típicas e atípicas dentro de um mesmo Poder do Estado”²⁶.

Assim, o Poder Executivo, além da sua função administrativa, também desempenha funções atípicas: função legislativa (quando edita atos de natureza geral e abstrata, como, por exemplo, medida provisória e lei delegada) e função jurisdicional (quando exerce função julgadora, no âmbito do processo administrativo). Por outro lado, o Poder Legislativo, além de suas funções típicas (função normativa e fiscalizadora), exerce funções administrativas (quando administra seus serviços, bens e pessoal) e jurisdicionais (quando o Senado Federal julga, no impeachment, as mais altas autoridades da República) [...] Por fim, o Poder Judiciário, além da sua função jurisdicional típica, exerce função administrativa (quando administra seus bens, serviços e pessoal) e função legislativa (quando os seus tribunais elaboram seus respectivos regimentos)²⁷.

Nessa esteira, segundo a melhor interpretação da separação dos

22 CANOTILHO, [2002] p. 302.

23 COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 62.

24 CANOTILHO, [2002] p. 302.

25 MOREIRA, 2012. p. 43.

26 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 317.

27 PAULO, Vicente. **Aulas de direito constitucional**. 4. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2005. p. 87-88.

poderes como cláusula pétrea, deve-se preservar, no texto constitucional, as funções típicas e as atípicas de cada órgão constitucional. Assim, “maximiza-se esse limite material ao poder de reforma. Se um poder não realiza a função constitucional correspondente, outro poderá substituí-lo ou complementá-lo, se constitucionalmente autorizado”²⁸.

O inciso IV, por sua vez, estabelece que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e as garantias individuais.

Nesse âmbito, ressalta-se que o qualitativo individuais, “se tomado na sua acepção literal, gramatical ou filológica, gera problemas muito complexos, dentre os quais a própria possibilidade de supressão de garantias intocáveis, sob o argumento de ser estar empreendendo correções constitucionais”²⁹.

Dessa forma, considerando que esse dispositivo não deve ser limitado por construções teóricas, vários doutrinadores defendem a “maximização dos limites materiais ao poder de reforma, em que o inciso IV do art. 60 deve ser ampliado para todos os direitos fundamentais, sem exceção”³⁰.

Nesse sentido:

Hoje evoluímos o pensamento. Passamos a entender que o inciso IV cumpre ser concebido como elemento protetor dos direitos e garantias fundamentais. [...] Sendo assim, além das liberdades públicas tradicionais, os direitos sociais, econômicos, coletivos, difusos e individuais homogêneos não poderão ser objeto de emendas tendentes a abolir, quiçá modifica-los, adaptando-lhes a esta ou àquela contingência³¹.

De outra banda, convém ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que essa expressão “alcança um conjunto amplo de direitos e garantias constitucionais de caráter individual, dispersos no texto da Carta Magna (e não somente aqueles enumerados no art. 5º da Constituição)”³².

Os limites materiais implícitos, por seu turno, “decorrem do espíri-

28 MOREIRA, 2012. p. 56.

29 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 758.

30 MOREIRA, 2012. p. 61.

31 BULOS, 2001. p. 758.

32 PAULO, 2005. p. 353.

to da Constituição e de uma lógica que deve presidir as reformas”³³. Essas limitações são criadas pela própria “estrutura do discurso pelo qual se expressa a Constituição. São aquelas que se originam dos paradigmas adotados pelo próprio sistema jurídico e que definem, com alguma clareza, quais as normas que a ele pertençam ou possam pertencer”³⁴.

O debate sobre a existência ou não de tais limites é antigo. “Hoje, quase a totalidade de constitucionalistas manifesta-se pela existência deles; as controvérsias pairam sobre a sua extensão e interpretação”³⁵.

Nesse diapasão, a doutrina indica que os limites materiais implícitos impedem a alteração da titularidade do Poder Constituinte Originário, a alteração da titularidade do Poder Constituinte Reformador, a realização de uma nova revisão constitucional, a alteração do procedimento de reforma constitucional e realização de dupla revisão.

No tocante à alteração da titularidade do Poder Constituinte Originário, não se admite a promulgação de uma Constituição dissociada da soberania popular, e a qual pode manifestar-se diretamente ou indiretamente. No primeiro caso, *verbi gratia*, pode ocorrer a exigência de referendo popular, para confirmação da nova Constituição. Por outro lado, a soberania popular pode manifestar-se indiretamente pela “eleição daqueles que irão compor a Assembleia Constituinte, preferencialmente com eleições prévias de membros para esse fim”³⁶.

Tal exigência resulta na seguinte consequência: após o restabelecimento democrático, toda Constituição ditatorial é passível de vício de origem por violar o limite implícito da titularidade democrática do poder constituinte. Além disso, essa exigência “fica reforçada com a vedação ao retrocesso, como outro fator condicionante de tais sistemas”³⁷.

A alteração da titularidade do Poder Constituinte Reformador, por sua vez, é uma limitação implícita comum a todas as constituições rígidas. Trata-se da alteração do órgão competente para a modificação constitucional³⁸.

Na vida política dos Estados, essa norma tem sido desrespeitada, como aconteceu na Alemanha nazista, ao serem

33 BASTOS, 2001. p. 38.

34 STRECK, Lenio Luiz. **Constituição: limites e perspectivas da revisão**. Porto Alegre: Rígel, 1993. p. 38.

35 MOREIRA, 2012. p. 79.

36 MOREIRA, 2012. p. 79.

37 MOREIRA, 2012. p. 80.

38 BASTOS, 2001. p. 39.

concedidos plenos poderes a Hitler por meio da Lei de 24 de março de 1933. Mais recentemente foi a Lei Constitucional francesa de 3 de junho de 1958, que alterou as regras da Constituição de 1946 sobre a reforma constitucional e transferiu o poder reformador para o governo, então presidido por De Gaulle, e de que resultou a Constituição de 1958 [...] Em Ambos os casos, porém, houve criação de novas Constituições, de novos ordenamentos jurídicos, o nazismo alemão e a V República da França, respectivamente. A aparência de continuidade legal foi a forma usada para mascarar a manifestação de um poder constituinte revolucionário³⁹.

Ademais, o titular do Poder Constituinte Reformador não pode renunciar à sua atribuição, delegando poderes a outros órgãos⁴⁰.

No Brasil, extrai-se do § 2º do art. 60 da Magna Carta de 1988 que o constituinte originário atribuiu exclusivamente ao Congresso Nacional poder de instituir emendas constitucionais⁴¹.

Quanto à realização de uma nova revisão constitucional, sobreleva ressaltar que o art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias falava em apenas uma revisão, logo “não se pode mais utilizar a via revisional para mudança da Constituição”⁴². Considerando que as disposições constitucionais transitórias “são gravadas por sua temporalidade e, findo o termo de sua realização (em 1993), não há norma no ordenamento que permita nova revisão constitucional”⁴³.

Desse modo, “não cabe mais falar em revisão constitucional. A revisão terminou e não há como revivê-la legitimamente. Agora só existe o processo de emendas do art. 60”⁴⁴.

Outro limite material implícito levanta a questão de saber se o poder constituinte reformador é competente para modificar o próprio sistema de reforma constitucional. A esse respeito, colhe-se uma “resposta negativa da maioria dos publicistas, uma vez que consentir na possibilidade dessa alteração seria conferir ao poder constituinte derivado características que ele não possui de poder constituinte originário”⁴⁵.

39 BASTOS, 2001. p. 39.

40 MOREIRA, 2012. p. 80.

41 CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2008. p. 369.

42 ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008. p. 13.

43 MOREIRA, 2012. p. 82.

44 SILVA, 2013. p. 68.

45 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010. p. 203.

Porém, na maior parte das Constituições, “não há qualquer menção expressa sobre a imutabilidade das normas que regem o processo de reforma constitucional, o que leva a um paradoxo: alterar as regras do jogo e facilitar uma mudança constitucional completa”⁴⁶.

Nesse âmbito, conquanto exista entendimento de que as regras de processo de revisão são suscetíveis de modificação como quaisquer outras normas⁴⁷, sobreleva observar que:

[...] qualquer alteração para tornar o processo de reforma menos dificultoso é inconstitucional, por violar um limite implícito, calcado na vedação ao retrocesso, ou seja, na impossibilidade de redução dos critérios formais que regulam o procedimento de redução dos critérios formais que regulam o procedimento de reforma constitucional. Nada impede, entretanto, que se inclua na Constituição da República prazo entre os turnos de votação, ou se altere o quórum de 3/5 para 2/3. Uma vez alcançada essa hipotética modificação, fica vedado retorno para qualquer *quorum* menos rígido⁴⁸.

Desse modo, as limitações ao processo de reforma “são absolutas, no sentido de que não podem ser reduzidas pelo poder reformador. Qualquer outro entendimento justifica-se pela força, mas não pelo direito”⁴⁹.

A limitação inerente à dupla revisão, por seu turno, impede a alteração das cláusulas pétreas de proteção aos limites materiais para, em uma segunda reforma, modificar matéria que antes era pétrea⁵⁰.

Acerca dos problemas causados pela dupla revisão, a doutrina ensina que:

O grande motivo para combater a tese da dupla revisão é que, com essa aceitação teórica, fica potencialmente minado todo o campo de proteção constitucional. Ao se permitir revogar as cláusulas de proteção, muito do que foi conquistado fica à mercê do poder da maioria parlamentar de momento. O debate não é abstrato; direitos humanos e todos os limites materiais maximizados que defendemos não se sustentam com a dupla revisão. Por isso, tal vedação a qualquer espécie de aceitação da dupla revisão aparece como limite material implícito⁵¹.

46 MOREIRA, 2012. p. 87.

47 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 421-422.

48 MOREIRA, 2012. p. 88.

49 MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo, SP: Sugestões Literárias, 1986. p. 63.

50 MOREIRA, 2012. p. 89.

51 MOREIRA, 2012. p. 90.

Logo, aceitar a dupla revisão “implica conceituar a reforma constitucional não como poder derivado, mas como um verdadeiro poder constituinte originário, o que não pode ser tolerado”⁵².

As limitações circunstanciais são aquelas que buscam impedir a modificação da Constituição em certas circunstâncias anormais, “pelo motivo óbvio de que essa anormalidade poderia perturbar a livre manifestação dos órgãos incumbidos da revisão”⁵³.

Na Constituição de 1988, tais limitações estão previstas no § 1º do art. 60, que possui a seguinte redação: “a Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio”.

Assim, o constituinte exige serenidade e equilíbrio para que a produção constitucional derive do bom senso. O estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal “afastam, necessariamente, esses pressupostos, gerando a preocupação e a instabilidade na condução dos negócios governativos. Daí a proibição de natureza circunstancial”⁵⁴.

Nesse âmbito, durante tais situações, “se houver alguma proposta de emenda já em tramitação, o seu andamento ficará suspenso, em qualquer fase em que se encontre, até que o País volte à normalidade”⁵⁵.

Também conhecidos como limites formais, as limitações procedimentais referem-se às “disposições especiais, em relação ao processo legislativo ordinário, que o legislador constituinte estabeleceu para permitir a alteração da Constituição Federal”⁵⁶. Desse modo, as limitações procedimentais são aquelas que dizem respeito “à competência, iniciativa, *quorum* para aprovação e outros tendentes a tornar a alteração constitucional mais difícil do que a lei ordinária”⁵⁷.

O próprio regramento procedimental já é considerado obstáculo que, se não for observado, desemboca “na mácula da inconstitucionalidade das emendas por defeito ou inobservância dos preceitos formais”⁵⁸.

A doutrina indica que o ponto nodal que permite a instabilidade

52 CERQUEIRA, Marcelo. **A constituição na história: origem e reforma**. Rio de Janeiro, Revan, 1993. p. 416.

53 FERREIRA FILHO, 1974. p. 170.

54 TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2002. p. 36-37.

55 BASTOS, 2001. p. 368.

56 MORAES, 2010. p. 674.

57 BASTOS, 2001. p. 35.

58 SANTANA, 1993. 104.

na Constituição brasileira de 1988 são os limites procedimentais, tendo em vista que são insuficientes à manipulação do poder político⁵⁹.

O processo de emenda inaugura-se com a iniciativa para tal ato. O legislador constituinte “optou por conferir iniciativa, não somente ao Chefe do Executivo, como também ao próprio Parlamento, e, ainda, às Unidades Federativas que se expressam através de seus respectivos legislativos”⁶⁰.

Segundo o art. 60 da Magna Carta de 1988:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

No que tange à iniciativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (inciso I), a doutrina indica que:

A exigência de 1/3 dos Deputados Federais ou dos Senadores da República para a propositura de Emenda Constitucional é uma medida bem razoável, pois, nessa fase de apresentação na respectiva casa legislativa, exigir mais seria praticamente aproximar do *quórum* de aprovação (3/5). Somente com o aumento do *quorum* de aprovação é que teria sentido o quórum de iniciativa das casas do Congresso ser majorado. Na prática, infelizmente, existe a possibilidade de, apresentado o projeto por um parlamentar, os demais congressistas do partido e da coligação o subscrevem sem lê-lo, para que o quórum seja automaticamente alcançado, ainda que ninguém se obrigue a votar no sentido de aprovação da proposta de emenda à Constituição que subscreve⁶¹.

O Presidente da República, por sua vez, “foi incluído no rol dos legitimados, em clara manifestação do presidencialismo”⁶².

Nos ditames do inciso III, os Estados-Membros poderão, por meio de suas Assembleias Legislativas, por respectiva maioria relativa, apre-

59 MOREIRA, 2012. p. 65.

60 SANTANA, 1993. p. 103.

61 MOREIRA, 2012. p. 66-67.

62 MOREIRA, 2012. p. 66.

sentar proposta de emenda à Constituição. Tal hipótese é proveniente do pacto federativo e foi tirada da Constituição dos Estados Unidos, país de matriz federativa. Porém, tal instituto “não encontra eco no Brasil, pois, apesar de ter sido repetida por quase todas as Constituições brasileiras, nunca teve aproveitamento”⁶³.

A segunda fase, denominada constitutiva, inicia-se na deliberação parlamentar da emenda constitucional mediante discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, cujo quórum de aprovação é de três quintos dos respectivos membros em ambos os turnos. Em seguida, ocorrerá a promulgação, conjuntamente, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem. Considerando que o texto constitucional silencia no que tange à publicação, entende-se que essa competência é do Congresso Nacional⁶⁴.

A introdução da emenda constitucional no mundo jurídico “não conta necessariamente com a participação do Poder Executivo, pois não pode ser sancionada ou vetada, embora o Presidente da República posua competência, concorrente com outros legitimados, para a iniciativa do respectivo projeto”⁶⁵.

Pelo exposto, observa-se que, conquanto a Constituição de 1988 seja rígida, ao prever a possibilidade de alteração das normas constitucionais por intermédio de um processo legislativo especial e mais dificultoso em relação ao processo legislativo ordinário⁶⁶, “os requisitos de aprovação de uma emenda constitucional superiores aos de uma lei ordinária limitam-se a dois. O primeiro, o quórum de 3/5, e o segundo a aprovação em dois turnos”⁶⁷.

O quórum de 3/5 não se mostrou rígido o bastante, já que os acordos de maiorias parlamentares possibilitaram aprovações facilitadas em diversos assuntos capitais. [...] o quórum de 3/5 é menor do que o encontrado em muitas Constituições estrangeiras e até em Constituições brasileiras passadas, que exigiam 2/3. O Outro critério, a exigência de dois turnos no molde em que é feita, é ficção jurídica. Vota-se em primeiro turno em um dia e cinco dias úteis depois realiza-se o segundo turno da votação, sem que haja

63 MOREIRA, 2012. p. 67.

64 MORAES, 2010. P. 674-675.

65 ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008. p. 369.

66 MORAES, 2010. p. 670.

67 MOREIRA, 2012. p. 67.

espaço para a reflexão, para o debate público. Dificilmente aprovada em primeiro turno, a proposta não será mantida em segundo turno e, assim, são aprovadas tantas emendas à Constituição brasileira de 1988⁶⁸.

Convém ressaltar que há entendimento doutrinário no sentido de que o § 5º do artigo 60 da Constituição traz ainda outra limitação procedimental, qual seja, “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

Nessa esteira, o conceito de sessão legislativa deve ser retirado do art. 57 da Lei Maior: “o Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro”.

Desse modo, tal vedação revela um traço da rigidez constitucional, tendo em vista que, “caso fosse uma lei ordinária ou complementar, poderia ser ela reapresentada, na mesma sessão legislativa, mediante a assinatura da maioria absoluta de qualquer das Casas Legislativas. É a regra do art. 67 da Carta Maior”⁶⁹.

No que tange ao Poder de Revisão, ressalta-se que existem várias correntes doutrinárias acerca dos seus limites.

Uma das posições sobre o tema defende que a revisão constitucional tinha como único objetivo a ratificação do plebiscito mencionado no art. 2º do ADCT. Logo, tratava-se de revisão constitucional vinculada, ou seja, uma revisão restrita⁷⁰.

Nesse diapasão:

O artigo 3º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 permite, somente, a revisão/adaptação daquilo que o povo decidiu no plebiscito, ou seja, a eventual modernização/democratização do presidencialismo. Se não for esse o desiderato dos congressistas, nada poderá ser alterado através do quórum facilitado (maioria absoluta e votação unicameral), perdendo em consequência o citado preceito sua função⁷¹.

Logo, as alterações constitucionais que não tinham relação com

68 MOREIRA, 2012. p. 68.

69 ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2008. p. 368-369.

70 SANTANA, 1993. p. 116.

71 STRECK, 1993. p. 49.

o plebiscito somente poderiam ser efetuadas de acordo com o processo de emenda constitucional, garantindo, dessa maneira, a rigidez da Constituição de 1988⁷².

Em sentido contrário, a outra tese:

[...] Por entendermos que o art. 3º do ADCT não é, em hipótese alguma, mera extensão do art. 2º (o qual prevê o plebiscito), não partilhamos da corrente doutrinária que se expressa de tal modo. É possível ir além: tratam os artigos citados de realidades diametralmente diversas. Pensamos, fosse o caso, o art. 3º não deveria ser ele próprio, mas um parágrafo do art. 2º. Não vislumbramos como atribuir essa intenção aos constituintes de 1988. No entanto, indo mais ao fundo da questão, acaso tenha sido essa a pretensão dos legisladores da Constituição, pensamos que eles foram muito infelizes na estatuição, já que, pelo resultado, (o preceito), não é possível extrair-se outra conclusão. De modo que, através de argumentos puramente lógicos e sistemáticos, não há como entender que o art. 3º do ADCT foi introduzido na parte transitória da Constituição Federal objetivando “apenas confirmar o plebiscito a ser realizado na forma do art. 2º”⁷³.

Outra posição resgatável na doutrina tinha como premissa que a revisão constitucional poderia ter sido realizada de forma ampla e sem limites, ou seja, não estava “vinculada às limitações impostas pela Constituição ao processo de emenda”⁷⁴.

Trata-se, na hipótese, de ocorrência na qual estar-se-ia diante de revisão total, em sentido material, onde a alteração alcançaria aquelas normas caracterizadoras do próprio Estado brasileiro. [...] Poderia ser dito, ainda, que não se estaria cuidando de revisão propriamente dita, mas de transição constitucional. Consequentemente ao exposto, chega-se à conclusão que a revisão constitucional do art. 3º do ADCT não pode ser realizada na forma que essa segunda linha de pensamento propugna⁷⁵.

Em terceiro lugar, alguns autores entendiam que os limites do poder de revisão constitucional deveriam ser semelhantes àqueles impostos ao poder de emenda, o processo de criação da norma constitucional é a única diferença entre o poder de revisão e o de emenda⁷⁶.

72 STRECK, 1993. p. 49.

73 SANTANA, 1993. p. 116.

74 STRECK, 1993. p. 26.

75 SANTANA, 1993. p. 117-118.

76 TEMER, 2002. p. 37.

[...] Consideramos que as atividades de emendas e rever a Constituição, conquanto distintas, possuem um ponto de confluência: o estar limitado pelo Direito. [...] A Constituição, de modo sábio, prevê a possibilidade de sua própria reforma e adequação às circunstâncias reinantes. No entanto, o poder constituinte, ao se exteriorizar, faz a reserva de determinados pontos a serem observados quando dessa reforma. Vale lembrar apenas que alguns desses obstáculos opostos às emendas, ora são relativos ao seu próprio conteúdo (à sua matéria), ora são impedimentos ligados a aspectos de forma como, *v.g.*, limites procedimentais ou circunstanciais. [...] Do mesmo modo que as emendas sofrem limitações, a revisão constitucional, fruto de um mesmo poder, também se encontra sob o influxo de regras quase idênticas⁷⁷.

Assim, a emenda e a revisão possuem idêntica função modificativa-formal e decorrem do mesmo nascedouro, qual seja, do poder constituinte reformador que, por sua vez, deriva do poder constituinte originário. Porém, diferem quanto ao seu processo e a sua extensão, para ambos havendo limites⁷⁸.

Adotando-se a última teoria, surgem limitações materiais, circunstanciais e procedimentais ao poder de revisão constitucional.

Inicialmente, no tocante às limitações materiais:

Pensamos, assim, que a revisão está subordinada também aos limites materiais, consubstanciados no art. 60, §4 da Constituição vigente, o que não implica, necessariamente, numa simples revisão parcial. O que defendemos, ao reverso, é que ainda que total a revisão, seja ela apenas da Constituição instrumental, jamais da Constituição material. Pretender-se alterar esta, modifica-se por inteiro todo o panorama do quadro dos princípios fundamentais que a compõem⁷⁹.

As limitações circunstanciais, por sua vez, impediam que a constituição fosse reformada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

De outra banda, quanto às limitações procedimentais:

Por esse processo (que exigia pelo menos 5 anos de existência do texto constitucional), as deliberações eram tomadas por maioria absoluta (em vez dos 3/5), em votação única e unicameral, ou seja, o Senado Federal era entendido como

77 SANTANA, 1993. p. 118-119.

78 SANTANA, 1993. p. 120.

79 SANTANA, 1993. p. 120.

um corpo único, juntamente com a Câmara dos Deputados. Nesse caso, como a votação ocorria no Congresso Nacional, em sessão unicameral, as emendas constitucionais de revisão eram promulgadas pela Mesa do congresso Nacional e não pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal⁸⁰.

Alguns autores defendiam a existência de uma limitação temporal contida no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tendo em vista que tal dispositivo estabelece que a “revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição”. Essa limitação possui a finalidade de consolidar uma nova ordem estatal por meio de “norma proibitiva de reforma de alguns ou de todos os seus dispositivos por um prazo determinado”⁸¹.

Ocorre que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, acreditava-se que a revisão constitucional seria instrumento eficaz para revolver o criticado sistema de repartição de competências entre os entes federativos e o problema da inflação. Nesse âmbito, por meio de proposta de emenda constitucional, buscou-se antecipar o plebiscito e, conseqüentemente, a revisão constitucional⁸².

Com o país em ebulição institucional, causada pela instabilidade política que resultou no *impeachment* do ex-Presidente Collor, o plebiscito e a revisão constitucional foram antecipados. Logo, foi proposta ADIn, com argumento de que não poderia ser antecipada a limitação temporal. O STF entendeu, por maioria de 8 a 3, que não se tratava de limitação temporal, porque a revisão constitucional acompanhava o plebiscito, e uma consulta popular para escolher a forma de governo e o seu sistema, por conveniência política daquele momento histórico, poderia ser antecipada.⁸³

Em sentido contrário à referida decisão do STF:

A irrevisibilidade das normas constitucionais de revisão constituem limites inultrapassáveis ao poder de reforma constitucional. [...] Admitir-se a revisibilidade das próprias normas constitucionais sobre a revisão (dirão Canotilho e Vital Moreira), teria de admitir-se, no limite, a possibilidade de supressão de todas as normas de revisão, tornando a Constituição absolutamente flexível, alterável em qualquer momento e em qualquer das suas normas, mediante lei sem

80 ARAÚJO, NUNES JÚNIOR, 2008. p. 369.

81 BASTOS, 2001. p. 35.

82 CERQUEIRA, 1993. p. 416.

83 MOREIRA, 2012. p. 70.

outros requisitos que não os das leis ordinárias⁸⁴.

Nesse sentido, os defensores da existência da referida limitação temporal entendem que, “por alguns meses, a antecipação da revisão constitucional foi inconstitucional”⁸⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente produto jurídico científico indicou quais são os limites do Poder Constituinte Reformador, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por intermédio da identificação dos limites elencados pela doutrina ao poder de emenda e ao poder de revisão e a caracterização desses na Constituição Federal de 1988.

Como já exposto alhures, o poder de emenda possui limitações materiais, circunstanciais e procedimentais.

As limitações materiais são proibições à reforma constitucional de determinados conteúdos ou objetos. Elas podem ser explícitas e implícitas. As limitações materiais explícitas, conhecidas como cláusulas pétreas, estão expressamente previstas nos textos das constituições. De outra banda, as limitações materiais implícitas não estão expressamente previstas no corpo das constituições, mas decorrem dos paradigmas adotados pelo próprio sistema jurídico.

Na Constituição Federal de 1988, as limitações materiais explícitas estão previstas no artigo 60, § 4º, que veda a deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e as garantias fundamentais. As limitações materiais implícitas, por sua vez, impedem a alteração da titularidade do poder constituinte originário e do reformador e vedam a realização de nova revisão constitucional, a alteração do procedimento de reforma constitucional e a dupla revisão.

As limitações circunstanciais possuem a finalidade de impedir a reforma constitucional em momentos de crise. Na Constituição brasileira de 1988, essas situações estão previstas no artigo 60, § 1º, impedindo que a constituição seja emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

84 CERQUEIRA, 1993. p. 416-471.

85 MOREIRA, 2012. p. 70.

As limitações procedimentais dizem respeito à competência, iniciativa, quórum para aprovação, entre outros aspectos que tornam a alteração da constituição mais difícil do que as leis ordinárias. No Brasil, o procedimento de emenda inicia-se por meio da iniciativa para tal ato. Nos ditames do artigo 60, a Constituição será emendada mediante proposta de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do Presidente da República ou de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Em seguida, ocorrerá a deliberação parlamentar mediante discussão e votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, cujo quórum de aprovação é de três quintos dos respectivos membros em ambos os turnos. Por fim, ocorrerá a promulgação conjuntamente, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, com o respectivo número de ordem.

Ademais, o § 5º do artigo 60 da Constituição traz ainda outra limitação procedimental, qual seja, a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

De outro vértice, quanto aos limites do poder de revisão, sobreleva ressaltar que existem várias correntes doutrinárias acerca desse tema. Adotando-se o entendimento de que os limites do poder de revisão deveriam ser semelhantes àqueles impostos ao poder de emenda, surgem limitações materiais, circunstanciais e procedimentais a tal poder.

Desse modo, as limitações materiais (explícitas e implícitas) e as circunstanciais ao poder de revisão são as mesmas impostas ao poder de emenda.

As limitações procedimentais ao poder de revisão, previstas no *caput* do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, exigiam que as deliberações fossem tomadas por maioria absoluta, em votação única e unicameral.

Por fim, alguns autores defendiam a existência de uma limitação temporal ao poder de revisão, uma vez que o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que “a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição”.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, [2002].

CERQUEIRA, Marcelo. **A constituição na história: origem e reforma**. Rio de Janeiro, Revan, 1993.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2008.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional comparado**. v. 1 o Poder Constituinte. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

FERREIRA, Pinto **Teoria geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MALUF, Sahid. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo, SP: Sugestões Literárias, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULO, Vicente. **Aulas de direito constitucional**. 4. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2005.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo, SP: Freitas Bastos Editora, 1997.

SANTANA, Jair Eduardo. **Revisão Constitucional: reforma e emendas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Constituição: limites e perspectivas da revisão**. Porto Alegre: Rígel, 1993.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2002.

O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ESTADUAL E AS NORMAS REPETIDAS E REMISSIVAS

Anelise Dell'Antonio Cadorin

*Assistente da 20ª Procuradoria de Justiça Criminal
Especialista em Direito Público e em Jurisdição Federal*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Breve esboço histórico. 2 O controle abstrato de constitucionalidade em face das Constituições dos Estados-Membros. 2.1 Sujeitos legitimados. 2.2 Objeto de controle. 2.3 Parâmetro de controle. 2.3.1 Normas repetidas. 2.3.2 Normas remissivas. 3 Das peculiaridades das normas repetidas: cabimento de recurso extraordinário e tramitação simultânea de ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF e os Tribunais de Justiça. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar um panorama do controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual, enfatizando as peculiaridades que envolvem as normas constitucionais estaduais repetidas e remissivas. Para tanto, inicialmente, delinea-se um breve esboço histórico sobre o tema. Em seguida, além de se ressaltar os fundamentos jurídicos do controle abstrato estadual, analisam-se os sujeitos legitimados, além do objeto e do parâmetro de controle empregado

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 31 - 62	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

na ação direta a ser ajuizada perante os Tribunais de Justiça. Ao final, envereda-se pelas questões que circundam as normas constitucionais repetidas e remissivas, destacando-se os entendimentos jurisprudenciais aplicáveis à matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade. Controle abstrato estadual. Normas repetidas. Normas remissivas.

ABSTRACT

This paper aims to present an overview of abstract constitutional control in the State level, emphasizing the peculiarities involving state constitutional rules and remissive references. For this purpose, initially, it outlines a brief historical recapitulation on the topic. Then, in addition to noting the legal grounds of the abstract constitutional control in the State, it analyzes the legitimate authors, the object and the parameter of control used in the Direct Action of Unconstitutionality to be submitted to the State Court of Justice. At the end, it surrounds the issues related to remissive references and constitutional standards, highlighting the jurisprudential understandings applicable to the matter.

KEYWORDS: Constitutionality. State abstract control. Repeated norms. Remissive references.

INTRODUÇÃO

A noção de Estado Constitucional está intimamente relacionada com a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade das normas, pois é por meio dessa atividade que se garante, diuturnamente, a supremacia da Constituição.

Como é cediço, de nada adiantaria conferir autonomia política para os Estados-Membros instituírem as suas respectivas Constituições, se não fosse possível extirpar da ordem jurídica as normas que lhe são contrárias.

O controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual trata-se, assim, de tema de especial relevo, que, inclusive, merece mais atenção dos juristas, à medida que, permitindo a conformação das normas jurídicas com os valores que emanam da Constituição do Estado-Membro, reafirma a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o presente artigo destina-se ao estudo das principais nuances do controle abstrato de constitucionalidade no plano estadual, em especial das discussões que envolvem as normas constitucionais remissivas e repetidas.

Em um primeiro momento, apresenta-se ao leitor o desenvolvimento histórico e os fundamentos jurídicos do controle abstrato de constitucionalidade perante os Tribunais de Justiça. Em seguida, analisam-se os principais aspectos da ação direta de inconstitucionalidade estadual (sujeitos legitimados, objeto e parâmetro de controle). Por fim, com base em precedentes pretorianos, imiscui-se pelas peculiaridades existentes em torno das normas constitucionais repetidas e remissivas.

O propósito desta pesquisa, porém, não é exaurir todas as questões relacionadas ao controle abstrato de constitucionalidade no âmbito dos Estados-Membros. Pretende-se, tão somente, aclarar o pensamento existente sobre o tema e, dessa forma, contribuir para o desenvolvimento científico da matéria.

1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

O controle abstrato de constitucionalidade das normas estaduais e municipais perante os Tribunais de Justiça foi introduzido tardiamente no ordenamento jurídico brasileiro.¹ A sua origem remonta à Emenda Constitucional n. 16/1965, cujo art. 19 acrescentou o inciso XIII ao art. 124 da Constituição de 1946, o qual passou a prever que “a lei poderia estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”.²

1 LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual**: as normas de observância obrigatória e a defesa da Constituição do Estado-Membro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 36-37.

2 BRASIL. **Constituição** (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da União, Brasília, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014.

A referida emenda restringiu-se a tratar da fiscalização abstrata das leis municipais, nada dispondo acerca da legislação estadual, que, nessa época, estava sujeita apenas ao controle concentrado em face da Constituição da República, perante o Supremo Tribunal Federal (art. 101, inciso I, alínea “k”, da Constituição de 1946, com redação da EC n. 16/1965).³

Não obstante a sua importância como marco inicial da matéria na ordem jurídica nacional, o dispositivo inserido pela Emenda Constitucional n. 16/1965 não implicou mudanças no plano prático, uma vez que a norma que deveria tratar do controle de constitucionalidade nos Estados-Membros nunca foi editada.⁴

A Constituição de 1967, por sua vez, foi omissa nesse aspecto, não trazendo qualquer disposição equivalente àquela introduzida na Constituição de 1946, pela Emenda Constitucional n. 16/1965.

No tema, a Emenda Constitucional n. 1/1969 contemplou apenas a possibilidade de intervenção nos Municípios mediante o provimento, pelos Tribunais de Justiça, de representação formulada pelo Chefe do Ministério Público local, para assegurar a observância dos princípios indicados na Constituição Estadual, não autorizando os Estados-Membros a instituírem o controle abstrato de constitucionalidade por via de ação direta não interventiva.⁵

A consagração efetiva e expressa do controle abstrato de constitucionalidade na esfera estadual somente ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 125, § 2º, estabeleceu ser de competência dos Estados “[...] a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.⁶

Vale dizer, assim, que a Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase para a matéria, à medida que possibilitou aos Estados-Membros a adoção de instrumentos próprios para a aferição da validade das normas locais em face de sua Constituição.

3 DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77.

4 LEONCY, 2007, p. 40.

5 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição – direito constitucional positivo*, 15. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 547.

6 BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014.

O controle jurisdicional voltado à defesa em abstrato do Texto Constitucional Estadual deixou de ser uma hipótese polêmica e controvertida para ser um dado inquestionável, de ampla aceitação,⁷ tanto que, atualmente, todas as Constituições Estaduais em vigor disciplinam o instituto da ação direta (ou representação) de inconstitucionalidade em face de suas disposições.⁸

2 O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DAS CONSTITUIÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS

De acordo com o disposto nos arts. 1º, *caput*, e 18, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou a forma federativa de Estado, em que o Estado Federal goza de soberania, enquanto os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são dotados de autonomia.

A autonomia dos entes federados manifesta-se na capacidade de auto-organização, autolegislação e autoadministração. No caso específico dos Estados-Membros, a capacidade de auto-organização encontra-se consagrada no art. 25, *caput*, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.⁹

Em outras palavras, esse dispositivo constitucional estampa a possibilidade de os Estados-Membros se estruturarem por meio de Constituições próprias, ou seja, legitima o Poder Constituinte Decorrente, que, por não ser ilimitado, absoluto e incondicionado, deve ser exercido em consonância com os princípios e as regras de aplicação compulsória presentes na Constituição Federal.¹⁰

Nesse sentido, “embora o Estado-Membro possua autonomia para a elaboração de sua Constituição, esse poder não se confunde com a soberania. O legislador constituinte decorrente possui limitações jurídicas, impostas pela própria Constituição Federal”, que devem ser

7 LEONCY, 2007, p. 45-46.

8 TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 427.

9 BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014.

10 CARVALHO, 2009, p. 1019-1020.

respeitadas, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade em face de suas disposições.¹¹

Cumprido destacar, porém, que a mesma Constituição Estadual que pode ser objeto de controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição Federal, caso não observados os seus preceitos, é parâmetro de controle no âmbito estadual.

Com efeito, ao mesmo tempo em que as Constituições Estaduais ocupam uma posição de inferioridade perante a Constituição Federal, detêm superioridade em relação às leis e aos atos normativos estaduais e municipais.¹²

No exercício de sua competência, o Constituinte Decorrente promulga uma nova ordem jurídica, que deve ser respeitada no âmbito do Estado-Membro, à medida que a Constituição por ele editada, gozando de rigidez e supremacia, possui força superior a todas as demais normas estaduais e municipais.¹³

A Constituição do Estado-Membro, portanto, ao criar um novo ordenamento em seu espaço territorial, além de ser expressão da autonomia do ente federado, consagra-se como fundamento de validade das normas estaduais e municipais, ou seja, localiza-se no ponto mais elevado do microsistema normativo que institui, estabelecendo normas e preceitos a serem observados pela legislação inferior. Essa supremacia, contudo, não é absoluta. Conforme aduzido anteriormente, a Constituição Estadual está sujeita às normas e aos princípios insculpidos na Constituição Federal, devendo com ela ser compatível.

Acerca da matéria, elucidativo escólio de André Ramos Tavares:

No art. 25, assegura-se a criação de um ordenamento jurídico estadual: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Trata-se do reconhecimento da autonomia do ordenamento jurídico estadual, ao lado do reconhecimento da supremacia, na esfera desse ordenamento jurídico específico, da Constituição estadual sobre os demais atos normativos. Supremacia esta que, no entanto, não é absoluta, na medida em que as Constituições estaduais se submetem ao estabelecido na Constituição Federal, esta sim norma suprema de todo o ordenamento jurídico pátrio.¹⁴

11 DUTRA, 2005, p. 81.

12 TAVARES, 2009, p. 432.

13 DUTRA, 2005, p. 81-82.

14 TAVARES, 2009, p. 428.

Sucedo que seria completamente sem sentido afirmar que o Estado-Membro goza de autonomia e que, por conseguinte, a sua Constituição detém certa supremacia, se não fosse possível aferir a conformidade das normas locais com os preceitos que dela emanam, afinal é por meio dos mecanismos de controle de constitucionalidade que se asseguraram essas características.

Consoante lição de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

O controle da constitucionalidade das leis estaduais e municipais frente à Constituição Estadual representa o modo mais característico de asseguramento da autonomia estadual. Sendo a criação de uma Constituição forma de exercício dessa autonomia, o mecanismo de controle do respeito a sua Lei Fundamental é, também, afirmação desta.¹⁵

Diante disso, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 125, § 2º, autorizou expressamente os Estados-Membros a instituírem representação de inconstitucionalidade para extirpar da ordem jurídica as normas estaduais e municipais contrárias às suas respectivas Constituições, a fim de preservar a superioridade que lhes é inerente.

O aludido dispositivo consagrou, assim, uma verdadeira jurisdição constitucional estadual, cujo monopólio para o controle abstrato de constitucionalidade pertence ao respectivo Tribunal de Justiça, perante o qual poderão ser questionados os atos normativos contrários à Constituição Estadual, emanados tanto do Estado-Membro como de seus Municípios.¹⁶

Destarte, hodiernamente, ao lado da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal sobre lei ou ato normativo federal ou estadual, convive a jurisdição constitucional desempenhada pelos Tribunais de Justiça, que recai sobre lei ou ato normativo estadual e municipal.¹⁷

Assentadas, pois, essas premissas sobre o controle abstrato de constitucionalidade no âmbito estadual, a seguir, analisar-se-ão os principais aspectos da ação direta a ser ajuizada perante o Tribunal de Justiça, para, ao final, enveredar-se por algumas questões que circundam as normas constitucionais repetidas e remissivas.

15 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 96.

16 TAVARES, 2009, p. 429.

17 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MATIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1170.

2.1 SUJEITOS LEGITIMADOS

De início, impende esclarecer que a referência a sujeitos legitimados no âmbito do controle abstrato ocorre apenas em sentido formal, pois a ação direta de inconstitucionalidade instaura processo de natureza objetiva, em que não está em discussão a defesa de direitos subjetivos, mas sim a validade, em tese, de determinada norma perante o Texto Constitucional.¹⁸

Feito esse necessário aporte para a compreensão da matéria, registre-se que, no modelo constitucional antecedente, cabia exclusivamente ao Procurador-Geral da República manejar, perante o Supremo Tribunal Federal, a competente ação direta para o controle abstrato de normas em face da Constituição Federal. Esse monopólio, contudo, sempre suscitou muitas críticas, pois o poder de acionar a jurisdição constitucional ficava à mercê de um único órgão.

Diante disso, atendendo ao clamor de mudanças, o Legislador Constituinte de 1988, alargou o rol de legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito federal e, no que tange ao modelo estadual, vedou, de forma expressa, na parte final do § 2º do art. 125, a atribuição de legitimidade para agir a um único órgão.¹⁹

O art. 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988, conferiu, assim, aos Estados-Membros ampla liberdade para a definição de quem pode provocar o controle judicial de constitucionalidade estadual, proibindo apenas a concessão dessa prerrogativa a um único órgão.²⁰

Em outros termos, no que se refere aos legitimados ativos para o ajuizamento da ação direta no plano estadual, a Constituição Federal de 1988 não obrigou o Legislador Constituinte Decorrente a seguir o modelo estampado em seu art. 103, que enumera os legitimados em âmbito federal. Desde que não se atribua legitimidade a um único órgão, é ampla a possibilidade de escolha dos sujeitos que poderão ajuizar ação direta de inconstitucionalidade perante os Tribunais de Justiça, encontrando-se essa matéria no campo do juízo de conveniência do poder constituinte estadual.²¹

18 CARVALHO, 2009, p. 449.

19 LEONCY, 2007, p. 56.

20 TAVARES, 2009, p. 429.

21 LEONCY, 2007, p. 58.

O Supremo Tribunal Federal, ainda que provisoriamente, ao julgar a medida cautelar requerida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 558, teve a oportunidade de se pronunciar a respeito dessa questão e entendeu que o disposto no art. 103 da Constituição Federal de 1988 não é norma de reprodução obrigatória, ou seja, nesse aspecto, afastou a obrigatoriedade de simetria com o tratamento dispensado à matéria no plano federal.²²

Em estudo sobre o tema, Kildare Gonçalves Carvalho sintetiza:

O rol dos legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade é de indicação do constituinte estadual. A Constituição Federal, no art. 125, § 2º, apenas veda que essa legitimação seja atribuída a um único órgão. É preciso levar em conta que, para cumprir a determinação constitucional basta que o Estado-Membro indique pelo menos dois entes como legitimados ativos para a propositura da ação. Não há, no entanto, obrigatoriedade de simetria com o modelo federal, no que pertine ao elenco dos proponentes.²³

A ampla liberdade na escolha dos legitimados, porém, não permite “transformar a ação direta em ‘ação popular’, estendendo a legitimidade ativa a todos os jurisdicionados ou a um número exagerado de órgãos, entidades e autoridades”.²⁴

De acordo com Léo Ferreira Leony, “[...] a difusão da legitimidade a qualquer do povo banalizaria um processo cujo caráter eminentemente político sugere a criação de um elenco restrito de órgãos legitimados (legitimidade restrita)”.²⁵

Nesse sentido, não é porque o Legislador Constituinte Decorrente está proibido de definir apenas um sujeito legitimado para a propositura de ação direta estadual, que poderá atribuir tal prerrogativa a todo e qualquer cidadão ou então a um número infundável de órgãos e entidades.

Ademais, ainda que se adote um modelo de extroversão, em que, além dos órgãos e das autoridades estatais, detém legitimidade para a

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 558. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de agosto de 1991. **Diário da Justiça**. Brasília, 26 mar. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346463>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

23 CARVALHO, 2009, p. 559.

24 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 397.

25 LEONCY, 2007, p. 65.

propositura da competente ação direta entidades representativas de caráter privado, como sindicatos, partidos políticos e associações de classe,²⁶ eventuais exaíeros devem sempre ser corrigidos pelos Tribunais de Justiça, por meio da exigência do requisito da pertinência temática.²⁷

Por fim, cumpre ressaltar que a legitimação passiva recai sobre os órgãos ou as autoridades responsáveis pela edição da lei ou do ato normativo objeto da ação direta, os quais deverão prestar informações ao relator do processo.²⁸

2.2 OBJETO DE CONTROLE

De conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, podem ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade no âmbito dos Estados-Membros leis ou atos normativos estaduais ou municipais.

Nessa categoria, enquadram-se as emendas à Constituição Estadual, leis orgânicas municipais, leis complementares, ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções, bem como outros atos normativos estaduais ou municipais, emanados de qualquer autoridade da Administração Pública, direta ou indireta.²⁹

De acordo com o entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal, esses diplomas normativos não poderiam regular situações concretas e individualizadas, pois a ação direta de inconstitucionalidade seria o meio pelo qual se procede à tutela da ordem constitucional e à fiscalização das normas em tese, não se prestando ao controle de atos que disciplinem situações específicas, ainda que editados sob a forma de lei (lei meramente formal).³⁰

26 CARVALHO, 2009, p. 560.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautela em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 558. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de agosto de 1991. **Diário da Justiça**. Brasília, 26 mar. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346463>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

28 CARVALHO, 2009, p. 561.

29 LEONCY, 2007, p. 67.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 647. Requerente: Confederação Nacional da Agricultura. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1991. **Diário da Justiça**. Brasília, 27 mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266469>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

Desse modo, as denominadas normas de efeitos concretos, assim entendidas aquelas com destinatários certos e objeto determinado, não seriam passíveis de aferição de validade em face da Constituição Estadual por meio do sistema de controle abstrato.

O Supremo Tribunal Federal, porém, desde 2003, relativizou esse posicionamento. Em alguns casos, como, por exemplo, em relação às leis orçamentárias, passou a admitir o questionamento via ação direta de inconstitucionalidade de atos que, mesmo não sendo dotados de abstração e generalidade, foram editados sob a forma de lei (lei em sentido formal), sob o argumento de que o Texto Constitucional teria exigido o requisito da densidade normativa apenas para os atos infralegais.³¹

Ressalte-se, ainda, que a aferição da constitucionalidade dos atos normativos pressupõe incompatibilidade direta e imediata com o Texto Constitucional, ou seja, a denominada inconstitucionalidade reflexa, em que se exige a análise e o cotejo de normas infraconstitucionais para se verificar a conformação com o ordenamento jurídico, não se amolda ao sistema de controle abstrato.³²

Destarte, os atos regulamentares não podem ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, pois, destinando-se a disciplinar a execução e a aplicação de determinada lei, a ela estão vinculados diretamente, situando-se eventual vício, primeiro, no âmbito da legalidade e apenas de forma indireta em face da Constituição.³³

Acerca da matéria, Luís Roberto Barroso adverte:

[...] Atos administrativos normativos – como decretos regulamentares, instruções normativas, resoluções, atos declaratórios – não podem validamente inovar na ordem jurídica, estando

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2925. Requerente: Confederação Nacional do Transporte - CNT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2003. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 43, 4 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266953>>. Acesso em: 22 fev. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4048. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 de maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, n. 157, 22 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>>. Acesso em 22 fev. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4049. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 5 de novembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, n. 84, 8 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591261>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

32 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1170.

33 FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. **Aspectos processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 171.

subordinados à lei. Desse modo, não se estabelece confronto direto entre eles e a Constituição. Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: (i) ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; (ii) ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação.³⁴

Também não ensejam o controle abstrato de constitucionalidade as leis e os atos normativos revogados e anteriores à Constituição do Estado-Membro.

Como é cediço, a declaração de inconstitucionalidade visa à paralisação da eficácia da norma reconhecida como inválida. Ocorrendo a sua revogação, de forma expressa ou por se tratar de norma anterior incompatível com a Constituição superveniente, fica completamente destituído de propósito o manejo da respectiva ação direta, pois, no momento em que a norma não mais integra validamente o ordenamento jurídico, deixa de ser útil e necessária à finalidade a que se destina.³⁵

Logo, podem ser impugnados mediante ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito do Estado-Membro, as leis e os atos normativos estaduais e municipais em vigor, que possam ser contrastados diretamente com o Texto Constitucional Estadual.

As leis e os atos normativos federais, como não retiram o seu fundamento de validade da Constituição do Estado-Membro, não se submetem ao controle abstrato estadual. Os Tribunais de Justiça, como guardiões das Constituições dos Estados-Membros, não detêm competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade que envolvam direito federal, somente direito local.³⁶

2.3 PARÂMETRO DE CONTROLE

Controlar a constitucionalidade significa averiguar a adequação de uma lei ou ato normativo com as disposições constantes de norma dotada de superioridade (Constituição), entendida nesse contexto como a norma parâmetro de controle.³⁷

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 203.

³⁵ *Ibid.*, p. 204.

³⁶ CARVALHO, 2009, p. 558-559.

³⁷ *Ibid.*, p. 362.

A expressão “parâmetro de controle” designa, assim, o complexo ou conjunto de normas superiores utilizadas como referência pelo tribunal competente para analisar a legitimidade constitucional das leis e dos atos normativos submetidos à sua apreciação.³⁸

No caso do controle abstrato de normas em âmbito local, extrai-se do disposto no art. 125, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que os Tribunais de Justiça se valem da Constituição do respectivo Estado-Membro como parâmetro para aferir a legitimidade das leis e dos atos normativos estaduais e municipais.

O Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, já afirmou que “[...] a Constituição de 1988, ao prever o controle concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados-Membros, erigiu a própria Constituição Estadual à condição de parâmetro único e exclusivo de verificação da validade das leis ou atos normativos locais (art. 125, par. 2º)”.³⁹

Nesse sentido, o parâmetro para fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estaduais e municipais perante o Tribunal de Justiça é exclusivamente a Constituição Estadual, tanto em seu aspecto formal quanto no material.⁴⁰

Em outras palavras, não cabe o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual que tenha como causa de pedir a violação de norma constante da Constituição Federal, de leis federais ou então de lei orgânica municipal. Na qualidade de defensor exclusivo da Constituição Estadual, o Tribunal de Justiça não pode estender a sua competência para o controle abstrato de normas locais a outro parâmetro que não o estadual.⁴¹

O problema surge, porém, quando se está diante das normas constitucionais estaduais que reprisam ou fazem remissão às normas constantes da Constituição Federal.

Para alguns, essas normas, ainda que estejam no bojo da Constituição do Estado-Membro, integram a Constituição Federal e somente

38 LEONCY, 2007, p. 81.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 409. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1990. **Diário da Justiça**. Brasília, 15 mar. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346366>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

40 DUTRA, 2005, p. 112.

41 LEONCY, 2007, p. 85.

poderiam ensejar o controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal. Outros, no entanto, entendem que se trata de normas constitucionais estaduais e que, por conseguinte, caberia ao Tribunal de Justiça atuar quando invocadas como parâmetro de controle.

Essas normas suscitam, assim, a discussão acerca da competência para o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade na qual sejam invocadas como parâmetro: se do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, ou se do Tribunal de Justiça, defensor da Constituição do respectivo Estado-Membro. E é, justamente, essa celeuma que se analisará a seguir.

2.3.1 Normas repetidas

Conforme aduzido anteriormente, o Poder Constituinte Decorrente, fonte da Constituição dos Estados-Membros, detém autonomia, e não soberania – apanágio próprio do Estado Federal. Ou seja, não se trata de um Poder pleno, absoluto e desvinculado de determinantes jurídicas. Os seus principais contornos são definidos pelo Poder Constituinte Originário, à medida que, ao mesmo tempo em que confere aos Estados-Membros a capacidade para se auto-organizarem por meio de Constituição própria, impõe-lhe uma série de limitações.

Vale dizer, assim, que a autonomia concedida aos Estados-Membros, enquanto poder dentro de um círculo traçado por outro, pressupõe “[...] uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, que é o heterônomo”.⁴²

Em comentário sobre o tema, Léo Ferreira Leony assevera:

[...] ao mesmo tempo que confere aos Estados um conjunto de poderes a serem exercidos de forma plena, sem encontrar nenhum tipo de ordenação prévia quanto ao modo de disciplinar determinadas matérias postas à disposição desses entes, a Constituição Federal também institui um grande número de normas estabelecedoras de limites ao exercício da autonomia estadual.⁴³

42 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 610.

43 LEONCY, 2007, p. 11.

Diante disso, Raul Machado Horta concluiu que o ordenamento constitucional dos Estados-Membros possui natureza mista, uma vez que parte de suas normas provém do exercício do seu poder de auto-organização e parte resulta da transposição de disposições previstas na Constituição Federal.⁴⁴

Nas matérias em que a Constituição Federal praticamente não deixou espaço para inovação, o Legislador Constituinte Decorrente está subordinado aos seus preceitos, devendo reproduzi-los na Constituição do Estado-membro.

Essas normas que condicionam a atividade e o conteúdo do Poder Constituinte Decorrente, por serem de inclusão compulsória no Texto Constitucional Estadual, são denominadas normas de observância obrigatória⁴⁵ ou, então, conforme prefere Raul Machado Horta, normas de reprodução.⁴⁶

As normas de observância obrigatória englobam os princípios constitucionais sensíveis, constantes do art. 34, inciso VII, alíneas “a” a “d”, da Constituição Federal; os princípios constitucionais estabelecidos, como por exemplo, aqueles previstos nos arts. 37 e 39 da Carta Magna; e as normas de preordenação, como é o caso do disposto no art. 27 da Constituição da República.⁴⁷

Contudo, não são reprisadas nas Constituições Estaduais apenas as normas de observância obrigatória. Há também as denominadas normas de imitação, que nada mais são do que a cópia de técnicas ou de institutos do modelo superior, por mera liberalidade do Legislador Constituinte Decorrente.⁴⁸

Em outros termos, em algumas matérias em que a Constituição Federal lhe concede ampla competência para deliberar sobre o seu conteúdo, o Constituinte Estadual se restringe a repetir o disposto no modelo federal, ainda que inexista tal obrigação.

Nessa senda, podem coexistir nas Constituições dos Estados-Membros normas compulsoriamente reproduzidas e normas que,

44 HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 287 e 335.

45 LEONCY, 2007, p. 12.

46 HORTA, 2002, p. 422-423.

47 CARVALHO, 2009, p. 549.

48 HORTA, 2002, p. 422-423.

mesmo residindo na esfera da autonomia estadual, repetem dispositivo constante da Carta Federal.⁴⁹

O resultado desse fenômeno, por seu turno, é a convivência, nos textos das Constituições Federal e Estaduais, de normas formal ou materialmente iguais, gerando parâmetros de controle federal e estadual de conteúdo normativo idêntico.⁵⁰

Em um primeiro momento, ao apreciar essa questão no julgamento da Reclamação n. 370, o Supremo Tribunal Federal entendeu que somente as normas de imitação, por serem verdadeiras normas constitucionais estaduais, fruto da autonomia conferida aos Estados-Membros, poderiam ensejar o controle abstrato de constitucionalidade perante os Tribunais de Justiça.

Em seu voto, o Ministro Sepúlveda Pertence pontuou:

[...] as constituições estaduais tendem [...] a um excessivo apego à força paradigmática do texto constitucional da União, ainda nas áreas – ora mais amplas, ora mais estreitas –, em que o modelo federal não se imporia à recepção compulsória das ordens locais: **nessa esfera de autonomia estadual, a identidade ou similitude do trato normativo de dada matéria com o da norma federal correspondente revela um tropismo de imitação, cujo produto, não obstante, são, para todos os efeitos, normas estaduais:** não só sob o prisma estático – relativo à matéria disciplinada, de competência do Estado, e ao âmbito territorial de validade, restrito ao seu território –, mas também sob o aspecto dinâmico, uma vez que o seu conteúdo, posto que imitado ou tomado de empréstimo do preceito federal, deriva uma opção livre do órgão constituinte local.

A violação de norma estadual de imitação, por isso mesmo não implica ofensa à norma federal imitada, pois que essa não incide, não pretende aplicar-se por força própria, ao âmbito normativo de livre ordenação pelos órgãos da autonomia local: prova-o a circunstância de que, nessa hipótese, a alteração da norma federal não teria efeito derogatório da correspondente norma local de imitação, que seguiria válida, não obstante a diversidade de conteúdo.⁵¹

As normas de observância obrigatória, contudo, por não serem

49 CLÈVE, 2000, p. 404.

50 LEONCY, 2007, p. 116.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 370. Reclamantes: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso e outro. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 9 de abril de 1992. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 120, 29 jun. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86800>>. Acesso em: 1 mar. 2014. (grifo nosso).

consideradas, pelo prisma jurídico, preceitos constitucionais estaduais, não poderiam ser invocadas como parâmetro de controle em âmbito local. Uma vez violadas pelo constituinte estadual ou, então, pelas outras instâncias locais de criação ou execução normativas, entendia o Supremo Tribunal Federal a ocorrência de ofensa direta à Constituição Federal, da qual decorriam compulsoriamente.

De acordo com o Ministro Sepúlveda Pertence:

[...] **a reprodução não traduz um ato de livre criação de norma local - exercício da autonomia estadual -, mas, pelo contrário, apenas retrata e explicita a recepção ou absorção compulsória pela ordem estadual de um preceito heterônimo**, o qual – porque tem a eficácia própria das normas da “constituição total” do Estado Federal –, se imporia ao ordenamento da unidade federada, independentemente da sua reprodução, literal ou substancial, no texto constitucional desta.

[...]

A reprodução, assim, em termos estritamente jurídicos, é ociosa [...].⁵²

Desse modo, tratando-se de verdadeira questão federal, na decisão proferida na Reclamação n. 370, o Supremo Tribunal Federal consagrou posicionamento no sentido de que seria de sua competência, e não dos Tribunais de Justiça, o processamento e o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade que tivesse por objeto lei ou ato normativo local violadores de normas constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados-Membros, ainda que expressamente repetidas na respectiva Constituição Estadual.

A partir desse julgado, vigorou, assim, a tese da ociosidade das normas constitucionais estaduais meramente repetidoras de dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória, a qual reduziu demasiadamente a competência dos Tribunais de Justiça para o controle abstrato de normas, frustrando, de certa forma, a intenção positivada na Constituição Federal de 1988 de viabilizar aos Estados-Membros o desenvolvimento de mecanismos próprios e autônomos para a defesa do seu direito constitucional.⁵³

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 370. Reclamantes: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso e outro. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 9 de abril de 1992. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 120, 29 jun. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86800>>. Acesso em: 1 mar. 2014. (grifo nosso).

53 LEONCY, 2007, p. 120-121.

O Supremo Tribunal Federal, porém, logo abandonou a tese da ociosidade, superando o entendimento que detinha sobre a matéria, ao julgar a Reclamação n. 383, cuja decisão ficou assim ementada:

Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-Membros. Admissão da propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.⁵⁴

Nesse julgado, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, entendeu-se que, não obstante o encadeamento lógico das premissas da tese exposta na Reclamação n. 370, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, as suas consequências e inconveniências seriam inadmissíveis para o ordenamento jurídico brasileiro.

Além de praticamente aniquilar a cláusula contida no art. 125, § 2º, da Constituição Federal, já que muitas são as normas de observância obrigatória, o Ministro Moreira Alves afirmou que, levadas às últimas consequências, a tese da ociosidade provocaria o desaparecimento de um dos casos em que a Constituição Federal admite a intervenção dos Estados-Membros nos Municípios situados em seu território.

Como se sabe, essa espécie de intervenção ocorre com o provimento, pelo Tribunal de Justiça, de representação para assegurar a observância de princípios constantes da Constituição Estadual. Considerando que esses princípios devem coincidir, no que for compatível, com os princípios constitucionais sensíveis, previstos no art. 34, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, adotando-se a tese da ociosidade, seria impossível decretar a intervenção dos Estados-Membros em seus Municípios, uma vez que, reproduzidos da Carta Magna, não seriam

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 383. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 11 de junho de 1992. **Diário da Justiça**. Brasília, 21 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>>. Acesso em: 1 mar. 2014. (grifo nosso)

normas constitucionais estaduais aptas a desencadear o respectivo procedimento interventivo perante o Tribunal de Justiça.

Ademais, entre outros argumentos, sustentou o relator da Reclamação n. 383 que, prevalecendo a orientação da ociosidade das normas de observância obrigatória, qualquer ação direta de inconstitucionalidade no âmbito estadual ensejaria, por via de reclamação, a manifestação preliminar do Supremo Tribunal Federal acerca do caráter federal ou estadual do parâmetro de controle suscitado.

Diante disso, concebendo as normas constitucionais estaduais, independentemente da sua natureza, como normas jurídicas, dotadas de eficácia no seu âmbito de atuação, a Corte Constitucional, a partir dessa decisão, passou a admitir, perante os Tribunais de Justiça, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade que tenha como causa de pedir não apenas a violação de normas de imitação, mas também a afronta a normas de observância obrigatória.

Do voto do Ministro Moreira Alves extraem-se elucidativos excertos:

É petição de princípio dizer-se que as normas das Constituições estaduais que reproduzem, formal ou materialmente, princípios constitucionais federais obrigatórios para todos os níveis de governo na federação são inócuas, e, por isso mesmo, não são norma jurídicas estaduais, até por não serem jurídicas, já que jurídicas, e por isso eficazes, são as normas da Constituição Federal reproduzidas, razão por que não se pode julgar, com base nelas, no âmbito estadual, ação direta de inconstitucionalidade, inclusive, por identidade de razão, que tenha finalidade interventiva.

[...]

Essas observações todas servem para mostrar, pela inadmissibilidade das consequências da tese que se examina, que não é exato pretender-se que as normas constitucionais estaduais que reproduzem as normas centrais da Constituição Federal (e o mesmo ocorre com as leis federais ou até estaduais que fazem a mesma reprodução) sejam inócuas e, por isso, não possam ser consideradas normas jurídicas. Essas normas são normas jurídicas, e têm eficácia no seu âmbito de atuação, até para permitir a utilização dos meios processuais de tutela desse âmbito (como o recurso especial, no tocante ao artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e as ações diretas de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual). Elas não são normas secundárias que correm necessariamente a sorte das normas primárias, como sucede com o regu-

lamento, que caduca quando a lei regulamentada é revogada. Em se tratando de norma ordinária de reprodução ou de norma constitucional estadual da mesma natureza, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, se a norma constitucional federal reproduzida for revogada, elas, por terem eficácia no seu âmbito de atuação, persistem como normas jurídicas que nunca deixaram de ser. Os princípios reproduzidos, que, enquanto vigentes, se impunham obrigatoriamente por força apenas da Constituição Federal, quando revogados, permanecem, no âmbito de aplicação das leis ordinárias federais ou constitucionais estaduais, graças à eficácia delas resultante.⁵⁵

Desde então, prevalece a tese da autonomia dos parâmetros de controle, detendo os Tribunais de Justiça **legitimidade para a fiscalização abstrata de leis e atos normativos estaduais ou municipais impugnados em face de dispositivos da Constituição Estadual, sejam eles normas de imitação ou normas de observância obrigatória.**

Destarte, o fato de uma norma constitucional estadual possuir conteúdo idêntico ao de norma da Constituição Federal não lhe retira a qualidade de parâmetro de controle em âmbito local, sendo, pois, irrelevante se a norma constitucional estadual reproduz preceito de observância obrigatória ou imita dispositivo constitucional federal.

Com efeito, sendo os parâmetros de controle federal e estadual autônomos entre si, a fixação da competência para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir deduzida na petição inicial, ou seja, arguida a invalidade da norma em face da Constituição Federal, caberá ao Supremo Tribunal Federal julgá-la, ao passo que, sendo suscitada em face do Texto Constitucional Estadual, será competente o respectivo Tribunal de Justiça, independentemente de se tratar de norma de observância compulsória.⁵⁶

2.3.2 Normas remissivas

De acordo com J. Dias Marques, citado por Léo Ferreira Leoncy, em regra, os legisladores utilizam-se das normas de regulamentação

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 383. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 11 de junho de 1992. **Diário da Justiça**. Brasília, 21 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>>. Acesso em: 1 mar. 2014. (grifo nosso).

56 LEONCY, 2007, p. 124-125.

direta, também denominadas normas materiais, as quais disciplinam, de forma imediata, a matéria a que se referem.⁵⁷

O Constituinte Decorrente, todavia, no intuito de transpor para o plano constitucional estadual a mesma disciplina normativa conferida à determinada matéria no âmbito federal, em muitos casos, em vez de dispor imediatamente acerca de determinado assunto, faz remissão à norma material contida na Constituição Federal, valendo-se, pois, das chamadas normas remissivas,⁵⁸ como é o caso, por exemplo, do art. 4º, *caput*, da Constituição do Estado de Santa Catarina, cuja redação assim dispõe:

Art. 4º O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte: [...].⁵⁹

O frequente emprego de tal fórmula nas Constituições Estaduais, por sua vez, colocou em debate a idoneidade das normas remissivas para servir de parâmetro de controle de constitucionalidade das normas municipais e estaduais perante os Tribunais de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar a matéria no Recurso Extraordinário n. 213.120, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, entendendo não se tratar de hipótese contemplada na Constituição Federal de 1988, inicialmente, posicionou-se pela inadmissibilidade da utilização das normas estaduais remissivas como parâmetro de controle de constitucionalidade em âmbito local.

O Ministro Relator, em seu voto, assim se manifestou:

Tenho que não se pode admitir que o Tribunal de Justiça julgue a inconstitucionalidade de normas de direito municipal, se para isso tiver de valer-se dos preceitos contidos na Constituição Federal, porquanto tal hipótese não se enquadra dentre os casos de controle abstrato das normas nela previstos. Na espécie, a apreciação de afronta à Constituição do Estado da Bahia dar-se-ia de modo

57 MARQUES, J. Dias. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. Lisboa: [s.n.], 1972, p. 163 *apud* LEONCY, 2007, p. 89.

58 LEONCY, 2007, p. 89.

59 SANTA CATARINA. **Constituição** (1989). Constituição do Estado de Santa Catarina, de 5 de outubro de 1989. Diário da Constituinte n. 039-A, Florianópolis, 5 out. 1989. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CESC_2013_67_e_68_emds.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2014.

indireto, ante a análise prévia de possível contrariedade aos princípios estabelecidos na Carta Federal.

[...]

A hipótese não cuida de reprodução ou de imitação de dispositivos da Constituição Federal, usando aqui a terminologia adotada por Raul Machado Horta [...], mas de normas que fazem mera remissão formal a todos os princípios tributários nela previstos.

[...]

Tenho, assim, que a simples referência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal não autoriza o exercício do controle da constitucionalidade de lei municipal por esta Corte, nem a hipótese se identifica com a jurisprudência, que o admite quando a Carta Estadual reproduz literalmente os preceitos da Carta Federal. [...]

Em suma, quando a Carta Estadual faz remissão genérica e superficial a preceitos da Constituição Federal não é possível o controle abstrato da constitucionalidade de lei municipal por este Tribunal, por traduzir hipótese não contemplada pela Carta de 1988, que só permite o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade se a causa de pedir consubstanciar norma da Constituição Estadual que reproduza princípios ou dispositivos da Carta Política da República.⁶⁰

Posteriormente, contudo, ao julgar a Reclamação n. 733, de que foi relator o Ministro Ilmar Galvão, a Suprema Corte revisou o seu posicionamento e entendeu que as normas constitucionais remissivas constituem parâmetro idôneo para o controle de constitucionalidade abstrato perante os Tribunais de Justiça.⁶¹

Mais recentemente, esse entendimento foi reafirmado na decisão proferida na Reclamação n. 10.500, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que acentuou ser plenamente legítima a invocação das normas remissivas como parâmetro de controle de constitucionalidade no plano estadual, à medida que a técnica da remissão permite que sejam incorporadas formalmente às Constituições dos Estados-Membros as normas constitucionais federais referenciadas.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 213.120. Recorrente: Município de Salvador. Recorrido: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção da Bahia. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 106, 2 jun. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244586>>. Acesso em: 3 mar. 2014. (grifo nosso)

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 733. Reclamante: Alípio de Santana Ribeiro e outros. Reclamado: Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 97001467-8 do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**. Brasília, 28 abr. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86930>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

Da ementa desse julgado, colaciona-se o seguinte fragmento:

[...] **Revela-se legítimo invocar, como referência paradigmática, para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e/ou municipais, cláusula de caráter remissivo**, que, inscrita na Constituição Estadual, remete, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro. - **Com a técnica de remissão normativa, o Estado-membro confere parametricidade às normas, que, embora constantes da Constituição Federal, passam a compor, formalmente, em razão da expressa referência a elas feita, o “corpus” constitucional dessa unidade política da Federação**, o que torna possível erigir-se, como parâmetro de confronto, para os fins a que se refere o art. 125, § 2º, da Constituição da República, a própria norma constitucional estadual de conteúdo remissivo. Doutrina. Precedentes.⁶²

Nesse sentido, ainda que se trate de normas dependentes, que se completam quando conjugadas ou integradas aos elementos que tomam de empréstimo das normas constitucionais federais a que se referem, as normas de remissão gozam de todos os atributos de uma norma jurídica, inclusive, de força normativa, estando, pois, aptas a servir de parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade nos Tribunais de Justiça.

Léo Ferreira Leoncy, entretanto, explica que apenas as normas remissivas de recepção constituem parâmetro idôneo para o controle de constitucionalidade em âmbito local, uma vez que somente essas assumem como próprios certos comandos nascidos originariamente em sistemas normativos diversos. As normas remissivas de devolução, como não revelam qualquer disciplina normativa, à medida que não regulam, nem mandam regular, apenas reconhecem que certas matérias não são de sua alçada e devem ser reguladas por outro instrumento jurídico, não são consideradas parâmetro adequado para se proceder à fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas estaduais e municipais.⁶³

Tecidas essas considerações, portanto, não há dúvida de que, atualmente, as normas remissivas constantes das Constituições dos

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.500. Reclamante: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de junho de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, n. 187, 29 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480824>> Acesso em: 4 mar. 2014. (grifo nosso)

63 LEONCY, 2007, p. 96.

Estados-Membros podem ser invocadas como parâmetro de controle perante os Tribunais de Justiça.

3 DAS PECULIARIDADES DAS NORMAS REPETIDAS: CABIMENTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO E TRAMITAÇÃO SIMULTÂNEA DE AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PERANTE O STF E OS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

Constatado que as normas constitucionais estaduais que reprisam preceitos da Constituição Federal podem servir de parâmetro para o controle abstrato de constitucionalidade perante os Tribunais de Justiça, é necessário, por fim, esclarecer algumas peculiaridades que circundam essa espécie de norma.

O Tribunal de Justiça, ao apreciar ação direta na qual se requer a declaração de inconstitucionalidade de diploma normativo municipal ou estadual em face de norma constitucional estadual de observância obrigatória, poderá empregar-lhe sentido incompatível com os preceitos da Constituição Federal.⁶⁴

Conforme assevera Gilmar Ferreira Mendes, existindo princípios de reprodução obrigatória pelos Estados-Membros, não só a sua positivação no âmbito do ordenamento jurídico estadual, como também a sua aplicação por parte da Administração ou do Judiciário estadual pode-se revelar inadequada, desajustada ou incompatível com a ordem constitucional federal.⁶⁵

Essa hipótese, por sua vez, permite a interposição de recurso extraordinário, a fim de que o Supremo Tribunal Federal, como garantidor da Constituição Federal, proceda ao exame de validade da interpretação atribuída pela Corte local à norma estadual de observância obrigatória.

Nessa linha, foi o voto do Ministro Moreira Alves na Reclamação n. 383:

[...] nas ações diretas de inconstitucionalidade estaduais, em que lei municipal ou estadual seja considerada inconstitucional em face de preceito da Constituição estadual que reproduza preceito central da Constituição Federal, nada

64 SARLET; MARINONI; MATIDIERO, 2012, p. 1176.

65 MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1367.

impede que nessa ação se impugne, como inconstitucional, a interpretação que se dê ao preceito de reprodução existente na Constituição do Estado por ser ela violadora da norma reproduzida, que não pode ser desrespeitada, na federação, pelos diversos níveis de governo. É a questão virá a esta Corte, como, aliás, tem vindo, nos vários recursos extraordinários interpostos em ações diretas de inconstitucionalidade de leis locais em face da Constituição Federal ajuizadas nas Cortes locais [...].⁶⁶

A interposição desse recurso, no entanto, não descaracteriza a objetividade do processo: o controle continua sendo abstrato. Por conseguinte, a decisão de mérito nele proferida substitui a decisão recorrida, nos termos do art. 512 do Código de Processo Civil revogado, cuja idêntica determinação se encontra no art. 1.008 do vigente Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), sendo, dotada, pois, de eficácia *erga omnes*, o que dispensa a comunicação ao Senado Federal (art. 52, inciso X, da CFRB/88), caso declarada a inconstitucionalidade da norma.⁶⁷

Por outro lado, cumpre salientar que, não sendo interposto o respectivo recurso extraordinário, duas situações podem surgir: a) se o Tribunal de Justiça julgar improcedente a ação direta, declarando a constitucionalidade de determinada norma local em face de preceito estadual de observância obrigatória, a eficácia dessa decisão não se opõe ao Supremo Tribunal Federal, que poderá conhecer da questão em processo de controle difuso ou concentrado; e b) se, no entanto, a Corte de Justiça local declarar a inconstitucionalidade da norma, transitada em julgada a decisão, ela será retirada do ordenamento jurídico, não havendo mais objeto para eventual arguição perante o Supremo Tribunal Federal.⁶⁸

Dito isso, outra questão que merece destaque é a tramitação simultânea perante os Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal de ações diretas nas quais ato normativo estadual é questionado em face, respectivamente, de parâmetros estadual e federal de conteúdo idêntico.

De acordo com o Ministro Moreira Alves, nessas circunstâncias,

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal Reclamação n. 383. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 11 de junho de 1992. **Diário da Justiça**. Brasília, 21 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

67 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 187.142. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de agosto de 1998. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 189, 2 out. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229661>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

68 MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1368.

se o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de norma estadual por violação a dispositivo da Constituição Federal reproduzido pelos Estados-Membros, outro desfecho não caberá ao Tribunal de Justiça, senão a extinção sem julgamento de mérito da ação direta estadual, por perda de objeto, uma vez que a norma, com aquela decisão, é extirpada da órbita jurídica, não havendo mais sobre o que lançar discussões.⁶⁹

A declaração de constitucionalidade da norma pela Suprema Corte, por sua vez, também vincula o julgamento do Tribunal local. Essa decisão, porém, como bem anotou o Ministro Moreira Alves, não implica a perda de objeto da ação direta estadual, mas, sim, a redução do campo sobre o qual poderá recair eventual declaração de inconstitucionalidade pela Corte estadual. Isso porque, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a norma estadual é compatível com determinados preceitos constitucionais federais, os Tribunais de Justiça não poderão adotar interpretação diversa ao cotejá-la com as normas equivalentes constantes da Constituição do Estado-Membro, de modo que eventual inconstitucionalidade somente poderá ser reconhecida em face de outras normas constitucionais editadas, pelo ente federado, no exercício de sua autonomia.⁷⁰

Nesse sentido, seja pela inconstitucionalidade, seja pela constitucionalidade da norma, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sempre repercutirá sobre a decisão a ser proferida pelo respectivo Tribunal de Justiça na ação direta estadual.

Ademais, deve-se recordar que poderia haver o bloqueio prematuro da jurisdição do Supremo Tribunal Federal, se, antes da sua decisão, o Tribunal de Justiça tivesse a oportunidade de declarar a inconstitucionalidade de norma também questionada em âmbito federal, pois, nesse caso, a ação direta federal deveria ser extinta por perda de objeto e, salvo se interposto o competente recurso extraordinário, a Suprema

69 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 425. Reclamante: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 27 de maio de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 out. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325930>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

70 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 425. Reclamante: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 27 de maio de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 out. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325930>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

Corte não teria mais oportunidade para apreciar a matéria.⁷¹

Por conseguinte, diante de todas essas implicações, tramitando paralelamente perante as jurisdições federal e estadual ações diretas em que normas constitucionais de conteúdo idêntico são invocadas como parâmetro de controle, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente determinado a suspensão do processo no âmbito estadual.

Nesse rumo é a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.423, cuja ementa possui a seguinte conformação:

Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Lei nº 9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo. - **Rejeição das preliminares de litispendência e de continência, porquanto, quando tramitam paralelamente duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma no Tribunal de Justiça local e outra no Supremo Tribunal Federal, contra a mesma lei estadual impugnada em face de princípios constitucionais estaduais que são reprodução de princípios da Constituição Federal, suspende-se o curso da ação direta proposta perante o Tribunal estadual até o julgamento final da ação direta proposta perante o Supremo Tribunal Federal, conforme sustentou o relator da presente ação direta de inconstitucionalidade em voto que proferiu, em pedido de vista, na Reclamação 425.** - Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do autor, bem como de conveniência da concessão da cautelar. Suspenso o curso da ação direta de inconstitucionalidade nº 31.819 proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, deferiu-se o pedido de liminar para suspender, ex nunc e até decisão final, a eficácia da Lei n.9.332, de 27 de dezembro de 1995, do Estado de São Paulo.⁷²

Portanto, nessa hipótese, a suspensão do processamento da ação direta que tramita perante o Tribunal de Justiça consagra-se como medida indispensável para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e promover maior segurança jurídica, evitando a prolação, pelas jurisdições constitucionais federal e estadual, de decisões totalmente incongruentes.

Essa discussão, todavia, não alcança as normas municipais, pois, de acordo com o disposto no art. 102, inciso I, alínea “a”, da Constitui-

⁷¹ LEONCY, 2007, p. 152-153.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.423. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 20 de junho de 1996. **Diário da Justiça**. Brasília, n, 227, 22 nov. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=385497>>. Acesso em: 11 mar. 2014. (grifo nosso)

ção Federal, não é possível impugná-las perante o Supremo Tribunal Federal, por meio de ação direta de inconstitucionalidade.⁷³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a sua importância para a perpetuação da autonomia dos Estados-Membros e da supremacia de suas Constituições, o controle de constitucionalidade, no plano estadual, somente se consagrou efetivamente com a Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 125, § 2º, estabeleceu ser de competência dos Estados “[...] a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.⁷⁴

Esse dispositivo constitucional definiu, assim, as linhas gerais do controle abstrato de constitucionalidade no âmbito dos Estados-Membros. Além de estatuir que somente as leis e os atos normativos estaduais e municipais podem ser questionados perante os Tribunais de Justiça mediante ação direta, deixou ao encargo do Legislador Constituinte Decorrente a definição do rol de legitimados, vedando apenas a atribuição dessa prerrogativa a um único órgão. Ademais, decorre da sua redação que a Constituição Estadual é o parâmetro para a aferição de validade das normas locais.

Registre-se, contudo, que a matéria ensejou algumas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, notadamente porque muitas das normas constantes das Constituições dos Estados-Membros reprisam ou fazem remissão a preceptivos da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, instado a se manifestar, sedimentou entendimento no sentido de que tanto as normas de observância obrigatória quanto as normas de imitação, além das remissivas, podem ser invocadas como parâmetro de controle perante os Tribunais de Justiça, pois, integrando o texto da Constituição do Estado-Membro, são verdadeiras normas constitucionais estaduais.

73 JANCZESKI, Célio Armando. **O controle de constitucionalidade das leis municipais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 236.

74 BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014.

Cumpra ressaltar, porém, que, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição Federal, caso o Tribunal de Justiça, ao julgar ação direta, confira às normas de observância obrigatória interpretação incompatível com os preceitos da Carta Magna, é plenamente possível a interposição de recurso extraordinário.

Por derradeiro, tramitando simultaneamente perante os Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ações diretas de inconstitucionalidade nas quais sejam suscitadas como parâmetro de controle normas constitucionais estadual e federal de conteúdo idêntico, a Suprema Corte tem decidido pela suspensão do processo estadual, a fim de evitar decisões contraditórias e salvaguardar a sua competência.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 446 p.

BRASIL. **Constituição** (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Diário Oficial da União, Brasília, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2925. Requerente: Confederação Nacional do Transporte – CNT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de dezembro de 2003. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 43, 4 mar. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266953>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 647. Requerente: Confederação Nacional da Agricultura. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 18 de dezembro de 1991. **Diário da Justiça**. Brasília, 27 mar. 1992. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266469>>. Acesso em: 21 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 10.500. Reclamante: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de junho de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, n. 187, 29 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1480824>> Acesso em: 4 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 425. Reclamante: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, DF, 27 de maio de 1993. **Diário da Justiça**. Brasília, 22 out. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325930>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta Inconstitucionalidade n. 4048. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 14 maio de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, n. 157, 22 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>> Acesso em: 22 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 409. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 6 de dezembro de 1990. **Diário da Justiça**. Brasília, 15 mar. 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346366>>. Acesso em: 25 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 558. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 16 de agosto de 1991. **Diário da Justiça**. Brasília, 26 mar. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346463>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.423. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 20 de junho de 1996. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 227, 22 nov. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385497>>. Acesso em: 11 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de

Inconstitucionalidade n. 4049. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, 5 de novembro de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, n. 84, 8 maio 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591261>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 370. Reclamantes: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso e outro. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 9 de abril de 1992. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 120, 29 jun. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86800>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 383. Reclamante: Município de São Paulo. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 11 de junho de 1992. **Diário da Justiça**. Brasília, 21 maio 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86809>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 733. Reclamante: Alípio de Santana Ribeiro e outros. Reclamado: Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 97001467-8 do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 9 de fevereiro de 2000. **Diário da Justiça**. Brasília, 28 abr. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86930>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 187.142. Recorrente: Município do Rio de Janeiro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, DF, 13 de agosto de 1998. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 189, 2 out. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=229661>>. Acesso em: 8 mar. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 213.120. Recorrente: Município de Salvador. Recorrido: Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Bahia. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 16 de dezembro de 1999. **Diário da Justiça**. Brasília, n. 106, 2 jun. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244586>>. Acesso em: 3 mar. 2014.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição – direito constitucional positivo**, 15. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. 1543 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade**

no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 484 p.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. **O controle estadual de constitucionalidade de leis e atos normativos.** São Paulo: Saraiva, 2005. 126 p.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Controle da constitucionalidade das leis municipais.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 240 p.

FLORES, Patrícia Teixeira de Rezende. **Aspectos processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 384 p.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 3. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725 p.

JANCZESKI, Célio Armando. **O controle de constitucionalidade das leis municipais.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 295 p.

LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual:** as normas de observância obrigatória e a defesa da Constituição do Estado-Membro. São Paulo: Saraiva, 2007. 181 p.

MARQUES, J. Dias. **Introdução ao estudo do direito.** 4. ed. Lisboa: [s.n.], 1972, p. 163 *apud* LEONCY, Léo Ferreira. **Controle constitucionalidade estadual:** as normas de observância obrigatória e a defesa da Constituição do Estado-Membro. São Paulo: Saraiva, 2007. 181 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1486 p.

SANTA CATARINA. **Constituição** (1989). Constituição do Estado de Santa Catarina, de 5 de outubro de 1989. Diário da Constituinte n. 039-A, Florianópolis, 5 out. 1989. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/sites/default/files/CESC_2013_67_e_68_emds.pdf>. Acesso em 2 mar. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MATIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1263 p.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 1364 p.

LEI N. 9.637/98 (MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS) E O JULGAMENTO DO MÉRITO DA ADI N. 1.923 PELO STF: ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO

Diego Christiano Allet Matte

*Analista do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Pós-Graduado em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera (Uniderp)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Da política à filosofia do Direito. 2 Da Constituição Federal de 1988 ao julgamento da ADI 1.923. 2.1 Das inconstitucionalidades arguidas na petição inicial. 2.2 Da ofensa ao dever de prestação de serviços públicos. 2.3 Da violação à impessoalidade e da interferência indevida do Estado em associações. 2.4 Do descumprimento do dever de licitar. 2.5 Da ofensa ao princípio da legalidade na gestão de pessoal, da ausência de concurso público e do descumprimento de direitos previdenciários dos servidores públicos cedidos. 2.6 Da insubmissão a controles externos e da restrição da atuação do Ministério Público. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente estudo tem como desiderato verificar o tratamento legal dispensado às Organizações Sociais no seu trato com a Administração

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 63 - 92	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

Pública, visto que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o mérito da ADI n. 1.923, decidiu, por maioria, pela procedência parcial da ação, para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei n. 9.637/98 (marco legal das Organizações Sociais - OSs) e ao art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 (incluído pela Lei n. 9.648/98). E como se costuma dizer que muitas decisões tomadas pelo STF possuem forte teor político, compulsar-se-á o referido julgado à luz da filosofia do direito, com vistas a se alcançar as nuances que deverão balizar a atuação dos órgãos de fiscalização externa na verificação da legalidade da seleção de tais entidades do Terceiro Setor, além dos respectivos contratos de gestão firmados com a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: ADI 1.923. Lei n. 9.637/98. Organizações Sociais. Contrato de Gestão. Administração Pública. Lei n. 8.666/93. Dispensa de licitação.

ABSTRACT

This study has the desideratum to verify the legal treatment given to social organizations in their dealings with the Public Administration, since recently, the Federal Supreme Court (STF), when judged the merits of ADI number 1923, decided, by majority, for partial validity of the action, and interpreted the Law number 9.637/98 (legal framework of Social Organizations - OSs) was according to the Constitution and the art. 24, XXIV of Law number 8.666/93 (included by Law number 9.648/98). And as it is often said that many decisions taken by the Supreme Court have strong political content, the court decision will be handled in the light of the philosophy of law, in order to achieve the shades that should guide the actions of external audit bodies when they check the legality of the selection of third sector entities, and also the respective management contracts with the Public Administration.

KEYWORDS: ADI number 1.923. Law number 9.637/98. Social Organizations. Management Contracts. Public Administration. Law number 8.666/93. Bidding waiver.

INTRODUÇÃO

Sem qualquer pretensão de lecionar ou mesmo inovar sobre o tema, apenas com o singelo fim de lembrar o embasamento por detrás do nosso ordenamento jurídico, inicia-se o estudo com um brevíssimo apanhado geral sobre a política e a filosofia do direito.

No capítulo seguinte, de igual modo, registram-se outros dados inerentes à ordem constitucional brasileira vigente, para, então, à luz desses preceitos, analisar-se perfunctoriamente os fundamentos invocados no julgamento do mérito da ADI n. 1.923 (encerrado pelo STF no dia 16 de abril de 2015), na qual se decidiu por aplicar uma interpretação conforme a Constituição Federal de 1988 (CF/88) à Lei n. 9.637/98 (marco legal das OSs) e ao art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 (incluído pela Lei n. 9.648/98).

Dessa verificação sucinta, pretende-se alcançar um ponto de partida para o fomento ao debate acerca da forma como devem pautar sua atuação os órgãos aos quais a CF/88 delegou a fiscalização externa das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, notadamente no que tange à seleção das OSs que prestarão serviços públicos sociais e aos contratos de gestão firmados entre essas partes, que regularão tais serviços.

1 DA POLÍTICA À FILOSOFIA DO DIREITO

O ser humano é, sabidamente, na sua essência, um ser social. Vocacionado à vida colaborativa, sempre buscou reunir-se em grupos, como forma de estimular o máximo alcance das suas potencialidades ao aprofundar, gradativamente, o desenvolvimento de habilidades cada vez mais peculiares e específicas.

Segundo Aristóteles, “[...] é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político”.¹

Nesse norte, o signo política, proveniente do grego *politikos* – relativo a “[...] “de, para, ou relacionado a grupos que integram a Pólis”² – ,

1 ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. (Coleção Os pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 146.

2 Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

em sua origem, indica que ela é referente ao relacionamento dos homens em sociedade. Esse significado, portanto, é diverso daquele pejorativo e popularmente em voga (ligado ao patrocínio, por parte de representantes do povo, de causas nem sempre coadunadas com o interesse público), o qual, aliás, sabidamente leva grande parte da população brasileira declarar aversão à política.

Nesse ponto, tem-se que é o Direito que pauta e harmoniza essa convivência social, ou, nas palavras de Miguel Reale:

Há, portanto, em cada comportamento humano, a presença, embora indireta, do fenômeno jurídico: o Direito está pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relacione com outro homem.³

Adiante, arremata aludido doutrinador:

[...] Daí a sempre nova lição de um antigo brocardo: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito). A recíproca também é verdadeira: *ubi jus, ibi societas*, não se podendo conceber qualquer atividade social desprovida de forma e garantia jurídicas, nem qualquer regra jurídica que não se refira à sociedade.⁴

Aliás, Miguel Reale, ao elaborar a Teoria Tridimensional do Direito, legou-nos a seguinte tríade basilar: fato, valor e norma.

Com efeito:

a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica etc.); um valor, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma regra ou norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;

b) tais elementos ou fatores (fato, valor e norma) não existem separados um dos outros, mas coexistem numa unidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a

3 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 5.

4 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 60-61.

vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Então, de forma extremamente sintética, pode-se afirmar que o fato refere-se ao mundo fenomênico, o valor à carga axiológica incidente sobre ele e a norma à medida de integração que age sobre os outros dois, de forma a todos se exigirem reciprocamente.

Pertinente, também, relembrarmos os ensinamentos de Hans Kelsen sobre a norma jurídica e o ordenamento jurídico.

Na clássica obra “Teoria pura do direito”, ele nos lança um relevante questionamento:

Se o Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta de homens, surge a questão: O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma determinada pertence a uma determinada ordem?

A resposta que ele nos oferece é a norma fundamental (*Grundnorm*), aquela superior às demais, “[...] a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”.⁵

Outrossim, não se pode olvidar que, para Kelsen, tal norma não seria posta por uma autoridade, mas pressuposta, e que um sistema jurídico teria como característica essencial um caráter dinâmico.⁶

Diante disso,

[...] a norma fundamental limita-se a delegar numa autoridade legisladora, quer dizer, a fixar uma regra em conformidade com a qual devem ser criadas as normas deste sistema. A norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica.

[...]

Uma norma pertence a um ordenamento que se apóia numa tal norma fundamental porque é criada pela

5 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 136.

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 136-139.

forma determinada através dessa norma fundamental - e não porque tem um determinado conteúdo. A norma fundamental apenas fornece o fundamento de validade e já não também o conteúdo das normas que formam este sistema. Esse conteúdo apenas pode ser determinado através de atos pelos quais a autoridade a quem a norma fundamental confere competência e as outras autoridades que, por sua vez, recebem daquela a sua competência, estabelecem as normas positivas deste sistema.⁷

Todavia, cumpre anotar que adiante, ao defender uma hierarquia entre as normas de um ordenamento jurídico (estrutura escalonada da ordem jurídica), Kelsen indica que é viável que seja imposto um certo controle de conteúdo das normas a serem criadas:

Já nas páginas precedentes por várias vezes se fez notar a particularidade que possui o Direito de regular a sua própria criação. Isso pode operar-se de forma a que uma norma apenas determine o processo por que outra norma é produzida. Mas **também é possível que seja determinado ainda - em certa medida - o conteúdo da norma a produzir. Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela.** A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da **supra-infra-ordenação**. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. **A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.** A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, **até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o funda-**

7 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 138.

mento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.⁸ (negritei).

Portanto, em apertada síntese, Kelsen nos ensinou que é a norma fundamental que garante e edição de outras normas com caráter de unicidade, incluindo-as em um mesmo ordenamento jurídico, o qual é construído escalonadamente, com normas superiores (encontrando-se no ápice – mas abaixo da norma fundamental – a Constituição) e inferiores (estas produzidas de acordo com aquelas).

A par disso, Norberto Bobbio, verificou que

Se um ordenamento jurídico é composto de várias normas, disso advém que **os principais problemas conexos com a existência de um ordenamento são os que nascem das relações das diversas normas entre si.**⁹ (negritei).

Para resolver esse problema, Bobbio, adotando a teoria do escalonamento de Kelsen e após igualmente inserir as normas constitucionais no topo da hierarquia de um ordenamento jurídico, também recorre à norma fundamental, considerando-a também como pressuposta e aquela que confere legitimidade ao poder constituinte:

Portanto, se há normas constitucionais, deve haver o poder constituinte. O poder constituinte é o poder último, ou, se se preferir, supremo, originário num ordenamento jurídico. Mas, se nós vimos que uma norma jurídica pressupõe um poder jurídico, vimos também que todo poder normativo pressupõe, por sua vez, uma norma que o autorize a produzir normas jurídicas. Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental*. A norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de editar normas válidas, impõe, de outro, a todos aqueles aos quais as normas constitucionais se dirigem, o dever de obedecer-lhes.¹⁰

8 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 155.

9 BOBBIO, Norberto. Tradução Ari Marcelo Solon. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011. p.48.

10 BOBBIO, Norberto. Tradução Ari Marcelo Solon. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 49.

Assim, Bobbio esclarece que a norma fundamental, em um ordenamento jurídico, é aquela que confere poderes ao constituinte, e a Constituição, como seu corolário direto, está no mais alto grau entre as normas desse mesmo ordenamento.

2 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 AO JULGAMENTO DA ADI 1.923

Pelo prisma precedentemente exposto, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), promulgada como fruto do poder constituinte originário (que baseou sua atuação na norma fundamental), é aquela de mais elevada entrância no nosso ordenamento jurídico (considerando o escalonamento hierárquico das normas).

Desse modo, para garantir a unicidade desse sistema, o legislador ordinário, ao elaborar as demais normas, deve fazê-lo de acordo com os mandamentos (formais e materiais) constantes na CF/88.

E o constituinte originário incumbiu (art. 102 da CF/88) a guarda da CF/88 ao Supremo Tribunal Federal (STF).

No exercício desse mister, o STF analisou a adequação integral da Lei n. 9.637/98 e do art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 (incluído pela Lei n. 9.648/98) ao apreciar a ADI n. 1.923.

Embora não se pretenda dissecar esses diplomas legais, mas apenas verificar o posicionamento adotado pelo STF, cabe, antes de se adentrar no debate desse julgamento, tecer alguns comentários sobre essas normas e a referida ADI.

A Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1988, “Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências”, e é conhecida como o marco legal das organizações sociais.

Pode-se afirmar que ela objetiva, mediante o repasse de verbas, bens e servidores públicos, fomentar a participação das OS

no exercício de atividades relativas aos serviços sociais elencados no seu art. 1º (adiante analisados).

E o citado dispositivo da Lei n. 8.666/93 (Lei de licitações) assim dispõe:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão. (Incluído pela Lei n. 9.648, de 1998)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923 foi oferecida pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), em 1º de dezembro de 1998.

Merece registro, na sua tramitação, o indeferimento (por maioria de votos) de medida cautelar, ocorrido em 1º de agosto de 2007:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.637, DE 15 DE MAIO DE 1.998. QUALIFICAÇÃO DE ENTIDADES COMO ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. INCISO XXIV DO ARTIGO 24 DA LEI N. 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1.993, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 9.648, DE 27 DE MAIO DE 1.998. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º; 22; 23; 37; 40; 49; 70; 71; 74, § 1º E 2º; 129; 169, § 1º; 175, CAPUT; 194; 196; 197; 199, § 1º; 205; 206; 208, § 1º E 2º; 211, § 1º; 213; 215, CAPUT; 216; 218, §§ 1º, 2º, 3º E 5º; 225, § 1º, E 209. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR EM RAZÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO PERICULUM IN MORA. 1. Organizações Sociais --- pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, direcionadas ao exercício de atividades referentes a ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. 2. Afastamento, no caso, em sede de medida cautelar, do exame das razões atinentes ao *fumus boni iuris*. O *periculum in mora* não resulta no caso caracterizado, seja mercê do transcurso do tempo --- os atos normativos impugnados foram publicados em 1.998 --- seja porque no exame do mérito poder-se-á modular efeitos do que vier a ser decidido, inclusive com a definição de sentença aditiva. 3. Circunstâncias que não justificariam a concessão do

pedido liminar. 4. Medida cautelar indeferida.

STF - ADI 1923 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU (ART.38,IV,b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 1º/8/2007, DJe-106 DIVULG-20-9-2007 PUBLIC-21-9-2007 DJ 21-9-2007 PP-00020 EMENT VOL-02290-01 PP-00078 RTJ VOL-00204-02 PP-00575.

E o julgamento do mérito findou-se no dia 16 de abril de 2015, oportunidade na qual

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: *(i)* o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; *(ii)* a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; *(iii)* as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; *(iv)* os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; *(v)* a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e *(vi)* para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas, nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencidos, em parte, o Ministro Ayres Britto (Relator) e, julgando procedente o pedido em maior extensão, os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Não votou o Ministro Roberto Barroso por suceder ao Ministro Ayres Britto. Impedido o Mi-

nistro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 16/4/2015.

Como visto, embora a relatoria estivesse sob a responsabilidade do então Ministro Carlos Ayres Britto, a redação do acórdão recaiu ao Ministro Luiz Fux, que abriu a divergência e foi acompanhado pela maioria.

Eis a indigitada ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. MOLDURA CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÓMICO E SOCIAL. SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS. SAÚDE (ART. 199, *CAPUT*), EDUCAÇÃO (ART. 209, *CAPUT*), CULTURA (ART. 215), DESPORTO E LAZER (ART. 217), CIÊNCIA E TECNOLOGIA (ART. 218) E MEIO AMBIENTE (ART. 225). ATIVIDADES CUJA TITULARIDADE É COMPARTILHADA ENTRE O

PODER PÚBLICO E A SOCIEDADE. DISCIPLINA DE INSTRUMENTO DE COLABORAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA. INTERVENÇÃO INDIRETA. ATIVIDADE

DE FOMENTO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AOS DEVERES ESTATAIS DE AGIR. MARGEM DE CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ATRIBUÍDA AOS AGENTES POLÍTICOS DEMOCRATICAMENTE ELEITOS. PRINCÍPIOS DA CONSENSUALIDADE E DA PARTICIPAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 175, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO. EXTINÇÃO PONTUAL DE ENTIDADES PÚBLICAS QUE APENAS CONCRETIZA O NOVO MODELO. INDIFERENÇA DO FATOR TEMPORAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DEVER CONSTITUCIONAL DE LICITAÇÃO (CF, ART. 37, XXI). PROCEDIMENTO DE QUALIFICAÇÃO QUE

CONFIGURA HIPÓTESE DE CREDENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA QUE DEVE SER SUBMETIDA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PUBLICIDADE, MORALIDADE, EFICIÊNCIA E IMPESSOALIDADE, À LUZ DE CRITÉRIOS OBJETIVOS (CF, ART. 37, *CAPUT*). INEXISTÊNCIA DE PERMISSIVO À ARBITRARIEDADE. CONTRATO DE GESTÃO. NATUREZA DE

CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO NECSSARIAMENTE SUBMETIDA A PROCEDIMENTO OBJETIVO E IMPESSOAL. CONSTITUCIONALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO INSTITUÍDA PELA NOVA REDAÇÃO DO ART. 24, XXIV, DA LEI DE LICITAÇÕES E PELO ART. 12, §3º, DA LEI Nº 9.637/98. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE, DA PUBLICIDADE, DA EFICIÊNCIA E DA MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, *CAPUT*). REGULAMENTO PRÓPRIO PARA CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE DEVER DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IMPESSOALIDADE, ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS. PRESERVAÇÃO DO REGIME REMUNERATÓRIO DA ORIGEM. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PARA O PAGAMENTO DE VERBAS, POR ENTIDADE PRIVADA, A SERVIDORES. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 37, X, E 169, §1º, DA CONSTITUIÇÃO. CONTROLES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DO ÂMBITO CONSTITUCIONALMENTE DE DEFINIDO PARA O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO (CF, ARTS. 70, 71, 74 E 127 E SEGUINTE). INTERFERÊNCIA ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES E FUNDAÇÕES PRIVADAS (CF, ART. 5º, XVII E XVIII). CONDIÇÃOAMENTO À ADESAO VOLUNTÁRIA DA ENTIDADE PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME AOS DIPLOMAS IMPUGNADOS.

1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalecentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva.

2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “*são deveres do Estado e da Sociedade*” e que são “*livres à iniciativa privada*”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, *in casu*, o art. 175, *caput*, da Constituição.

3. A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de *controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública.

6. A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação.

7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica, que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado.

8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a Constituição, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei. 9. O procedimento de qualificação de entidades, na sistemática da Lei, consiste em etapa inicial e embrionária, pelo deferimento do título jurídico de “*organização social*”, para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, não se fazendo presente a contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo, o que torna inaplicável o dever constitucional de licitar (CF, art. 37, XXI).

10. A atribuição de título jurídico de legitimação da entidade através da qualificação configura hipótese de *credenciamento*, no qual não incide a licitação pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo includente, e não excludente.

11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial aos princípios da *impressoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.

12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.

13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por conseqüência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, *caput*).

14. As dispensas de licitação instituídas nos arts. 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93 e no art. 12, §3º, da Lei nº 9.637/98 têm a finalidade que a doutrina contemporânea denomina de *função regulatória da licitação*, através da qual a licitação passa a ser também vista como mecanismo de indução de determinadas práticas sociais benéficas, fomentando a atuação de organizações sociais que já ostentem, à época da contratação, o título de qualificação, e que por isso sejam reconhecidamente colaboradoras do Poder Público no desempenho dos deveres constitucionais no campo dos serviços sociais. O afastamento do certame licitatório não exime, porém, o administrador público da observância dos princípios constitucionais, de modo que a contratação direta deve observar critérios objetivos e impessoais, com publicidade de forma a permitir o acesso a todos os interessados.

15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos.

16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho fir-

mados consensualmente. Por identidade de razões, também não se aplica às Organizações Sociais a exigência de concurso público (CF, art. 37, II), mas a seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve ser posta em prática através de um procedimento objetivo e impessoal.

17. Inexiste violação aos direitos dos servidores públicos cedidos às organizações sociais, na medida em que preservado o paradigma com o cargo de origem, sendo desnecessária a previsão em lei para que verbas de natureza privada sejam pagas pelas organizações sociais, sob pena de afronta à própria lógica de eficiência e de flexibilidade que inspiraram a criação do novo modelo.

18. O âmbito constitucionalmente definido para o controle a ser exercido pelo Tribunal de Contas da União (CF, art. 70, 71 e 74) e pelo Ministério Público (CF, arts. 127 e seguintes) não é de qualquer forma restringido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 9.637/98, porquanto dirigido à estruturação interna da organização social, e pelo art. 10 do mesmo diploma, na medida em que trata apenas do dever de representação dos responsáveis pela fiscalização, sem mitigar a atuação de ofício dos órgãos constitucionais.

19. A previsão de percentual de representantes do poder público no Conselho de Administração das organizações sociais não encerra violação ao art. 5º, XVII e XVIII, da Constituição Federal, uma vez que dependente, para concretizar-se, de adesão voluntária das entidades privadas às regras do marco legal do Terceiro Setor.

20. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido é julgado parcialmente procedente, para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/98 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8.666/93, incluído pela Lei nº 9.648/98, para que: (i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/98; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/93, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/98, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; (iv) os contratos a

serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de

forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Sem invadir a verificação pontual das inconstitucionalidades ventiladas na peça inaugural da ação (objeto dos próximos tópicos), imperioso tecer-se alguns comentários acerca dos posicionamentos estabelecidos pelo STF no julgamento dessa ADI.

Agora se sabe, indubitavelmente, que aquela Corte Superior é favorável à atuação indireta do Estado nos chamados serviços públicos sociais, mediante o fomento da atuação de entidades privadas nessa seara.

A tônica que parece ter lastreado esse julgamento (inclusive diversas vezes propalada na decisão) foi a possibilidade de a iniciativa privada ser mais eficiente na prestação desses serviços do que a Administração Pública, por corolário da agilidade e flexibilidade inerentes ao direito privado.

Em diversas passagens foi igualmente invocado o pluralismo político (art. 1º, V, da CF/88) e destacado o respeito devido aos projetos escolhidos pelos governantes democraticamente eleitos pela maioria da população, que representam a “[...] vontade coletiva legitimamente predominante [...]”, e que podem moldar a atuação do Estado de formas diversas, conforme o transcorrer do tempo (embora dentro de uma margem estabelecida constitucionalmente).

Apesar de concordar-se com esse posicionamento, ressalva-se que o contorno jurídico estabelecido pelo legislador no ano de 1998 (analisado na ADI n. 1.923) às organizações sociais – integrantes do chamado Terceiro Setor – parece-nos um tanto quanto mais livre de amarras do que, por exemplo, aquele recentemente conferido às Organizações da Sociedade Civil (OSC) – também integrantes dessa categoria – pela Lei n. 13.019, de 31 de julho de 2014, o que é indicativo de que o legislador

teria percebido a necessidade de se retomar um controle mais rígido sobre a atuação das entidades que compõem o Terceiro Setor.

Nesse norte, a título exemplificativo, enquanto o art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 (acrescido pela Lei n. 9.648/98) e o art. 12, § 3º, da Lei n. 9.637/98 preveem algumas hipóteses de dispensa de licitação envolvendo OSs e este último diploma legal não preveja qualquer instrumento para a seleção das OSs, nos arts. 23 a 29 da Lei n. 13.019/98 constam normas que regulam o denominado chamamento público, modo segundo o qual as OSC deverão ser selecionadas pela Administração Pública.

E ainda que a Lei n. 13.019/14 também arrole situações de dispensa e inexigibilidade do chamamento público (arts. 30 a 32), assim o fez à semelhança das situações fáticas que motivam a dispensa e a inexigibilidade de licitação constantes no art. 24 e 25 da Lei n. 8.666/93, sem reclamar uma hipótese de dispensa fundada no simples fato de a entidade interessada em tratar com a Administração Pública deter um determinado título – como fez o já citado inciso XXIV acrescido ao art. 24 da Lei n. 8.666/93.

Aliás, no parágrafo 49 do voto-vista, o Ministro redator do acórdão destacou que a Lei n. 9.790/99 (Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs) presidiu “com mais intensidade” o respeito aos princípios basilares da Administração Pública e arrematou: “Esta tendência portanto, já deve ser extraída diretamente da Constituição, como um vetor para a definição do regime jurídico do Terceiro Setor”.

2.1 DAS INCONSTITUCIONALIDADES ARGUIDAS NA PETIÇÃO INICIAL

Nesse ponto, arrolam-se os dispositivos constitucionais apontados como violados pela Lei n. 9.637/98 e pelo inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/93, conforme sequência exposta no relatório do voto-vista:

(i) ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência (CF, arts. 23, 196, 197, 199, § 1º, 205, 206, 208, 209, 215, 216, § 1º, 218 e 225): a transferência de responsabilidade pela

atuação nos setores apontados, do Poder Público para os particulares, representaria burla aos deveres constitucionais de atuação da Administração Pública. A atuação privada nesses casos, segundo a Constituição, dar-se-ia apenas de modo complementar, sem substituir o Estado. [...];

(ii) violação à impessoalidade e interferência indevida do Estado em associações (CF, arts. 5º, XVII e XVIII, e 37, caput): a Lei impugnada não prevê a exigência de que o processo de qualificação das OS's seja conduzido de modo impessoal pela Administração Pública [...]. Além disso, o art. 3º da Lei define que a estrutura do conselho de administração das OS's deverá ser integrada por um percentual de representantes do Poder Público, como condição para o deferimento da qualificação, configurando interferência inconstitucional no domínio das associações privadas;

(iii) descumprimento do dever de licitação (CF, arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175): por receberem recursos públicos, as OS's não poderiam se furtar à observância da regra da licitação. [...];

(iv) ofensa aos princípios da legalidade e do concurso público na gestão de pessoal (CF, art. 37, II e X, e 169): [...] Tais normas desconsideram a exigência de lei formal para o regime jurídico dos servidores públicos, além de tomarem como pressuposto a desnecessidade de concurso público para a contratação de pessoal nas Organizações Sociais;

(v) descumprimento de direitos previdenciários dos servidores (CF, art. 40, caput e § 4º): [...];

(vi) insubmissão a controles externos (CF, art. 70, 71 e 74): o caput do art. 4º da Lei, ao listar as “atribuições privativas do conselho de administração”, conduz à interpretação de excluir o controle do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação dos recursos públicos; e

(vii) restrição da atuação do Ministério Público (CF, art. 129): o art. 10 da Lei, ao condicionar a determinados requisitos a atuação fiscalizadora do MP sobre as OS's – gravidade dos fatos e interesse público –, teria incorrido em inconstitucionalidade à luz do art. 129 da CF, que não toleraria restrições. (negrito e itálico no original)

Os argumentos adotados pelo STF (registrados na ementa do julgado e no voto-vista elaborado pelo Ministro redator do acórdão) ao rebater as aventadas inconstitucionalidades serão verificados doravante,

na sequência supra, para, ao final desse estudo, serem analisados sob a óptica dos preceitos *jusfilosóficos* expostos anteriormente.

2.2 DA OFENSA AO DEVER DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A exordial alega a inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 pela ofensa aos deveres de prestação de serviços públicos de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, sob o argumento de que deveriam ser prestados diretamente pela Administração Pública, e, apenas de forma complementar, pela iniciativa privada.

E os parágrafos 2 a 5 da Ementa e 14 a 31 do Voto-Vista dedicaram-se a rebater essa argumentação de ofensa aos deveres de o Estado prestar os serviços públicos arrolados no art. 1º da Lei n. 9.637/98.¹¹

Com efeito, tais serviços foram previstos nos seguintes artigos da CF/88: a) art. 199, *caput* (saúde), art. 209, *caput* (educação), art. 215 (cultura), art. 217 (desporto e lazer), art. 218 (ciência e tecnologia) e art. 225 (meio ambiente).

Destaca o Ministro redator do acórdão que, segundo a teoria do direito administrativo econômico, são classificados como serviços públicos sociais, os quais não seriam privativos à Administração Pública, mas compartilhados entre ela e os particulares, ou seja, de titularidade de ambos.

Diante disso, ele não vislumbra necessidade de tais serviços serem delegados aos particulares, o que acaba por afastar a incidência do art. 175¹² da CF/88, fato já assinalado anteriormente pelo próprio STF:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO

11 “Art. 1º O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao **ensino**, à **pesquisa científica**, ao **desenvolvimento tecnológico**, à **proteção e preservação do meio ambiente**, à **cultura** e à **saúde**, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei”. (negritei).

12 “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [...]”.

DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do art. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

STF - ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 6/4/2005, DJ 23-9-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36.

Avança o raciocínio considerando que os particulares atuantes nessas searas o fazem por direito próprio, desde que respeitados os limites materiais impostos pela CF/88 para tanto.

Adiante, afirma que a atuação do poder público no domínio econômico e social pode se dar mediante intervenção direta ou indireta. A primeira ocorre quando a própria Administração Pública disponibiliza utilidades materiais aos beneficiários. E a segunda é relacionada com a indução dos particulares ao exercício de atividades de interesse público. Essa última pode verificar-se, ainda, mediante regulação (coercitividade) ou fomento (incentivos a comportamentos voluntários).

A opção dentre tais formas de fomento cabe ao Administrador Público, que, na qualidade de representante eleito pela população, deve adotar aquela que melhor se adequa ao projeto político que se sagrou vencedor no pleito eleitoral, em coerência com um determinado momento histórico da sociedade, e desde que o resultado almejado pela CF/88 – a prestação dos serviços sociais – seja efetivado por essas medidas.

Registra-se que nesse voto-vista consta, por outro lado, que o Ministro relator adotou posicionamento diverso, considerando que os serviços em tela só podem ser prestados por particulares de forma complementar, sem substituir a ação do poder público.

2.3 DA VIOLAÇÃO À IMPESSOALIDADE E DA INTERFERÊNCIA INDEVIDA DO ESTADO EM ASSOCIAÇÕES

Na exordial, alegou-se a inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 por não prever, no processo de qualificação das OS, regras que permitissem a sua condução de modo impessoal (art. 37, *caput*, da CF/88), bem como por permitir indevida ingerência da Administração Pública no Conselho de Administração (incisos XVII¹³ e XVIII¹⁴ do art. 5º da CF/88).

Nos parágrafos 11 e 19 da Ementa e nos parágrafos 35 a 44 e 65 do Voto-Vista são redarguidos tais argumentos.

O art. 2º, II, da Lei em tela arrolou uma regra que contribuiu para a alegada inconstitucionalidade:

Art. 2º São requisitos específicos para que as entidades privadas referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

[...]

II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado. (negritei)

O redator do Voto-Vista destacou que esse dispositivo, que traz uma regra de competência discricionária, deve ser interpretado conforme a Constituição, mais precisamente com suporte nos princípios norteadores da Administração Pública arrolados no *caput* do art. 37 da CF/88, de forma a coibir-se qualquer arbitrariedade no indeferimento do pleito de qualificação.

Frisou também que a decisão deve se pautar, ainda, pelos critérios do Decreto previsto no art. 20 da mesma Lei, enquanto na ementa constou, igualmente, a necessidade da devida motivação do ato, da sua publicidade e transparência.

Acerca da ingerência ventilada, supostamente decorrente da

13 “XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”.

14 “XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;”.

exigência da participação, no Conselho de Administração da OS, de representantes da Administração Pública (entre 20 e 40% - art. 3º, I, “a”), o STF não verificou ofensa aos citados incisos do art. 5º da CF/88, sob o argumento de que o dispositivo não obriga nenhuma associação a tolerar, nos seus quadros administrativos, a participação de representantes da Administração Pública, exceto se pretender obter a qualificação de OS, hipótese na qual deverá aderir aos preceitos da Lei n. 9.637/98.

2.4 DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE LICITAR

Na inicial imputa-se a inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 e do art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 pela ofensa aos arts. 22, XXVII¹⁵; 37, XXI¹⁶; e 175 da CF/88.

O tema foi analisado nos parágrafos 9 a 15 da Ementa e 32 a 34 e 45 a 58 do voto-vista.

Em relação à alegada necessidade de se licitar para o procedimento de qualificação como OS, o STF considerou que, por tratar-se de uma etapa inicial para o deferimento do título almejado (da qual qualquer entidade interessada pode participar, não incidindo, portanto, qualquer seleção), não há o dever de se realizar um certame.

Essa hipótese é o que a doutrina denomina como credenciamento. Em tais situações, todos os interessados (que atenderem aos requisitos exigíveis) poderão obter a mesma benesse da Administração Pública (no caso, o título de OS).

Da mesma forma, no que tange à escolha da OS que firmará o contrato de gestão, o STF considerou incabível a realização de um

15 “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”.

16 “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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

procedimento licitatório, haja vista a natureza jurídica do contrato de gestão ser assemelhada a de um convênio (com partes que perseguem interesses comuns, e não opostos).

Todavia, diante da possibilidade da existência de mais de uma OS interessada em firmar um contrato de gestão e, por outro lado, da impossibilidade de se firmar a mesma parceria com um número indeterminado de OS (decorrente de um cenário de parques recursos, servidores e bens públicos que possam ser disponibilizados a tais entidades), entendeu o STF pela necessidade de se realizar um procedimento público para essa seleção, norteado por critérios objetivos e impessoais, em respeito aos princípios da publicidade, impessoalidade e eficiência.

Nesse sentido, não se afasta a incidência desses princípios nem mesmo na realização da dispensa de licitação prevista no art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93. Sobre esse aspecto, o STF adotou o que a contemporânea doutrina administrativista denomina como “função regulatória da licitação”, o que significa a utilização dessa modalidade de contratação como instrumento de políticas sociais mais benéficas a determinados setores que a Administração Pública entenda necessitarem dessas benesses. Exemplo referido no Voto-Vista foi a Lei Complementar n. 123/06, que favoreceu as microempresas em procedimentos licitatórios, como forma de estímulo ao crescimento da sua atuação.

No caso das OSs, a modalidade de dispensa licitatória referida pretende alavancar essa nova forma de se prestarem os serviços sociais. Esse também é o escopo da dispensa de licitação arrolada no § 3º do art. 12 da Lei n. 9.637/98,¹⁷ referente à cessão de bens públicos às OSs.

À evidência de que as OSs não integram a Administração Pública, o STF as dispensou também da realização de licitação para a escolha dos terceiros que com ela firmarão contratos. Entretanto, quando utilizarem verbas públicas, as OS deverão pautar sua atuação na égide dos princípios basilares da Administração Pública, motivo pelo qual a Lei n. 9.637/98 exige que elas elaborem um regulamento próprio para contratações.¹⁸

17 “Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.
[...]”

§ 3º Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.”

18 “Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras:

2.5 DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA GESTÃO DE PESSOAL, DA AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO E DO DESCUMPRIMENTO DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS CEDIDOS

A petição inicial levanta a inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 pela afronta aos arts. 37, II¹⁹ e X²⁰; 40, *caput* e § 4^{o21}; e 169²², da CF/88.

O assunto foi analisado nos parágrafos 16 e 17 da Ementa e 59 a 63 do Voto-Vista.

Nesse tópico, destaca o STF que, como as OSs não integram a Administração Pública, os seus empregados, por consequência, não são servidores públicos. Logo, são regidos por uma relação contratual, e não precisam ser contratados mediante concurso público, mas (segundo a linha trilhada nos tópicos precedentes) sob as regras de um regulamento próprio (exigido no já citado inciso VIII do art. 4º da Lei n. 9.637/98), editado à luz dos princípios regentes da Administração Pública.

Atinente aos servidores públicos cedidos às OSs (sempre com ônus à origem – art. 14, *caput*)²³, igualmente o STF não verificou inconstitucionalidade, uma vez que a Lei n. 9.637/98 lhe garante a mesma

[...]”.

VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade;”

- 19 “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;” .
- 20 “X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;” .
- 21 “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
[...]
§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
I portadores de deficiência;
II que exerçam atividades de risco;
III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.”
- 22 “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.
[...]”.
- 23 “Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem”.

remuneração do cargo de origem (art. 14, § 3º)²⁴.

Especificamente em relação aos §§ 1º e 2º²⁵ do art. 14 da debatida Lei, registrou que não há impedimento às OSs para o pagamento, com recursos próprios, de vantagens aos servidores cedidos (dispensada, inclusive, a autorização legal para tanto), frisando, por outro lado, que se forem utilizados recursos públicos em tais pagamentos, só poderão ocorrer no que se refere ao “[...] adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”.

2.6 DA INSUBMISSÃO A CONTROLES EXTERNOS E DA RESTRIÇÃO DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consta na exordial a alegação de inconstitucionalidade da Lei n. 9.637/98 pela contrariedade aos arts. 70²⁶, 71²⁷, 74²⁸ e 129²⁹ da CF/88.

24 “§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social”.

25 “§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”.

26 “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

27 “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
[...].”

28 “Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
(...)

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

29 “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

II - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

[...].”

O assunto foi abordado nos parágrafos 18 da Ementa e 64 e 65 do Voto-Vista.

Concluiu o STF que tanto o art. 4º (que estipula atribuições privativas ao Conselho de Administração da OS) quanto o art. 10 (que trata da representação ao Ministério Público para cientificar a ocorrência de malversação de bens ou verbas públicas) da Lei n. 9.637/98 não são inconstitucionais por se referirem a normas de controle interno, que de modo algum podem interferir na atuação externa do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, destacando, ainda, a incidência das sanções previstas na Lei n. 8.429/92 no caso de má utilização dos recursos públicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O relacionamento entre entidades do Terceiro Setor e a Administração Pública ainda gera inúmeras polêmicas, algumas das quais, relativas às OSs, foram recentemente aclaradas pelo STF no julgamento da ADI n. 1.923.

Na oportunidade, firmou-se o posicionamento daquela Corte Superior favoravelmente à atuação indireta do Estado nos chamados serviços públicos sociais, mediante o fomento da atuação de entidades privadas nessa seara.

Seria a justificação de um fenômeno que pode ser percebido por aqueles que atuam na fiscalização externa das atividades empreendidas pela Administração Pública: o repasse à esfera particular, em escala crescente, da execução (e por vezes até do planejamento e gerenciamento) de deveres confiados pelo legislador constituinte ao poder público.

Na verdade, esse fato não é uma novidade. Sabidamente o reclamo da maioria dos Administradores Públicos é dirigido às “amarras” impostas ao trato com a coisa pública, a denominada “burocracia”.

De outra banda, a filosofia jurídica nos mostra que, em um ordenamento jurídico, os diplomas legais elaborados de acordo com as suas normas e os seus preceitos o integram com caráter de unicidade, com esboço na sua norma fundamental.

E não se pode negar também que a Lei n. 9.637/98 é o retrato do

pensamento que norteava o legislador à época e que deve ser respeitado e cumprido diante do posicionamento do STF, que atestou a sua constitucionalidade e, portanto, sua adequação ao diploma que ocupa o topo do ordenamento jurídico vigente.

Mas também se sabe que o rígido controle em relação ao patrimônio e às atividades estatais é plenamente justificado no nosso País.

Indicativo disso é a Lei n. 13.019/14, que cuida do relacionamento entre a Administração Pública e outra parcela do Terceiro Setor (as OSCs), e acabou por retomar um controle maior por parte do Estado.

Diante dessa realidade, cumpre, então, não só aos órgãos de controle externo, mas especialmente a eles, a permanente fiscalização desses serviços públicos, tanto quando executados diretamente por órgãos públicos como quando feitos por intermédio de particulares que hajam em nome ou com o apoio da Administração Pública.

Por derradeiro, atinente especificamente à atuação das OSs na prestação de serviços públicos sociais, extrai-se da ADI n. 1.923 (que atestou a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei n. 9.637/98 e conferiu interpretação conforme a Constituição a outros), que tais órgãos fiscalizadores deverão atentar aos seguintes elementos:

a) os serviços públicos sociais devem ter relação com as áreas da saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente (art. 1º);

b) a qualificação como OS dispensa prévia seleção por licitação, uma vez que acessível a qualquer entidade que cumpra os requisitos da Lei n. 9.637/98 (hipótese de credenciamento);

c) a qualificação como OS é precedida de análise discricionária das autoridades arroladas no art. 2º, II, desde que se trate de uma análise devidamente motivada, fundamentada e transparente, de acordo com os princípios norteadores da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88);

d) a seleção das OSs que pretendam firmar contrato de gestão com a Administração Pública para executarem serviços públicos sociais pode se dar mediante dispensa de licitação (art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93)

ou sob um processo público sem os rigores de uma licitação, mas sempre sob o pálio dos princípios norteadores da Administração Pública;

e) as OSs não precisam selecionar mediante licitação aqueles com quem pretendem contratar, mas, quando utilizarem verbas públicas para tanto, devem escolhê-los sob a égide dos princípios basilares da Administração Pública e de acordo com o seu regulamento próprio para contratações;

f) as OSs não precisam contratar seus empregados mediante concurso público, e não necessitam de autorização legal para pagar, com recursos próprios, vantagens aos servidores que lhe forem cedidos pela Administração Pública (mas a utilização de recursos públicos para tais fins somente é viável em relação ao exercício de função temporária de direção e assessoria ao adicional – art. 14, § 2º); e

g) não há qualquer impedimento na Lei n. 9.637/98 à atuação fiscalizadora dos órgãos externos, a exemplo do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. (Coleção Os pensadores). São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Lei 9.637/98, de 15 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

_____. Lei 9.648/98, de 27 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9648cons.htm>. Acesso em: 27 ago. 2015.

BOBBIO, Norberto. Tradução Ari Marcelo Solon. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

WIKIPEDIA. **Pólítica**. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADtica>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO À LUZ DO ATIVISMO JUDICIAL E DO SISTEMA COMMON LAW

Danielle Mariel Heil

*Subprocuradora do Município de Brusque-SC
Mestranda em Ciência Jurídica (Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Controle de constitucionalidade brasileiro. 2 Sistema anglo-saxônico - *common law* e romano-germânico - *civil law*. 3 Ativismo judicial - brasil vivenciando o *common law*? Considerações finais. Referências.

RESUMO

Os sistemas jurídicos de direitos brasileiro e norte-americano têm suas origens no *civil law* (romano-germânico) e *common law* (anglo-saxônico). O direito constitucional brasileiro possui duas modalidades de exercício do controle de constitucionalidade: difusa e concentrada. A primeira é influenciada pelo modelo norte-americano, muito do que se construiu no âmbito do constitucionalismo brasileiro sobre o modo como compreender a atividade jurisdicional foi incorporado da experiência norte-americana. O estudo visa principalmente a realçar influências pontuais sofridas historicamente pelo direito pátrio do modelo

estadunidense. O Brasil se apresenta extremamente impregnado das teorias advindas de solo estadunidense, como se pode exemplificar por meio do caso do reconhecimento da união homoafetiva. Essas questões fundamentam e investigam este estudo, especialmente após a realização de uma viagem de estudos que priorizou a vivência do *common law* nos Estados Unidos da América. O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo. Da análise da doutrina e da jurisprudência selecionada, com o objetivo de identificar os sistemas jurídicos: brasileiro e norte-americano, seus controles de constitucionalidade, o qual em solo estadunidense permitiu o desenvolvimento do ativismo judicial. Pretende-se demonstrar como o ordenamento jurídico brasileiro vem incorporando o *common law* e o ativismo judicial em sua realidade pautada pelo *civil law*. O que pode parecer uma solução - ativismo judicial - pode não o ser em um ordenamento jurídico adepto ao *civil law*.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo. *Common Law*. Precedente. Jurisprudência. *Civil law*.

ABSTRACT

The legal systems of Brazilian and North American rights, have their origins in civil law (Romano-Germanic) and common law (Anglo-Saxon) . The Brazilian constitutional law has two modes of exercise of judicial review: diffuse and concentrated. The first is influenced by the American model, and that much of it was built under the Brazilian constitutionalism on how to understand the jurisdictional activity was incorporated into the American experience. The study mainly aims to highlight specific influences suffered historically by paternal right of the American model. The Brazil is exceptionally steeped in the theories arising from U.S. soil, as can illustrate through the case of the recognition of homo-affective union. These questions underlie this study and investigate, especially after conducting a study trip that prioritized the experience of the common law in the United States. The methodological criteria used for this investigation and the rationale of the report of the results is presented Inductive Method. Analysis of doctrine and selec-

ted case law, in order to identify legal systems: the Brazilian and U.S., controls its constitutionality, on U.S. soil which allowed the development of judicial activism. We intend to demonstrate how the Brazilian legal system has incorporated the common law and judicial activism in its reality ruled by civil law. What may seem like a solution - judicial activism can not be in a legal system adept at civil law.

KEYWORDS: Activism. *Common Law*. Precedent. Jurisprudence. *Civil law*.

INTRODUÇÃO

Este artigo visa a promover a partir do controle de constitucionalidade existente no ordenamento jurídico brasileiro (controle difuso e concentrado, os quais não se harmonizam entre si), um estudo comparativo ao sistema norte-americano, os quais têm origens distintas - *civil law* e *common law* na criação e desenvolvimentos do sistema jurídico nacional.

O critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados propiciam indagações sobre o tema e a necessidade de se refletir se a incorporação do ativismo judicial norte-americano é a solução para as questões jurídicas apresentadas ao poder judiciário brasileiro.

O problema desta pesquisa pode ser descrito na seguinte indagação: O ativismo judicial norte-americano (baseado no *common law*) é compatível com o controle de constitucionalidade difuso e concentrado adotado no Brasil (baseado no *civil law*)?

A hipótese para essa pergunta surge, inicialmente, como negativa à medida que o ativismo judicial funciona em uma realidade pautada no precedente judicial e que é elemento integrante do *common law*. Já, no *civil law*, não se fundamenta uma decisão ou resolução em decisões anteriores, mas, sim, no sistema normativo legal positivado pelo Estado.

Ademais, o trabalho apresenta a questão do ativismo judicial que surgiu inicialmente no território norte-americano e demonstra os limites de atuação do Judiciário no cenário jurídico brasileiro, com seus elementos negativos.

O Objetivo Geral deste estudo é investigar se existe correspondência teórica no controle de constitucionalidade misto e híbrido brasileiro a partir da adoção do ativismo judicial norte-americano. Os Objetivos Específicos podem ser descritos como: a) definir controle de constitucionalidade misto e híbrido; b) definir ativismo judicial; c) identificar as proposições teóricas para adoção do ativismo judicial norte-americano em um sistema jurídico fundado no *civil law*; e d) avaliar as proposições de adoção do ativismo judicial norte-americano, especialmente sob o enfoque constitucional, como uma solução adequada ao controle de constitucionalidade brasileiro.

As técnicas utilizadas nesse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional, quando necessário¹. Outros instrumentos de Pesquisa, além daqueles anteriormente mencionados, poderão ser acionados para que o aspecto formal desse estudo se torne esclarecedor ao leitor.

Para fins deste artigo, buscaram-se, também, autores como Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, Osvaldo Agripino de Castro Júnior, Miguel Reale, Gilson Jacobsen, Clarissa Tassinari e Lenio Luiz Streck, entre outros, que apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar o(s) significado(s) e contexto(s) de determinadas categorias apresentadas nesta pesquisa.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

No Brasil, há dois modelos tradicionais de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público: o difuso e o concentrado. Nosso sistema mistura dois sistemas: o americano e o europeu. No tocante ao controle incidental e difuso foi adotada a fórmula americana, no qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto, no caso de considerá-la inconstitucional. Já com relação ao controle por ação direta, a qual permite que determinadas matérias sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal, aquela é oriunda do modelo europeu².

1 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011. p. 207, 225, 237.

2 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. 22 de dezembro de 2008, p. 2. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 10 dez. 2014.

O mais importante precedente judicial acerca do controle de constitucionalidade e o marco do constitucionalismo moderno foi o julgamento do histórico caso *Marbury v. Madison*, decidido pela Suprema Corte Norte-Americana no início do século XIX (1802-1803) e citada de modo recorrente na doutrina internacional e nacional. Osvaldo Agripino de Castro Júnior³, em uma de suas obras de direito comparado, apresenta o relato desse caso emblemático. Nesse julgamento, a Corte norte-americana, capitaneada pelo Ministro John Marshall, afirmou de modo inédito o seu poder para exercer o controle de constitucionalidade das leis, mesmo não havendo na Constituição americana previsão expressa conferindo essa competência a qualquer órgão do Poder Judiciário, nem mesmo à Suprema Corte.

De acordo com os comentários de Luís Roberto Barroso⁴, atual ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, ao abordar o referido caso norte-americano, o Juiz Marshall, ao expor suas razões sobre a questão, apresenta-nos os três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade. Em primeiro lugar – a supremacia constitucional, “Todos aqueles que elaboram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da ação.” Em segundo lugar, ao afirmar a nulidade da lei que contrarie a Constituição: “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo.” E, em terceiro lugar, ao afirmar que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição.

A Constituição Federal dos Estados Unidos da América, mesmo após mais de dois séculos de vigência (de 17 de setembro de 1787), continua viva e atualizada, e consagra a supremacia do texto constitucional como destaca Marcelo Novelino Camargo⁵, ao transcrever os seguintes termos: “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos em sua execução e os tratados celebrados ou que houverem de ser celebrados em nome dos Estados Unidos constituirão o direito supremo do país.” Camargo⁶ prossegue destacando que cabe aos juízes de todos os Estados obediên-

3 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 65.

4 BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. 22 de dezembro de 2008, p. 8. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 10 dez. 2014.

5 CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de direito constitucional - controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008. p. 284.

6 CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de direito constitucional - controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008. p. 284.

cia, “ainda que a Constituição ou as leis de algum Estado disponham em contrário”.

O texto constitucional brasileiro⁷ manteve o sistema misto ou híbrido de controle de constitucionalidade, contemplando regras inerentes ao modelo difuso, por via de exceção ou por via incidental (modelo norte-americano) e outras próprias do modelo concentrado ou por via de ação (modelo europeu)⁸.

Dada a forte influência da Constituição Americana de 1787, a nossa Constituição Republicana de 1891, estabeleceu, pela primeira vez, a possibilidade do controle jurisdicional incidental das leis, exercido de modo difuso pelos juízes e tribunais. Desde então, todas as Constituições seguintes asseguraram ao Poder Judiciário a competência para verificar a compatibilidade das leis e dos atos normativos em face da Constituição Federal, mantendo-se fiel ao modelo de controle difuso de constitucionalidade, o qual é realizado por qualquer juiz ou tribunal do Poder Judiciário em um caso concreto⁹.

Se é verdade que o modelo difuso de controle de constitucionalidade manteve-se vivo ao longo da história constitucional brasileira, não é menos verdadeira a constatação de que esse modelo teve sua importância significativamente reduzida após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88¹⁰.

O então Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes¹¹ ressaltou que a CRFB/88 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (conforme o art. 103 da CRFB/88), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas ao STF mediante processo de controle

7 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: 8 fev. 2015.

8 ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. *Revista da Esmese*. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/16.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.

9 ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. *Revista da Esmese*. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/16.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.

10 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: 8 fev. 2015.

11 MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 78.

abstrato de normas.

Desse modo, percebe-se pela doutrina consultada que prevaleceu no direito constitucional brasileiro, a teoria da nulidade do ato inconstitucional, cujas bases se firmaram na doutrina norte-americana.

Contudo, cabe salientar que a aplicação da teoria da nulidade dos atos inconstitucionais em um ordenamento jurídico em que não há, tradicionalmente, vinculação aos precedentes judiciais no âmbito do controle difuso, como é o caso do Brasil, não se mostra nem um pouco adequada. Na visão de Vinícius Estefaneli Ramos¹², a *common law* caracteriza-se pelo respeito obrigatório aos precedentes, sendo estas fontes primárias. Para os ingleses e norte-americanos, a validade e eficácia das leis estão subordinadas à *common law*.

Sidney Silva de Almeida¹³ destaca que a adoção do modelo jurídico norte-americano nos países do *civil law* causaria inquietantes perplexidades: “uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional por um órgão do Poder Judiciário poderia naturalmente ser aplicado por outro órgão, do mesmo poder, que o considere constitucional, causando estranheza, à luz da teoria da nulidade do ato inconstitucional”.

Essa sistemática da não vinculação de precedentes no Brasil traz consigo um grave problema que é a instalação da insegurança jurídica entre os destinatários da jurisdição, uma vez que se estará diante de uma verdadeira loteria, pois o direito do jurisdicionado dependerá do juiz ou da câmara que irá apreciar a sua demanda¹⁴.

Além disso, no sistema difuso, “nos países destituídos do princípio do *stare decisis*, pode proporcionar uma indiscutível multiplicidade de demandas, uma vez que, mesmo já declarada reiteradamente a inconstitucionalidade de uma lei, será sempre necessário que alguém interessado nesse mesmo pronunciamento proponha uma nova demanda em juízo”¹⁵.

12 RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

13 ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. **Revista da Esmese**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012, p. 20. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmesese/revistas/16.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.

14 ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. **Revista da Esmese**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012, p. 20. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmesese/revistas/16.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.

15 ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. **Revista da Esmese**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012, p. 20. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmesese/revistas/16.pdf>.

No entendimento de Camargo¹⁶, esses inconvenientes citados, foram evitados nos Estados Unidos e nos demais países vinculados ao sistema da *common law*, em razão do princípio do *stare decisis*, por força do qual todos os órgãos judiciários ficam vinculados às decisões da Suprema Corte.

O princípio do *stare decisis*, como visto anteriormente, é típico do sistema do *common law*, mas, mesmo assim, o modelo difuso de controle de constitucionalidade sempre foi aplicado no Brasil, país que não adota o referido princípio, não havendo, portanto, vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário aos precedentes do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

De igual forma, para Almeida¹⁸, “a incongruência do sistema adotado no Brasil, que não permite a compatibilização do modelo norte-americano de controle difuso com a inexistência do princípio do *stare decisis*, mostra-se evidente e insustentável”.

O Brasil é um país com tradição jurídica romano-germânica, adepto do sistema da *civil law*. Nos países de tradição anglo-saxônica, “usa-se a expressão *civil law*, tirada do título da grande codificação romana (*Corpus Juris Civilis*), para designar os direitos dos países continentais”¹⁹.

No sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, é permitido o controle abstrato, ao contrário dos Estados Unidos, “onde a parte requerente deve comprovar que é afetada pelos efeitos da norma que sustenta ser inconstitucional, ou seja, o controle é somente concreto”²⁰.

Não obstante não ser objeto do presente artigo, cumpre registrar que há no Brasil uma tendência que a doutrina vem denominando de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, ou seja,

www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/16.pdf. Acesso em: 8 fev. 2015.

- 16 CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de direito constitucional – controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008.
- 17 JACOBSEN, Gilson. Análise comparativa dos sistemas judiciários. 4 de setembro de 2009. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-04/analise-comparativa-sistemas-judiciarios-brasileiro-norteamericano?imprimir=1>>. Acesso em: 8 fev. 2015; CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de direito constitucional – controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008.
- 18 ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. **Revista da Esmese**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012, p. 20. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/16.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.
- 19 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 81.
- 20 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 66.

objetiva-se conferir caráter abstrato às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Essa questão já foi objeto de estudo e percepção do Magistrado Federal da 4ª Região – Gilson Jacobsen ao enfrentar tema similar.

Cunha Júnior, citado por Camargo²¹, deseja que o Supremo Tribunal Federal aceite o papel de Corte Constitucional. O autor roga que as decisões do STF, as quais são adotadas no controle de constitucionalidade, independentemente de em processo abstrato ou concreto, passem a projetar os seus efeitos em face de todos.

Com relação aos efeitos das decisões no controle difuso e concentrado de constitucionalidade, Almeida²² destaca um traço definidor da evolução do sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público no Brasil, que caminha a passos firmes na direção da equiparação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle difuso e no controle concentrado.

O Brasil, que é filiado ao sistema do *civil law*, vem sofrendo com o excesso de divergência jurisprudencial, não sendo a lei suficiente para garantir segurança jurídica à sociedade. Entretanto, hoje, “o que se observa é uma grande mutação dos sistemas, para um sistema híbrido. Temos um novo *civil law* e um novo *common law*, ambos exploram a principal forma de direito do outro, sem contudo [sic] alterar-se”²³.

Não obstante a existência do controle misto de constitucionalidade existente no Brasil (difuso e concentrado), é preciso compreender primeiramente que o sistema constitucional brasileiro adotou a teoria norte-americana da nulidade dos atos inconstitucionais sem, contudo, admitir paralelamente o já mencionado princípio do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes da Corte, situação que acarreta a triste realidade de uma lei ou de um ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal manter-se plenamente vivo no ordenamento jurídico e produzindo normalmente seus efeitos, culminando

21 CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de direito constitucional - controle de constitucionalidade*. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008.

22 ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. *Revista da Esmese*. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012, p. 26. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/16.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2015.

23 RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013, p. 01. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24569>. Acesso em: 8 fev. 2015.

na sensação de intensa insegurança jurídica aos cidadãos brasileiros²⁴.

Com efeito, qualquer que seja o sistema de controle de constitucionalidade adotado por um país – seja o concentrado, o difuso ou misto –, o fato é que “o constitucionalismo proporcionou uma grande aproximação entre as famílias da *civil law* e da *common law*.”²⁵

2 SISTEMA ANGLO-SAXÔNICO - COMMON LAW E ROMANO-GERMÂNICO - CIVIL LAW

A nação norte-americana foi fundada a partir de três documentos básicos que compõem o sistema constitucional: a Declaração da Independência, a Constituição Federal de 1787 e o *Bill of Rights*. Para Castro Júnior²⁶, o sucesso da Constituição norte-americana repousa na sua flexibilidade e possui quatro fontes de direito: “o precedente judicial (*case law*); a lei; o costume e a doutrina e a razão”²⁷.

Jean-Louis Bergel²⁸ descreve a criação do *common law* pelos tribunais régios ingleses de Westminster. “[...] foi no século XIX que a ‘regra do precedente’ se impôs com rigor para assegurar a coesão da jurisprudência britânica.”

Luiz Guilherme Marinoni²⁹ e Ramos³⁰ destacam que precedente é a decisão judicial a partir de um caso concreto, qual denominam de *case oriented*, “cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.” Ambos afirmam que não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade

24 JACOBSEN, Gilson. Análise comparativa dos sistemas judiciários. 4 de setembro de 2009. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-04/analise-comparativa-sistemas-judiciarios-brasileiro-norteamericano?imprimir=1>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

25 ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Recife, 2011, p. 45. Disponível em: http://www.unicap.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=566. Acesso em: 24 fev. 2015.

26 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001.

27 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 33.

28 BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 65.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

30 RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

para se firmar como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados. É a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea. É essa primeira que vai nortear as demais.

Por isso, é possível afirmar que o precedente acabou por reduzir a importância da criação de juristas norte-americanos e, quando existem, possuem um papel ínfimo no processo decisório do juiz, “exercendo mínima influência nos juizes e legisladores nos países anglo-saxões”³¹. James G. Apple e Robert P. Deyling³² descrevem que a figura do jurista nos países de *common law* tem pouco destaque e relevo. “A tradição mantém-se forte na orientação para o caso (*case oriented*), com a quase completa exclusão de citações de juristas, que são raramente consultadas por advogados e frequentemente não citadas nas decisões judiciais [...]”

No que tange à eficiência do sistema judicial e segurança jurídica do modelo norte-americano baseado no *common law*, percebe-se que muitos países escolheram o modelo no qual se tem a concepção de que o juiz faz o direito, ou seja, o *common law*, em razão do direito ser aplicado às partes envolvidas, juntamente com a colaboração do precedente judicial e só *stare decisis*, aumentando, portanto, a segurança jurídica e a eficiência do sistema judicial como observa Castro Júnior³³.

Cumpra registrar que o Brasil, diferentemente dos Estados Unidos da América, não adotou a regra de vinculação aos precedentes – *stare decisis*, e com relação à insegurança jurídica, de 2000 a 2010, o País criou 75.517 leis (somando legislações ordinárias e complementares estaduais e federais, além de decretos federais). Isso dá 6.865 leis por ano - o que significa que foram criadas 18 leis a cada dia, desde 2000 até 2010, conforme dados apresentados por Alessandra Duarte e Chico Otávio³⁴. Os autores da reportagem informam que nesse universo de 75 mil leis não estão incluídas as legislações municipais.

Nesse contexto, Duarte e Otávio³⁵ apresentam o problema a ser

31 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 35.

32 APPLE, James G.; DEYLING, Robert P. **A primer on the Civil-Law System**. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1995. p. 34-35.

33 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 36.

34 DUARTE, Alessandra; OTÁVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. Reportagem publicada no site **O GLOBO**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389#ixzz2sm8Mles5>. Acesso em: 8 fev. 2015.

35 DUARTE, Alessandra; OTÁVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. Reportagem

enfrentado pelo judiciário: as discussões referentes à inconstitucionalidade da lei. “De 2000 a 2010, o STF julgou 2.752 ADIN’S, relativas a leis federais e estaduais; de 1988 até agora, 20,5% dessas foram julgadas inconstitucionais.”

Castro Júnior (2001, p. 58) salienta acerca da existência, em matéria de controle de constitucionalidade, de um *leading case*, ou seja, “a decisão que tenha se consolidado como regra importante – precedente – denomina-se *leading case*, podendo-se citar como exemplo, o *leading case Marbury v. Madison*”.

A função de operacionalidade do Direito na família do sistema *common law* é dar solução a um processo, trabalhando pelo precedente onde atua, não de forma abstrata, mas sempre a partir de um caso concreto. Assim, a aplicação do Direito é realizada, caso a caso, no sistema de vinculação de precedentes do *common law*, ou como diria Reverbél³⁶, por um processo de *muddle through*, que poderia ser traduzido como “improvisação contínua”.

De forma sintetizada, René David³⁷ assevera sobre o processo de constituição do *common law* “o qual consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, substituindo, portanto, o direito baseado nos costumes”.

Sendo assim, o direito anglo-saxônico “caracteriza-se como direito jurisprudencial, tendo em vista que usa como método de julgamento a análise da jurisprudência relacionada ao caso concreto, e foi elaborado na Inglaterra, inicialmente pelas cortes reais que, durante muito tempo, apresentaram-se como jurisdições de exceção”³⁸.

O *common law* trata-se de sistema jurídico seguro, embora, nos Estados Unidos, “a Suprema Corte Federal e as Supremas Cortes estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência, pois os Estados-membros são soberanos”³⁹.

publicada no site O GLOBO. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-maioria-vai-para-lixo-2873389#ixzz2sm8Mles5>. Acesso em: 8 fev. 2015.

36 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#UvbAZGjdx_E>. Acesso em: 8 fev. 2015.

37 DAVID, René. **Os Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 348.

38 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 33.

39 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 57.

Clarissa Tassinari⁴⁰ observa que se deve evitar descrever o *common law* sempre como a pura aplicação de normas jurisprudenciais e o *civil law* como pura aplicação de lei. A autora nos lembra de que as duas famílias não estão isoladas uma da outra. Ambas mantêm múltiplos contatos e influências como se podem verificar com o exemplo do controle de constitucionalidade que hoje faz parte de ambas as tradições.

Miguel Reale⁴¹ e Gilson Jacobsen⁴² são unânimes em destacar ao leitor que o fato de estarmos estudando e/ou comparando dois sistemas jurídicos não se pretende eleger o melhor. Qual se sobrepõe ao outro. Devemos lembrar que ambos possuem construções históricas e culturais distintas e como tal irão marcar a produção e aplicação do Direito atual. O que se percebe é que ambos os sistemas estão incorporando características de outro sistema, mas sem negar ou desvalorizar o seu próprio. Tal fato demonstra que os sistemas jurídicos ora analisados não são mais inteiramente puros, ou seja, estão se tornando híbridos, de forma que o *civil law* tem adotado institutos com características do *common law* e vice-versa.

No mais, é possível afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consolidou-se como um modelo de controle de constitucionalidade híbrido e extraordinariamente complexo, que concilia as tradições de *civil law* e de *common law*.

3 ATIVISMO JUDICIAL - BRASIL VIVENCIANDO O COMMON LAW?

Qual a relevância dessa abordagem? Qual a relação do distanciamento que há entre o modelo de jurisdição norte-americano e o brasileiro com a questão do ativismo judicial? Está o Brasil adotando as diretrizes do sistema *common law* e com isso tornando um Judiciário ativista, como por exemplo, por meio da jurisprudência e das súmulas vinculantes?

40 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 70.

41 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

42 JACOBSEN, Gilson. Análise comparativa dos sistemas judiciários. 4 de setembro de 2009. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-04/analise-comparativa-sistemas-judiciarios-brasileiro-norteamericano?imprimir=1>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

O ordenamento jurídico brasileiro, inequivocadamente, vem assimilando institutos de caráter vinculativo:

as súmulas vinculantes demonstram uma efetiva aproximação à teoria dos precedentes norte-americanos, evidenciando assim, a recepção de mecanismos oriundos de outras tradições jurídicas. O Brasil tem incorporado da experiência norte-americana o modo de compreender a atividade jurisdicional, especialmente após a CRFB/88⁴³.

Os precedentes obrigatórios ou vinculantes são regra nos países do *common law*, entretanto, os países que adotam o *civil law* estão se deparando com alguns institutos que possuem efeito vinculante, como por exemplo da decisão do STF proferida no controle difuso de constitucionalidade, da questão da repercussão geral no recurso extraordinário e das súmulas vinculantes⁴⁴.

O termo “ativismo judicial” surgiu em discussões estadunidenses. “O contexto deste primeiro uso foi retratado pelo autor Keenan D. Kmiec, que informa que o termo entrou no léxico político-jurídico estadunidense no ano de 1.947, através da matéria publicada na revista *Fortune*”⁴⁵.

Com relação ao núcleo central do ativismo judicial, importante registrar que o ativismo judicial transpassa o campo do direito e ingressa na seara da política, e, assim, resolve problemas políticos por critérios jurídicos⁴⁶.

Novamente, retomamos o caso *Marbury v. Madison*, onde o juiz John Marshall inaugurou o ativismo judicial. Marshall afirma nesse julgamento a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, mesmo que não previsto no texto constitucional de seu País. Em 1824, no caso *Osborn v. Bank of the United States*, destaca-se que o Poder Judiciário nunca poderia ser exercido com o propósito de dar efetividade à vontade do magistrado, mas sempre com a finalidade de realizar a vontade da lei, em manifestação clara de repúdio às consequências do ativismo⁴⁷.

43 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 76.

44 RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

45 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 65.

46 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#.UvbAZGjdX_E>. Acesso em: 8 fev. 2015.

47 GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012. **Revista Consultor**

O ativismo judicial despertou interesse na doutrina constitucional brasileira, “sendo que o debate sobre tal questão nos Estados Unidos é muito extenso, onde, até outubro de 2004, haviam sido publicados 3.815 artigos em jornais e revistas jurídicas sobre o tema”⁴⁸.

A atuação ativista do Judiciário é apresentada como uma solução para os problemas sociais, pois, para o atual Ministro do STF Barroso⁴⁹, o ativismo nada mais é do que “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

Elival da Silva Ramos⁵⁰ identifica que o problema do ativismo envolve, pelo menos, três questões: “o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do Direito”.

O atual sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro favorece o ativismo judicial, pois “se em todo o sistema Europeu a competência para declarar a inconstitucionalidade de uma lei é restrita a uma única Corte Suprema, ou seja, a um Tribunal Constitucional; no Brasil, todos os juízes e tribunais são capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei”⁵¹.

Sobre a problemática oriunda do ativismo judicial, cabe destacar que “o ativismo na busca de uma solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão, acaba por afrontar à separação de poderes e, faz do juiz um verdadeiro legislador e inclusive contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei”⁵².

Observa-se, atualmente, no sistema judiciário brasileiro, uma crise instalada em função do excessivo número de demandas e recursos para os tribunais superiores, “estamos diante de uma loteria, ou seja, a sorte dos jurisdicionados está relacionada com o juiz ou tribunal que irá julgar

Jurídico Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em: 18 nov. 2015.

48 DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora JusPodivm. [S.D.], p. 459. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2015.

49 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 279-280.

50 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 25.

51 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009, p. 09. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#.UvbAZGjdx_E>. Acesso em: 8 fev. 2015.

52 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.

o caso, pois diante de uma mesma regra jurídica ou princípio existem diversas interpretações diferentes”⁵³.

Desse modo, observa-se que “ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova”⁵⁴.

Para Lenio Luiz Streck⁵⁵, o ativismo judicial ocorre quando um juiz ou tribunal decide a partir de argumentos de moral, vontade, política, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções e pelos desejos individuais de cada magistrado, já a judicialização é um fenômeno que surge a partir da relação entre os poderes do Estado.

Nota-se, portanto, a já mencionada impureza do sistema jurídico do *civil law*, pois, “atualmente, os sistemas jurídicos latino-americanos são híbridos, refletem múltiplas modernidades e tradições”⁵⁶.

Diante da constatação da recepção de institutos oriundos do modelo do *common law* no ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se que é por intermédio da uniformização da jurisprudência que o Brasil pretende trilhar o caminho do direito.

Porém, permanece o questionamento: ao promover a uniformização da jurisprudência, tornando-a de observância obrigatória, será resolvida definitivamente a crise atual do sistema judicial brasileiro?⁵⁷

Nesse sentido, em relação ao fato de o Judiciário brasileiro estar privilegiando demasiadamente a jurisprudência, assimilando a ordem do *common law*, vale registrar o que passou a se denominar como “rebeldia judiciária”. (BRASIL, 2013).

Para a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, a desobediência judiciária não pode ser referendada em detrimento da segurança jurídica,

53 RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

54 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 34.

55 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

56 CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito**: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001. p. 109.

57 RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

da isonomia e da efetividade da jurisdição, portanto, a “sentença rebelde”, que desconsidera jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, pode ser desconstituída por Ação Rescisória⁵⁸.

Na praxis, percebe-se que justamente o que os tribunais superiores brasileiros vêm realizando é o fomento da insegurança jurídica. É público e notório como a corte do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça são oscilantes, e, em um país em que a lei deveria ser a fonte principal, é de tamanha deselegância a denominação de “sentença rebelde”, simplesmente em razão de uma decisão não ter seguido o entendimento das cortes.

Contudo, além das súmulas vinculantes, ressalta-se que o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante desde 1993, quando fora inserido o § 2º ao artigo 102 da CRFB/88 e tem caminhado, cada vez mais, nessa direção. Podem-se citar, por exemplo, a repercussão geral e os recursos especial e extraordinário sob o regime das causas repetidas⁵⁹.

O ativismo judicial, para Tassinari⁶⁰, revela-se como um problema exclusivamente jurídico, e muitas vezes é taxado como antidemocrático.

O fato é que o direito, na América Latina, apresenta-se repleto das teorias advindas de solo anglo-saxônico, mas de nada adianta incorporar a doutrina norte-americana sem a observação das especificidades e necessidades da realidade brasileira.

Com relação à recepção de diretrizes do constitucionalismo norte-americano pelo sistema *civil-law*, a sua Constituição possui sete artigos e vinte e sete emendas. Já a brasileira é composta por 250 artigos e até fevereiro de 2016 – 91 emendas constitucionais⁶¹.

Sob o manto do ativismo judicial, as oscilações de aproximação e afastamento, entre a cultura jurídica do Brasil e dos Estados Unidos, não seria demasiado afirmar, assim, que o atual contexto é marcado

58 CABE rescisória em decisão contrária à jurisprudência. Revista Consultor Jurídico, set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-27/cabivel-rescisoria-sentenca-nao-aplica-jurisprudencia-stj>. Acesso em: 23 jun. 2015.

59 RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

60 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56.

61 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: 27 abr. 2015.

por um ativismo judicial à brasileira. O ativismo judicial aparece como um problema “que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira, perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do legislador”⁶².

Por meio do ativismo judicial, o Judiciário assume uma atuação de total interferência política, e com a concessão de superpoderes aos magistrados, culmina no comprometimento da democracia brasileira. Tassinari⁶³ observa que, na realidade norte-americana, o ativismo judicial é bom para a democracia quando direcionado a concretizar direitos.

Lenio Luiz Streck⁶⁴ combate o ativismo, o positivismo fático, alertando o Operador do Direito para dizer do “compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída, no interior da qual há uma discussão no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade”.

Da consulta jurisprudencial, inclusive dos votos dos ministros da mais alta corte do País, verifica-se como a compreensão do ativismo judicial ainda se mantém vinculado a uma concepção de atuação positiva do Judiciário, isto é, como consequência natural e benéfica da intervenção do Judiciário para além de suas atribuições e competências.

Para ilustrar a problemática que se instaura por meio do ativismo judicial, elaboramos um recorte jurisprudencial das Cortes Superiores brasileiras:

Responsabilidade civil pelo aterramento de um manguezal, sendo esta área considerada de preservação permanente pela Constituição e pela lei ambiental. O posicionamento do relator é no sentido de que não há que se falar em ativismo judicial ao defender que o manguezal é APP, mas ativismo da lei e da Constituição. Na ementa: No Brasil ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. **Daí não precisamos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Ao contrário de outros países, nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se**

62 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 108.

63 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

64 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 110.

lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador⁶⁵ **(Grifo nosso)**.

Já no Supremo Tribunal Federal, no voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo apresenta-se como uma postura positiva no suprimento da atuação dos demais Poderes:

Reconhecimento das uniões homoafetivas. No voto do Ministro Gilmar Mendes, a questão do ativismo judicial começa a ser discutida em diálogo com o texto de Lenio Streck, Vicente Barretto e Rafael Tomaz de Oliveira. Como resultado da análise do posicionamento destes autores, **o ministro manifesta entendimento contrário, afirmando que o Judiciário deve ter um papel ativo, na espera que o Legislativo venha a atuar; que o Supremo Tribunal Federal deve apresentar uma resposta de caráter positivo; que se o Poder Judiciário é chamado, de alguma forma, a substituir o próprio sistema político**, a resposta do Supremo Tribunal Federal só pode ser de caráter positivo (p. 160-162). Já o pronunciamento do ministro Celso de Mello sobre o ativismo, em um primeiro momento, ocorre de um modo diferenciado, pois afirma: ‘nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos’; e, ainda **práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas pela Corte Suprema em momentos excepcionais, torna-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam excessivamente o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade** (p. 261)⁶⁶ **(Grifo nosso)**.

Ora, as cortes superiores brasileiras vêm decidindo como se constituintes fossem, “em outras palavras, isso significa afirmar que

65 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2007) Número Registro: 2003/0221786-0 REsp 650728/SC. Números Origem: 199804010519005 8900026933. Recurso Especial 650728/SC. Segunda Turma. Relator: Herman Benjamin. Julgado em 23 out. 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Default.aspx?registro=200302217860&dt_publicacao=02/12/2009. Acesso em: 24 fev. 2015.

66 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. (2011). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ayres Britto. Acórdão publicado em: 14 out. 2011. DJe-198 Ement. Vol. 02607-01, pp-00001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a usurpar de prerrogativas do Legislativo, tal como a competência para reconhecimento e regularização dos direitos e garantias das uniões homoafetivas”⁶⁷.

Em entrevista a Alessandro Cristo e Marcos de Vasconcellos⁶⁸, Nelson Nery Junior afirmou que o valor da jurisprudência dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal tem sido a sua maior preocupação. O Judiciário tem privilegiado demais a jurisprudência, com a criação de súmulas, forçando que juízes decidam de determinada maneira, quando deveriam utilizar, por vontade própria, decisões anteriores como base para julgamentos atuais. Precedente obrigatório não é precedente. Prossegue na entrevista abordando o caso da regulamentação da união entre pessoas do mesmo sexo e a garantia aos mesmos direitos dos companheiros heterossexuais pela via judicial, colocando em cheque o disposto no artigo 1.723 do Código Civil, além do artigo 226, § 3º, da CRFB/88, uma vez que tanto o texto constitucional como o Código Civil referem-se a homem e mulher.

Acerca do reconhecimento dos direitos homossexuais, é evidente que não pode ficar sem o devido amparo jurídico e merece sem dúvida alcançar *status* jurídico, porém de forma viável e com amparo constitucional, uma vez que “não cabe a um tribunal, através de um ato investido de autoridade (e vontade), decidir de modo a contrariar o arcabouço jurídico existente no país”⁶⁹.

Desse modo, conclui Nelson Nery Junior, “a atuação do Supremo ao ampliar o alcance de seus julgamentos, como no caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, contraria a Carta Magna. O Supremo não pode mudar a Constituição. Ele não foi feito para isso”⁷⁰.

Por meio do presente estudo, busca-se demonstrar que os meios utilizados para concretizar os direitos não estão sendo os adequados e constitucionalmente aprovados, pois o ativismo não é meio hábil para tanto, uma vez que toda a sociedade está à mercê de vontades e opiniões

67 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 133.

68 CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram. 4 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado-parecerista>. Acesso em: 24 fev. 2015.

69 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 133.

70 CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram. 4 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerj-junior-professor-advogado-parecerista>. Acesso em 24 fev. 2015.

oscilantes de onze ministros (STF), os quais garantem ou não os direitos de toda uma nação.

O ativismo está baseado em um ato não condicionado por pressupostos jurídicos, mas sim pela mera vontade do magistrado, apresentando-se, portanto, como um forte problema, podendo acarretar inclusive na perda de autonomia do direito, uma vez que na atual conjuntura, há indiscutivelmente uma tendência de delegar à jurisdição a concretização de direitos⁷¹.

No que tange à atuação do judiciário brasileiro, comparado à intervenção do judiciário norte-americano,

salienta-se que a Constituição brasileira diferencia-se da norte-americana por apresentar vasto conteúdo normativo que o texto constitucional norte-americano não possui. É por isto que se pode afirmar que, as discussões sobre a legitimidade da atuação do Judiciário brasileiro poderiam ser amenizadas, porque o próprio texto constitucional brasileiro estabelece os limites formais e materiais de intervenção judicial⁷².

A história da Constituição é marcada pelo estabelecimento de limites ao poder, seja ele qual fosse, portanto, entre os poderes atuais existentes, beira o absurdo acreditar no prevaletimento de um poder (judiciário) em detrimento de outro.

Para complementar esse cenário de intensa e discricionária atividade jurisdicional, implica compreender que, como afirma Marcelo Andrade de Oliveira Cattoni⁷³, “a Constituição não é do Supremo Tribunal Federal, não é do Presidente da República, não é do Congresso Nacional”.

Assim, em um sistema que tem por base a lei, a percepção do ativismo judicial se apresenta como um mal maior. Contudo, esse ativismo judicial, ao menos no Brasil, “possui raízes mais profundas, como o desprestígio da lei, a ineficiência do executivo, a desestruturação do sistema, a irracionalidade das instituições, a ausência de uma boa política e a falta de consenso sobre pontos fundamentais”⁷⁴.

71 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 141.

72 TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 149.

73 CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 75.

74 REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo Judicial e Estado de Direito**. *Revista Eletrônica do Curso*

Necessário que se faça uma análise acerca do crescente movimento de fortalecimento do Judiciário, que, juntamente com o ativismo judicial, aparece como uma “praga” que precisa ser contida e utilizada de forma moderada, para não se tornar uma acentuada e discricionária atuação do Poder Judiciário, sendo necessário neste momento repensar a função e atuação do Poder Judiciário, para não burlar princípios básicos, tal como o da separação de poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se da análise do controle de constitucionalidade brasileiro que este, ao mesmo tempo em que difere do controle norte-americano, vem atualmente demonstrando semelhanças com aquele, não obstante a elevada disparidade entre as tradições e culturas jurídicas dos dois países.

No mais, o *civil law* apresenta tendência de exclusividade da lei, tendo a jurisprudência papel secundário, exatamente o inverso do *common law*, tradição em que o juiz pode usar mais sua criatividade para solucionar um litígio, pois se encontra menos restrito à lei. Traço autoritário do sistema jurídico brasileiro reflete-se na expressão de um velho provérbio brasileiro: “Aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”.

A primeira forma de ativismo foi para criar o controle de constitucionalidade norte-americano, contudo, o fato é que o Brasil se apresenta farto das teorias advindas de solo anglo-saxão, mas de nada adianta incorporar a doutrina norte-americana sem a observação das necessidades da realidade brasileira, ou seja, total ausência de necessária adaptação do que se apreende do constitucionalismo norte-americano.

O Judiciário brasileiro tem evidentemente privilegiado demais a jurisprudência, como pode se exemplificar por meio do reconhecimento da união homoafetiva e da dita omissão legislativa, a qual, apesar de existir, demonstra que não se trata de omissão, mas, sim, de priorizar o pouco relevante.

Para tanto, a título exemplificativo, em uma realidade em que a jurisprudência e as súmulas valem ouro, e a lei vale prata, por motivos

políticos, legislativos e sociais, verifica-se no Brasil um Poder Legislativo com foco na Proposta de Emenda Constitucional (PEC da Felicidade) n. 19/2010, o que causa tamanha indignação em virtude das demais situações que necessitam com urgência de regularização.

Portanto, poder-se-ia concluir que o Brasil está efetivamente vivenciando o *common law*, priorizando precedentes em detrimento da lei em alguns aspectos, porém em outros, mantém a postura romano-germânica do *civil law*, configurando uma mescla de sistemas jurídicos, chegando-se a questionar se o direito brasileiro não perdeu sua autonomia, pois adotou controle difuso de constitucionalidade inspirado no modelo norte-americano, vem adotando as práticas do ativismo judicial que nasceu em solo norte-americano, porque não aceitar que estamos vivendo um momento de transição jurídica, e que o sistema *civil law* encontra-se saturado por apresentar postura de um verdadeiro sistema norte-americano?

É necessário aceitar tal realidade, para dessa forma poder compreender o rumo pelo qual o sistema jurídico brasileiro pretende trilhar, pois, afinal, é por intermédio dele que se constitui a democracia, e principalmente entender definitivamente que o Supremo Tribunal Federal não está autorizado a usurpar de prerrogativas do Legislativo, tal como a competência para reconhecimento e regularização dos direitos e das garantias das uniões homoafetivas.

Além disso, ficou evidenciada a força com que a jurisprudência vem se infiltrando no ordenamento pátrio, porém a realidade brasileira impõe mudanças de paradigmas e adaptação, pois só o clamor social por uma atuação mais forte do Judiciário não significa guarida constitucional, tampouco a promoção da tão buscada realização da justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sidney Silva de. O Supremo Tribunal Federal e os efeitos de suas decisões no controle difuso de constitucionalidade. **Revista da Esmese**. Aracaju: ESMESE/TJ, n. 16, 2012. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/16.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

APPLE, James G.; DEYLING, Robert P. **A primer on the Civil-Law System**. Washington, D.C.: Federal Judicial Center, 1995.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **O precedente vinculante e sua eficácia temporal no sistema processual brasileiro**. 2011. 272f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife, 2011. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/busca/arquivo.php?codArquivo=566>. Acesso em: 24 fev. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. 22 de dezembro de 2008. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica> Acesso em: 10 dez. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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: 27 abr. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. (2007) Número Registro: 2003/0221786-0 REsp 650728 / SC. Números Origem: 199804010519005 8900026933. Recurso Especial 650728/SC. Segunda Turma. Relator: Herman Benjamin. Julgado em 23 out. 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Default.aspx?registro=200302217860&dt_publicacao=02/12/2009. Acesso em: 24 fev. 2015.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. (2011). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ayres Britto. Acórdão publicado em: 14 out. 2011. DJe-198 Ement. Vol. 02607-01, pp-00001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>. Acesso em: 24 fev. 2015.

CABE rescisória em decisão contrária à jurisprudência. *Revista Consultor Jurídico*, set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-27/cabivel-rescisoria-sentenca-nao-aplica-jurisprudencia-stj>. Acesso em: 23 jun. 2015.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras Complementares de direito constitucional – controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPodivim, 2008.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à História do Direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD. CESUSC, 2001.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Direito, política e filosofia:** contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRISTO, Alessandro; VASCONCELLOS, Marcos de. Ativismo judicial é uma imbecilidade que inventaram. 04 de agosto de 2013. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-04/entrevista-nelson-nerly-junior-professor-advogado-parecerista>. Acesso em: 24 fev. 2015.

DAVID, René. **Os Grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. Salvador: Editora JusPodivm. [S.D.]. Disponível em: <<http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/ativismo%20soltas.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2015.

DUARTE, Alessandra; OTÁVIO, Chico. Brasil faz 18 leis por dia, e a maioria vai para o lixo. Reportagem publicada no site **O GLOBO**. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389#ixzz2sm8Mles5>. Acesso em: 8 fev. 2015.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. 23 de julho de 2012. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>. Acesso em: 18 nov. 2015.

JACOBSEN, Gilson. Análise comparativa dos sistemas judiciários. 4 de setembro de 2009. **Revista Consultor Jurídico ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-04/analise-comparativa-sistemas-judiciarios-brasileiro-norteamericano?imprimir=1>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial:** parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3621, 31 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24569>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo Judicial e Estado de Direito⁷⁵. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/7028/4246#.UvbAZGJdX_E>. Acesso em: 8 fev. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

⁷⁵ Este artigo recebeu prêmio de menção honrosa ao ser apresentado na USP no XVIII Encontro Nacional de Direito Constitucional - Instituto Pimenta Bueno - Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

ESTUPRO MEDIANTE A PRÁTICA SUCESSIVA DE CONJUNÇÃO CARNAL E OUTROS ATOS LIBIDINOSOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO E CONTRA ÚNICA VÍTIMA: CRIME ÚNICO OU CONCURSO MATERIAL?

André Costa Doin

*Assessor no Ministério Público de Santa Catarina na Comarca de Itajaí
Egresso do Curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)*

Pollyananna Maria da Silva

*Professora na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e no Centro Universitário de
Brusque (UNIFEBE)
Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
(PUC/RS)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 O Estupro: tipo penal misto alternativo ou misto cumulativo? 2 Sustentação Doutrinária e Jurisprudencial para o Estupro como Crime Único. 3 Sustentação Doutrinária e Jurisprudencial para a Admissão do Concurso de Crimes no Estupro. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

No delito de estupro, quando o agente constrange a vítima à conjunção carnal e também a outros atos libidinosos no mesmo contexto fático, responderá por crime único, crime continuado ou concurso material? Partindo-se dessa problemática, utilizando-se o método indutivo, busca-se analisar a questão sob os entendimentos doutrinário e jurisprudencial. Do ponto de vista da doutrina, a parcela majoritária entende que o delito de estupro constitui tipo penal misto alternativo, situação que impediria o concurso de crimes ainda que duas condutas distintas fossem perpetradas pelo agente. No mesmo sentido, caminha a jurisprudência pátria, que, na maior parte das decisões, tem entendido o mesmo, compreendendo como crime único os casos em que tenham sido praticadas sucessivamente a conjunção carnal e atos libidinosos diversos. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência possuem segmentos que definem o crime de estupro como tipo penal misto cumulativo, admitindo, dessa maneira, a incidência da figura do concurso de crimes na situação proposta.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso material. Tipo penal misto alternativo. Tipo penal misto cumulativo.

INTRODUÇÃO

Objetiva-se discutir se o tipo penal do estupro é compreendido doutrinária e jurisprudencialmente como misto alternativo ou misto cumulativo, a fim de analisar se o agente que, na mesma ocasião, constrange a vítima à conjunção carnal e a outros atos libidinosos deve responder por crime único ou por uma pluralidade de crimes.

Para tanto, parte-se da seguinte problemática: no delito de estupro, quando o agente constrange a vítima à conjunção carnal e também a outros atos libidinosos no mesmo contexto fático, responderá por crime único ou concurso material?

O método utilizado foi o indutivo.

1 O ESTUPRO: TIPO PENAL MISTO ALTERNATIVO OU MISTO CUMULATIVO?

O tipo penal, de maneira geral, pode ser considerado simples ou misto. Será simples quando o crime for de ação única, isto é, quando descrever apenas um verbo, uma única forma de atuação do agente¹. Por outro lado, o tipo penal misto possui mais de uma conduta punível, havendo, em regra, a multiplicidade de verbos em sua descrição, dividindo-se em tipo penal misto alternativo ou cumulativo.

No caso de tipo misto alternativo, é indiferente a prática de uma ou mais condutas previstas em seu corpo legal, porquanto o crime conservar-se-á único. Ademais, os múltiplos verbos constantes do tipo geralmente são acompanhados pelo uso de vírgula ou pela expressão “ou”, transmitindo a ideia de alternatividade e equivalência entre as condutas.

Já o tipo misto cumulativo prevê verbos que podem ser considerados figuras autônomas, pois, a rigor, cada núcleo poderia ser previsto como crime em tipos penais individuais. Destarte, a prática de mais de uma conduta descrita retrata maior desvalor do fato, tendo o legislador se utilizado de ponto e vírgula ou da conjunção “e” após cada núcleo².

Antes de adentrar na específica análise acerca de qual é o tipo penal do estupro, impende anotar que tal controvérsia teve origem na edição da Lei n.12.015/09, visto que outrora as condutas referentes à prática de conjunção carnal não consensual e a atos libidinosos forçados eram previstas em artigos distintos (213 e 214 do Código Penal), não havendo dúvida sobre a incidência da figura do concurso material de crimes quando diante da ocorrência sucessiva dos referidos comportamentos. Com a fusão das supracitadas condutas em um único dispositivo repressivo, muito tem se discutido em relação à natureza do tipo penal que o artigo 213 configura.

1 GOMES, Luiz Flávio e Antonio Garcia-Pablos de Molina. **Direito Penal**. Vol. 2, Parte Geral, São Paulo: RT, 2007.

2 MISAKA, Marcelo Yukio. **Tipo misto cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009**. 2010. Disponível em <<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em 25. out. 2014.

Para parcela majoritária da doutrina, há a concordância que, muito embora a ideia do legislador, à época da alteração da Lei, tenha sido a de enrijecer o tratamento ao agente que cometesse crimes sexuais, o fato é que a união das condutas em um único dispositivo legal, tecnicamente, ocasionou o contrário. Segundo Gomes³, o estupro é crime de ação múltipla regido pelo princípio da alternatividade, ou seja, a prática de várias condutas no mesmo contexto fático resulta em crime único.

No mesmo caminho, sustenta-se que o delito de estupro possui tipo penal misto alternativo em virtude de as duas condutas previstas na norma penal tutelarem, em igual proporção, a dignidade sexual. Nesse sentido, argumenta Matheus Silveira Pupo⁴ que “há apenas exemplificação de duas maneiras diferentes de se agredir o referido bem jurídico; tanto isso é verdade que, se o dispositivo simplesmente tipificasse o ato sexual não consensual, não haveria qualquer mudança”.

Denota-se, nesse diapasão, que, reforçando a corrente que preceitua ser o artigo 213 um tipo penal misto alternativo, consta o fato de haver apenas um verbo nuclear de ação, qual seja, “constranger”. Ademais, o citado artigo foi elaborado com o uso de vírgulas e da expressão “ou”, construção característica da alternatividade jurídica.

Ademais, o mencionado constrangimento é dirigido, em sua essência, à prática de atos libidinosos, sejam estes de qualquer espécie, uma vez que a própria conjunção carnal nada mais é do que uma modalidade do gênero ato libidinoso. Corroborando essa afirmação, verifica-se que o artigo 213 explicitamente menciona conjunção carnal ou outro ato libidinoso, tratando ambos, portanto, como pertencentes à mesma categoria, conforme aduz Peluso⁵.

Dessa forma, a maioria dos doutrinadores entende o crime de estupro como tipo penal misto alternativo, especialmente porque as condutas descritas não são relevantemente distintas, atingindo o bem jurídico tutelado da mesma maneira.

3 GOMES, Luiz Flavio. **Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?** 2010. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2261582/artigo-do-dia-estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-crime-unico-ou-concurso-de-crimes>>. Acesso em: 24 out. 2014.

4 PUPO, Matheus Silveira. **O novo estupro e a sua interpretação pelos tribunais superiores.** 2010. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4232-O-novo-estupro-e-a-sua-interpretacao-C3%A7%C3%A3o-pelos-tribunais-superiores> Acesso em: 25 out. 2014.

5 PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **O crime de estupro e a lei 12.015/09.** 2009. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3956-O-crime-de-estupro-e-a-lei-n-C2%BA-12.015-09-um-debate-desenfocado> Acesso em: 25 out. 2014.

No entanto, há quem sustente tratar-se o artigo 213 de tipo penal misto cumulativo. Esse é o pensamento de Vicente Greco Filho⁶ que entende que o delito de estupro, dependendo de suas circunstâncias, isto é, caso os atos libidinosos não caracterizem prelúdio à conjunção carnal, compreende duas condutas distintas que, conseqüentemente, caracterizam crimes autônomos.

A defesa do tipo penal misto cumulativo no caso estudado é fundamentalmente realizada com base no argumento de que o legislador buscou reforçar a proteção da dignidade sexual e não a enfraquecer.

Além disso, efetuando análise dos demais argumentos que são comumente utilizados, lembra Gomes⁷ que, “caso o legislador pretendesse criar um tipo penal de ação única ou misto alternativo [*sic*] não distinguiria a ‘conjunção carnal’ de ‘outros atos libidinosos’ [*sic*] pois é notório que a primeira se insere no conceito segundo, mais abrangente”.

De toda a sorte, é inconteste que a corrente que considera o estupro como tipo penal misto alternativo é a predominante, ao passo que os adeptos do estupro como tipo penal misto cumulativo compõem um número mais reduzido.

2 SUSTENTAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL PARA O ESTUPRO COMO CRIME ÚNICO

Por consequência lógica e sequencial do raciocínio jurídico acima exposto, os doutrinadores que entendem ser o artigo 213 tipo penal misto alternativo também preceituam que, se o agente, na mesma ocasião, constranger a vítima à conjunção carnal e a outros atos libidinosos, ficará caracterizado tão somente crime único.

Assim, Gomes⁸ aduz que o agente que forçadamente praticar coito vaginal e coito anal contra a mesma vítima, num mesmo contexto fático, deverá responder por crime único, devendo o maior desvalor da conduta

6 FILHO, Vicente Greco. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>>. Acesso em: 24 out. 2014.

7 GOMES, Luiz Flavio. **Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?** 2010. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2261582/artigo-do-dia-estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-crime-unico-ou-concurso-de-crimes>>. Acesso em: 24 out. 2014.

8 GOMES, Luiz Flavio. **Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?** 2010. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2261582/artigo-do-dia-estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-crime-unico-ou-concurso-de-crimes>>. Acesso em: 24 out. 2014.

ser considerado tão somente na dosimetria da pena, momento em que o Magistrado estará devidamente autorizado a aplicar a reprimenda acima do mínimo legal. No mesmo sentido, estão Capez⁹, Damásio de Jesus¹⁰ e Bittencourt¹¹.

Nucci¹² afirma que a única argumentação minimamente plausível para a cumulatividade do tipo penal do artigo 213 seria defender que conjunção carnal não é um ato libidinoso, estando o legislador, nessa hipótese, tutelando dois bens diferentes num único artigo, o que poderia justificar a incidência de concurso de crimes quando da prática sucessiva das condutas descritas. No entanto, o referido autor preceitua ser impossível tal defesa, pois a penetração do pênis na cavidade vagínica é apenas uma forma de libidinagem (ato capaz de provocar prazer sexual), e as outras penetrações têm idêntico propósito e produzem o mesmo prazer, o que torna claro que os comportamentos previstos no artigo 213 lesam o bem jurídico da dignidade sexual no mesmo grau.

No que tange ao posicionamento da Jurisprudência na questão ora suscitada, infere-se do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, mesmo havendo a prática de mais de uma das condutas descritas no delito de estupro, deve o agente responder por crime único, em virtude da alternatividade característica do referido tipo penal¹³.

Partindo para a análise do entendimento dos Tribunais Superiores pátrios, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu¹⁴:

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO
APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/2009. TIPO MISTO
ALTERNATIVO. CONDUTA PRATICADA CONTRA
MESMA VÍTIMA E NO MESMO CONTEXTO FÁTICO.
RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. POSSIBILIDADE.**

-
- 9 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- 10 JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 11 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Traçado de Direito Penal, 4: parte especial : dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- 12 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- 13 BRASIL, APELAÇÃO CRIMINAL, n. 2010.023627-3, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. Rel. Salete Silva Sommariva, julgado em 29/3/2011, Segunda Câmara Criminal.
- 14 BRASIL, AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL n. 1262650/RS - 2011/0151551-0, Superior Tribunal de Justiça - 5ª Turma, Min. Rel. Regina Helena Costa, julgado em 5/8/2014).

I - A Lei n.12.015/2009 promoveu a fusão, em um único delito, dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, outrora tipificados nos arts. 213 e 214 do Código Penal, respectivamente.

II - Pela nova disciplina normativa, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são, agora, do mesmo gênero e da mesma espécie, razão pela qual, quando praticados no mesmo contexto e contra a mesma vítima, devem ser reconhecidos com crime único.

III - A Referida alteração aplica-se, inclusive, a fatos praticados anteriormente à sua vigência, em atenção ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao réu.

IV -Agravado Regimental improvido.

(Grifo não original)

Melhor pormenorizando o caso anteriormente citado, explica-se que se trata de um agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça que, por sua vez, negou provimento a recurso especial que pretendia invalidar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Esse acórdão havia reconhecido como crime único a conduta do réu que constrangeu a própria filha à conjunção carnal e a atos libidinosos diversos em data anterior à reforma promovida pela Lei n. 12.015/09.

Todavia, a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça manteve hígida sua decisão, compreendendo que o reconhecimento de crime único na conduta do réu foi legítima, porquanto o crime de estupro configura tipo penal misto alternativo, o que significa dizer que a prática sucessiva de conjunção carnal e atos libidinosos diversos – ambos forçados – implica crime único.

Ainda no âmbito da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, extrai-se decisão no mesmo sentido no *Habeas Corpus* n. 205.873/RS¹⁵.

Fundamental anotar que a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça comunga do mesmo posicionamento, conforme denota-se do *Habeas Corpus* n. 243.678/SP¹⁶.

15 BRASIL, *HABEAS CORPUS* n. 205.873/RS, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 5/3/2013.

16 BRASIL, *HABEAS CORPUS*, n. 243.678/SP, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 12/11/2013.

Ascendendo à corte máxima deste País, o Supremo Tribunal Federal, observa-se que o entendimento anteriormente exposto é mantido, destacando-se a seguinte decisão¹⁷:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. **ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME ÚNICO.** CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 12.015/2009. COMPETÊNCIA DO JUIZ DA EXECUÇÃO [...]

A Lei n° 12.015/2009 unificou as condutas de estupro e de atentado violento ao pudor em tipo mais abrangente, de ação múltipla, ensejador da configuração de crime único ou crime continuado, a depender das circunstâncias concretas dos fatos. Cabe ao Juízo da Execução Penal aplicar à condenação transitada em julgado a lei mais benígna. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito, mas com concessão de ofício, para que o juízo da execução criminal competente proceda à aplicação retroativa da Lei 12.015/2009. (Grifo não original).

Nesse julgado, observa-se que o acusado havia sido condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 213, 214, c/c artigos 226, I, por duas vezes, e 157, § 2º, II, todos do Código Penal. Para os crimes sexuais foi fixada reprimenda de 17 anos e 6 meses de reclusão. O réu interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, para, entre outros pleitos, ser reconhecido o crime único no que tange aos artigos 213 e 214, o que não restou acolhido. Impetrado, posteriormente, *Habeas Corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, igualmente a mencionada pretensão não foi atendida.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a redação atual do crime de estupro unificou as condutas referentes à conjunção carnal e outros atos libidinosos, isto é, transformou o tipo penal em alternativo, o que enseja a configuração de crime único ou crime continuado, a depender das circunstâncias concretas. Assim, sob esse raciocínio e evitando a chamada supressão de instância, determinou a corte que o Juízo da Execução Criminal avaliasse os fatos e aplicasse o crime único ou continuado para as infrações sexuais perpetradas pelo réu, afastando o concurso material.

¹⁷ BRASIL, *HABEAS CORPUS* n. 106454/SP, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 2/4/2013.

Do prosseguimento do exame dos precedentes deixados pelo Supremo Tribunal Federal, constata-se que o entendimento sobre configurar crime único o constrangimento à prática sucessiva de conjunção carnal e outros atos libidinosos é, hodiernamente, tranquilo. Nesse caminho, tem-se o julgado referente ao *Habeas Corpus* n. 116.904/SP¹⁸.

Assim, conclui-se que tanto o entendimento doutrinário quanto o jurisprudencial sobre a prática sucessiva das duas condutas previstas no crime de estupro configurar delito único são os predominantes. Especificamente quanto à jurisprudência, percebe-se que tal posição atualmente é a que vem sendo reiteradamente aplicada pelos Tribunais Superiores pátrios.

3 SUSTENTAÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL PARA A ADMISSÃO DO CONCURSO DE CRIMES NO ESTUPRO

O segmento doutrinário que defende a admissão do concurso de crimes no estupro quando do constrangimento sucessivo à prática de conjunção carnal e atos libidinosos diversos é o mesmo que entende o tipo penal do artigo 213 como misto cumulativo.

Nesse caminho, seguidamente, em defesa do concurso material de crimes, tem-se levantado pontos mais relacionados à política criminal, como o contexto histórico decorrente da junção das condutas em um único artigo, o qual remete à realização da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que investigou a fundo os crimes sexuais ocorridos no Brasil, ficando popularmente conhecida como a “CPI da Pedofilia”. Assim, sustenta-se a impossibilidade de interpretar a reforma legal empreendida como mais benéfica ao réu, haja vista não ter sido essa a intenção do legislador.

Vicente Greco Filho¹⁹ endossa o posicionamento de que os atos libidinosos, quando não configurarem prelúdio à conjunção carnal, implicarão a aplicação do concurso material de crimes.

18 BRASIL, *HABEAS CORPUS* n. 116.904/SP, Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17/9/2013.

19 FILHO, Vicente Greco. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. 2009. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>>. Acesso em 24 out. 2014.

Da pesquisa acerca do aporte jurisprudencial que poderia transmitir força ao entendimento ora esmiuçado, logrou-se êxito em encontrar algumas decisões nesse viés, entre elas, a proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁰:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI Nº. 12.015.2009. TIPO MISTO CUMULATIVO.

Nova figura do estupro, a partir da Lei n 12.015/2009, que se traduz em tipo misto cumulativo, podendo ser praticado de duas formas diversas: constranger alguém à conjunção carnal, ou, constranger alguém à prática de ato libidinoso diverso. Autonomia das condutas preservada, apesar da aglutinação em um mesmo tipo penal. Hipótese na qual o agente, em diversas oportunidades e com a mesma vítima, praticou conjunção carnal (coito vaginal) e atos libidinosos diversos (apalpação dos seios e da vagina da menor). Impossibilidade de reconhecimento do crime único e da continuidade delitiva entre os delitos de conjunção carnal e atentado violento ao pudor praticados, **em razão da diversidade de “modus operandi” das condutas.** Decisão recorrida mantida. AGRAVO IMPROVIDO, POR MAIORIA.

Na decisão acima, o acusado havia sido condenado por vários crimes previstos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, em concurso material, tendo lhe sido imposta em relação aos delitos sexuais pena de 18 anos e 9 meses de reclusão. Após requerer ao Juízo da execução que os delitos citados fossem considerados como crime único, teve seu pedido negado. Interpôs, então, o agravo em execução colacionado. O Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, por maioria, entendeu não ser possível a unificação dos delitos, uma vez que os crimes foram executados de modo diverso, sem homogeneidade entre os comportamentos. Ademais, o crime de estupro seria tipo penal misto cumulativo, podendo ser praticado por meio de duas maneiras: constranger alguém à conjunção carnal ou constranger alguém à prática de ato libidinoso diverso. Sob esses argumentos, o agravo interposto foi improvido.

Entendimento bastante assemelhado pode ser extraído do julgamento efetuado pelo Tribunal de Justiça de Sergipe na Apelação Criminal n. 2010319407²¹.

20 BRASIL, AGRAVO EM EXECUÇÃO n. 70052883311, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Oitava Câmara Criminal, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, Julgado em 15/5/2013).

21 BRASIL, APELAÇÃO CRIMINAL n. 2010319407, Tribunal de Justiça de Sergipe, relatoria da Desembargadora Geni Silveira Schuster, apreciado em 21/2/2011.

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que o posicionamento atual emanado pela 3ª Seção (criminal) seja o da configuração de crime único mesmo diante da prática sucessiva das duas condutas previstas no artigo 213, impende anotar que nem sempre foi assim, uma vez que uma de suas turmas – a quinta –, logo após a junção das condutas em um único dispositivo, decidia pela incidência do concurso material quando da situação apresentada.

Ainda hoje, o entendimento da quinta turma, apesar de ter se adequado ao da sexta (a qual desde o início entendia o tipo penal do artigo 213 como misto alternativo), não é unânime, pois há vozes divergentes, tais como: a da Ministra Laurita Vaz, que, apesar de vencida, continua a entender que a conjunção carnal e os atos libidinosos diversos previstos no crime de estupro caracterizam ações autônomas, ensejadoras, portanto, de pluralidade criminosa²².

Destarte, em que pese o entendimento da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça ter atualmente se adequado para não mais reconhecer a pluralidade delitiva na prática sucessiva das condutas previstas no artigo 213, o fato é que ainda hoje os raciocínios e as interpretações jurídicas deixadas como precedentes pela citada Corte de Justiça balizam algumas decisões de Juízes e Tribunais de Justiça do Brasil, que, em via contrária da posição hodierna, compreendem o estupro como tipo penal misto cumulativo e, portanto, ensejador da aplicação do concurso material quando diante do constrangimento sucessivo à conjunção carnal e a outros atos libidinosos.

Registra-se que, após a junção das condutas anteriormente mencionadas no artigo 213, efetivada pela edição da Lei n. 12.015/09, a teoria que admite o concurso material de crimes na questão ora tratada não gozou de relevante guarida no Supremo Tribunal Federal, o qual de forma firme readequou seu posicionamento e passou a interpretar como possível a configuração de crime único.

Assim, denota-se que os defensores do concurso de crimes no mesmo contexto fático do delito de estupro configuram minoria, e a grande força jurisprudencial para essa visão corresponde a um posicionamento inicial da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, o qual já foi revisto.

²² BRASIL, RECURSO ESPECIAL n. 1198786/DF, Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 1º/4/2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 12.015/09, responsável por, entre outras mudanças, realizar a junção das condutas referentes à prática da conjunção carnal e a outros atos libidinosos, mediante violência ou grave ameaça, em um único artigo, teve como pano de fundo um contexto de apelo popular para a maior repressão aos delitos contra a dignidade sexual.

Contudo, embora a intenção do legislador seja de fácil reconhecimento, a verdade é que, diante de uma construção insatisfatória de alguns tipos penais, sobretudo o artigo 213 na redação atual, o resultado foi a criação de uma situação mais benéfica aos agentes transgressores de infrações sexuais.

Assim, tendo em vista o entendimento majoritário dos Tribunais Superiores Pátrios e da doutrina brasileira, conclui-se que não se admite a incidência do concurso de crimes no mesmo contexto fático do estupro por tratar-se o delito de tipo penal misto alternativo, o que significa afirmar que o agente responderá por crime único ainda que mais de uma conduta descrita tenha sido praticada.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4: parte especial:** dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL, AGRAVO EM EXECUÇÃO n. 70052883311, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Oitava Câmara Criminal, Rel. Des. Fabianne Breton Baisch, Julgado em 15/5/2013).

BRASIL, AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL n. 1262650/RS - 2011/0151551-0, Superior Tribunal de Justiça - 5ª Turma, Min. Rel. Regina Helena Costa, julgado em 5/8/2014).

BRASIL, APELAÇÃO CRIMINAL n. 2010319407, Tribunal de Justiça do Sergipe, relatoria da Desembargadora Geni Silveira Schuster, apreciado em 21/2/2011.

BRASIL, APELAÇÃO CRIMINAL, n. 2010.023627-3, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Des. Rel. Salete Silva Sommariva, julgado em 29/3/2011, Segunda Câmara Criminal.

BRASIL, *HABEAS CORPUS* n. 106454/SP, Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 2/4/2013.

BRASIL, *HABEAS CORPUS* n. 116.904/SP, Supremo Tribunal Federal de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 17/9/2013.

BRASIL, *HABEAS CORPUS* n. 205.873/RS, Superior Tribunal de Justiça, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 5/3/2013.

BRASIL, *HABEAS CORPUS*, n. 243.678/SP, Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 12/11/2013.

BRASIL, RECURSO ESPECIAL n. 1198786/DF, Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 1º/4/2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Vicente Greco. **Uma interpretação de duvidosa dignidade**. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/13530/uma-interpretacao-de-duvidosa-dignidade>>. Acesso em: 24 out.2014.

GOMES, Luiz Flávio e Antonio Garcia-Pablos de Molina. **Direito Penal**, vol. 2, Parte Geral, São Paulo: RT, 2007.

GOMES, Luiz Flavio. **Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?** 2010. Disponível em <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2261582/artigo-do-dia-estupro-e-atentado-violento-ao-pudor-crime-unico-ou-concurso-de-crimes>>. Acesso em: 24 out. 2014.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial a dos crimes contra a paz pública. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MISAKA, Marcelo Yukio. **Tipo misto cumulativo e alternativo. Estupro. Lei 12.015/2009**. 2010. Disponível em<<http://marcelomisaka.wordpress.com/2010/08/26/tipo-misto-cumulativo-e-alternativo-estupro-lei-12-0152009/>>. Acesso em: 25 out. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal : parte geral : parte especial**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **O crime de estupro e a lei 12.015/09**. 2009. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3956-O-crime-de-estupro-e-a-lei-n%C2%BA-12.015-09:-um-debate-desenfocado> Acesso em: 25 out. 2014.

PUPO, Matheus Silveira. **O novo estupro e a sua interpretação pelos tribunais superiores.** 2010. Disponível em < http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4232-O-novo-estupro-e-a-sua-interpreta%C3%A7%C3%A3o-pelos-tribunais-superiores> Acesso em: 25 out. 2014.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: FUNDAMENTOS, POSSIBILIDADES E ESTRATÉGIAS DE CONCRETIZAÇÃO

Luciano Moreira de Oliveira

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Doutorando em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza, pela Universidade de Coimbra, Portugal

SUMÁRIO

Introdução. 1 Da proteção integral como orientação para análise dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. 2 Do direito fundamental à saúde e assistência à saúde. 3 Caminhos para a efetividade do direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes. Considerações finais. Referências.

RESUMO

Expõe-se a seguir a normativa constitucional, legal e infralegal que trata do direito à saúde em geral e do público infantojuvenil em particular no ordenamento jurídico brasileiro. Iniciou-se a exposição com os antecedentes históricos que levaram à consagração da saúde como direito fundamental, bem como da doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes na Constituição. Destaca-se que, em ambas as áreas – direito à saúde e doutrina da proteção integral –, a constituição inovou e transformou os modelos e conceitos que permeiam essas polí-

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 133 - 156	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

ticas públicas. Ao final, foram propostos caminhos para a concretização do direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes, orientados pelos preceitos da doutrina da proteção integral, realizando o ideário transformador consagrado ao longo do texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direito à saúde. Criança e adolescente. Doutrina da proteção integral. Ministério Público.

ABSTRACT

This article exposes the rules dealing with the right to health in general and the juvenile population particularly in the Brazilian legal system. It began to exhibit with the historical background that led to the consecration of health as a fundamental right, as well as the doctrine of integral protection of children and adolescents in the Constitution. It's emphasized that in both subjects – right to health and doctrine of integral protection – the Constitution innovated and transformed the models and concepts related to those policies. Finally, paths for the realization of the fundamental right to health of children and adolescents, guided by the precepts of the doctrine of integral protection were proposed, realizing the ideals enshrined transformer over constitutional text.

KEYWORDS: Fundamental rights. Right to health. Children and adolescents. Full protection doctrine. Prosecution office.

INTRODUÇÃO

Marco jurídico da redemocratização do País, a Constituição de 1988 resultou da mobilização da sociedade brasileira em torno das propostas por uma nova república que se erguesse a partir dos ideais democráticos e promovesse uma sociedade mais igualitária, assegurando a todos os brasileiros direitos fundamentais e a possibilidade de vida com dignidade.

Ainda que se trate de documento jurídico é possível constatar

que a Constituição vigente está permeada por valores que sintetizam os anseios dos diversos segmentos da sociedade brasileira por mudanças, especialmente nos campos político e social.

Nesse sentido, a leitura do art. 3º, que dispõe sobre os objetivos da República Federativa do Brasil, é especialmente esclarecedora. Ali se percebe que a ordem jurídica que se funda a partir de 1988 e o Estado brasileiro devem estar voltados para a consecução de objetivos que, uma vez atingidos, levem à transformação da realidade social, com a transposição de todos da marginalidade para a cidadania. Com efeito, a jovem democracia que se iniciava tinha como propósitos construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Eis o Estado que se propunha, tendo como norte a dignidade humana, valor maior, elevado à condição de fundamento da república e norma jurídica.

Obviamente, após anos de opressão, a constituinte apresentou-se como um momento para que a sociedade brasileira pudesse, enfim, discutir as mais essenciais questões que o afligiam.

Nessa época, não só a retomada dos direitos civis e políticos era premente. Na verdade, após o fugaz milagre econômico da década de 70, o País viu-se diante de um longo período de recessão, acompanhado, ainda, de uma inflação incontrolável e que corroía o poder de compra da população. Além disso, o surto de desenvolvimento econômico antes referido contribuiu para a ampliação das desigualdades socioeconômicas. Dele não se beneficiou enorme parcela da população, que permaneceu privada dos mais básicos direitos fundamentais, sendo vergonhosos os indicadores socioeconômicos brasileiros à época.

Desse contexto político, cultural, econômico e social é que adveio a Constituição Cidadã, adjetivo que lhe conferiu Ulisses Guimarães. Necessária essa contextualização para o fim de se compreender que várias das conquistas sociais, que hoje são direitos inquestionáveis, resultaram de longo processo de luta, discussão e debate.

No que concerne ao objeto próximo deste artigo – direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes –, pretende-se, por ora, tecer breves considerações sobre os movimentos que levaram à consagração

da doutrina da proteção integral – movimento em favor dos direitos da criança e do adolescente – e do direito fundamental à saúde como dever do Estado – movimento de reforma sanitária.

Em ambas as hipóteses é possível colher o elemento comum que permeou a Constituição de 1988: a contraposição à ordem jurídica anterior, ao modelo econômico e social adotado pelo Estado, e o desejo de transformação da realidade social por meio da efetivação de direitos fundamentais.

No que se refere à consagração da doutrina da proteção integral, é necessário destacar que a normativa Constitucional acompanhou a tendência internacional de se assegurar tutela jurídica diferenciada em prol de crianças e adolescentes, a qual lhes conferisse tratamento próprio em todas as relações mantidas com o mundo adulto, reconhecendo-os, ademais, como sujeitos de direitos. Isso porque, antes de 1988, adotava-se a doutrina da situação irregular do menor, segundo a qual só se lhe prestavam tutela jurídica própria quando em abandono ou quando praticassem condutas penalmente típicas. Percebe-se, pois, a ausência de um continuum de tratamento jurídico, tendo em vista que a disciplina assegurada era fragmentada e pontual.

A par disso, os casos de violação de direitos de crianças e adolescentes envergonhavam o País. Indicadores como a taxa de mortalidade infantil expunham as mazelas da sociedade brasileira para o mundo. A exploração do trabalho infantil e os casos de violência sexual praticados contra crianças e adolescentes exigiam que se promovesse uma radical mudança na atenção a eles dispensada pelo Estado e pela sociedade em geral.

De outro lado, no que concerne à saúde, antes da Constituição de 1988, não se tratava de um direito fundamental positivado no ordenamento jurídico. Na verdade, o acesso a serviços de saúde era de direito apenas para aqueles que integravam o mercado formal de trabalho. Para os demais, restavam a caridade de instituições filantrópicas, pontuais e nada resolutivos serviços públicos ou o pagamento direto a prestadores particulares. O modelo estatal tinha foco nas doenças, e não nas pessoas. Baseada no modelo técnico-científico, a atenção à saúde dispensada pelo Estado aos empregados era centrada em hospitais e, embora consumisse crescentes recursos públicos, pouco impacto gerava nos indicadores sociais.

Diante dessa realidade, o movimento de reforma sanitária, tendo por fundamento os ideais de medicina social e as ideias difundidas no cenário internacional, propôs a reformulação do modelo brasileiro de atenção saúde, ao defendê-la como direito fundamental a ser garantido pelo Estado a todos os brasileiros de forma integral. Buscava-se, ademais, a participação da sociedade na gestão da saúde.

Na VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, o movimento de reforma sanitária firmou as diretrizes gerais do modelo de saúde que se desejava para o Brasil. Tais propostas foram encampadas pela sociedade brasileira e resultaram em emenda popular que serviu de norte para a normativa constitucional sobre a saúde e que ainda hoje está presente na Constituição.

Esse desejo de mudança que impulsionou a sociedade brasileira na constituinte, levando-a a assegurar a proteção integral à criança e ao adolescente, bem como reconhecer a saúde como direito fundamental, influenciou também os estudiosos e aplicadores do Direito brasileiro. Se, antes, as normas constitucionais eram desprestigiadas, centralizando-se o exame do ordenamento jurídico no código civil, a partir de 1998, multiplicaram-se os estudos sobre a Constituição e a aplicabilidade de suas normas, passando aquela a ter papel central.

Com efeito, a partir da Constituição de 1988, os ideais do novo constitucionalismo, que vinham sendo difundidos na Europa no período pós-guerras, ganharam fôlego no Brasil. Em síntese, a aplicação do Direito passou a ter como fundamento a eficácia e a imperatividade das normas constitucionais. Reconheceu-se sua superioridade normativa e axiológica, irradiadora de efeitos nos mais diversos campos e relações jurídicas. Busca-se, em verdade, tornar viva a Constituição, fazendo-a vinculante para todo o Estado e para a sociedade.

Ademais, registra-se que essa verdadeira revolução no estudo e aplicação do Direito no Brasil muito se deve, em grande parte, aos institutos e às instituições previstos pelo constituinte para a defesa da nova ordem. A Constituição de 1988 não só manteve garantias tradicionais do Direito brasileiro, como o *habeas corpus* e o mandado segurança, mas ainda ampliou o objeto da ação popular, que passou a tutelar a moralidade administrativa, previu o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão, assegurou a tutela jurisdicional ampla e irrestrita dos direitos fundamentais individuais e coletivos, garantiu

a utilização da ação civil pública pelo Ministério Público como instrumento de tutela de direitos fundamentais com objeto não exaustivo¹ e ampliou, significativamente, o rol de legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Em se tratando de direitos fundamentais, as conquistas foram ainda mais representativas. Com efeito, a par da consagração de um amplo catálogo de direitos fundamentais no Título II, o art. 5º, § 2º, ainda previu uma cláusula de abertura em razão da qual os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Somado a isso, além das garantias gerais estabelecidas em favor das normas constitucionais, previu-se a aplicabilidade das normas que tratam de direitos fundamentais independentemente de intermediação legislativa (art. 5º, § 1º).

Dessa forma, é necessário que aquele conjunto de valores consagrado na Constituição e o desejo da sociedade brasileira pela transformação da realidade social sejam a luz que orienta cada operador do Direito. Impossível admitir que as conquistas obtidas a duras penas pela sociedade, mormente após se passarem mais de 25 anos desde a promulgação da Constituição permaneçam sem aplicação. Imprescindível e impostergável a efetivação dos direitos fundamentais, sendo o meio jurídico um dos campos para essa luta.

No que concerne aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, a doutrina da proteção integral exige do Estado atenção ainda mais diferenciada.

A seguir tratar-se-á da doutrina que orienta o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil e da normativa constitucional e legal sobre

1 A Constituição de 1988 foi responsável pela redefinição do perfil do Ministério Público no Brasil. Tradicionalmente, o Ministério Público brasileiro teve como papel primordial a aplicação do Direito Penal através do processo. Ao longo dos tempos, atribuiu-se-lhe o papel de fiscal de interesses indisponíveis de incapazes por meio da função de *custos legis* no processo civil. Contudo, a partir, em especial, da Lei n. 7347/85, o Ministério Público passou a ter a missão de defensor e promotor dos interesses sociais, o que culminou com a definição pelo constituinte de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CR/88). Assim, percebe-se ser o Ministério Público instituição vocacionada para a defesa da supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais. O constituinte conferiu-lhe, entre outras funções institucionais, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos na Constituição (art. 129, II, III e IV, da CR/88).

o direito fundamental à saúde, além dos caminhos que podem ser adotados em prol de sua concretização.

1 DA PROTEÇÃO INTEGRAL COMO ORIENTAÇÃO PARA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Como já dito acima, é possível constatar que o desejo de mudanças refletiu-se em variados momentos no texto da Constituição brasileira. A oposição aos anos de privação de liberdades e à estrutura social que consagrava seriíssimas desigualdades econômicas e sociais está presente ao longo da Constituição.

No que se refere ao Direito da Criança e do Adolescente, a referida afirmativa mantém sua veracidade. Nesse sentido, a consagração da doutrina da proteção integral veio em oposição ao tratamento dispensado à população infantojuvenil na ordem jurídica anterior. Isso porque, até então, crianças e adolescentes recebiam proteção reflexa, relacionada aos interesses dos adultos, orientada pelos institutos da (in)capacidade civil e do pátrio poder. A ordem jurídica lhes detinha atenção peculiar quando em situação de abandono ou quando se tratava de punição por infração às normas penais.

A partir de 1988, a doutrina da proteção integral, adotada pelo Brasil, tendo como matriz o art. 227 da Constituição, passa a conceber “um sistema no qual crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes perante a família, sociedade e Estado, direitos esses destinados a propiciarem-lhe desenvolvimento saudável e integridade”, como esclarece Garrido de Paula (2002, p. 122). Percebe-se, ademais, que o ordenamento jurídico estabelece como princípio a prioridade absoluta na efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, assegurando-lhes, pois, proteção jurídica diferenciada. Possível falar, a partir de então, em Direito da Criança e do Adolescente como um subsistema normativo presente no ordenamento jurídico brasileiro, orientado por princípios próprios e destinado a assegurar proteção integral para crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente² (ECA) densifica a nor-

2 Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990.

mativa constitucional, tratando de forma pormenorizada da proteção integral das crianças e adolescente. Ratificando o princípio da prioridade absoluta, o estatuto assegura às crianças e aos adolescentes a primazia de receberem proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (art. 4º, parágrafo único).

O princípio da prioridade absoluta justifica-se no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente por se tratar de interesses efêmeros, já que, conforme pontua Paulo Afonso Garrido de Paula, “a infância e a adolescência atravessam a vida com a rapidez da luz, iluminando os caminhos que conduzem à consolidação de uma existência madura e saudável” (GARRIDO DE PAULA, 2002, p. 125).

Pode-se afirmar, ademais, que o princípio da prioridade absoluta consagra o valor intrínseco das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e o valor projetivo das novas gerações. Nas palavras de Antônio Carlos Gomes da Costa:

O valor intrínseco reside no reconhecimento de que, em qualquer etapa do seu desenvolvimento, a criança e o adolescente são seres humanos na acepção mais plena do termo. O valor projetivo, por sua vez, evoca o fato de que cada criança e cada adolescente é portador do futuro de sua família, do seu povo e da humanidade, ou seja, é deles que depende a continuação da linha da vida na espécie humana. A prioridade absoluta às novas gerações, como se vê, é uma exigência ética impostergável no marco da construção de uma vida digna para todos, ou seja, dos direitos humanos. (COSTA, 2007, p. 13)

Na aplicação do Direito da Criança e do Adolescente, devem ser usados como elementos para a sua concretização os fins sociais a que ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (art. 6º). Quanto a este último aspecto, reconhece-se que crianças e adolescentes “estão em um período de mudança, de alterações bio-psico-sociais e detentores de todos os direitos que têm os adultos e mais aqueles especiais ao seu ciclo de vida, à sua idade, ao seu processo de desenvolvimento” (BRASIL, 2007, p. 15).

Percebe-se, portanto, a necessidade de que o Estado destine atenção diferenciada às crianças e aos adolescentes. Nesse sentido, mister se faz a promoção de políticas públicas que possam efetivar seus direitos fundamentais, assegurando-lhes desenvolvimento sadio e harmonioso.

Na verdade, dada a gama de interesses a serem satisfeitos, é necessário que o atendimento aos interesses da criança e do adolescente norteie as variadas áreas da administração pública e oriente o agir, ademais, dos poderes legislativo, judiciário e do Ministério Público, atentando todos para a prioridade absoluta. Para tanto, estabeleceu o legislador como consequência da prioridade absoluta a “destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude” (art. 4º, parágrafo único, “d”, do ECA).

De outro lado, é necessário frisar que, constatada a violação de direitos de crianças ou adolescentes pela família, pela sociedade ou pelo Estado, deve-se operar o Direito sob o signo da doutrina da proteção integral. Assim, a aplicação das normas jurídicas deve ser orientada finalisticamente para a concretização dos direitos fundamentais e a transformação da realidade social.

Deve-se ressaltar o imprescindível dever de o Ministério Público promover as medidas necessárias, judiciais ou extrajudiciais, para a concretização do direito à saúde da população infantojuvenil, seja individual ou coletivamente, como advém, inicialmente, da conjugação dos arts. 127, *caput*, art. 129, II e III, art. 196, art. 197 e art. 227, todos da CR/88, além do art. 201, V e VIII do ECA.

Nesse contexto, necessário ainda que o processo também seja orientado finalisticamente e observe os princípios que norteiam a doutrina da proteção integral, especialmente a prioridade absoluta e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Segundo a lição de Paulo Afonso Garrido de Paula:

Para a validação do direito da criança e do adolescente é mister uma tutela jurisdicional que atenda as suas particularidades, que respeite sua concepção, que realmente adote seus princípios fundamentais e que seja inclusiva, servindo de instrumento de transposição da marginalidade para a cidadania. (GARRIDO DE PAULA, 2002, p. 121)

Assim, proceder-se-á à análise do direito fundamental à saúde no contexto dos direitos da criança e do adolescente, além das possibilida-

des em prol de sua concretização, orientando-se, sempre, pela doutrina da proteção integral.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ASSISTÊNCIA À SAÚDE

De forma pioneira no Brasil, a Constituição de 1988 assegurou a saúde como direito fundamental, expressamente, relacionando-a entre os direitos sociais presentes no rol do art. 6º. Embora já se pudesse extrair a tutela jurídica da saúde por meio de uma conjugação do direito à vida (art. 5º da CR/88) com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), fez-se questão de conferir-lhe previsão autônoma e, ademais, disciplina pormenorizada no âmbito da ordem social, mais precisamente no capítulo sobre a seguridade social, ao lado da previdência e da assistência social.

A previsão expressa da saúde como direito fundamental assegurou-lhe a disciplina jurídica diferenciada de que gozam os demais direitos fundamentais. Assim, como decorrência do *status* hierarquicamente superior no ordenamento jurídico (normas constitucionais), as normas que asseguram esse direito possuem eficácia impeditiva da vigência de leis e atos normativos com conteúdo contrário. Ademais, contam com aplicabilidade independentemente de intermediação legislativa (art. 5º, § 1º, da CR/88), integram rol exemplificativo de direitos (art. 5º, § 2º, da CR/88) e constituem limites materiais ao poder constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV, da CR/88). Por concretizarem os valores que inspiraram a sociedade brasileira e consagrarem o ideal transformador que norteia a Constituição, as normas que definem direitos fundamentais ainda possuem eficácia irradiante e, assim, orientam a aplicação das normas infraconstitucionais.

De outro lado, a saúde foi disciplinada no Título VIII, que dispõe sobre a ordem social, como direito de titularidade universal e dever do Estado, abrangendo, em geral, todos os entes federados³, que devem

3 O art. 23, II, da CR/88 estabelece a competência comum da união, estados, distrito federal e municípios para cuidarem da saúde, ao passo que o art. 30, VII, da CR/88 reforça o dever dos municípios ao definir como sua competência “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”. No julgamento da STA 175-AGR, o STF, seguindo o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes, ratificou a posição majoritária da jurisprudência em favor da *responsabilidade solidária* dos entes federados pela garantia do direito à saúde. Em Minas Gerais, a jurisprudência do TJMG já era pacífica a esse respeito. Exemplo de tal posicionamento é o seguinte aresto: “No que toca ao direito

promover 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. 196). Previu-se, ainda, que as ações e os serviços públicos de saúde integram um sistema único (SUS) orientado pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, e participação da comunidade.

Ao dispor sobre os direitos da criança e do adolescente, a Constituição, a par de incluir no elenco a saúde, estabeleceu que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas, devendo proceder à aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil (art. 227, § 1º, I, da CR/88).

Em termos infraconstitucionais, destaca-se como legislação básica sobre o direito à saúde a Lei n. 8080/90⁴, conhecida como Lei Orgânica da Saúde. Referida Lei dispõe com particularidade sobre o SUS, estabelecendo seus objetivos, suas atribuições, seus princípios, suas diretrizes, suas normas de organização e gestão, incluindo aquelas referentes à distribuição de competência entre os entes federados. Trata-se, também, dos serviços privados de saúde, dos recursos humanos e do financiamento.

A Lei n. 8080/90 reforça a previsão da saúde como direito fundamental e reproduz parte do art. 196 da CR/88. Enfatiza-se, ainda, que, conquanto a saúde seja direito de todos e dever do Estado, este não exclui o concernente às pessoas, família, empresas e sociedade (art. 2º).

do cidadão à saúde e à integridade física, a responsabilidade do Município é conjunta e solidária com a dos Estados e a da União. Tratando-se de responsabilidade solidária, a parte necessitada não é obrigada a dirigir seu pleito a todos os entes da federação, podendo direcioná-lo àquele que lhe convier. O Sistema Único de Saúde, tendo em vista o seu caráter de descentralização, torna solidária a responsabilidade pela saúde, alcançando a União, os Estados e os Municípios." (TJMG – Apelação n. 1.0145.06.308228-6/001(1) – Rel. Des. Heloisa Combat. Julgamento em 13/11/2007. DJ, 28/3/2008).

4 Após mais de 20 (vinte) anos de vigência da Lei n. 8080/90, foi publicado o Decreto n. 7508, de 28/6/2011, para regulamentá-la. Tal instrumento normativo, além de outras providências, dispõe sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa. No regulamento, trata-se da regionalização das ações e serviços de saúde, esclarecendo-se que a integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na rede de atenção à saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores (art. 20). Reforça-se, ademais, a importância da atenção primária em saúde, que deve ter o papel de ordenadora do acesso às ações e serviços públicos de saúde (art. 11).

Ao tratar do SUS, a Lei n. 8080/90, após traçar seus objetivos e suas atribuições, no art. 7º, descreveu os princípios e as diretrizes do sistema e conferiu sentido a vários deles, em especial às noções de integralidade, universalidade e resolutividade.⁵

Juntamente com a Lei n. 8080/90, a Lei n. 8142/90 é um dos principais diplomas legais que tratam do direito à saúde no Brasil, uma vez que versa sobre a participação popular na gestão do sistema, por meio das conferências e dos conselhos de saúde, e cuida das transferências intergovernamentais de recursos financeiros com previsão dos fundos de saúde.

Em se tratando de assistência farmacêutica, merece referência a Lei n. 9313/96, que assegura aos portadores de HIV e doentes de AIDS

⁵ Segundo o art. 7º da Lei n. 8080/90, estabelece-se a *universalidade* de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (inc. I). Assim, para ser beneficiário das políticas de saúde nenhum requisito se faz necessário, a não ser a simples condição de humanidade. Sobre o assunto, pode-se conferir nosso trabalho anterior: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo. *Boletim do Instituto de Saúde*. São Paulo, vol. 12, n. 3, dez de 2010. p. 234-239. A *integralidade* de assistência é entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (inc. II). Segundo Carlos Eduardo Aguilera Campos, os sistemas integrais de saúde deveriam atender a algumas premissas básicas, quais sejam: a primazia das ações de promoção e prevenção; a garantia de atenção nos três níveis de complexidade da assistência médica; a articulação das ações de promoção, prevenção, cura e recuperação; a abordagem integral do indivíduo e famílias. *In* CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família. *Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2003. Finalmente, estabeleceu-se como dever das ações e dos serviços públicos de saúde a *capacidade de resolução* dos serviços em todos os níveis de assistência (inc. XII). Ainda sobre o princípio da *integralidade*, noticia-se que, em 28/4/2011, foi publicada a Lei n. 12401, com período de *vacatio legis* de 180 dias, que altera a Lei n. 8.080/90 para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. Referida lei dispõe que a assistência terapêutica integral de que trata o art. 6º, I, “d”, da Lei n. 8080/90 limita-se à dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravamento à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, disponíveis nos elencos estabelecidos pelos gestores do SUS na respectiva esfera de competência, e a oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado. Caso interpretada gramaticalmente e sem contextualização, a aplicação da lei acarretará inconstitucionalidades graves, por limitar genericamente o acesso a insumos possivelmente necessários para a saúde, violando o princípio da integralidade (art. 198, II, da CR/88), bem como impedir o exame de protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e elencos estabelecidos administrativamente pelo SUS. Com isso, restam transgredidos os princípios da legalidade (art. 5º, II, da CR/88), da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CR/88) e da integralidade (art. 196 e art. 198, II, ambos da CR/88). A nosso aviso, necessária se faz uma interpretação da referida lei em conformidade com a Constituição, admitindo-se que a mesma traz determinações para o gestor do SUS, tratando-se de norma geral. Assim, para a boa gestão do SUS, o administrador público deve se pautar por protocolos clínicos, diretrizes terapêuticas e relacionar insumos e procedimentos que são destinados à população em geral, em conformidade com planos de saúde e políticas públicas da área, garantido o devido controle social. Aliás, em voto condutor na STA 175, o Ministro Gilmar Mendes, usando subsídios colhidos em audiência pública que promoveu sobre no tema no STF, afirmou a “possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.” Além disso, destacou que “a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.” Referido posicionamento parece mais consentâneo com a normativa constitucional do SUS e com a defesa da saúde como direito fundamental. Sobre esse tema, confira-se nosso artigo: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Assistência terapêutica integral: comentários à Lei 12.401/2011 e ao Decreto 7.508/2011. *In*: *Saúde – Coleção Ministério Público e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a, p. 43-72.

o recebimento gratuito, por parte do SUS, de medicamentos necessários ao tratamento. Referida Lei prevê que “a padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado” (art. 1º, § 2º).

Relativamente à saúde mental, a Lei n. 10216/01 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.⁶ Em tal Lei, encontram-se discriminados os direitos desse grupo de pessoas e evidencia-se que a internação somente deve ter lugar quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes (art. 4º, *caput*), ficando claro que o tratamento deve visar, como finalidade permanente, à reinserção social do usuário (art. 4º, § 1º). Salienta-se que referida Lei discrimina as modalidades de internação psiquiátricas e estabelece o dever de as instituições comunicarem ao Ministério Público as internações involuntárias, em 72 (setenta e duas) horas, para controle.

Voltando os olhos para o público infantojuvenil, deve-se destacar que o ECA também dispôs sobre o tema do direito à saúde, matéria que se encontra nos arts. 7º a 14.

O Estatuto prevê que “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência” (art. 7º). Percebe-se, aqui, a tutela dos interesses não só das crianças e adolescentes como, ademais, do nascituro, o que evidencia a necessidade de se atentar para políticas de atenção pré-natal, ao parto e ao puerpério.

Igualmente, o art. 11 do ECA prevê a garantia de atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do SUS, assegurado o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.⁷ Para além de serviços mé-

6 Minas Gerais teve destaque no movimento de reforma psiquiátrica. Nesse sentido, a legislação estadual que versa sobre os direitos da pessoa com transtornos mentais precede a legislação federal, como se pode constatar a partir do exame da Lei estadual n. 11802, de 18/1/1995. Convém salientar, de outro lado, que o equipamento específico para a atenção à saúde de crianças e adolescentes é o Centro de Atenção Psicossocial para crianças e adolescentes – CAPSi. O CAPSi deve atender crianças e adolescentes com transtornos mentais graves e persistentes e os que fazem uso de *crack*, álcool e outras drogas. Trata-se de serviço aberto e de caráter comunitário indicado para municípios ou regiões com população acima de 150.000 (cento e cinquenta mil) (Portaria n. 3088/GM/2011). Ainda assim, municípios de menor porte devem desenvolver estratégias para atendimento de saúde mental de crianças e adolescentes por meio de núcleos de saúde mental ou do CAPS voltado para a população em geral.

7 Para um aprofundamento acerca dos cuidados de saúde voltados para crianças e adolescentes pode-se

dicos, necessário o cuidado multidisciplinar no que concerne à assistência, além do acesso a ações e serviços outros que promovam bem-estar.

Neste ponto, evidencia-se o aspecto promocional do direito à saúde, o que significa que sua garantia pelo Estado não se exaure com uma postura abstencionista, de não interferência na órbita particular, além de garantia da ordem. Surge, ao revés, um dever de conduta ativa, que impõe viabilizar as condições para a existência com dignidade e desenvolvimento sadio.

Acompanha-se, aqui, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe, em seu artigo XXV, o seguinte:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (ORGANIZAÇÃO..., 1948)

Aliás, a omissão do Estado na promoção das políticas sociais públicas para o nascimento e desenvolvimento sadio e harmonioso, com vistas a assegurar a vida e a saúde de crianças e adolescentes, permite que elas sejam promovidas pelo Poder Judiciário, em ações coletivas deflagradas pelos legitimados. Nesse passo, ressaltou o Ministro Celso de Mello na ADPF 45:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos

consultar a linha-guia sobre o tema publicada pela Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais: Disponível em http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/linha_guia/Linha_Guia-Atencao_a_Saude_da_Crianca.pdf. Acesso em 20/8/2015. O acesso dos adolescentes em conflito com a lei, em cumprimento de medidas de internação e internação provisória, às ações e serviços de saúde encontra-se disciplinado pela Portaria Interministerial n. 1426, de 14/7/2006, do Ministério da Saúde, da Secretaria Especial de Direitos Humanos e da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, bem como pela Portaria 647/SAS/2008, de 11/11/2008.

impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. (BRASIL, 2004)

No mesmo julgado, ressaltou-se que a pretensão deduzida deve ser razoável, o que se entende, com base na doutrina de Ana Paula Barcelos, citada na decisão, que se refere às prestações tendentes à garantia do conjunto de medidas imprescindível para a vida com dignidade, como proposto no texto do Estatuto.

Tanto do art. 196 da CR/88 como dos dispositivos infralegais que tratam do tema é possível extrair o caráter prestacional do direito à saúde, viabilizando o pleito individual ou coletivo de insumos ou procedimentos. Nesse sentido, como reconheceu, recentemente, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da STA 175-AGR⁸, ratificando a jurisprudência do STF⁹, há um direito subjetivo público a prestações tendentes a satisfazer a saúde das pessoas, sem caráter absoluto, entretanto, e que deve ser contextualizado diante das políticas públicas promovidas pelo Estado. Mormente quando se trata dos interesses individuais ou coletivos de crianças e adolescentes, não pode o Estado se descuidar de seus deveres, já que vigente a doutrina da proteção integral.

É relevante destacar, por fim, o suporte normativo constante do ECA para a tutela do direito à saúde da gestante, constante do art. 8º do Estatuto¹⁰. Nesse campo, deve-se alertar para a necessidade de ação

8 Eis a ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde (SUS). Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – STA 175-AGR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 17/3/2010. DJe 076, 30/4/2010).

9 Por exemplo, como citado no corpo do voto, o conhecido acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, acerca do fornecimento de medicamentos a pessoas com AIDS. (AgR-RE N. 271.286- 8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12/9/2000).

10 A atenção ao pré-natal, parto e puerpério foi objeto de linha-guia elaborada pela Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais, com o objetivo de orientar condutas, definir fluxos e competências para o atendimento à gestante. Trata-se de rica orientação sobre os cuidados que devem ser dispensados à gestante e que refletirão, sem dúvida, no nascimento e desenvolvimento sadio da criança. Está disponível no site da SES/MG: http://www.saude.mg.gov.br/images/anexos/linha_guia/Linha_Guia-Atencao_ao_Pre-Natal_Partido_e_Puerperio.pdf. Acesso em: 20 ago. 2015.

Disciplina-se o atendimento diferenciado às gestantes de risco habitual e de alto risco que, em razão das peculiaridades próprias de cada gestação, necessitam de serviços de saúde com capacidades técnicas e graus de especialização distintos.

As gestantes de risco habitual devem realizar acompanhamento pré-natal nas unidades básicas de saúde. A par da responsabilidade da usuária, sobressai a importância do protagonismo das equipes de saúde da família – nos municípios que utilizam esta estratégia para a atenção básica em saúde. Estas devem identificar e acolher as gestantes, providenciar a primeira consulta – o mais rápido possível e, no máximo, até o quarto mês de gestação – e, se for caso, encaminhá-la para o serviço de referência para acompanhamento pré-natal de alto risco. De todo modo, a atenção básica em saúde deve responsabilizar-se pelo monitoramento da saúde das

pró-ativa das equipes de atenção primária em saúde, com o objetivo de identificar as gestantes de sua área territorial e inseri-las no atendimento dispensado pelo SUS, conforme a necessidade. Imprescindível o atendimento humanizado e o fortalecimento dos vínculos entre a gestante, a equipe de saúde que a acompanha no atendimento pré-natal e aquela responsável pelo parto, a qual deve ser preferencialmente a mesma (art. 8º, § 2º, do ECA).

3 CAMINHOS PARA A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A despeito da vasta normativa constitucional, legal e infralegal sobre o direito à saúde em geral e da criança e do adolescente em particular, norteadas neste último caso pela doutrina da proteção integral, pelos princípios da prioridade absoluta e do reconhecimento da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a realidade ainda exibe um triste quadro de violação ao direito fundamental das crianças e dos adolescentes.

A par das situações em concreto que, por vezes, decorrem de falhas pessoais e desencontros, o exame macro das políticas de saúde aponta para os graves problemas de subfinanciamento, deficiências da gestão e do controle social.

Segundo dados da OMS (2014), as despesas privadas, em saúde, no Brasil, correspondiam a 59,7% e 54,3% da despesa total de saúde, nos anos de 2000 e 2011, respectivamente. Além disso, o investimento público em saúde correspondia a apenas 4,1% dos gastos públicos totais, em 2000, e a 8,7%, em 2011. Outro dado relevante sobre financiamento de saúde é de que a despesa pública *per capita*, em saúde, em 2008, correspondia a US\$ 474, medidos pelo conceito de paridade por poder de compra. Comparando com outros países da América do Sul no mesmo ano, os investimentos foram superiores na Argentina (US\$ 927), Chile (US\$ 716), Colômbia (US\$ 494) e Uruguai (US\$ 899). Esses dados indicam

gestantes de risco habitual e vinculá-las à maternidade de referência onde poderão ser atendidas no caso de intercorrências e quando se iniciar o trabalho de parto. Necessário, ainda, o desenvolvimento de ações educativas, buscando a conscientização da gestante para a importância do acompanhamento pré-natal e sua preparação para o parto e amamentação.

As gestantes de alto risco, assim identificadas pela atenção básica ou outra porta de entrada do SUS, devem ser direcionadas para o serviço de referência. De todo modo, o monitoramento pelo serviço de atenção básica deve permanecer, viabilizando a integralidade da atenção à saúde e evitando o fracionamento do cuidado.

o crônico subfinanciamento do setor saúde no Brasil, mesmo diante do dever constitucional de organização de um sistema nacional de saúde de acesso universal.

Embora a descentralização de serviços para o Município tenha sido prevista como princípio do SUS, a concentração de recursos em especial em poder da união traz inúmeras dificuldades para a concretização da proposta e sérias dificuldades operacionais, já que muitas são as competências municipais, mas escassos são os recursos para executá-las.

Além disso, é comum que a gestão da saúde seja permeada por interesses políticos desconectados das necessidades da população. Muitas vezes, ainda, as políticas de saúde são descontínuas, encaradas como políticas de governo, e não como políticas de Estado.

Quando se trata da defesa da infância e da juventude, o princípio da prioridade absoluta, que deveria ter aplicação transversalizada, norteador de todas as áreas de atuação do Estado em função do caráter multidisciplinar dos direitos da população infantojuvenil, não encontra como contrapartida a destinação privilegiada de recursos públicos, como estabelece o ECA (art. 4º, parágrafo único, "d"). Pior que isso, constata-se que, muitas vezes, os recursos previstos no orçamento nem sequer são executados em sua totalidade.

Diante desse quadro, é necessário, de início, ratificar a saúde como direito fundamental, bem como os princípios gerais que orientam a área no Brasil: universalidade, integralidade, igualdade (equidade), responsabilidade solidária dos entes federados e participação da comunidade. No que concerne aos interesses de crianças e adolescentes, impõe-se a defesa radical da doutrina da proteção integral e de seus princípios orientadores como a prioridade absoluta e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Em ambos os casos, trata-se de conquistas sociais que resultaram do anseio da sociedade brasileira pela transformação da realidade pela efetivação dos direitos fundamentais e garantia de vida com dignidade. Impossível admitir qualquer retrocesso, tendo em vista que, a par de contrariar os interesses sociais, é juridicamente impossível.

De outro lado, a defesa da destinação de recursos privilegiados para as políticas públicas voltadas para crianças e adolescentes e do cumprimento da EC n. 29/2000 e da Lei Complementar n. 141/2012

devem ser bandeiras de toda a sociedade¹¹. A organização e execução de políticas públicas depende, intrinsecamente, da previsão e destinação dos recursos correspondentes. Além disso, necessária e possível a cobrança direta aos representantes eleitos por ocasião das audiências públicas realizadas para a discussão das leis orçamentárias (art. 48, parágrafo único, inc. I, da LC 101/2000), além da fiscalização da execução orçamentária e das políticas de saúde por ocasião das prestações de contas pelos gestores do SUS estabelecida pela Lei Complementar n. 141/2012¹².

Igualmente, é importante fortalecer a gestão do SUS, buscando-se a observância dos instrumentos legais previstos em seu favor. Para tanto, é de grande valor o disposto no art. 4º da Lei n. 8142/90, ao impor como condição para recebimento de recursos do Fundo Nacional de Saúde que Estados, Distrito Federal e Municípios contem com fundo de saúde¹³, Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com

11 A Emenda Constitucional n. 29/2000 estabeleceu um percentual mínimo de investimento de recursos próprios em ações e serviços públicos de saúde pelos entes da federação. A Lei Complementar n. 141/2012 disciplinou, em nível legal, os dispositivos da Emenda Constitucional, dispondo sobre os percentuais mínimos, os critérios de apuração, assim como medidas de transparência, fiscalização, avaliação e controle das despesas estatais em ações e serviços públicos de saúde. Lamentavelmente, a aprovação da EC 86, alterando a forma de cálculo dos percentuais mínimos a serem investidos pela União em ações e serviços públicos de saúde deverá levar a um grave recuo nos investimentos no setor.

12 Art. 36. O gestor do SUS em cada ente da Federação elaborará Relatório detalhado referente ao quadrimestre anterior, o qual conterá, no mínimo, as seguintes informações:

I - montante e fonte dos recursos aplicados no período;

II - auditorias realizadas ou em fase de execução no período e suas recomendações e determinações;

III - oferta e produção de serviços públicos na rede assistencial própria, contratada e conveniada, cotejando esses dados com os indicadores de saúde da população em seu âmbito de atuação.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão comprovar a observância do disposto neste artigo mediante o envio de Relatório de Gestão ao respectivo Conselho de Saúde, até o dia 30 de março do ano seguinte ao da execução financeira, cabendo ao Conselho emitir parecer conclusivo sobre o cumprimento ou não das normas estatuídas nesta Lei Complementar, ao qual será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público, sem prejuízo do disposto nos arts. 56 e 57 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000.

§ 2º Os entes da Federação deverão encaminhar a programação anual do Plano de Saúde ao respectivo Conselho de Saúde, para aprovação antes da data de encaminhamento da lei de diretrizes orçamentárias do exercício correspondente, à qual será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público.

§ 3º Anualmente, os entes da Federação atualizarão o cadastro no Sistema de que trata o art. 39 desta Lei Complementar, com menção às exigências deste artigo, além de indicar a data de aprovação do Relatório de Gestão pelo respectivo Conselho de Saúde.

§ 4º O Relatório de que trata o *caput* será elaborado de acordo com modelo padronizado aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, devendo-se adotar modelo simplificado para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil habitantes).

§ 5º O gestor do SUS apresentará, até o final dos meses de maio, setembro e fevereiro, em audiência pública na Casa Legislativa do respectivo ente da Federação, o Relatório de que trata o *caput*.

13 Nos termos do art. 9º da Lei n. 8080/90, a direção do SUS é exercida, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, e no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. Com isso, deve-se fiscalizar se a administração do respectivo fundo de saúde é exercida pelo gestor da saúde, o que pode ocorrer em conjunto com o chefe do poder executivo, sendo indevida, ao revés, a ordenação de despesas por agentes públicos que não atuam na área da saúde, como ainda ocorre em alguns municípios brasileiros.

o Decreto n. 99.438, de 7 de agosto de 1990, plano de saúde, relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o § 4º do art. 33 da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento e Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS). Em caso de não atendimento, os recursos são administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

Além do mais, o fortalecimento do controle social, por meio da efetiva participação dos conselhos na deliberação e no acompanhamento das políticas públicas é medida que não pode ser subvalorizada. Com efeito, trata-se de mecanismo de realização do ideal de democracia participativa previsto pela Constituição (art. 1º, parágrafo único). Dessa forma, pode a comunidade levar suas necessidades ao conhecimento da gestão pública e cobrar que seus anseios sejam efetivamente atendidos.

Como sabido, a história de consagração e efetividade de direitos fundamentais reflete a constante luta da sociedade por eles. Assim, o caminho para a concretização do direito à saúde da população infantojuvenil inicia-se com a afirmação dos pilares em que se sustentam a doutrina da proteção integral e o direito fundamental à saúde, passando pela exigência de sua observância pelo Estado. Para tanto, é fundamental a participação da sociedade, sobretudo de forma esclarecida, nos diversos foros disponíveis, como Conselhos, Conferências e audiências públicas, a fim de intervir nas decisões sobre a gestão da coisa pública.

De outro lado, juntamente com a imprescindível luta social pela efetividade dos direitos fundamentais, deve-se buscar avanços em favor da concretização do direito à saúde do público infantojuvenil por meio dos instrumentos e das instituições jurídicas. Nessa área, destaca-se o papel do Ministério Público, por se tratar de instituição formatada para a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CR/88), tendo como funções institucionais, ainda, zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, além de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, II e III, da CR/88).

A Constituição de 1988 foi responsável por dar um novo formato ao Ministério Público brasileiro, o que já vinha acontecendo, em especial, desde o advento da Lei n. 7347/85, que conferiu ao órgão poder para a tutela de direitos coletivos por meio da ação civil pública. Com efeito, o Ministério Público ultrapassou o papel de autor da ação penal e curador de interesses de incapazes para atingir a relevante missão de defender a democracia e os interesses fundamentais.

Sobre a missão constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais, assim se manifesta Fábio Konder Comparato:

Ora, no Estado contemporâneo o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impediante, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos.

A conjugação de ambas essas atribuições, a impediante e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos. (COMPARATO, 2003, p. 254)

Relativamente ao tema em apreço, o art. 129, II e III, da CR/88 aponta para a vocação do Ministério Público para a defesa da saúde pública – atividade reconhecida de relevância pública mesmo que seja exercida pelo particular, nos termos do art. 197 da CR/88 – e dos interesses de crianças e adolescentes, neste caso reforçada pelos dispositivos do ECA.

No exercício de sua importante missão¹⁴, deve o membro do Ministério Público, de início, prestigiar a atuação resolutiva e agir como verdadeiro agente político, negociando com os demais órgãos, poderes e setores do Estado. Assim, impõe-se a escuta da população

14 Sobre a atuação do Ministério Público na área da saúde destaca-se o Plano Nacional de Atuação Ministerial em Saúde Pública, elaborado pela Comissão Permanente de Saúde – COPEDS – do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União – CNPG. Disponível em <http://www.saude.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=7>, acesso em: 21 ago. 2014. Já tivemos a oportunidade de tratar do tema em artigo anterior. Conferir: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. Atuação do Ministério Público em defesa da saúde. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 9, p. 465-474, jul./dez. 2007. Para um estudo sobre o perfil de atuação do Ministério Público em defesa do direito à saúde confira-se: OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Ministério Público e políticas de saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

por meio do regular atendimento ao público e a detida apuração dos fatos levados a seu conhecimento por meio de inquérito civil. O membro do Ministério Público deve valer-se dos instrumentos disponíveis para a correção direta e ajuste de condutas, como a recomendação e o compromisso de ajuste de conduta¹⁵. Mister, ademais, prestigiar a atuação coletiva e em favor das populações mais vulneráveis que, via de regra, são marginalizadas, privadas de seus direitos fundamentais e do acesso à Justiça.

Além disso, pode o membro do Ministério Público contribuir para o fortalecimento do controle social tanto por meio da realização de audiências públicas para auscultar e debater os problemas sociais com a população, como por meio da participação em conferências e reuniões de conselhos municipais.

De outro lado, quando necessária a atuação demandista, dispõe o membro do Ministério Público de vasto instrumental. Revela-se relevante, novamente, que se realize devida instrução em inquérito civil ou outro procedimento administrativo para se qualificar a medida adotada em juízo, contribuindo, assim, para o acerto da decisão judicial. Recomenda-se, ademais, o prestígio da ação coletiva, ainda que se tenha que atender, de imediato, a interesse urgente apresentado ao membro do Ministério Público. Salienta-se, ainda, a importância da tutela inibitória para evitar a ocorrência dos danos aos interesses tutelados, sejam eles individuais indisponíveis, difusos, coletivos ou individuais homogêneos, porquanto não raro são irreparáveis *in natura* quando se trata de interesses relacionados ao direito à saúde, mormente em se tratando de crianças e adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização do direito fundamental à saúde de crianças e adolescentes, mesmo que disponível uma vasta normatização constitucional, legal e infralegal, é um horizonte a ser atingido.

Nessa caminhada, há que se iniciar pela reafirmação dos fundamentos da doutrina da proteção integral e do direito à saúde como direito

¹⁵ Tais instrumentos podem ser eficazmente utilizados, por exemplo, para se buscar a implementação dos instrumentos de gestão previstos no art. 4º da Lei n. 8142/90 e para assegurar observância ao disposto no art. 36, § 5º, da Lei complementar n. 141/2012.

fundamental. Após a positivação de tais conquistas, não se pode admitir passos para trás, sobretudo porque ainda há muito para se construir.

Para se evoluir em favor da efetivação do direito à saúde de crianças e adolescentes, a sociedade tem papel decisivo, já que o povo, titular de poder soberano, tem a possibilidade de exercê-lo, indireta e diretamente, e, dessa forma, cobrar que os interesses consagrados no texto constitucional sejam concretizados.

A par da luta social em prol da prioridade absoluta na promoção de políticas públicas de atenção integral à saúde da criança e do adolescente, deve-se atuar na seara jurídica, valendo-se do regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais em geral e dos direitos da criança e do adolescente em particular. Nesse campo, destaca-se, ainda, o papel do Ministério Público, instituição formatada pela Constituição para a defesa dos direitos fundamentais e que deve caminhar *pari passu* com a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito material coletivo: superação da summa divisio Direito Público e Direito Privado por uma summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANGELL, Marcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 15, n. 58, p. 129-173, jan./mar., 2007.

BRASIL. CONANDA. **Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e Conselho Tutelar: Orientações para Criação e Funcionamento**. Brasília: CONANDA: 2007. p. 15.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário de Justiça da União, Brasília, p. 12, 4 maio 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAMPOS, Carlos Eduardo Aguilera. **O desafio da integralidade segundo as perspectivas da vigilância da saúde e da saúde da família**. Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos sociais, econômicos e culturais. *In*: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coord.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente: uma trajetória de luta e trabalho**. MPMG Jurídico: publicação da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ano II – Ed. Especial. Outubro de 2007, p. 13.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Ética sanitária**. *In*: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direito sanitário e saúde pública. Vol. 1: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. p. 62-81.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. *In*: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Direito sanitário e saúde pública. Vol. 1: Coletânea de textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

SCOREL, Sarah. História das políticas públicas no Brasil de 1964 a 1990. *In* GIOVANELLA, Ligia *et. al.* (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2008.

GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002. p. 122.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Atuação do Ministério Público em defesa da saúde**. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 9, p. 465-474, jul./dez. 2007.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Princípio da universalidade do acesso à saúde e a indevida exigência de comprovação de hipossuficiência em juízo**. Boletim do Instituto de Saúde. São Paulo, vol. 12, n. 3, dez de 2010. p. 234-239.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. **Assistência terapêutica integral: comentários à lei 12.401/2011 e ao Decreto 7.508/2011**. *In*.: Saúde – Coleção Ministério Público e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013a, p. 43-72.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível na *Internet*: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>> Acesso em: 12 mar. 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *World Health Statistics 2014*. Genebra: WHO, 2014. Disponível na *Internet*: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112738/1/9789240692671_eng.pdf> Acesso em: 12 mar. 2014.

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: O PAPEL DO ESTADO-JUIZ NA SUA EFETIVAÇÃO

Thárik Uchôa Luz

*Assistente de Juiz de Direito Tribunal de Justiça de Goiás
Pós-Graduado lato sensu em Direito Civil e Processo Civil*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Da evolução histórica da atuação do poder judiciário. 1.1 Do poder judiciário legalista. 1.2 Do poder judiciário ativista. 2 Da judicialização das políticas públicas de saúde. 2.1 Do mínimo existencial. 2.2 Da reserva do possível. 2.3 Da complementariedade do mínimo existencial e da reserva do possível. 3 Do estado-juiz como agente político. 3.1 Da legitimidade e da capacidade jurisdicional para fomentar políticas públicas de saúde. 3.2 Dos limites da atuação jurisdicional quanto às políticas públicas de saúde. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente estudo pretende analisar a questão da judicialização das políticas públicas de saúde, mais precisamente, acerca do papel do Estado-Juiz na efetivação dessas políticas públicas. Tal análise tem como

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 157 - 184	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

pano de fundo a evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Social de Direito e como a nova perspectiva de Estado Social influenciou na atuação ativista do juiz no fomento das políticas públicas de saúde. O tema é controverso e provoca manifestações tanto favoráveis quanto contrárias. A discussão faz-se em torno da possibilidade e viabilidade jurídica de o Estado-Juiz fomentar públicas. As manifestações contrárias à judicialização das políticas públicas embasam-se no ativismo judicial consistente, sobretudo, em que o juiz estaria adentrando no mérito administrativo, ao concretizar em suas decisões políticas públicas, violando, assim, o princípio da separação dos poderes. Entretanto, o principal objetivo deste estudo é demonstrar que o Estado-Juiz, como integrante do poder estatal no Estado Social de Direito, é legitimado pela Constituição Federal para salvaguardar o direito fundamental social à saúde. Analisa-se, então, como podem ser efetivadas as políticas públicas de saúde sem que o Estado-Juiz exorbite de seu papel no âmbito da teoria da tripartição do poder. Como foco de análise, este artigo científico optou por estudar o ativismo jurisdicional quanto às demandas em torno do Direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Estado-Juiz. Judicialização. Direito à saúde.

ABSTRACT

This study aims to examine the issue of legalization of public health policy, specifically on the role of the judge in the execution of these state policies. This analysis has the backdrop of the historical development of the Liberal State to Social State of Law and how the new perspective of the welfare state influence the activist role of the judge in the promotion of public health policies. The subject is controversial and causes manifestations both favorable and contrary. The discussion is made on the possibility and legal feasibility of the Judge-State foster public. The protests against the legalization of public policies underlie in the consistent judicial activism, especially, where the judge would be entering the administrative merit, achieve in their public policy deci-

sions, thereby violating the principle of separation of powers. However, the main objective of this study is to demonstrate that the Judge-State, as a member of state power in the Social State of Law, is legitimized by the Federal Constitution to safeguard the fundamental social right to health. Analyzes, so how can effect the public health policies without the Judge-State is outside of his role in the theory of tripartition of power. As focus of analysis, this scientific paper chose to study the judicial activism as the demands around the right to health.

KEYWORDS: Public Policy. Judge - state. Legalization. Right to Health.

INTRODUÇÃO

A efetividade dos Direitos Fundamentais é da essência do Estado Social. O art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil elenca os Direitos Fundamentais, todavia o rol ali indicado não é taxativo, incluindo-se, ainda, os direitos sociais e vários outros dispersos pelo texto constitucional.

A Constituição Federal, pois, amolda-se ao Estado Social, fazendo surgir um importante fenômeno que é a judicialização das políticas públicas, incluindo-se as de saúde. O descrédito geral nos Poderes Executivo e Legislativo apresenta o Poder Judiciário como a terceira via, como a esperança e a última trincheira do cidadão para as injustiças perpetradas na seara da saúde.

A Carta Magna, em seu artigo art. 2º, prescreve que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Desse modo, o Poder Judiciário é um dos tripés do Estado e, por isso, encontra-se mais do que legitimado pela Constituição para conferir efetividade aos direitos fundamentais à saúde, quando provocado, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV).

Como proposto por Canela Junior (2010, p. 67), “o Poder é uno, o que muda são suas formas de manifestação; logo a harmonia das três esferas do Poder deve levar à concretização dos objetivos fundamentais da Constituição (art. 3º, CF)”.

Ultrapassada a fase clássica do juiz como “aplicador da lei”, forma-se um Estado-Juiz apto não apenas a aplicar a lei, mas um “agente político”, cujas decisões não são decisões estritamente jurídicas, desatreladas do mundo fático; são decisões que geram efeitos sociológicos e contribuem para a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Logo, por sua formação técnico-científica e sua legitimação constitucional para atuar quando provocado, sobretudo, em razão da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o presente trabalho propõe-se a demonstrar que o Estado-Juiz é agente político capaz de efetivar as políticas públicas de saúde quando não asseguradas pela Administração Pública, nos casos de omissão da efetivação de tal Direito Fundamental ou quando há desvio de finalidade por parte do Poder Público, tendo como princípios basilares a razoabilidade e a proporcionalidade.

Vale ainda ressaltar que, comumente, a Administração Pública como forma de justificar a impossibilidade de fornecer algum medicamento de alto custo ou procedimento cirúrgico mais complexo contrapõe o princípio da reserva do possível e, de outro lado, defende-se o cidadão com base no mínimo existencial, ambos com raízes eminentemente germânicas.

Paira, ainda, a dúvida acerca da possibilidade de o Estado-Juiz interferir no mérito das políticas públicas. Cabe, assim, verificar que, sob a égide dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, o Judiciário pode e deve sopesar o mérito administrativo, sem incorrer na violação do princípio da separação de poderes.

Dessa feita, é importante remarcar, por exemplo, que, quando há a negativa à concessão de remédios e tratamentos médicos de alto custo pelo Poder Público ao cidadão hipossuficiente, o fato do Estado brasileiro qualificar-se como um Estado Democrático de Direito impõe-lhe a submissão à Constituição Federal e, conseqüentemente, aos princípios constitucionais, entre eles, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tão caro ao direito à saúde e ao Mínimo Existencial.

Entrementes, este estudo objetiva, ainda, delimitar a atuação do Estado-Juiz quando em suas decisões constar a determinação ao Poder Público de efetivação de políticas públicas de saúde.

Ante o exposto, verifica-se que o tema ora sob enfoque envolve questões de interesse social que merecem ser melhor analisadas quer por sua relevância, quer por sua atualidade.

1 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O processo cronológico da atuação jurisdicional passa por uma evolução à moda darwiniana, onde há uma seleção das necessidades sociais demandadas por cada época. O Judiciário, como parte integrante do Poder estatal, passou pelo processo de transição e seleção do Estado Liberal ao Estado Social.

A primeira análise realizada é a fase do Estado Liberal, que surge com o Estado de Direito. Como leciona Bonavides (2013, p. 41), “esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia”.

Na esteira de Piçarra (1989, p. 143-144), tal ideário tem como premissa essencial a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com o seu poder. Tal antinomia, além da busca de sua solução, “é que virão a determinar a construção de novos modelos de Estado e novas formas de poder político”.

O Estado Social, como segunda análise, é resultado de uma transformação do Estado Liberal clássico. O Estado, agora, dito Social, não deixou de ser um Estado de Direito, mas incorporou os direitos sociais para além dos direitos civis – como os direitos de liberdade e propriedade até então resguardados, isso conforme artigo de Guedes (2012).¹

Esse modelo de Estado nasce em meio à contradição histórica, pois se firma em três experiências políticas e institucionais diferentes (dissonantes ou até mesmo opostas) – a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra, a Revolução Russa de 1917 e a Revolução Mexicana

1 Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21167/a-problematica-da-lei-como-fonte-primordial-do-direito#ixzz3I89a0QpK>. Acesso em: 10 nov. 2014.

e suas consequências — e tem como resultado direto a produção de três documentos também diversos entre si, mas complementares — a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária (socialista), de 1918, e a Constituição de Weimar de 1919.

1.1 DO PODER JUDICIÁRIO LEGALISTA

O Poder Judiciário legalista insere-se na fase do Estado Liberal. Essa fase inicia-se após a Revolução Francesa (1789). Dizia-se, àquela época, que os juízes deveriam ser *bouches de la loi* (boca da lei) no sentido de que deveriam apenas aplicar, da forma mais mecânica possível as leis editadas pelo Legislativo.

Justificou-se esse cerceamento ao Judiciário com o fato dos juízes franceses terem extrapolado suas atribuições, assumindo atitudes questionadoras frente ao Rei Luís XVI. Os juízes passaram a ser considerados “perigosos” tanto pelos monarquistas quanto pelos revolucionários (republicanos), conforme atestam estudos de Marques.²

Os juízes ora decidiam a favor de particulares, contrariando o poder público, ora decidiam em prol do poder público, contrariando particulares, a depender de seus interesses pessoais. Assim, isso contribuiu para que a Revolução Francesa punisse muitos juízes e procurasse adaptar o Judiciário aos princípios republicanos e ao sistema de separação de poderes (DALLARI, 2010).

O art. 3 do Capítulo II da Constituição francesa de 1791 (a primeira Constituição escrita da França) demonstra a desconfiança da atuação jurisdicional no Estado Liberal, onde se lê: “Não existe na França autoridade superior à da Lei. O Rei reina por ela e não pode exigir a obediência se não em nome da Lei.”

Vê-se que o judiciário que era, de algum modo, nulo, e os juízes da nação que não eram senão mais do que a boca que pronunciava as palavras da lei, ficaram equiparados a seres inanimados que da lei não podiam moderar nem a força e nem o rigor (MONTESQUIEU, 2002).

2 Disponível em: http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=105. Acesso em: 10 nov. 2014.

Entretanto, o que os primeiros liberais queriam preservar era a lei natural numa concepção racional, entendida como “a relação necessária que deriva da natureza das coisas”. Contudo, o que prevaleceu após a Revolução Francesa e mais contemporaneamente na América Latina foi o legalismo formal, agravado pela influência, ainda hoje muito forte, de Hans Kelsen (DALLARI, 2010, p.86).

A restrição do poder em relação aos órgãos do Estado era indispensável, em uma recém finda fase histórica na qual o despotismo pregara o poder absoluto e arbitrário (CANELA, 2011).

O juiz tornou-se, então, “escravo da lei”, excluindo-se o ideal de justiça e ética na magistratura. Resquício desse apego à lei está presente no Princípio da Legalidade adstrito à Administração Pública, onde o agente público, nesse caso o juiz, deve agir em conformidade com a previsão legal, nem além, nem aquém (CF, art. 37).

De seu turno, reforçando o dispositivo constitucional, dispõe o inciso I do parágrafo único do art. 2º da Lei n. 9.784/99: “A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito”.

1.2 DO PODER JUDICIÁRIO ATIVISTA

Outrossim, com o formalismo da lei, deixando a maioria dos cidadãos às margens da materialidade possível de se alcançar justiça, a ordem liberal é posta em xeque com o surgimento de ideias socialistas, comunistas e anarquistas, que a um só tempo, “animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles reforça com a luta pelos direitos coletivos e sociais” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 478).

Agora, exige-se que o juiz seja *la bouche du droit*, pois a hermenêutica jurídica estabelece métodos mais sofisticados como a análise teleológica, a sistêmica e a histórica, “capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que mesma prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais” (CARVALHO NETTO, 1999, p.481).

Segundo Streck (2009), após a Segunda Guerra Mundial, observava-se um Estado de Direito que tem preocupação com os direitos fundamentais e com a democracia – pilares do novo modelo de Direito Constitucional, proporcionando um grande avanço aos Textos Maiores, que, até então, eram voltados ao bem-estar de um Estado intervencionista.

No Estado Social, havendo ampliação do caráter positivo do Governo, a função jurisdicional é chamada a exercer uma função proativa, de verificação de constitucionalidade, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva (FERRAZ JÚNIOR, 1994).

Nesse novo contexto, o Estado deve promover a igualdade substancial dos cidadãos, mediante a implementação material, e não meramente formal, dos bens da vida amparados pelos direitos fundamentais sociais, entre eles, o direito à saúde (CANELA, 2011).

A Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao *facere* do Estado na figura do juiz, na efetivação de políticas públicas, em seu art. 2º, que dispõe “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o ‘Judiciário’” (grifou-se), combinado com o art. 3º, que trata dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; entre eles: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; e promover o bem de todos”.

Demais disso, os juízes exercem atividade política em dois sentidos: por serem integrantes do aparato do poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas (DALLARI, 2010).

Quem inaugura esse ativismo judicial são os Estados Unidos da América, em 1891, no caso *Madison versus Marbury* julgado pelo juiz Marshall, onde se concretiza a supremacia constitucional.

Foi afirmada a doutrina do amplo poder de controle judiciário sobre atos do Executivo e do Legislativo, por meio da interpretação das normas constitucionais, podendo o Judiciário declarar nulos atos dos demais Poderes julgados inconstitucionais, ou seja, contrários às normas constitucionais (DALLARI, 2010).

No caso do Brasil, como em toda a América Latina, há ainda um apego exacerbado com o legalismo, mas que vem perdendo força. Vê-se, que a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve em seu art. 5º que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, abrindo espaço à interpretação da lei pelo julgador, em consonância com interesses públicos considerados da maior relevância.

O atual modelo de atuação jurídico brasileiro enquadra-se no pós-positivismo, que, segundo Barroso³, significa:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

O constitucionalista Silva (2009, p. 557) afirma que a jurisdição constitucional “emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos”.

O juiz deve se ater não somente à lei, pois a lei pode ser injusta; o ideal a ser perseguido é o da justiça, sobretudo a de índole social.

Cita-se, por exemplo, como uso da lei de forma injusta a subordinação do Poder Judiciário brasileiro ao Poder Executivo no período ditatorial (1964-1985), quando da aplicação dos atos institucionais, claramente dissonantes à Constituição, com o intuito de legalizar e legitimar o regime militar. Dallari (2010, p. 101-102) entende quanto à aplicação desses atos normativos de cunho repressivo e ditatorial:

Embora não tenham sido muitos teóricos do direito e também juízes que jamais cederam e nunca deixaram

3 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1nov.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

de proclamar que, apesar de terem a aparência de lei e a garantia da força para sua aplicação, os atos institucionais e complementares e toda a legislação deles decorrente compunham uma falsa legalidade, irresistível naquelas circunstâncias, mas nem por isso merecedora de respeitosa acolhida e aplicação como se tais atos fossem partes de uma normalidade jurídica.

Segundo dispõe Sgarbi (2007, p. 738), “para aplicação do direito, a norma deve ser aplicável, [...] mas para que a norma seja ‘aplicada’, requer-se seja ela ‘avaliada’”, o que significa que também é tarefa do operador jurídico sopesar a norma, analisar a sua consonância com o texto constitucional e com os ditames da justiça social, exercendo a ‘jurisdição constitucional’”.⁴

Para Ross (2003, p. 331), “a decisão é objetiva (justa em sentido objetivo) quando cabe dentro de princípios de interpretação ou valorações que são correntes na prática. É subjetiva (injusta em sentido objetivo) quando se afasta disso.”

Portanto, na fase do Estado Social, o Poder Judiciário ativista não deve se ater à aplicação da letra fria da lei, mas deve aplicar a lei utilizando-se dos métodos interpretativos valorativos comumente aceitos, sempre tendo em vista os seus fins sociais e as exigências do bem comum, assim como o alcance da justiça material aplicada ao caso concreto, e as normas e princípios constitucionais.

2 DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Refeito o caminho histórico do Estado-Juiz, partindo-se de sua evolução como um simples pronunciador da lei, ou seja, “boca da lei” para um juiz ativista, agente político (conceito que será melhor trabalhado no último capítulo), faz-se mister adentrar no suporte do presente trabalho que são os Princípios norteadores do Direito à saúde, logo norteadores das políticas públicas de saúde.

⁴ A jurisdição constitucional é conceituada por Tavares *apud* Dantas (2014, p.45) como “a sindicabilidade desenvolvida judicialmente tendo por parâmetro a Constituição e por hipótese de cabimento o comportamento em geral e, principalmente, do Poder Público, contrário àquela norma paramétrica”. A jurisdição constitucional tem por objeto não só o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos produzidos pelo Poder Público, em quaisquer de suas modalidades, como também o exercício da atividade jurisdicional destinada à proteção dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é importante esboçar dois Princípios basilares do Direito à saúde, que em demandas judiciais sempre são invocados, quais sejam, o Princípio do Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível.

Comumente, a Administração Pública como forma de justificar a impossibilidade de fornecer algum medicamento de alto custo ou procedimento cirúrgico de grande porte, contrapõe o princípio da reserva do possível e, de outro lado, defende-se o cidadão com base no mínimo existencial, ambos com raízes eminentemente germânicas.

Como se percebe no capítulo anterior, exige-se, atualmente, do Estado-Juiz, uma atuação judicante atrelada à nova vertente do Estado Social de Direito.

E a esse Estado Social de Direito incumbe zelar pela saúde de seus cidadãos.

Nesse sentido preleciona a Constituição Federal, em seu art. 196:

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

Outrossim, o Direito à saúde é um direito fundamental de segunda dimensão. Nas palavras de Cury (2005, p. 17), “o direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial”.

Assim, à Administração Pública compete elaborar e efetivar ações e planos políticos no sentido de efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Esse conjunto de ações ou atividades denomina-se políticas públicas (FREIRE JUNIOR, 2005).

Trazem-se à baila outros conceitos de alguns doutrinadores sobre políticas públicas, para melhor compreensão do fenômeno concernente ao Direito à saúde.

Segundo Bucci (2006, p. 39):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridi-

camente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Por sua vez, comenta Canela (2011, p. 88-89), quanto à atuação jurisdicional diante das políticas públicas:

Por política estatal – ou políticas públicas – entende-se o conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de ‘atos de governo’ ou ‘questões políticas’, sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade.

Acrescenta o indigitado autor (2011, p. 89):

Diante dessa nova ordem, denominada de judicialização da política, [...] contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo as dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.

No Brasil, a “política de Estado” ou política pública que se incumbem, vale ressaltar, de zelar pelo Direito à saúde é o Sistema Único de Saúde (SUS), que consagra os princípios da Universalidade, Equidade e Integralidade da atenção à saúde, política esta que se propõe a garantir o acesso universal da população a bens e serviços que garantam sua saúde e bem-estar, de forma equitativa e integral.

Ademais, calcado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o direito à saúde não se resume apenas à ausência de doenças ou ao acesso a medicamentos, inclui também direito a uma boa alimentação, em quantidade e qualidade suficientes, lazer, meio ambiente de qualidade, condições salubres de trabalho. A saúde não se encontra restrita ao físico, mas também possui sua dimensão psicológica.

Consoante o citado art. 196 do Texto Magno, o Estado tem o dever de prestar ou fazer algo em prol da saúde dos administrados. Ocorre que as políticas públicas de saúde requerem alocação de recursos estatais e, com a demora para a realização das políticas públicas ou a negligência da Administração Pública em prestar alguma assistência de Saúde, existem casos que não podem esperar pela atuação estatal, pela alocação de recursos ou pela burocracia no repasse de recursos.

E é exatamente nesse contexto que o Poder Judiciário acaba atuando, de modo a forçar a garantia do direito fundamental no caso concreto (FREIRE JUNIOR, 2005), obrigando juridicamente os atores sociais a promoverem a garantia dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal.

Fazendo o sopesamento entre o Princípio do Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível o juiz deverá averiguar *in concreto* a necessidade ou não de impor à Administração Pública o cumprimento de seu dever constitucionalmente estabelecido diante do particular.

No transcorrer dessa seção, demonstrar-se-á que, ao contrário do que comumente se acredita, o Princípio do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível não são divergentes, entre si, e, sim, convergentes.

2.1 DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é um dos direitos humanos e exsurge do Estado Social de Direito, e tal modelo de Estado, como anteriormente tratado, tem como principal característica uma atuação prestacional, assistencial, dando suporte ao cidadão para que este alcance uma vida digna.

Dessa forma, é possível, de início, afirmar que o direito ao mínimo existencial exige a coexistência da proteção da própria vida humana, como ser biológico, e de condições mínimas materiais capazes de conferir dignidade à vida humana (COSTA, 2011, p. 27-28).

O objetivo do Estado Social de Direito é o bem comum, o bem-estar social. Logo, o mínimo existencial está intrinsecamente ligado ao Direito à saúde. Destarte, o mínimo existencial requer uma atividade

positiva e material do Estado, como no caso do Direito à saúde, por isso, sua relação também com os direitos sociais.

Destaca-se o entendimento de Leivas (2006, p. 89) acerca do que sejam os direitos fundamentais sociais:

[...] direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares; porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional.

Rememore-se que os direitos sociais são substratos a atender a condições de vida dos hipossuficientes, indivíduos marginalizados socialmente e com sérias dificuldades de acesso às mínimas condições de vida, e a permitir a equalização social.

O fato é que não é possível fixar abstratamente o conteúdo desse mínimo existencial. Suas exigências podem variar de acordo com as condições econômicas, culturais e sociais de um povo. Alguns parâmetros, no entanto, são, atualmente, reconhecidos quanto ao que é necessário para uma vida digna, entre eles, o Direito à saúde.

Nesse diapasão, o cuidado que o julgador deve ter ao aferir o Mínimo Existencial é tomar por base duas percepções propostas por Lazari (2012), uma “micro”, que se vale do subjetivismo do autor de uma demanda judicial em requerer a tutela estatal, no caso em tela, da tutela à saúde; e a outra “macro”, confundida com os direitos sociais.

A proposta do autor é aproximar o mínimo existencial da sua realização fática na percepção “micro” de seu funcionamento e evitar sua designificação, isto é, elidir o seu inchaço e impedir o colapso do orçamento estatal.

Portanto, o Direito à saúde como direito fundamental social, calcado no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, por sua vez, no Princípio do Mínimo Existencial ao ser aferido deve ter em conta a realidade vigente e a capacidade financeiro-orçamentária do Estado.

2.2 DA RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer quanto ao Direito à saúde estariam sujeitos à **reserva do possível**, no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificando a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.

Os critérios determinantes da reserva do possível são abstratos e parte da doutrina vem conferindo ao instituto o *status* de norma, especificamente, de princípio, cujo escopo é solucionar eventuais conflitos entre âmbitos normativos colidentes.

A tese da reserva do possível, no que tange às restrições aos direitos fundamentais, não é admitida em sentido amplo. Ora, tal tese imanta o poder público da possibilidade de não cumprir com o *mister* constitucionalmente obrigado. Assim sendo, a reserva do possível deve adaptar-se ao ordenamento jurídico brasileiro para ser instrumento de preservação do erário em prol dos cidadãos.

Com efeito, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2001)

Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende – de acordo com boa parte da acertada doutrina alemã – da ponderação por parte do legislador.

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação do direito à saúde;

b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre

outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; e

c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestação à saúde, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nessa quadra, também da sua razoabilidade.⁵

Dessa feita, uma vez demandado judicialmente, o ônus de provar a insuficiência orçamentária compete apenas ao Estado, sob a advertência da possibilidade de êxito nas alegações formuladas pelo autor.⁶

É o que dispõe o art. 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Por certo, não pode o Estado utilizar da Reserva do Possível a toda e qualquer demanda que lhe é formulada, mas apenas àquelas que, de fato, remontam ao inacessível pelo orçamento estatal e sem que isso se traduza em prejuízo à coletividade.

É evidente que a Reserva do Possível é exceção, e não a regra. Os direitos existem não porque há recursos disponíveis. Sua mera existência é que determina, por si só, a alocação dos recursos necessários à sua realização (OLSEN, 2008, p. 212).

Portanto, o Estado brasileiro possui objetivos a serem efetivamente atendidos, de tal forma que o orçamento há de servir como instrumento para a respectiva realização de políticas públicas de saúde, e não como óbice.

Logo, o Estado só poderá invocar a reserva do possível quando um direito referente à saúde for desarrazoado ou desproporcional.

⁵ Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 10 mar. 2015.

⁶ Ideias extraídas da palestra ministrada pela Prof^ª Me. Ruth Barros Pettersen da Costa, em 2013, no Curso de Formação e Capacitação dos membros ingressantes na carreira do Ministério Público do Estado de Goiás.

2.3 DA COMPLEMENTARIEDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA RESERVA DO POSSÍVEL

Tratar do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível remete a dois aspectos atinentes ao Direito Administrativo, quais sejam, o interesse público primário e o interesse público secundário.

A respeito dessa perspectiva entre interesse público primário e secundário, traz-se a lição de Barroso (2007, p. 13-14):

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário.

Vê-se que tanto a Reserva do Possível como o Mínimo Existencial coexistem com o objetivo de preservar o interesse público, seja na função positiva Estatal em tutelar o Direito à saúde, seja para evitar o dispêndio de recursos financeiros desarrazoadamente.

Logo, contrapor o mínimo existencial à reserva do possível é originalmente teratológico, já que orbitam ambos sobre o interesse público. O que deve haver entre tais princípios é sua harmonização e ponderação em um caso concreto de demanda judicial que vise, por exemplo, à concessão de um medicamento de alto custo ao cidadão.

3 DO ESTADO-JUIZ COMO AGENTE POLÍTICO

Não há como tratar de política pública e não refletir sobre a atuação jurisdicional nos processos designativos das políticas públicas de saúde. Os termos Estado-Juiz e agente político são essenciais nessa análise.

Ora, o juiz é representante do Estado. Assim, o Judiciário é considerado parcela do poder estatal.

Como proposto por Canela Junior (2011, p. 67), “o Poder é uno, o que muda são suas formas de manifestação”; logo a harmonia das três esferas do Poder deve levar à concretização dos objetivos fundamentais da Constituição (CF, art. 3º).

A Carta Magna, em seu art. 2º, prescreve que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Desse modo, o Poder Judiciário é um dos tripés do Estado e, por isso, encontra-se mais do que legitimado pela Constituição para conferir efetividade aos direitos fundamentais, incluindo-se o direito fundamental social à saúde, quando provocado, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O descrédito nos Poderes Executivo e Legislativo apresenta o Poder Judiciário como a terceira via, como a esperança para as injustiças perpetradas na seara da saúde.

Ultrapassada a fase clássica do juiz como “aplicador da lei”, forma-se um Estado-Juiz apto não apenas a aplicar a lei, mas um “agente político”, cujas decisões não são decisões estritamente jurídicas, desatreladas do mundo fático; são decisões que geram efeitos sociológicos e contribuem para a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Alguns doutrinadores, como Bandeira de Mello (2001), Carvalho Filho (2014) e Di Pietro (2004), afirmam que os juízes são servidores públicos. Já Meirelles (2003) e o Supremo Tribunal Federal, conforme análise de sua jurisprudência, defendem a posição de que os juízes são agentes políticos.

O primeiro grupo (defensores de que os membros do Judiciário são servidores públicos) afirma que agente político é aquele que possui a titularidade de cargo estrutural à organização política do País, além

de elaborarem estratégias políticas necessárias para que o Estado atinja os seus fins.

Portanto, são agentes políticos os membros do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros de Estado e Secretários Municipais e Estaduais) e os membros do Poder Legislativo.

Já o segundo grupo estende a compreensão do conceito de agente político. Para este último, a referida classificação alberga os agentes que possuem “plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidade próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais”. Portanto, os membros do Judiciário fazem parte dessa classificação (Meirelles, 2003, p. 04).

Alexandrino e Paulo (2004, p. 124), filiando-se à segunda posição, listam as características distintivas dos agentes políticos:

- a) sua competência é haurida da própria Constituição;
- b) não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral;
- c) normalmente são investidos em seus cargos por meio de eleição, nomeação ou designação;
- d) não são hierarquizados (com exceção dos auxiliares imediatos dos Chefes dos Executivos), sujeitando-se, tão somente, às regras constitucionais.

Por tudo, percebe-se que a atuação jurisdicional é uma atuação política que é fundamental e se presta, inclusive, à efetivação e ao fomento das políticas públicas de saúde.

Logo, por sua formação técnico-científica e sua legitimação constitucional para atuar quando provocado, sobretudo, em razão da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, o Estado-Juiz é agente político capaz de efetivar as políticas públicas de saúde quando não asseguradas pela Administração Pública, ou seja, nos casos de omissão da efetivação de tal direito fundamental ou quando há desvio de finalidade por parte do Poder Público, tendo como princípios limitadores a razoabilidade e a proporcionalidade.

3.1 DA LEGITIMIDADE E DA CAPACIDADE JURISDICIONAL PARA FOMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Após apresentar a importância das políticas públicas de saúde como tema sensível e de interesse público, a grande questão a ser respondida é: seria o juiz legitimado juridicamente e estaria ele capacitado para fomentar políticas públicas?

Frise-se que não se fala na legitimidade do juiz em criar ou implementar políticas públicas de saúde, papel este que deve ser desempenhado pela Administração Pública, mas, sim, fomentar tais políticas públicas. Significa dizer, deve o juiz promover ou impulsionar as políticas públicas já existentes.

Relevante pontuar algumas características que evidenciam tal legitimidade e capacitação. Quanto à legitimidade do juiz para fomentar políticas públicas, são elas:

a) o juiz como integrante do Poder do Estado Democrático de Direito é legitimado pelo povo, já que é do povo que emana o Poder. E, como representante do povo, deve julgar em prol do interesse da coletividade (DALLARI, 2010);

b) quem remunera o trabalho do juiz é o povo, de quem o Judiciário é delegado; e

c) sua legitimidade vem da Constituição que, em seu art. 5º, inc. XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Logo, quando o cidadão não tem atendida uma necessidade de saúde ou tenha sido atendido pelo Estado de forma precária, cabe ao Judiciário, que se encontra constitucionalmente legitimado para tanto, dirimir a questão em litígio.

Quanto à capacitação do juiz em fomentar políticas públicas de saúde, são elas:

a) o juiz passa por difícil e rigorosa seleção, o concurso público, com o objetivo de pleitear um cargo, conforme Zaffaroni *apud* Dallari (2010, p. 27) “é o único procedimento democrático conhecido para selecionar os candidatos tecnicamente mais qualificados para qualquer função que requeira alto grau de profissionalidade. É o único método

que garante o controle público e que, mesmo não assegurando sempre o acesso dos melhores, pelo menos dá a certeza de exclusão dos piores”; e

b) as atuais escolas superiores de formação de juízes substitutos têm tido a preocupação em conscientizá-los do caráter político de sua atuação e, como suas decisões repercutem socialmente, elas interferem significativamente na vida dos jurisdicionados.

Nesse sentido, conforme lição de Lazari (2011), o Judiciário pode se valer de alguns critérios para, por exemplo, determinar a concessão de medicamentos, quais sejam:

a) em primeiro lugar, é preciso observar se a política pública que preveja o fornecimento do medicamento existe ou não. Caso exista, mas não esteja em aplicabilidade, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário determinar sua implementação, afinal, não estará intervindo em área de atuação que não a sua, tão menos “criando-a”, conforme se crítica;

b) por sua vez, caso a política não exista, passa-se ao segundo questionamento, consistente em saber se o Sistema Único de Saúde fornece medicamento/tratamento potencialmente similar ao pleiteado. Se positiva a resposta, que se determine o fornecimento do medicamento símile; e

c) se inexistente o medicamento/tratamento é preciso saber se isso se dá por injustificada omissão administrativa ou se há motivação para o seu não-fornecimento. Se a norma social potencial não estiver sendo materializada pela mera inércia do agente, legitimado estará o Poder Judiciário a determinar o fornecimento do medicamento, por conta do direito constitucional à saúde, assegurado no art. 196 e seguintes, e em razão do conteúdo jurídico das normas sociais programáticas. Agora, se houver motivação fundada no Sistema Único de Saúde para não fornecer o medicamento, como, por exemplo, sua proibição pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), apesar de possível no exterior, impedido estará o Judiciário de interferir.

Por conseguinte, ante os argumentos ora apresentados, infere-se que o juiz tem capacidade e legitimidade em fomentar as políticas públicas por diversos meios, forçando a Administração Pública a cumprir as diretrizes que a Constituição lhe impõe.

3.2 DOS LIMITES DA ATUAÇÃO JURISDICIONAL QUANTO ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Após demonstrar a legitimidade e capacitação do juiz em fomentar políticas públicas de saúde, cabe aqui, traçar, pois, a limitação da atuação jurisdicional, já que o Poder Judiciário não pode adentrar em atribuições e competências que não lhe são afetas, mas ao Poder Executivo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes.

Nessa seara, o princípio da proporcionalidade é o parâmetro a limitar o poder dos juízes quanto à apreciação de uma demanda judicial referente ao direito à saúde. O princípio da proporcionalidade é a “busca do justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados” (GRINOVER, 2013, p. 133).

Em outra parte, a razoabilidade constitui subprincípio da proporcionalidade. Nesse sentido, calcado no princípio da razoabilidade se o direito à saúde é invocado no caso concreto, comprovando-se que o direito à vida encontra-se em risco, a efetivação do direito fundamental deverá ser imediata.

Entretanto, se o direito invocado é, por exemplo, o de moradia, inexistindo comprometimento do direito à vida ou do direito à saúde, ficando precarizada a evidência de urgência de tal demanda, o princípio da proporcionalidade será utilizado para efetivação futura e gradual do direito fundamental à moradia.

Nesse diapasão, o juiz como fomentador da efetivação de políticas públicas de saúde, valendo-se da razoabilidade estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, se a escolha do agente público foi desarrazoada.

Nessa linha, ensina Ferraresi (2008, p.19-20):

Vale dizer que, quando se discute ‘atividade discricionária’, discutem-se opções que devem ser tomadas pelo agente público, de forma equilibrada e harmoniosa [...]. Evidentemente, o juiz não apenas pode, como deve, verificar se a escolha feita pelo administrador público respeitou os ditames legais. O que não pode ocorrer é a alteração da escolha feita pelo agente público quando ela não se afigure inapropriada. No momento em que o ordenamento jurídico

permite ao agente público atuar com determinado campo de independência, *permite-se, discricionariamente, a revisão judicial apenas nos casos em que a escolha feita seja desarrazoada* [...] (grifou-se).

Corroborando tal postulado, tem-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, na qual o Ministro Celso de Mello traz à tona alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle das políticas públicas:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, «Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976», p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...]

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível' (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, 'The Cost of Rights', 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

[...]

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas

obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ('A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais', p. 245-246, 2002, Renovar):

[...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Com efeito, conforme afirma Bandeira de Mello (2001, p. 777), "a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato". Assim, a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise pela atenção ao princípio da proporcionalidade.

Vê-se que o juiz não poderá adentrar no mérito administrativo, mas, sim, deverá decidir se a Administração Pública, dentre as diversas opções viáveis, escolheu a melhor e mais vantajosa ao particular e ao interesse público, ou seja, a mais razoável e apta para atender aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos e, mais especificamente, ao direito à saúde.

CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho, procurou-se proceder a uma análise da viabilidade jurídica de efetivação das políticas públicas de saúde pela via jurisdicional, ou seja, *a priori*, mediante a atuação do Estado-Juiz. Para entender esse fenômeno, analisou-se a evolução histórica do juiz legalista no Estado Liberal ao juiz ativista no Estado Social de Direito.

No desenrolar do estudo, conceituaram-se políticas públicas como meio de concretização do dever de *facere* do Estado Social de Direito esculpido na Carta Magna. Demonstrou-se que, nessa nova vertente de Estado, o juiz tem papel essencial, como agente político, no sentido de zelar pela efetividade do direito social à saúde.

Analisou-se que, em demandas judiciais, é comum o Princípio do mínimo existencial e o Princípio da reserva do possível serem contrapostos. Outrossim, demonstrou-se que a contraposição de tais princípios não tem respaldo em sua origem, visto que o Princípio do mínimo existencial e o Princípio da reserva do possível seguem um mesmo propósito, qual seja, a preservação do interesse público.

Observou-se também que o Estado-Juiz deve valer-se de determinados requisitos ao decidir em prol do particular acerca de um direito à saúde, tendo dois binômios como objeto de análise, quais sejam, a possibilidade dos cofres públicos e a necessidade do administrado.

No entanto, durante este estudo analítico, apresentou-se que incumbe ao Estado o ônus de provar a impossibilidade de conceder um direito à saúde, evitando-se a banalização do Princípio da Reserva do Possível.

Atualmente, a Lei de Introdução as Normas Brasileiras (LINDB) e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta última com ênfase na Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, são uníssonos em proclamar que o juiz é agente político e que, como agente político, possui legitimidade constitucional e capacitação para fomentar políticas públicas de saúde. Fomentar significa dizer que ao Judiciário incumbe promover políticas públicas de saúde ante a negligência da Administração.

Conclui-se, dessa forma, que, no Estado Social de Direito, é imprescindível a atuação jurisdicional em fazer cumprir as políticas

públicas de saúde ante a inércia ou o desvio de finalidade perpetrado pela Administração Pública.

Afinal, quando os direitos fundamentais dos cidadãos previstos na Constituição não estejam sendo protegidos ou efetivados, seja por inércia ou desvio de finalidade dos órgãos estatais legitimados para tanto, cabe ao Poder Judiciário, como órgão político, dar uma resposta satisfatória dentro dos limites do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade – e, ainda, com fulcro no princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

Assim, essa é a atuação do Poder Judiciário, esperada e desejada, e que se encontra em consonância com o Texto Magno.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, Belo Horizonte, 1999.

COSTA, Ruth Barros Pettersenda. **A efetividade do mínimo existencial, à**

luz da Constituição Federal de 1988. Goiânia: Ed. da PUC Goiás, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito processual constitucional.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Direito Administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRARESI, Eurico. **Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo.** 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientadora: Ada Pellegrini Grinover.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência. **Revista USP.** São Paulo, n. 21: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS)/USP, 1994.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUEDES, Maurício Sullivan Balhe. **A problemática da lei como fonte primordial do Direito.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3162, 27 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21167>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

LAZARI, Rafael José Nadim de. **Reserva do Possível e mínimo existencial: a pretensão da eficácia da norma constitucional em face da realidade.** Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Da possibilidade de implementação de normas sociais programáticas pelo Poder Judiciário: análise de viabilidade.** Rio de Janeiro: Revista da Faculdade de Direito da UERJ, 2011.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARQUES, Luiz Guilherme. **Boca da Lei.** Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalhe&art_id=105>. Acesso em: 10 nov. 2014.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. *Estado de Direito Social.* Jus Navigandi. Teresina, v. 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5494>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: a efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito: primeiras lições**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, Vol. I, n. 2, julho-dezembro 2009, São Leopoldo, Unisinos, 2009.

WATANABE, Kazuo (Org.); GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL EM TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Fernanda Broering Dutra

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Origem, traçados gerais e conceituação de compensação ambiental. 2 Classificação da compensação ambiental. 3 Parâmetros para a fixação da compensação ambiental em termos de ajustamento de conduta realizados pelo Ministério Público. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo objetiva averiguar a possibilidade de estabelecerem-se critérios gerais para a formulação de termos de ajustamento de conduta por compensação ambiental. Inicia-se com considerações a respeito da origem da compensação ambiental, traçados gerais do instituto e a conceituação da compensação ambiental. Em continuidade, trata-se da classificação da compensação ambiental. Por fim, são estabelecidos parâmetros para a fixação da compensação em termos de ajustamento de conduta realizados pelo Ministério Público, com base na legislação e jurisprudência pátrias. Ao final, enaltecem-se as vantagens da realização de termos de ajustamento de conduta, em comparação com o aforamento de ações judiciais, notadamente na área da compensação ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Compensação ambiental. Termos de Ajustamento de Conduta. Parâmetros de Direito Ambiental. Ministério Público.

INTRODUÇÃO

A garantia constitucional do acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, não tem sido de maneira satisfatória atendida, notadamente diante do princípio da eficiência, que se aplica ao Poder Judiciário considerado como Estado *lato sensu*. A demora no trâmite das demandas judiciais implica a negativa da aplicação do Estado Democrático de Direito, ainda mais nas hipóteses em que não são deferidas tutelas de urgência liminarmente.

Diante desse quadro e mormente na seara da tutela dos direitos difusos e coletivos ligados à proteção do meio ambiente, a utilização de instrumentos extrajudiciais pelo Ministério Público, em especial por meio dos termos de ajustamento de conduta, tem trazido soluções de forma muito mais célere e efetiva. Por outro lado, o desafio é garantir segurança jurídica para as partes componentes desse acordo, para que ele possa, cada vez mais, ser utilizado, inclusive para desobstruir as ações em trâmite no Poder Judiciário. Conforme bem ponderou Alexandre Amaral Gavronski, “deve-se reconhecer como legítima a expectativa daquele que cumpre a solução obtida pela via extraprocessual de forma integral de, com isso, ver-se livre de ações judiciais pelos mesmos fatos. Uma total falta de segurança jurídica levaria ao completo descrédito das técnicas extraprocessuais e, por consequência, ao seu desuso”¹.

Nessa vertente, surgiu o interesse pela realização do presente artigo. Incentivar o uso dos termos de ajustamento de conduta e trazer parâmetros para a fixação das obrigações nele inseridas, no âmbito das lides ligadas ao meio ambiente que exijam compensação ambiental. Padronizar, minimamente, as avenças, para que essas não se prestem de subterfúgio para o descumprimento da lei.

1 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 342.

1 ORIGEM, TRAÇADOS GERAIS E CONCEITUAÇÃO DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

É postulado básico da responsabilidade civil que aquele que causa o dano deve repará-lo. No âmbito do direito ambiental, conjugando-se os ditames da Constituição da República, em seu art. 225, com os traçados estabelecidos pela Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), em seus artigos 4º, VII, e 14, § 1º, verifica-se que ao poluidor do meio ambiente foi imposta a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos ambientais. A recuperação do dano ambiental, nesse contexto, apresenta-se como primeira opção e deve ser priorizada, por ser a alternativa que traz, ao meio ambiente, o maior benefício direto.

Hoje, a doutrina e a legislação brasileiras diferenciam a restauração da recuperação do dano ambiental, ainda que sejam institutos similares.

De acordo com a Lei n. 9.985/00 (Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação), em seu art. 2º, XIII e XIV, a restauração consiste na “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original”, ao passo que a recuperação consiste na “restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original”. Assim:

O termo restauração sugere uma ação bem mais integradora e compromissada com um processo que venha a tornar-se mais próximo das condições naturais. No segundo caso, apesar de sugerir a formação de um “ecossistema”, admite que este possa ser diferente da condição original².

Apesar de a restauração e a recuperação do dano ambiental serem medidas prioritárias, nem sempre são possíveis de implementação. Há casos em que efetivamente o dano é irreversível. Como exemplo, cite-se a extinção de uma espécie da fauna silvestre. Ainda, não raras vezes, a restauração ou a recuperação ambiental, quando são possíveis, mostraram-se insuficientes para a completa contrapartida do poluidor pelo dano causado³. Isso porque, ainda que seja possível e feita a reparação, esta

2 REIS, Ademir, TRES, Deisy Regina. Restauração Ambiental: uma tentativa de visão sistêmica da conservação. In: LEITE, José Rubens Morato, *et al* (Org.). **Estado de direito ambiental**: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 222.

3 “É pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual é possível a cumulação entre as obrigações de recompor/restaurar/recuperar as áreas afetadas por danos ambientais e a obrigação de indenizar em pecúnia”. (STJ, AgRg no REsp 1545276/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/4/2016, DJe 13/4/2016).

nunca trará, integralmente, um ecossistema a sua condição prévia ao dano, pois todo o tipo de vida é irrepetível e insubstituível. Como bem pondera Édis Milaré:

Por mais custosa que seja a reparação, jamais se reconstituirá a integridade ambiental ou a qualidade do meio que foi afetado. Por isso, indenizações e compensações serão sempre mais simbólicas do que reais, se comparadas ao valor intrínseco da biodiversidade, do equilíbrio ecológico ou da qualidade ambiental plena⁴.

Além disso, por vezes, o dano ambiental transborda o aspecto físico e afeta toda a sociedade na forma de um dano moral ambiental⁵. Em aditivo, há casos em que o poluidor auferiu benefícios com a realização do dano ambiental, de forma que a simples realização da restauração ou da recuperação ser-lhe-á menos onerosa do que as vantagens ganhadas. A fim de evitar-se o enriquecimento sem causa e não incentivar esse tipo de conduta, como caráter pedagógico, é evidente que há a necessidade de estatuir-se uma compensação ambiental, ao lado da reparação ou da restauração do dano. Poluir nunca pode ser vantajoso ou lucrativo.

Diante desse quadro, no qual por vezes a reparação e a recuperação não são possíveis, ou mostram-se insuficientes, surge a necessidade da compensação ambiental. Esta, assim, “consiste no oferecimento de um benefício ou ganho ecológico às vítimas da lesão ambiental irre-

4 MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 815.

5 O STJ já reconhece o dano moral difuso, veja-se: “PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM URBANÍSTICA. LOTEAMENTO RURAL CLANDESTINO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES DEMONSTRADAS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. DANO AO MEIO AMBIENTE CONFIGURADO. DANO MORAL COLETIVO. 1. Recurso especial em que se discute a ocorrência de dano moral coletivo em razão de dano ambiental decorrente de parcelamento irregular do solo urbanístico, que, além de invadir Área de Preservação Ambiental Permanente, submeteu os moradores da região a condições precárias de sobrevivência. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem determinou as medidas específicas para reparar e prevenir os danos ambientais, mediante a regularização do loteamento, mas negou provimento ao pedido de ressarcimento de dano moral coletivo. 3. A reparação ambiental deve ser plena. A condenação a recuperar a área danificada não afasta o dever de indenizar, alcançando o dano moral coletivo e o dano residual. Nesse sentido: REsp 1.180.078/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 28/2/2012. 4. “O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base. [...] O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos” (REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/12/2009, DJe 26/2/2010). 5. No caso, o dano moral coletivo surge diretamente da ofensa ao direito ao meio ambiente equilibrado. Em determinadas hipóteses, reconhece-se que o dano moral decorre da simples violação do bem jurídico tutelado, sendo configurado pela ofensa aos valores da pessoa humana. Prescinde-se, no caso, da dor ou padecimento (que são consequência ou resultado da violação). Nesse sentido: REsp 1.245.550/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/4/2015. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1410698/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/6/2015, DJe 30/6/2015).

versível – coletividade -, para contrabalançar a perda sofrida”⁶, como forma subsidiária e/ou complementar de reparação ou recuperação do dano, mediante a substituição do meio ambiente afetado por medidas funcionalmente equivalentes.

A compensação ambiental teve origem, no direito brasileiro, no art. 1º da Resolução CONAMA n. 10/87, no qual era previsto que o licenciamento de obras de grande porte teria como pré-requisito a implantação de uma estação ecológica pela entidade ou empresa responsável pelo empreendimento, preferencialmente na área dos danos ambientais. O art. 2º dessa Resolução ainda estatuiu que essa compensação não podia ter valor inferior a 0,5% (meio por cento) dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, mas sempre proporcionalmente ao dano ambiental a ressarcir, ou seja, havia um valor mínimo, mas não um máximo, a depender do grau da degradação ambiental.

Após, essa Resolução foi alterada pela Resolução CONAMA n. 02/96, que retirou o caráter tarifado da compensação. Ainda, estabeleceu que não mais havia a necessidade de a compensação ambiental ser feita mediante a instituição de uma estação ecológica, a qual passou a ter caráter meramente preferencial. Por outro lado, passou-se a exigir que a implantação da unidade de conservação compensatória fosse de domínio público.

Por fim, hoje vige a Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (Lei n. 9.985/2000), que estabeleceu, em seu art. 36, que os licenciamentos de empreendimentos de significativo impacto ambiental dependem da implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral. A Lei, na sua origem, continuou exigindo que o montante de recursos investido não poderia ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, em percentual a ser definido pelo órgão ambiental licenciador, conforme o grau do impacto ambiental. Todavia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.378 (DJ 20/6/2008), o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional a tarifação mínima da compensação ambiental, por entender que essa deve ser estatuída proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa, notadamente porque o legislador ordinário não pode antever o grau do impacto ambiental.

6 BECHARA, Érika. *Licenciamento e compensação ambiental na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 141.

No citado julgamento do Supremo Tribunal Federal, ainda que por maioria de votos, perfilhou-se o entendimento de que, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimento cujo impacto ambiental fosse significativo, comprovado mediante perícia com o EIA/RIMA, a imposição de uma indenização ao encargo do empreendedor não ofende o princípio da legalidade. Essa indenização, no caso, ficou assentada como uma compensação ambiental e foi chamada de compartilhamento-compensação, tida como “instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional”.

Dessa forma, conforme o entendimento perfilhado pela Corte Suprema, o art. 36 da Lei n. 9.985/2000 traduz o princípio do usuário-pagador, mediante o qual os custos ambientais decorrentes da atividade econômica são partilhados, com a assunção da responsabilidade social pelo empreendedor. Assim, este tem a obrigação de partilhar os custos de medidas de combate ao dano ambiental e até mesmo medidas preventivas, diante do princípio da precaução.

Em continuidade, a compensação ambiental pode ser realizada por intermédio da recuperação ou restauração de outra área degradada e/ou implementação de algum projeto voltado ao meio ambiente (obrigação de fazer), e por intermédio do pagamento de indenização (obrigação de pagar). Ana Maria Moreira Marchesan, citando Érika Bechara, pondera que, apesar de o ordenamento jurídico não estabelecer uma ordem de preferência entre a compensação ecológica e a monetária (indenização), a razoabilidade tem determinado que aquela é preferível a esta⁷.

Todavia, mesmo na hipótese em que a compensação ambiental é realizada mediante a recuperação de outra área degradada ou execução de algum projeto voltado ao meio ambiente (obrigação de fazer), é de suma importância que essa obrigação tenha sua execução previamente avaliada, com a realização de orçamento prévio. Somente dessa forma será possível comparar o dano ambiental e as vantagens eventualmente angariadas pelo poluidor com sua conduta. A medida é necessária ainda que haja imensa dificuldade de mensurar-se o dano ambiental, para o fim de buscar, minimamente, proporcionalidade entre o dano sofrido e a sua recuperação.

7 MARCHESAN, *Op. cit.*, p. 250.

Até mesmo pelas dificuldades em estimar pecuniariamente o dano ambiental e as vantagens eventualmente angariadas pelo poluidor, a utilização da compensação ambiental deve ser feita com parcimônia, amparando-se, quando possível, em perícia técnica que indique a sua necessidade e adequação, ou seja, a perícia técnica deverá bem esclarecer não ser possível a restauração ou a recuperação, ou que essas não são suficientes para a completa reparação do dano. Isso porque, de acordo com as lições de Paulo Affonso Leme Machado:

A compensação ambiental tem seu fundamento ético na consciência ecológica de que se pretende fazer ou já se está fazendo, algo indevido; e, dessa forma, providencia-se uma troca. Tem aparência de transação: eu faço uma coisa - poluo, destruo ou desmato -, mas dou outra coisa em troca. Não se pode disfarçar que o ato de compensar traz em si um risco ambiental - e, portanto, precisa ser praticado com inequívoca moralidade administrativa e ampla publicidade, levando-se em conta o princípio da precaução⁸.

Também cabe ressaltar que a compensação ecológica, como o próprio nome diz, deve ser voltada ao meio ambiente, guardando correlação com o dano ambiental sofrido. Ainda, preferencialmente, essas medidas compensatórias devem ser aplicadas no próprio local do dano, “[...] quer por se traduzirem em recomposição de outro bem ambiental semelhante ao degradado [...], quer por servirem à prevenção de outros futuros danos correlatos”⁹.

Nesse aspecto, não obstante seja de fundamental importância a instituição dos Fundos de Recomposição dos Bens Lesados, previstos na Lei da Ação Civil Pública, de âmbito federal e estadual, é importante buscar que as medidas de compensação ambiental não sejam integralmente destinadas na forma de dinheiro a ser depositado nesses Fundos. Ainda que seja inegável a importância destes, nem sempre seus recursos são utilizados na recomposição de danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valores artísticos, estéticos, históricos e paisagísticos, pois, por exemplo, por vezes os valores existentes são destinados a pagamentos de perícias de ações civis públicas.

Ressalta-se, aqui, que a destinação de parte dos recursos do Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados ao pagamento de perícias decorre

8 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 70.

9 MARCHESAN, *Op. cit.*, p. 248.

de uma necessidade, pois o art. 18 da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) estabelece que “não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas”, e tem evidente intuito de buscar o interesse público. Todavia, *data venia*, não foi esse o desiderato dado ao Fundo quando de sua criação, que busca, como o próprio nome diz, reconstituir os bens lesados.

Destarte, deveriam ser buscadas medidas alternativas para custear o pagamento dessas perícias em ações civis públicas. Como alternativa, cita-se julgado do Superior Tribunal de Justiça, que estatuiu que “[...] cabe à Fazenda Pública à qual seja vinculado o Ministério Público arcar com o encargo financeiro para a produção da prova pericial. Aplica-se, por analogia, a Súmula 232/STJ”¹⁰.

Além disso, não obstante os recursos dos Fundos tenham, na maior parte dos casos, destinação a financiamento de projetos de recuperação de danos difusos, os legitimados a proporem termos de ajustamento de conduta perdem um pouco do poder de barganha no convencimento de infratores a realizarem a avença, pois comumente o leigo interpreta que o valor depositado terá destinação ao próprio Ministério Público, que preside o seu conselho gestor em Santa Catarina. Ainda, o infrator e a comunidade local passam a desconhecer os benefícios da compensação ambiental a toda a coletividade, pois não visualizam a implementação desses projetos, que podem ser aplicados em Municípios e/ou Estados diversos da origem dos recursos.

Acerca do tema, colhe-se das ponderações de Marcelo Buzaglo Dantas:

A principal crítica a esse sistema diz respeito à ausência de regras expressas quanto à obrigatoriedade de que o produto das indenizações seja revertido para a recuperação do mesmo bem jurídico tutelado, ou, ao menos, que seja destinado para idêntico local onde foram causados os danos objeto da reparação.

Com efeito, havendo condenação em dinheiro revertida ao Fundo, corre-se o sério risco de se ter a aplicação das respectivas receitas em outro bem jurídico. Assim, segundo a legislação que rege a matéria, os recursos oriundos de uma condenação por dano ambiental, por exemplo, poderão perfeitamente ser aplicados na reparação de lesões ao consumidor ou ao patrimônio cultural. Ou, ainda, na

¹⁰ STJ, AgRg no AREsp 53.044/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/2/2016, DJe 9/3/2016.

reparação de um dano ocorrido em outra localidade, o que, à evidência, não é o mais adequado.

[...]

De outro lado, não se pode olvidar que o funcionamento destes Fundos, de modo geral, é caracterizado pela adoção de condutas extremamente burocráticas, que dificultam sobremaneira (quando não inviabilizam) a efetiva utilização dos recursos existentes. Isso sem falar em alguns casos de desvio de finalidade, com o direcionamento das verbas do Fundo para custear perícias realizadas em ações civis públicas propostas pelo Ministério Público, por exemplo. Com efeito, não parece ser esse o objetivo do art. 13 da LACP, quando se refere, de modo expreso, à “reconstituição dos bens lesados”¹¹.

2 CLASSIFICAÇÃO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

Conforme a doutrina do Professor José Rubens Morato Leite, a compensação ecológica pode ser classificada sob quatro formas: jurisdicional, extrajudicial, preestabelecida ou normativa e sob a forma de fundos autônomos.

A compensação ecológica jurisdicional, como o próprio nome indica, é aquela imposta pelo Poder Judiciário, por meio de sentença em lide ambiental, impondo-se ao poluidor a obrigação de substituir o bem lesado por um equivalente ou de pagar quantia em dinheiro. A compensação ecológica extrajudicial, por sua vez, é aquela realizada nos termos de ajustamento de conduta, como forma de ajuste (acordo) entre os órgãos públicos legitimados e os poluidores. Ainda, a compensação ecológica preestabelecida é aquela prevista pelo legislador, de forma abstrata, e que tem o objetivo de compensar impactos negativos ao meio ambiente decorrentes de atividades realizadas pelo poluidor, independentemente de eventual responsabilidade civil, penal ou administrativa. Por fim, a compensação ecológica por fundos autônomos é realizada por intermédio do financiamento por potenciais poluidores, que pagam quotas de financiamento para cobrir futuras e possíveis indenizações por danos ambientais¹².

11 DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-266.

12 LEITE, José Rubens Morato, AYLA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 211-213.

Ainda, a compensação ambiental pode ocorrer tanto antes da ocorrência do dano quanto depois da sua ocorrência.

No primeiro caso, que se aplica a atividades lícitas, devidamente licenciadas, o órgão ambiental deverá avaliar, por intermédio da elaboração de estudo prévio de impacto ambiental, a natureza do possível dano e as medidas compensatórias propostas, a fim de verificar se efetivamente estas são proporcionais àquele. Implementa-se, no caso, o princípio do usuário-pagador, de forma a antecipar possíveis cobranças pelos danos ambientais causados¹³.

É o que ocorre nos casos de empreendimentos que afetem unidades de conservação específica ou sua zona de amortecimento, ocasião em que o licenciamento ambiental depende de autorização do órgão responsável pela administração e de compensação ambiental prévia¹⁴. Ainda, é o que ocorre nos casos de corte ou supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, hipótese em que a autorização do órgão ambiental é condicionada à compensação ambiental¹⁵.

Igualmente, cita-se o caso da reposição florestal, prevista no novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12), em seu art. 33, que estatui a obrigatoriedade de as pessoas físicas ou jurídicas reporem a matéria-prima florestal utilizada em suas atividades quando for oriunda de vegetação

13 MACHADO, *Op. cit.*, p. 70.

14 Art. 36 da Lei n. 9.985/2000: Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o *caput* deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.

15 Art. 17 da Lei n. 11.428/2006: O corte ou a supressão de vegetação primária ou secundária nos estágios médio ou avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica, autorizados por esta Lei, ficam condicionados à compensação ambiental, na forma da destinação de área equivalente à extensão da área desmatada, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, e, nos casos previstos nos arts. 30 e 31, ambos desta Lei, em áreas localizadas no mesmo Município ou região metropolitana.

§ 1º Verificada pelo órgão ambiental a impossibilidade da compensação ambiental prevista no *caput* deste artigo, será exigida a reposição florestal, com espécies nativas, em área equivalente à desmatada, na mesma bacia hidrográfica, sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica.

§ 2º A compensação ambiental a que se refere este artigo não se aplica aos casos previstos no inciso III do art. 23 desta Lei ou de corte ou supressão ilegais.

nativa, mediante o plantio de espécies preferencialmente nativas, conforme determinações do órgão ambiental competente¹⁶.

Por fim, haverá casos em que a compensação ambiental é estabelecida após o dano ambiental. Normalmente ocorre em atividades ilícitas do poluidor, sem prévio licenciamento, quando não for possível a reparação ou a recuperação do dano ambiental, ou essas se mostrarem insuficientes.

3 PARÂMETROS PARA A FIXAÇÃO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL EM TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os termos de ajustamento de conduta, conforme previstos na Lei da Ação Civil Pública, são instrumentos que têm por finalidade ajustar a conduta do agente às exigências legais, mediante a previsão de cominações em caso de descumprimento de suas cláusulas. Não haveria, assim, em tese, margem para negociação, dada a indisponibilidade do direito tutelado, de natureza transindividual e difusa no caso do dano ambiental.

Contudo, a lei, muitas vezes, é genérica e não enuncia, claramente, as consequências que devem advir de um ato lícito ou ilícito que causa um dano ambiental. Na maior parte dos casos, há a necessidade de realização de perícia técnica para a aferição do dano. Porém, mesmo nos casos em que há a possibilidade e a realização dessa perícia técnica, não há como deixar de considerar que ela pode ser realizada pautando-se em uma vasta gama de critérios, que, por vezes, mudam conforme a avaliação subjetiva do próprio técnico. Ciências exatas, na realidade, existem apenas no campo do abstrato, da matemática. Na prática, a ciência é apenas a aproximação da realidade, mas nunca o efetivo alcance desta.

Além disso, como bem pondera Ana Maria Moreira Marchesan, em geral é desconhecido o real estado da natureza antes do dano ambiental,

¹⁶ Art. 33. As pessoas físicas ou jurídicas que utilizam matéria-prima florestal em suas atividades devem suprir-se de recursos oriundos de:

I - florestas plantadas;

II - PMFS de floresta nativa aprovado pelo órgão competente do Sisnama;

III - supressão de vegetação nativa autorizada pelo órgão competente do Sisnama;

IV - outras formas de biomassa florestal definidas pelo órgão competente do Sisnama.

§ 1º São obrigadas à reposição florestal as pessoas físicas ou jurídicas que utilizam matéria-prima florestal oriunda de supressão de vegetação nativa ou que detenham autorização para supressão de vegetação nativa.

pela inexistência de um inventário prévio ou estudo científico realizado antecipadamente. Assim, a volta ao *status quo ante* é dificultosa por não se saber, exatamente, qual era esse estado. Nesse sentido, ferramentas como o *Google Earth* mostram-se extremamente úteis para a avaliação do estado da natureza antes da intervenção do infrator.

Ainda segundo a mesma autora, não há critérios científicos minimamente estabelecidos pelo legislador para a realização da perícia técnica. Por fim, existem dificuldades na escolha do método científico adequado à reparação, pois, não raras vezes, o meio ambiente, mediante a sua regeneração natural, é mais eficiente do que métodos de recuperação e/ou reparação do dano aplicados pelo homem¹⁷.

Por isso mesmo, diante de todas essas dificuldades, o respeito à ordem jurídica não retira a possibilidade de negociação nos termos de ajustamento de conduta, apenas limita o seu alcance. No campo da compensação ambiental, essa possibilidade de negociação é ainda maior, especialmente nos casos em que não há a possibilidade de realização de perícia técnica, tanto pela falta de pessoal como pela demora em sua realização. Assim, o próprio membro do Ministério Público, que tem formação acadêmica eminentemente jurídica, tem que estabelecer os critérios do acordo, traduzindo-o em obrigação de fazer e/ou em obrigação de pagar.

Salvo melhor entendimento, o Ministério Público deve sempre buscar a prévia realização do Termo de Ajustamento de Conduta, antes de aforar qualquer demanda, e permitir, dentro de critérios razoáveis, a negociação com a parte adversa. Há que considerar que, caso o membro ministerial seja intransigível e não realize a avença por discordar de questões passíveis de acordo, será obrigado a aforar a ação civil pública. Esta, porém, muitas vezes demora a ser finda, tramitando por anos no Poder Judiciário, período em que, em não raras oportunidades, o dano ambiental se agrava. Por fim, não se pode presumir que o Ministério Público é sempre o dono da verdade e que, invariavelmente, será vencedor na ação civil pública.

Sobre o assunto, admitindo a transação cível na seara ambiental e enaltecendo as vantagens da realização do termo de ajustamento de conduta em comparação com a demanda judicial, colhe-se das lições de Paulo de Bessa Antunes:

17 MARCHESAN, *Op. cit.*, p. 248.

A transação é um dos mecanismos mais aptos a solucionar conflitos ambientais, pois ela pressupõe a existência de insegurança quanto à real extensão dos direitos das partes, haja vista que implica “*concessões mútuas*”, com vistas a “*prevenir ou terminar litígios*”. O Código Civil, no entanto, limita a transação aos casos nos quais a controvérsia gire em torno de “*direitos patrimoniais de caráter privado*”, o que, em tese, cria um obstáculo intransponível para a sua adoção em questões ambientais. Contudo, a prática judicial tem demonstrado que as transações têm sido admitidas em matéria ambiental, com bastante frequência. Em primeiro lugar, não há qualquer dúvida ou controvérsia quanto à possibilidade de *transação penal*, mesmo em se tratando de crimes contra o meio ambiente. Como assinalado acima, a dificuldade surge quando se fala em transação “civil”. Sem aderir a um simples praxismo, não há que se desconsiderar que o mundo prático e as decisões judiciais são capazes de produzir direito.

[...]

A doutrina da irrenunciabilidade de direitos implica que o Termo de Ajustamento de Conduta, ao ser firmado, corresponda à totalidade do dano ambiental que, em tese, seria objeto de recuperação por força de decisão judicial, pois do contrário, parte do suposto “direito” teria sido renunciada. Aqui, não posso deixar de assinalar que, lamentavelmente, tenho a impressão de que *retornamos ao conceito do direito concreto de Ação*, haja vista que ao ajuizamento de uma demanda corresponderia uma inevitável sentença de procedência e, em sendo assim, o Termo de Ajustamento de Conduta nada mais seria do que a antecipação daquilo que o magistrado decidiria. Ora, a transação, ou a sua necessidade, surge da incerteza quanto ao resultado da demanda, fazendo com que as partes tenham preferência em, elas próprias, darem contornos aos seus direitos. Nos Termos de Ajustamento de Conduta é exatamente o que ocorre, ainda que de forma imperfeita. Pode ocorrer que as partes desistam de assinar um Termo de Ajustamento de Conduta, em função de divergência quanto à extensão ou mesmo existência de determinado dano ao meio ambiente, haja vista que o ente público entendia relevante o dano e, por outro lado, a parte privada o entendia inexistente, muito embora admitisse firmar um Termo de Ajustamento de Conduta limitado, com vistas a evitar o processo judicial e os custos dele decorrentes; ajuizada a Ação Civil Pública, esta após longa tramitação foi julgada improcedente; assim, o direito que era irrenunciável, transformou-se em direito inexistente¹⁸.

Ainda sobre a questão, de forma a prever a possibilidade de realização de transação na seara do direito ambiental, colhe-se de julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE.

1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos.
2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante.
3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra.
4. Recurso especial improvido¹⁹.

No julgado anteriormente transcrito, tratava-se de ação civil pública proposta pelo Município de Volta Redonda em face da Companhia Siderúrgica Nacional, diante da ocorrência de um dano ambiental. No bojo da demanda, as partes entabularam transação, sobre a qual o Ministério Público, como fiscal da lei, discordou de algumas cláusulas e pediu explicações às partes. Dadas as explicações, o Ministério Público opinou pela não homologação da transação, notadamente por se estar diante de direito indisponível.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça foi, ao final, lavrado por maioria.

No voto vencedor da Ministra Eliana Calmon, ressaltou-se que “dizer que os direitos difusos não são insuscetíveis de transação é dizer nada, na medida em que já se sabe que, em matéria de dano ambiental, quase nunca se pode retornar ao *status quo ante*”. Ainda, ponderou-se que “a melhor composição é a efetivada e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais dez anos, caso seja anulada a sentença, para então começar-se tudo novamente”. Ou seja, deu-se grande enfoque ao princípio da celeridade e da economia processual, de forma a admitir a transação quando esta culminar em resultados equivalentes ao que se obteria com a procedência do pedido final.

¹⁹ STJ, 2ª T., Resp n. 299400/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. 1º/6/2006, DJ 2/8/2006, p. 229.

Ressalte-se, também, que, mesmo no voto divergente, de autoria do Ministro Peçanha Martins, este admitiu a possibilidade de transação, considerando o pedido e a causa de pedir - reparação do dano em decorrência da degradação do meio ambiente -, pois “o excessivo formalismo poderia causar maior prejuízo”, desde que “preservada a integralidade da proteção inicialmente pleiteada”. Porém, tendo em vista que o Ministério Público fora adverso aos termos do acordo, entendeu não ser possível a homologação da avença, pois, do contrário, seria inócua a participação do *parquet*.

Destarte, uma vez assentada a possibilidade de realização de termos de ajustamento de conduta na seara ambiental com uma certa margem de discricionariedade do membro ministerial no estabelecimento das cláusulas, passa-se à análise das dificuldades na valoração do dano ambiental.

Para a valoração do dano ambiental, a legislação, a doutrina e a jurisprudência criaram diversos métodos. Porém, o método aplicável a um caso pode não ser o mais adequado a outro. Sempre será necessária a ponderação dos critérios por parte dos sujeitos intervenientes. Por isso mesmo não se mostra adequada a tarifação do dano ambiental.

O primeiro norte na valoração do dano ambiental é o objetivo de repará-lo integralmente. Não há como fazer, portanto, uma compensação ambiental simbólica. Conforme bem acentua José Rubens Morato Leite, “trata-se de um processo que deve levar em consideração as gerações futuras e fundamentar-se em uma visão egocêntrica, abandonando o clássico antropocentrismo utilitarista”²⁰.

Pondera-se, porém, que, em casos específicos e justificados, após uma análise muito criteriosa por parte do membro ministerial, pode haver a necessidade de estatuir-se um termo de ajustamento de conduta mediante compensação ambiental que seja aquém do dano causado. Cita-se o exemplo de um pequeno agricultor que, com sua atividade, acaba por poluir um recurso hídrico, cuja recuperação demanda investimentos muito superiores a sua capacidade econômica, ou seja, o poluidor poderia até ser condenado judicialmente a ressarcir integralmente o dano, mas essa obrigação não seria executável, pela absoluta impossibilidade fática.

20 LEITE, *Op. cit.*, p. 214.

Diante disso, mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, o princípio da reparação integral dos danos ambientais pode ser sopesado e aplicado de forma diferenciada, considerando-se as condições econômicas e sociais do poluidor. No entanto, nessas hipóteses, evidentemente excepcionais, calçadas na absoluta impossibilidade do agente em ressarcir todo o dano, urge atentar para a eventual reincidência e o grau de culpabilidade do infrator, sob pena de novamente incorrer-se no risco de incentivar o ato ilícito. Ainda, cabe analisar se essa impossibilidade de indenizar não pode ser afastada com a concessão de prazo dilatado para a reparação do dano.

É isso o que vem preconizando a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais²¹, o qual defende a aplicação dos postulados existentes no art. 6º da Lei n. 9.605/98 (que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente) para a gradação do *quantum debeat* da indenização pelo dano ambiental, quais sejam:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

Evidentemente que esses critérios, por utilizarem postulados comumente aplicados à responsabilidade civil subjetiva, não podem ser aplicados, indiscriminadamente, à responsabilidade civil objetiva decorrente de um dano ambiental, que é calçada no risco da atividade exercida pelo poluidor. Por outro lado, como a compensação ambiental pode ser estatuída concomitantemente à reparação ou à recuperação do dano, como nos casos de danos morais coletivos, não se pode descartar a conveniência e a utilidade desses critérios.

21 AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANIMAIS SILVESTRES EM CATIVEIRO - AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA A CRIAÇÃO - DANO AMBIENTAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO - FIXAÇÃO DA VERBA - SENTENÇA REFORMADA. A criação de animais silvestres, sem autorização, configura dano ao meio ambiente pela privação das espécies para o exercício do papel necessário ao ecossistema. O valor fixado a título de dano ambiental norteia-se pelos critérios estabelecidos no art. 6º da Lei n. 9.605/98, acrescidos dos elementos probatórios dos autos que indiquem a gravidade da conduta, a existência de aferição de lucro pela prática do ilícito ambiental e a capacidade econômica do ofensor. Em reexame necessário, reforma-se a sentença, prejudicado o recurso voluntário (TJMG - Apelação Cível 1.0024.05.685465-6/002, Relator(a): Des.(a) Kildare Carvalho, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/2/2014, publicação da súmula em 14/3/2014, grifou-se).

Interessante mencionar que o Código Civil Português prevê que a reparação natural do dano será substituída pela indenização em três hipóteses: “quando ‘a reconstituição natural não seja possível’, quando ‘não repare integralmente os danos’ ou, por fim, quando vier a ser ‘excessivamente onerosa para o devedor’”²². Seguindo esse entendimento, ao comentar a aplicação do princípio da proporcionalidade na reparação dos danos ambientais, Annelise Monteiro Steigleder pondera que:

[...] quando a reparação *in natura* for impossível ou desproporcional, a satisfação do interesse ecológico exige a busca de novas soluções que, ao menos, impeçam a ausência total de reparação ou sua automática substituição pela indenização pecuniária²³.

Salienta-se que, em princípio, concorda-se com a assertiva do Professor José Rubens Morato Leite, para o qual “a eventual aniquilação da capacidade econômica do agente não contradiz o princípio da reparação integral, pois este assumiu o risco de sua atividade e todos os ônus inerentes a esta”²⁴. Todavia, como já ressaltado, por vezes será impossível impor a reparação, pela efetiva impossibilidade econômica do infrator, notadamente quando este for uma pessoa física.

Ora, ao realizar um termo de ajustamento de conduta, a principal preocupação do Promotor de Justiça deve ser a de que o acordo seja fiscalizado e cumprido, ou seja, o TAC não é um fim em si mesmo. Não basta a realização de um termo de ajustamento de conduta digno de publicação em livros de direito se não houver a possibilidade de executá-lo.

Ademais, nessas hipóteses, na grande maioria das vezes, o Estado será passível de responsabilização solidária pela omissão no seu dever de fiscalizar, com base no art. 3º, IV, da Lei n. 6.938/81, que considera poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”, e no art. 14, §1º, do mesmo diploma legal, que estabeleceu a responsabilidade civil objetiva, ao estatuir que “é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os

22 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da reparação natural dos danos ao meio ambiente e sua aplicação prática. In: LEITE, José Rubens Morato, *et al* (Org). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 242.

23 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, n; 36, p. 52, out./dez. 2004.

24 LEITE, *Op. cit.*, p. 224.

danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

Portanto, quando o poluidor direto não puder ressarcir integralmente o dano ambiental causado, por absoluta impossibilidade fática, ainda assim deve ser responsabilizado, na medida de suas condições sociais e econômicas. Paralelamente, cumpre buscar o restante do ressarcimento pelo dano ambiental suportado pela coletividade em face do Estado, a quem sempre será garantido o direito de regresso, caso, no futuro, o poluidor direto possa indenizar integralmente o dano. Sobre o tema, colhe-se de julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ADOÇÃO COMO RAZÕES DE DECIDIR DE PARECER EXARADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 4.771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ARTS. 3º, IV, C/C 14, § 1º, DA LEI 6.938/81. DEVER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO.

1. A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata-se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, “seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil” (REsp 1.071.741/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010).

2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não “determinante” (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a “concretização ou o agravamento do dano” é juízo que envolve exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra

óbice na Súmula 07/STJ.

3. Agravos regimentais desprovidos²⁵.

Por outro lado, da mesma forma que as parcas condições financeiras e sociais do poluidor podem e devem ser sopesadas quando da estipulação de termos de ajustamento de conduta, as boas condições financeiras e sociais do poluidor igualmente devem ser dignas de consideração. A reparação do dano ambiental deve ter, também, caráter pedagógico e preventivo. “À imposição da valoração pecuniária do dano ambiental pode ser acrescido o valor de desestímulo com a finalidade de dissuadir o responsável da prática de novas degradações”, conforme pondera Álvaro Luiz Valery Mirra²⁶, a fim de impedir que o poluidor tenha o macabro sentimento de que a natureza é um bem de consumo, apto de ser adquirido mediante pagamento.

Também é relevante considerar, para a estipulação da compensação ambiental, seguindo-se os postulados apresentados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental”. Isso porque pode e deve ser incluída, para o estabelecimento do montante indenizatório, a reincidência do infrator e o seu grau de culpabilidade, a fim de evitar-se a reiteração da prática do ilícito. De acordo com Silvio de Salvo Venosa, “no campo do extrapatrimonial, quando a indenização pode assumir caráter punitivo, é possível, em princípio, que o valor da indenização não guarde relação com o prejuízo, difícil de avaliar nessa área”²⁷.

Ainda, acerca dos parâmetros a serem observados na valoração do dano ambiental em termos de ajustamento de conduta, cabe colacionar pertinente artigo do Assento n. 001/2013 do Conselho Superior do Ministério Público de Santa Catarina, *in verbis*:

Art. 8º A estipulação de medidas de compensação indenizatórias poderão ser fixadas, sempre que possível e necessário, por meio de laudo técnico elaborado por profissional devidamente habilitado.

Parágrafo único. Sem prejuízo de outros, deverão ser considerados os seguintes aspectos na estipulação de medidas

25 STJ, 1ª T., AgRg no REsp 1001780 / PR, Rel. Min. Teori Albino Zavaski, j. 27/9/2011, DJe 4/10/2011. Grifou-se.

26 *In*: LEITE, *Op. cit.*, p. 218.

27 *In*: MACHADO, *Op. cit.*, p. 361-362.

compensatórias:

- a extensão do dano;
- as conseqüências do dano na sociedade, incluindo atividades culturais, econômicas, agrícolas, de pesca, de turismo, de recreação etc.;
- a abrangência de pessoas afetadas;
- o nível de reversibilidade do dano;
- a depreciação do bem lesado;
- os custos para a reparação do dano;
- a identificação do estado anterior do bem lesado;
- o tempo de exposição do bem à conduta lesiva;
- a importância do bem lesado à comunidade atingida;
- as vantagens, ainda que não patrimoniais, obtidas pelo infrator;
- os custos públicos decorrentes das iniciativas apuratórias da infração e mitigatórias dos seus efeitos danosos;
- as medidas adotadas pelo infrator para eliminar ou minimizar os efeitos danosos decorrentes da infração;
- o grau de culpabilidade; e
- as condições econômicas e sociais do infrator.

Ressalta-se que, muito embora esses critérios tenham sido estipulados para utilização, a princípio, apenas nas compensações ambientais convertidas em indenização pecuniária, são plenamente aplicáveis nas demais formas de reparação do dano, seja por meio da restauração, reparação propriamente dita ou medidas mitigatórias. Isso porque, conforme já mencionado, sempre há que buscar estimar os eventuais ganhos do poluidor com o dano ambiental, pois, por vezes, a restauração, a reparação ou a indenização podem ser inferiores aos benefícios angariados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que a tarefa de mensurar o dano ambiental e de buscar a sua restauração, reparação e/ou compensação não é fácil, pois cada caso demandará uma análise específica e uma solução única. Porém, é necessário que os termos de ajustamento de conduta que analisam hipóteses semelhantes tenham conseqüências similares.

Uma medida assaz importante nesse sentido é a criação de bancos de dados em que estejam inseridos os termos de ajustamento de conduta realizados pelo Ministério Público, para consulta não só pelo membro ministerial mas também por toda a população. Trata-se, na verdade, da concretização do princípio da publicidade, previsto no art. 37 da Constituição da República. Desse modo, ter-se-á a possibilidade da criação de “jurisprudências” a respeito dos acordos realizados pelo *parquet*, que servirão de balizas para novos acordos. Isso implicará, também, segurança jurídica, maior proporcionalidade e razoabilidade entre os acordos feitos dentro de uma mesma instituição, em respeito ao princípio da igualdade.

Cada vez mais, também, há a necessidade de capacitar-se o Ministério Público com o apoio técnico necessário, para a realização de perícias que embasem os termos de ajustamento de condutas por compensação ambiental. Do mesmo modo, os membros devem ser capacitados para efetuarem negociações, que não raras vezes transcendem os limites do conhecimento jurídico e transbordam para efetivas técnicas de convencimento do poluidor acerca das vantagens da resolução do conflito de forma extrajudicial.

Dessa forma, buscando-se o consenso das partes intervenientes com a realização de termos de ajustamento de conduta na seara ambiental, evitar-se-á o grande aumento de demandas judiciais que se vem observando nos últimos anos e o sentimento de impunidade e vagariedade do sistema de justiça. Um acordo realizado hoje que confere “x” à sociedade muitas vezes representa muito mais do que uma sentença que confere “2x”, mas pendente de recurso e execução. Por isso mesmo, o Ministério Público deve visar à efetividade de suas ações, prestando contas à sociedade “à vista”, de forma a evitar os resultados a prazo indefinido. Só assim dará execução ao princípio da eficiência. Ganham a sociedade, a justiça e o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BECHARA, Érika. **Licenciamento e compensação ambiental na Lei do**

Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC). São Paulo: Atlas, 2009.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 265-266.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato, AYLA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 211-213.

LEITE, José Rubens Morato (Org). **Estado de direito ambiental: tendências.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência,** glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo, n. 36, p. 52, out./dez. 2004.

PEÇA PROCESSUAL

ADITAMENTO A DENÚNCIA

Alexandre Volpato

EXCELENTÍSSIMA DOUTORA JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA
DE PINHALZINHOSEGREDO DE JUSTIÇA - Art. 234-B do Código Penal.

Autos n. 049.13.003333-0/00000

SIG n. 08.2013.00418621-0

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça signatário, no exercício das atribuições conferidas pelo art. 129, inciso I, da Constituição da República, art. 24 c/c art. 41 e art. 569, todos Código de Processo Penal, e base na inclusa Ação Penal n. 049.13.003333-0, bem como pela prova produzida nos Autos Cautelares n. 049.14.000040-0, 049.13.003334-9, 049.13003251-2, 049.13.003240-7, 049.13.003189-3, 049.14.000030-3, 049.14.000116-4, 049.14.000358-2 e 049.14.000380-9, vem, perante Vossa Excelência, oferecer

ADITAMENTO À DENÚNCIA

contra XXXXXXXXXX, vulgo XXXX, brasileiro, convivente, pedreiro, inscrito no RG n. XXXXX, filho de XXXXX e XXXXX, natural de XXXXXXXX, nascido em 14/10/1975,

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 207 - 212	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

com 38 anos de idade à data dos crimes, residente na Rua XXXXXX, n. XXX, Bairro XXXXXX, no Município de XXXXXX, atualmente recolhido no Presídio de Chapecó/SC;

XXXXXXX, vulgo XXXX, brasileiro, casado, RG XXXXX e CPF XXXXXXXX, filho de XXXXXXXX e XXXXXXXX, nascido em 29/8/1970, com 43 anos de idade à data dos crimes, residente e domiciliado na Rua XXXXXX, esquina com a Rua XXXXXX, n. XXX, Bairro XXXX, XXXXX, **atualmente recolhido na Cadeia Pública de Maravilha/SC;**

XXXXXXX, vulgo XXXXX, brasileiro, união estável, pintor, RG XXXXXX, filho de XXXXXX, nascido em 9/2/1985, com 28 anos de idade à data dos crimes, residente e domiciliado na Rua XXXXXXXX, s/n, casa XXXXXXXX, Bairro XXXXXX, Pinhalzinho, **atualmente recolhido na Cadeia Pública de Maravilha/SC;** e

XXXXXXX, vulgo XXXX, brasileiro, diarista, RG XXXXX, filho de XXXXXXXX, natural de XXXXX, nascido em 17/12/1978, com 34 anos de idade à data dos crimes, residente e domiciliado na Avenida XXXXXX, s/n, Bairro XXXXXX, Pinhalzinho, **atualmente recolhido na Cadeia Pública de Maravilha/SC;**

pela prática dos seguintes atos delituosos:

FATO 1 - ESTUPRO E ATO LIBIDINOSO EM CÚMULO MATERIAL - ART. 213, § 1º, C/C ART. 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL

No dia 8 de dezembro de 2013, durante o período noturno, em horário a ser esclarecido durante a instrução criminal, mas entre as 2h e 3h, na margem de uma via paralela à BR-282, no Município de Pinhalzinho/SC, próximo ao estabelecimento “Criadores Nelore PO”, saída para Nova Erechim/SC, o denunciado XXXXXXXX, vulgo XXXX, em comunhão de esforços e unidade de desígnios com XXXXXXXX, vulgo XXXX, XXXXXXXX, vulgo XXXX, e XXXXXXXX, vulgo XXXX, todos atuando em concurso e unidos pelo mesmo liame subjetivo, com identidade de propósito, constrangeram a vítima XXXXXXXX, de apenas 17 (dezesete) anos de idade, mediante violência e grave ameaça, a manter

conjunção carnal consistente em cópula vaginal e, ainda, a praticar atos libidinosos consigo, consistente em fazer sexo anal, conforme atesta o Laudo Pericial das fls. 67-69 e os registros fotográficos anexados ao Laudo Pericial das fls. 112-149.

Houve a prática de “curra”, isto é, houve revezamento no ato sexual. Enquanto o denunciado XXXXXXXX, vulgo XXXX, praticava sexo anal e vaginal, os demais asseclas seguraram e imobilizaram a vítima. Em seguida, os demais autores, XXXXXXXX, vulgo XXXX, XXXXXXXX, vulgo XXXX, e XXXXXXXX, vulgo XXXX, também praticaram sexo anal e vaginal, em sucessivas penetrações configurando verdadeiro empalamento e nítido ato de “rodízio”, a tal ponto de haver laceração dos órgãos genitais da vítima, como se vê às fls. 121-124.

Desse modo, **os denunciados constrangeram a vítima, maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, mediante violência e grave ameaça, a ter com eles conjunção carnal e a praticar ato libidinoso.**

FATO 2 - HOMICÍDIO COM 4 (QUATRO) QUALIFICADORAS - ART. 121, § 2º, INCISOS I, III, IV E V, DO CÓDIGO PENAL

Ainda na mesma oportunidade e local, porém em contexto fático distinto, o denunciado XXXXXXXX, vulgo XXXX, em comunhão de esforços e unidade de desígnios com XXXXXXXX, vulgo XXXX, XXXXXXXX, vulgo XXXX, e XXXXXXXX, vulgo XXXX, todos atuando em concurso, após consumarem os crimes de estupro e atos libidinosos, com manifesto *animus necandi*, mataram a vítima XXXXXXXX.

Registre-se que a vítima XXXXXXXX foi morta por motivo torpe, motivo desprezível, repugnante, consistente no fato de que o irmão dela, XXXXXXXX, tinha uma dívida no valor aproximado de R\$ 3.000,00 (três mil reais) com os denunciados (conforme depoimento de testemunha às fls. 5-6 dos Autos n. 049.14.000030-3, apensos).

Não obstante, a vítima foi covardemente morta mediante o emprego de meio cruel e asfixia mecânica produzida por estrangulamento, causando-lhe os ferimentos descritos no Laudo Pericial da fl. 67, consistentes em fratura de dentes anteriores superiores e inferiores, equimoses (boca, braço direito), sulco cervical com luxação da coluna cervical compatível com estrangulamento, escoriações (cotovelo direi-

to, antebraço direito, joelhos bilaterais), além de outros ferimentos que foram a causa eficiente para sua morte.

Não obstante o intenso sofrimento da vítima, os denunciados, ainda, praticaram o homicídio mediante recurso que lhe impossibilitou a sua defesa, visto que ceifaram a vida da jovem em comunhão de esforços de vários indivíduos e, desse modo, sem possibilidade de aquela opor resistência, haja vista a superioridade numérica e de forças dos agentes delitivos.

Outrossim, os denunciados praticaram o crime de homicídio para assegurar a impunidade do crime de estupro praticado anteriormente, conquanto mataram a vítima com o fim de que seu crime não fosse descoberto e, também, para que não fossem identificados.

Impende destacar que, no local do delito, foram encontrados vários objetos, entre eles, uma cueca e um isqueiro, os quais foram reconhecidos como sendo de propriedade do denunciado XXXXXX (fls. 53 e 77).

Desse modo, **os denunciados mataram a vítima, por motivo torpe, mediante crueldade e por asfixia mecânica (por estrangulamento), utilizando recurso que impossibilitou ou dificultou a sua defesa (grande número de agentes), para assegurar a ocultação e impunidade de outro crime (estupro).**

FATO 3 - FURTO QUALIFICADO - ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL

Na sequência, no mesmo dia, local anteriormente citados, em horário próximo ao do cometimento dos demais crimes acima narrados, bem como em outro contexto fático, os denunciados XXXXXX, vulgo XXXX, XXXXXX, vulgo XXXX, XXXXXX, vulgo XXXX, e XXXXXX, vulgo XXXX, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, todos atuando em concurso, após consumir os crimes de estupro, atos libidinosos e homicídio qualificado, subtraíram, para si, coisa alheia móvel, consistente em um celular Galaxy Pocket Plus, de propriedade da vítima XXXXXX.

Desse modo, **os denunciados subtraíram para si, coisa alheia móvel, mediante concurso pessoas.**

DA CONCLUSÃO

Assim agindo:

a) **XXXXXX**, vulgo **XXXX**, praticou os crimes previstos no artigo 213, § 1º (segunda parte), em concurso material (entre a conjunção carnal e o ato libidinoso), por quatro vezes; art. 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, e art. 155, § 4º, inciso IV, cumulados com art. 29, todos do Código Penal, praticados, ainda, todos na forma do artigo 69 (concurso material de crimes), do Código Penal;

b) **XXXXXX**, vulgo **XXXX**, praticou os crimes previstos no artigo 213, § 1º (segunda parte), em concurso material (entre a conjunção carnal e o ato libidinoso), por quatro vezes; art. 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, e art. 155, § 4º, inciso IV, cumulados com art. 29, todos do Código Penal, praticados, ainda, todos na forma do artigo 69 (concurso material de crimes), do Código Penal;

c) **XXXXXX**, vulgo **XXXX**, praticou os crimes previstos no artigo 213, § 1º (segunda parte), em concurso material (entre a conjunção carnal e o ato libidinoso), por quatro vezes; art. 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, e art. 155, § 4º, inciso IV, cumulados com art. 29, todos do Código Penal, praticados, ainda, todos na forma do artigo 69 (concurso material de crimes), do Código Penal; e

d) **XXXXXX**, vulgo **XXXX**, praticou os crimes previstos no artigo 213, § 1º (segunda parte), em concurso material (entre a conjunção carnal e o ato libidinoso), por quatro vezes; art. 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, e art. 155, § 4º, inciso IV, cumulados com art. 29, todos do Código Penal, praticados, ainda, todos na forma do artigo 69 (concurso material de crimes), do Código Penal;

Razão pela qual o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA** promove o presente **ADITAMENTO À DENÚNCIA** (*mutatio libelli*), requerendo o seu recebimento e a sua autuação, a certificação dos antecedentes de todos denunciados na Comarca de Pinhalzinho e perante a Corregedoria-Geral de Justiça, além da citação dos denunciados, incluindo novamente a citação de XXXXXX, em razão da inclusão dos outros denunciados no polo passivo e nova qualificadora no crime de homicídio, para responderem à acusação, por escrito, no prazo de 10 dias, prosseguindo-se nos demais termos do processo,

na forma do artigo 406 e seguinte do Código de Processo Penal, com a substituição do rol apresentado com a denúncia pelo rol que segue ao final deste aditamento, com designação de audiência para oitiva do referido rol de inquirição abaixo, sendo, ao final de todo o processado, os denunciados pronunciados e, após, julgados e condenados pelo Egrégio Tribunal do Júri desta Comarca. Por derradeiro, requer a fixação de valor mínimo aos familiares da vítima pelos danos materiais e moral por eles sofridos, nos termos do art. 387, IV, Código de Processo Penal.

Pinhalzinho, 8 de abril de 2014.

ALEXANDRE VOLPATTO

Promotor de Justiça

ROL DE INQUIRÇÃO:

PEÇA PROCESSUAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Vinicius Secco Zoponi

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA
ÚNICA DA COMARCA DE ABELARDO LUZ - SANTA CATARINA**

SIG n. 08.2015.00224243-4

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu Promotor de Justiça subscritor, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, com fundamento no artigo 127, *caput*, e artigo 129, inciso III, da Constituição da República, no artigo 1º, inciso VIII, e artigo 5º, inciso I, da Lei n. 7.347/1985 – Ação Civil Pública, artigo 25, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no artigo 17, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 – Improbidade Administrativa e no artigo 73, *caput*, da Lei Complementar n. 101/2000, vem ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

em face de **DILMAR ANTONIO FANTINELLI**, brasileiro, casado, atual Prefeito de Abelardo Luz/SC, portador do RG n. 1.121.661, inscrito no CPF n. XXXXXX, residente e domiciliado na Avenida Getúlio Vargas, n. 576, apartamento 101, Centro, Abelardo Luz/SC, pelos fatos e fundamentos a seguir alinhados.

Atuação	Florianópolis	V. 10	n. 23	p. 213 - 238	jul./dez. 2013
---------	---------------	-------	-------	--------------	----------------

I - DOS FATOS

A narrativa que ora se constrói tem por base os elementos de informação coletados no Processo PCP n. 13/00346300, oriundo do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, relativo à prestação de contas da Prefeitura de Abelardo Luz relativas ao exercício financeiro de 2012.

O referido expediente foi encaminhado ao **Ministério Público Catarinense** por iniciativa do Ministério Público de Contas, ao emitir seu parecer conclusivo no tocante à gestão orçamentária, financeira e patrimonial do Município de Abelardo Luz ao longo do exercício de 2012.

De saída, rememore-se que o ano de 2012 integrou o último ano do mandato municipal do Chefe do Poder Executivo, ora demandado (gestão 2009-2012).

Nesse cenário, conforme apurado, a partir da devida demonstração contábil, o ente municipal, sob o comando do requerido, descumpriu a previsão do artigo 42 da Lei Complementar n. 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), ao assumir, nos últimos 2 (dois) quadrimestres do ano de 2012, o último de seu mandato, despesas que, por seu volume frente às receitas, não puderam ser adimplidas integralmente ainda dentro daquele exercício.

Especificamente, as fls. 280v/282v¹, no relatório elaborado pela Diretoria de Controle dos Municípios, ao examinar a prestação de contas para os fins do artigo 42 da LRF, após a explanação da metodologia empregada, concluiu-se que o Município de Abelardo Luz, por iniciativa de seu gestor, ora demandado, contraiu despesas, no manuseio dos recursos vinculados e ordinários da municipalidade, sem a correspondente disponibilidade de caixa, nos seguintes termos, *in verbis*:

RECURSOS VINCULADOS	
FONTE DE RECURSOS	INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA

1 Toda menção a paginação nesta petição inicial refere-se às folhas da Notícia de Fato n. 01.2015.00011084-2.

18 e 19 - Transferências do FUNDEB	R\$ 208.200,75
22 - Transferência de Convênios - Educação	R\$ 88.188,97
23 - Transferências de Convênios - Saúde	R\$ 49.424,03
52 - Outras Transferências de Recursos para o FAS	R\$ 1.320,00
61 - Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE	R\$ 11.030,92
67 - Assistência Farmacêutica Básica	R\$ 65.633,22
TOTAL DE DESPESAS VINCULADAS A DESCOBERTO	R\$ 423.797,89
RECURSOS ORDINÁRIOS	
<i>FONTE DE RECURSOS</i>	<i>INSUFICIÊNCIA FINANCEIRA</i>
01 - Receitas de Impostos e de Transferência de Impostos - Educação	R\$ 429.358,68
02 - Receitas de Impostos e de Transferência de Impostos - Saúde	R\$ 505.527,17
TOTAL DE DESPESAS NÃO VINCULADAS A DESCOBERTO	R\$ 858.491,85¹

1 Reproduziu-se na tabela os valores tais como apresentados na documentação da Diretoria de Controle dos Municípios. Entretanto, não passa despercebido, ao que tudo indica, um erro de soma ao se atingir o total de despesas não vinculadas. Tal questão, contudo, se controvertida no processo, poderá ser facilmente resolvida com a requisição de esclarecimentos à referida Diretoria.

Não obstante a identificação dessa restrição de ordem legal nas contas da municipalidade no exercício financeiro de 2012, apresentada pela Diretoria de Controle dos Municípios (fl. 282v) e tachada pelo Ministério Público de Contas como suficiente à reprovação (fl. 298v), o Tribunal de Contas deste Estado, ao emitir seu parecer, concluiu pela aprovação das referidas contas, com a recomendação ao Poder Executivo Municipal de, entre outros aspectos, prevenir e corrigir restrições de ordem legal dessa natureza (fls. 298v e seguintes).

Em que pese à conclusão do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, como será abaixo demonstrado, a violação ao artigo 42 da LRF, no caso em tela, caracteriza ato de improbidade administrativa, por violação ao princípio da legalidade, na perspectiva do artigo 11, inciso I, da Lei n. 8.429/1992 - Improbidade Administrativa, demandando-se a devida responsabilização pela via judicial.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA LEGITIMIDADE PASSIVA DO DEMANDADO

Sem maior esforço dogmático, há legitimidade *ope constitutionis* do **Ministério Público** para a presente demanda, pois seu agir institucional na questão de fundo emana diretamente do Texto Constitucional, particularmente do artigo 127, *caput*, e artigo 129, inciso III.

Essa nítida previsão constitucional é reforçada por um sem-número de dispositivos legais, dos quais se destacam as previsões do artigo 1º, inciso VIII, e artigo 5º, inciso I, da Lei n. 7.347/1985 - Ação Civil Pública, do artigo 25, inciso IV, da Lei n. 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e do artigo 17, *caput*, da Lei n. 8.429/1992 - Improbidade Administrativa.

Também no que se refere à legitimidade passiva, a envolver o requerido **DILMAR ANTONIO FANTINELLI**, tem-se a incidência da previsão literal do artigo 2º da Lei n. 8.429/1992 - Improbidade Administrativa, já que o demandado, na condição de Prefeito de Abelardo Luz, no exercício financeiro de 2012, qualifica-se como agente público e, assim sendo, atrela-se pessoalmente à prática dos atos materiais rotulados como de improbidade administrativa.

Por conseguinte, por se tratar de aspecto processual flagrantemente alheio a dúvidas, tem-se patente a legitimidade ativa e passiva para esta ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

B - DO ENQUADRAMENTO FÁTICO-NORMATIVO COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A repulsa aos atos de corrupção e de violação aos parâmetros para uma boa gestão da *res publica*, muito mais do que um sentimento social, é um expreso comando constitucional, registrado em seu artigo 37, § 4º.

Para se conferir densidade normativa a essa diretriz constitucional, construiu-se a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, a qual, ao lado de outros

aspectos, trouxe a tipificação dos atos de improbidade administrativa, em róis *numerus apertus*, e previu o arcabouço de sanções respectivas, deixando clara a perspectiva de cumulação sancionatória.

É necessário, portanto, perscrutar o quadro fático acima apresentado para enquadrar a conduta do demandado na previsão da Lei n. 8.429/1992 – Improbidade Administrativa (LIA), a partir do manuseio dos elementos de informação coletados no Processo PCP n. 13/00346300 do Tribunal de Contas Catarinense e que instrui esta petição inicial.

DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E DE SUA CORRESPONDÊNCIA COM A LEI DE IMPROBIDADE – De saída, cabe assentar as premissas normativas que darão base à conclusão quanto à prática de ato de improbidade administrativa por parte do demandado.

A LRF tem seu nascedouro no Texto Fundamental de 1988, especificamente em seu artigo 163, o qual prevê a reserva de lei complementar para disciplinar os contornos elementares das finanças dos entes públicos do Estado brasileiro. Ainda que esperada desde a promulgação da Constituição Cidadã, a referida Lei Complementar somente foi aprovado no ano de 2000, com a edição da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio daquele ano.

A LRF constitui-se em uma das medidas mais relevantes do Plano de Estabilização Fiscal, implementado pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, em seu segundo mandato presidencial (1999-2002), ao lado de outras, de caráter não normativo, mas de repercussão na macroeconomia, como a superação do regime de câmbio fixo, a adoção de metas anuais de inflação e a fixação de compromisso com superávit primário.

A sobredita Lei Complementar fixa uma pauta de condutas, juridicamente exigíveis, porque sancionáveis, do gestor público, buscando-se orientar um trato fiscal, orçamentário, financeiro e patrimonial responsável. Nessa linha, encontram-se as afirmações de Carlos Valder do Nascimento²:

A referida lei tem por escopo sedimentar o regime de *gestão fiscal responsável*, mediante a implementação de mecanismos legais que deverão nortear o rumo da Administração Pública. Constitui, pois, um código de conduta gerencial a ser observado, doravante, na condução da coisa pública. Traça limites, estabelece controle e oferece elementos

2 MARTINS, Ives Gandra da Silva e NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 370.

balizadores acerca dos gastos públicos, bem como sobre o fluxo de recursos financeiros necessários à sua realização.

Com a Lei de Responsabilidade Fiscal, almeja-se, pela intervenção legislativa, quebrar a *praxis* administrativa dos entes públicos brasileiros, os quais, desde sempre, pela ausência de marcos normativos adequados, estiveram suscetíveis ao manuseio irresponsável das contas públicas, ao descompromisso com o equilíbrio entre despesas e receitas e à instrumentalização dos gastos públicos em artifícios eleitoreiros, entre outros descabros com o erário.

Assim sendo, os princípios e as regras da LRF passam a compor, ao lado de outros, o campo normativo da legalidade e juridicidade que necessariamente devem orientar o gestor público, por imperativo do artigo 37, *caput*, da Constituição da República, de modo que o distanciamento desse referencial pode projetar, a depender do caso concreto, a subsunção da conduta do gestor a uma das figuras de improbidade administrativa.

Nessa linha, ainda que desnecessário, já que essa conclusão resulta de uma interpretação sistemática do ordenamento brasileiro, encontra-se o artigo 73 da Lei Complementar n. 101/2000, o qual dispõe:

Art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

Em concretização dessa correlação normativa, é possível verificar a prática em potencial de diversos atos de improbidade administrativa em espécies que ganham vida justamente quando se tem em vista um parâmetro regulador da Lei de Responsabilidade Fiscal, iluminando-se alguns dos incisos dos artigos 9º (*v.g.* IX), 10 (*v.g.* IX) e 11 (*v.g.* I) da Lei de Improbidade.

No caso em tela, como será exposto no tópico seguinte, cuida-se da prática de ato de improbidade administrativa que se amolda à figura do artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/1992.

DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA CORRESPONDENTE PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - O princípio da legalidade é a base estruturante do

próprio conceito de Estado de Direito. A legalidade, em uma clássica lição da Teoria Geral do Direito, para o Estado (*rectus* para o agente público), projeta-lhe um duplo dever: de um lado, o de fazer tudo aquilo que a lei determina e, de outro lado, o de não fazer aquilo que a lei não autorize.

Na dicção de Alexandre de Moraes³:

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, em que será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar a ordem jurídica.

Atenta à relação visceral existente entre legalidade e Estado de Direito, o Texto Fundamental de 1988 trouxe, em diversos artigos, a menção expressa a esse princípio, *v.g.* artigo 5º, inciso II, artigo 84, incisos IV, artigo 150, inciso I, entre outros. No campo das finanças públicas, por sua vez, a Constituição da República é prodiga em reger a legalidade orçamentária, encontrando-se inúmeras previsões que atrelam a gestão do erário a uma autorização legal – artigos 163 e seguintes.

Tamanha a relevância do princípio da legalidade que a legislação ordinária, ao erigir a tipologia dos atos de improbidade administrativa, lançou, em seu artigo 11, *caput* e inciso I, expressa correlação entre o ato ímprobo e o ato ilegal. Retome-se essa previsão:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Há, portanto, de saída, uma inegável correlação fático-normativa da conduta caracterizadora de violação ao princípio da legalidade e a

3 Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 720.

respectiva subsunção como ato de improbidade administrativa.

Porém, a questão não se resume a um singelo silogismo, já que, para se construir essa correlação, no caso concreto, deve-se superar as substanciosas considerações doutrinárias que buscam relativizar ou mitigar, de forma acertada, diga-se, o enquadramento de toda e qualquer ilegalidade como ato de improbidade.

Bem ilustram essa formatação doutrinária as palavras de Fazzio Júnior⁴, ao comentar o tema:

No ponto, vale mencionar que é muito delgado o espaço que separa práticas administrativas ilegais e irregularidades suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem a má-fé que atenta contra princípios ético-jurídicos. É da transparente expressão desta, perfazendo o entorno da ilegalidade, circundando-a de malícia, que resulta o vício da improbidade. A Lei n. 8.429/92 está situada num plano em que o jurídico, o deontológico e o axiológico se imbricam, de modo que a quebra da legalidade só ingressa no território da improbidade, quando a conduta ilegal esbarra nos valores e deveres que, a partir do *caput* do art. 11, iluminam seus incisos. Ao apagar essas luzes, o agente público se faz ímprobo.

Tendo presente esse percuciente ensinamento, impõe-se ao **Ministério Público**, em sua imputação de improbidade administrativa por violação ao princípio da legalidade, um ônus de argumentação qualificado, do qual, abaixo, busca-se desincumbir-se.

Para tanto, é necessário, então, retomar a norma do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo texto é o seguinte:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

A referida previsão legal busca a contenção da execução orçamentária em um período crítico da realidade político-institucional brasileira: o último ano do mandato do titular de órgão ou Poder, este

⁴ Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 307.

em especial. Historicamente, períodos como esse sempre foram suscetíveis a indevidas manipulações por parte da chefia administrativa do ente público, manipulações estas às vezes orquestradas com finalidade político-eleitoral – para se buscar a reeleição ou para se viabilizar a manutenção no poder de um aliado político, direcionada a prejudicar ou inviabilizar o governo da próxima gestão, ou, para dizer o menos, às vezes resultado do mero descaso com a coisa pública em relação à qual não será mais o responsável.

Pois bem. Ainda que se reconheça a raiz sociológica do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou seja, mesmo detectado o problema político-institucional que se buscou solucionar ou mitigar com essa previsão, a inclusão nesse diploma de norma dessa natureza ultrapassa casos estritamente com essa roupagem. Em outras palavras, o alcance normativo do artigo 42 da LRF não se limita às evidentes e malélicas manipulações orçamentárias, acima exemplificadas.

Mais do que isso, essa previsão legal passa a integrar a pauta de condutas de todo e qualquer administrador, dele se exigindo uma especial atenção e diligência na reta final de sua gestão, sendo certo que a inobservância do parâmetro posto, ainda que não peculiarizado pelas intenções acima narradas, deve ser tida como ruptura com a ordem legal e, por conseguinte, violação ao princípio da legalidade, apta a sustentar a imputação de improbidade administrativa.

Portanto, em nenhuma medida, mesmo com a flexibilidade interpretativa que a menção (muitas vezes pueril) aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade comportam, não é possível rotular a violação ao artigo 42 da Lei Complementar n. 101/2000 como uma mera irregularidade, pois se trata de uma regra (i) de fácil compreensão, mesmo para o gestor leigo; (ii) de notório conhecimento, considerando-se os mais de 15 (quinze) anos de vigência da LRF; e (iii) imprescindível para se atingir o desiderato constitucional de ordenação das finanças do Estado, particularmente no que toca à transição da gestão em Poderes e órgãos.

Por fim, no que toca ao elemento subjetivo ínsito à espécie de improbidade do artigo 11, rememore-se que, após alguma oscilação doutrinária e jurisprudencial, consolidou-se o entendimento de que se exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico por parte do agente ímprobo, leia-se, basta demonstrar-se que a prática de conduta

consciente e voluntária de praticar todos os elementos do tipo objetivo, desassociada de qualquer finalidade específica (o dolo específico). Paralelamente, também foi pacificado o entendimento segundo o qual a comprovação de dano ao Erário ou o enriquecimento ilícito do agente, na figura do artigo 11 da Lei de Improbidade, são dispensáveis.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, há inúmeros precedentes nesse sentido⁵, do qual a ementa abaixo é exemplo:

Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no REsp 1355135, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 23.04.2015

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL QUE EXERCE INGERÊNCIA SOBRE O SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUAS E ESGOTO PARA QUE SEJA CONCEDIDA ISENÇÃO ILEGAL DO PAGAMENTO DE TARIFAS EM SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO.

1. A hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sob o argumento de que o então prefeito de São João Batista da Glória, teria exercido influência junto ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, pra que o diretor do referido órgão isentasse os contribuintes da cobrança pelo fornecimento de água, satisfazendo interesses próprios e de terceiros.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.

3. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92 dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

⁵ STJ, AIA 30/AM; AgRg no AREsp 8.937/MG; AgRg no AREsp 73.968/SP; AgRg no REsp 1.230.039/MG; REsp 807.551/MG; REsp 1.214.605/SP; AgRg nos EDcl no AREsp 33.898/RS; AgRg nos EAREsp 62.000/RS; AgRg nos EREsp 1.312.945/MG; AgRg no AREsp 234.852/SP; REsp 1.230.352/SP; REsp 1.119.657/MG; REsp 799.094/SP.

4. Da leitura do acórdão, verifica-se que, na espécie, o juízo de origem esclareceu que “ao advogar isenções de tarifas para determinadas pessoas ou grupo de pessoas, o requerido arrostou os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da pessoalidade e da eficiência, inscritos em nossa constituição, proporcionando uma evasão de divisas que deveriam ser empregadas nas necessidades sociais de toda a comunidade”, daí porque não há que se falar na inexistência do elemento subjetivo doloso.

5. Resta evidenciado, portanto, o elemento subjetivo dolo genérico na conduta do agente, independentemente da ocorrência de dano ao erário, razão pela qual fica caracterizado o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei 8429/92.

6. Agravo regimental não provido. **(grifou-se)**

No caso em tela, mais do que evidente o dolo genérico do requerido, já que a contração de despesas, por óbvio, nunca se dará culposamente por parte do administrador, pressupondo-se sempre a prática de um ato ou contrato administrativo que, para sua consubstanciação, sempre exigirá a prática de uma conduta consciente e voluntária.

À luz do que foi narrado em termos fáticos e presentes as considerações acima lançadas, tem-se patente que a postura do demandado frontalmente atentou contra os princípios da Administração Pública, especificamente o princípio da legalidade, enquadrando-se no ato de improbidade administrativa descrito no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/1992 – Improbidade Administrativa.

Em caráter reflexo, também é possível sustentar que a conduta imputada ao requerido violou outros princípios ínsitos à Administração Pública, basilares ao regime jurídico administrativo, a saber: princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, da moralidade e da lealdade às instituições. Ora, o descompromisso com as contas públicas, a ponto de se ter por rompida a regra do artigo 42 da LRF, faz tábula rasa do interesse público que anima a referida legislação, afastando-se o administrador, ao laborar no excesso de contração de despesas, da pauta de condutas probas e retas que dão os contornos à moralidade administrativa, tudo a revelar uma desleal posição perante o próprio Poder Executivo e suas relevantes funções administrativas, instituição na qual era o superior no plano hierárquico-administrativo.

Pelos vieses acima expostos, tem-se caracterizado o ato de improbidade administrativa.

**DA INCOMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS - DA SUPE-
RAÇÃO DO DESFECHO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE
O TRIBUNAL DE CONTAS E O PODER LEGISLATIVO** - A ordem constitucional de 1988 deu pormenorizado regramento aos Tribunais de Contas - da União, dos Estados e, onde já existente ao tempo de sua promulgação, dos Municípios. Entre suas diversas atribuições, tem-se aquela direcionada ao exame da prestação de contas anuais apresentada pelo Chefe do Poder Executivo, do que resultará um parecer prévio, remetido ao respectivo Poder Legislativo, competente para o julgamento da referida prestação (Constituição da República, artigo 71, inciso I, c.C. artigo 75 c.C. artigo 49, inciso IX, e Constituição Estadual, artigo 59, inciso I).

Cuida-se de um mecanismo constitucional projetado para que o Poder Legislativo exercite seu poder político de fiscalização do Poder Executivo, contando, para tanto, com o auxílio do Tribunal de Contas, o qual já terá procedido à apreciação da prestação de contas em termos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais. Nessa linha: *“A atuação realizada pelo Poder Legislativo é preponderantemente política, enquanto dos Tribunais de Contas esperam-se respostas emitentemente técnicas”*⁶.

Ao buscar-se a compreensão exata desse mecanismo, há de se concluir que se trata de ferramenta de controle matizada pelo viés político-institucional, leia-se, o julgamento da prestação de contas pelo Poder Legislativo, ainda que acompanhado de parecer do Tribunal de Contas, norteia-se por critérios que extrapolam o plano técnico-jurídico, abrindo-se a valorações e considerandos próprios à dinâmica travada entre os Poderes Executivo e Legislativo em um sistema de governo presidencialista.

Essa conclusão, porém, não revela, de *per si*, nenhum juízo de valor negativo ao referido ato de julgamento; cuida-se tão somente de reconhecer que o exame da prestação de contas, na espécie, está sendo conduzido no plano da responsabilidade política, estando a forma jurídica apenas a serviço do *procedere*. Igual raciocínio é perfeitamente extensível ao processo constitucional do *impeachment* e à compreensão

6 MEDINA, José Miguel Garcia. *Constituição Federal Comentada*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 361.

das figuras que delinham os chamados “crimes” de responsabilidade (artigo 51, inciso I, artigo 52, inciso I, e artigos 85 e 86 da Constituição da República).

Logo, a dinâmica e, em especial, o desfecho do julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo, pelo filtro do Tribunal de Contas e do respectivo Poder Legislativo, em nada prejudica o interesse de agir deduzido na presente ação de improbidade.

Pelo contrário, como é notório, o agente político, no esquadro do Estado Democrático de Direito brasileiro, tem sobre si projetados múltiplos planos de responsabilidade, a saber: responsabilidade administrativa, civil e criminal, no plano do direito, comum a todos os agentes públicos *lato sensu*; e a responsabilidade política, peculiar aos agentes públicos que, seja pela forma de investidura, seja pela natureza de suas funções, consubstanciam a própria vontade popular ou dão vida aos valores constitucionais.

O Direito convive comumente com a sobreposição de responsabilidades como consequência de um fato juridicamente relevante. Diante desse fenômeno, como regra, vige o **princípio da incomunicabilidade das instâncias**, segundo o qual a apuração e a concretização da responsabilidade em uma esfera não interfere, em nenhuma medida, nas demais. Por óbvio, há exceções, em geral a se prestigiar o que é decidido na esfera da responsabilidade criminal, pois se trata de processo que ganha vida no Poder Judiciário e é revestido de maiores garantias ao responsabilizado.

Na dimensão da improbidade administrativa, aqui manejando-se a expressão em sentido amplo, há nítido exemplo da sobreposição de responsabilidades jurídicas e política, já que um ato que atenta contra a moralidade administrativa, princípio constitucional, faz surgir pretensões que ganharão corpo nos planos criminal, administrativo e civil e, para um agente político, no plano da responsabilidade política.

O fenômeno da “improbidade administrativa”, portanto, tem a potencialidade de se amoldar simultaneamente (a) a uma figura penal (em geral, um crime contra a Administração Pública); (b) a uma infração disciplinar (se o agente ímprobo guardar relação funcional com a Administração Pública); (c) a um ilícito civil descrito em uma das figuras dos

artigos 9º a 11 da Lei 8.429/1992, caracterizando a improbidade administrativa em sentido estrito⁷; e (d) caso o sujeito ativo da improbidade seja um agente político, verifica-se ato passível de censura política, seja pelos mecanismos delineados na Constituição (v.g. *impeachment*), seja pela própria reprovação popular⁸.

A superposição de responsabilidades como consequência da prática de um ato de improbidade administrativa não se limita a essas múltiplas e simultâneas tipificações que o ato receberá; tal superposição também gera reflexos para as espécies de sanções jurídicas que serão aplicadas ao agente ímprobo, pois algumas de sanções são comuns a mais de uma esfera jurídica de responsabilização.

Verba gratia, considere-se a perspectiva de recomposição do erário em face do ato de improbidade, o que poderá ser concretizado na condenação criminal (Código de Processo Penal, artigo 387, inciso IV), no bojo de um processo administrativo disciplinar (Lei Estadual n. 6.745/1985, artigos 95 e 96) e na sentença condenatória em uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992, artigo 12). Evidentemente, muito embora o objeto final da sanção seja o mesmo, qual seja o ressarcimento do dano, os fundamentos para sua imposição são distintos, pois têm sedes próprias, autônoma e concomitantemente, nas esferas penal, administrativa e cível.

Vê-se, por conseguinte, que a noção jurídica subjacente ao princípio da incomunicabilidade das instâncias há de englobar a tipificação, o processamento e a cominação e imposição de sanções de forma autônoma nas esferas de responsabilidade jurídica – penal, administrativa e civil – e de responsabilização política.

Portanto, para os fins dessa ação civil pública por ato de improbidade administrativa, não há qualquer óbice ou prejuízo à imputação nela veiculada por conta do desfecho do exame da prestação de contas do exercício de 2012, do Município de Abelardo Luz, nas instâncias do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e da Câmara de Vereadores local. Em uma palavra, no caso em tela, a conclusão do Tribunal

7 STF, Pleno, ADI 2797, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006 e STJ, 2ª Turma, REsp 718321/SP, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 19-11-2009.

8 A democracia brasileira não dispõe de nenhum mecanismo formalizado para consideração da reprovação popular a um mandatário, sendo esta percepção apurada apenas mediante pesquisas de opinião pública, em que se julga o governo de ruim a ótimo. Não obstante, nas infundáveis discussões relativas à reforma política, já se cogitou da implantação do *recall* no sistema político brasileiro, ferramenta esta que consiste em um exemplar mecanismo de responsabilização política do agente político.

de Contas e do Poder Legislativo não vincula a conclusão no que toca à configuração ou não de ato de improbidade administrativa por violação ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

DA REALIDADE LOCAL AO LONGO DO EXERCÍCIO FINANCEIRO DE 2012 - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA LEGAL PARA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - Aqui, mais uma vez, deve-se rememorar, como lançado nos tópicos anteriores, que o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, ao examinar a prestação de contas relativa ao exercício financeiro de 2012 do Município de Abelardo Luz, desconsiderou a caracterização de violação ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, contrapondo-se a constatação contábil desse evento à realidade global das contas do Município ao final daquele ano, concluindo-se o parecer prévio no sentido da aprovação das contas prestadas.

Nesse sentido, colhe-se do voto do relator, Conselheiro César Filomeno Fontes, após apreciar as informações complementares prestadas pelo Prefeito de Abelardo Luz, a seguinte conclusão, *in verbis* (fls. 434/435):

Em resposta, o responsável acrescentou às primeiras justificativas o fato de o Município de Abelardo Luz ter enfrentado no ano de 2012 dificuldades climáticas, o que, além de ter ocasionado situação de emergência, exigiu da administração municipal maiores esforços para minimizar os danos, sendo inclusive, Decretado Situação Anormal, por meio do Decreto nº 0461/2012. Além disso, o responsável esclareceu que um determinado recurso, referente ao programa da saúde e da assistência social, que deveria ter sido creditado ainda em 2012, foi repassado ao Município somente em 2013. Acessando os sítios www.fns.saude.gov.br e www.aplicações.mds.gov.br, percebo que existem valores ali à serem repassados ao Município de Abelardo Luz, no valor de R\$ 320.544,24, conduzindo-me a aceitação de parte da manifestação trazida à baila.

Diante dessas considerações, bem como pelo fato de que todos os demais aspectos relevantes das contas foram observados pelo Responsável, tais como, percentuais mínimos de aplicação em educação e saúde, limites de gastos com pessoal, reputo indispensável analisar as contas sob a ótica dos princípios da razoabilidade, da eficiência e da boa administração pública.

Isso porque, conforme se extrai dos autos, os valores sem

cobertura, frente ao orçamento do município, não afetaram de forma significativa a posição financeira, orçamentária e patrimonial do exercício em análise.

Além disso, importa afirmar que, embora tenham sido contraídas obrigações sem disponibilidade de caixa suficiente, anotadas pelo Corpo Técnico, no valor total de R\$ 1.282.289,74, o confronto entre receita arrecadada e receita realizada, resultou no Superávit de execução orçamentária do Município de ordem de R\$ 95.189,03, correspondente a 0,20% da receita arrecadada. Ademais, a receita arrecadada do exercício em exame atingiu o montante de R\$ 48.545.464, equivalente a 106,74% da receita orçada.

Também confirmando a boa situação do Município, retiro do relatório técnico que o confronto entre Ativo Financeiro e Passivo Financeiro do exercício encerrado resulta em Superávit Financeiro [...].

Ainda quanto à situação financeira do Município, tem-se que essa é Superavitária, sendo que no final do exercício de 2012, o Ativo Financeiro representou 1,11 vezes o valor do Passivo Financeiro.

Por tais e outras razões, encampadas pelo órgão colegiado do Tribunal de Contas é que se superou, como dito acima, a inobservância do parâmetro previsto pelo artigo 42 da Lei Complementar n. 101/2000.

Nesse ponto da petição inicial, não se pode menosprezar o que concluído pela Corte Especializada, já que se tem em vista decisão adequadamente fundamentada, a qual, a par de examinar a globalidade das contas do Município de Abelardo Luz no ano de 2012, trouxe diversos argumentos que permitiram, na lógica daquele Tribunal, superar a leitura que dá pela violação ao artigo 42 da referida Lei. Logo, pela tecnicidade da questão de fundo, a desconsideração ou superação do que decidido pelo TCE, para fins de capitulação do ato como de improbidade administrativa, demanda um ônus argumentativo por parte do **Ministério Público**, do qual se desincumbe nesse tópico desta petição.

De saída, há de se dizer o óbvio: o Tribunal de Contas não atestou, em nenhum momento, que o artigo 42 da LRF foi cumprido pelo Município sob a gestão do demandado. Pelo contrário, há reconhecimento contábil e expresso de que houve, sim, violação à referida previsão legal.

Bem examinado o acórdão daquela Corte de Contas, vê-se que o que se deu foi a ponderação da violação do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal à luz da globalidade das contas do exercício financeiro

de 2012 do Município de Abelardo Luz, a se permitir a conclusão do parecer pela aprovação das contas.

Entretanto, na perspectiva ministerial, há de se refutar a construção jurídica que sugere que a observância ao artigo 42 da Lei Complementar n. 101/2000 pode ser relativizada tendo presente outros aspectos das contas do exercício financeiro examinado.

Como já exposto, desse artigo resulta um comando normativo bem específico e com uma finalidade perfeitamente clara: impedir a assunção de dívidas, no último ano do mandato do gestor, que não encontrem respaldo nos cofres públicos, para se garantir que a transição de uma gestão a outra não se dê em prejuízo ao equilíbrio econômico-financeiro do ente ou órgão; como consectário lógico, também se evita o manuseio político-eleitoreiro do orçamento, como já explanado.

Ora, o cumprimento de deveres diversos do ordenamento jurídico, notadamente da Constituição da República e da Lei de Responsabilidade Fiscal, tais como: aplicação de recursos mínimos em saúde e educação e respeito aos limites de gastos com pessoal, não desobriga o gestor de atender ao que determina o artigo 42 da LRF, já que essas outras obrigações buscam preservar outros valores também ínsitos ao equilíbrio das contas públicas e à concretização dos direitos fundamentais.

Logo, há de se concluir, com clareza meridiana, que o comando desse dispositivo, por sua especificidade, não guarda absolutamente nenhuma relação com outros aspectos da realidade financeira do ente municipal, o que revela inadequado o reconhecimento de tamanha relação de prejudicialidade entre eles.

Em acréscimo, não há uma escala jurídica de preponderância ou primazia entre os múltiplos deveres de ordem orçamentária, fiscal, financeira e patrimonial a que o gestor está adstrito, a ponto de se considerar o respeito de um mais relevante do que o de outro ou, como no caso concreto, a se justificar um literal e flagrante descumprimento de um parâmetro legal. Em outras palavras, o fiel cumprimento da lei em determinados pontos não pode ser erigido como justificativa para o descumprimento dessa mesma lei em outros, se não há qualquer correlação normativa entre os deveres examinados.

Admitir-se essa construção significaria flertar com uma repugnante tautologia, por meio da qual a Lei de Responsabilidade Fiscal nunca

será respeitada em sua integralidade: hoje, por se respeitarem os limites de gastos com pessoal (ou qualquer outro dever), admite-se a violação ao artigo 42 (ou qualquer outro dever); amanhã, por se respeitar o artigo 42 (ou qualquer outro dever), admite-se a violação aos limites de gastos com pessoal (ou qualquer outro dever) etc.

Assim sendo, *data venia*, conclui-se que o Tribunal de Contas, em seu parecer prévio, procedeu a um indevido juízo de valor, alheio e em contrariedade à sua competência constitucional (já que é um órgão técnico) e ao próprio Direito, de modo que suas conclusões não devem ser tomadas como verdades absolutas.

Por fim, ainda respeitosamente, vê-se que a solução da questão posta também não envolve a aplicação dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, tomados, a propósito, indevidamente como sinônimos, se consideradas suas origens e bases dogmáticas.

Em termos estritamente conceituais, há equívoco na própria incidência do princípio da proporcionalidade no caso concreto, já que, na percepção de Ronald Dworkin, adotada majoritariamente no Brasil, a proporcionalidade busca a solução de conflitos de normas principiológicas. Entretanto, evidentemente, o artigo 42 da Lei Complementar n. 101/2000 tem a típica estrutura de uma regra jurídica e, por conseguinte, é aplicável na lógica do “tudo ou nada”, para se utilizar de uma expressão do próprio Dworkin; em outras palavras, diante de uma regra ou de um conflito de regras, não se tem possível qualquer ponderação de interesses, à luz da proporcionalidade, já que as regras não comportam elasticidade em sua incidência; uma regra ou é aplicada ou é objeto de invalidação por confronto com um parâmetro normativo superior; não há uma terceira via interpretativa.

Logo, por diversas razões, todas dogmático-jurídicas, não é possível quedar-se inerte à construção do Tribunal de Contas, para se afastar a prática de ato de improbidade administrativa que resulta da violação ao artigo 42 da LRF.

Por último, para se esgotarem todas as argumentações de relevo espostas pelo Tribunal de Contas em seu parecer, deve-se também superar, para fins de enquadramento da improbidade administrativa, a afirmação de que o Município de Abelardo Luz, ao longo do exercício

de 2012, suportou situação local de emergência e de atraso no repasse de receitas federais que justificaria o descompasso das contas públicas nos 2 (dois) últimos quadrimestres do ano, de modo a não ser juridicamente censurável a verificação contábil que deu pela inobservância do artigo 42 da LRF.

Não se ignora, porque evidente, a marca da imprevisibilidade do orçamento, já que a previsão de despesas parte de uma respectiva previsão de receita, para a qual não se tem nenhuma garantia objetiva de atingimento. Portanto, não se desconsidera, em princípio, cenários econômico-financeiros em que, por suas peculiaridades, esteja justificada a quebra do parâmetro do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Porém, para que se possa dar o devido peso a essa argumentação, há de se demonstrar o estrito vínculo entre o valor das despesas assumidas e que não encontraram correspondência em caixa e os eventos atípicos vivenciados ao longo do exercício financeiro, traçando-se a relação nominal das despesas e de seus montantes com os referidos episódios.

Essa expectativa, nem de longe, foi atingida no processo de prestação de contas do Município de Abelardo Luz, no exercício financeiro de 2012, o que é visível no próprio voto do Conselheiro Relator (no trecho acima colacionado).

Esse aspecto, por conseguinte, abre-se à discussão e à instrução probatória entre as partes do processo, incumbindo-se ao demandado demonstrar (a) os eventos que peculiarizaram o exercício financeiro de 2012; e (b) que a totalidade das despesas, vinculadas e não vinculadas, a descoberto, contraídas nos 2 (dois) últimos quadrimestres daquele ano, guarda estrita relação, qualitativa e quantitativa, com esses eventos.

Nesses termos, também por essa conformação, não é possível afastar o enquadramento do ato de improbidade administrativa ora delineado.

III - DA INDISPONIBILIDADE DE BENS DO DEMANDADO.

A título de medida cautelar, requer o **Ministério Público** que seja determinada a indisponibilidade de bens do demandado, em valor correspondente à quantia necessária ao pagamento de multa civil,

concretizando-se o comando do artigo 37, § 4º, da Constituição da República e o artigo 7º da Lei 8.429/1992.

De pronto, registre-se que a medida cautelar da indisponibilidade de bens comporta aplicação diante da prática de qualquer modalidade de improbidade administrativa, incluindo-se aquela decorrente de violação a princípio da Administração Pública, descrita no artigo 11 da Lei de Improbidade, tal como é o caso *sub judice*⁹.

Avançando, a despeito da cautelaridade da medida de indisponibilidade de bens, ora requerida, tal providência judicial deve ser compreendida a partir de interpretação já consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, na qual se reconheceu se tratar de modalidade de tutela de evidência e não de urgência.

Para essa adequada leitura, o deferimento da indisponibilidade de bens não está condicionado à demonstração em concreto do *periculum in mora* (dilapidação do patrimônio), bastando a constatação de elementos de prova que aponte indícios substanciais da prática de ato de improbidade administrativa, do que decorrerá a responsabilização respectiva ao demandado (*fumus boni iuris*).

Essa compreensão, encontrada na doutrina há anos, foi perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça no paradigmático e didático AgRg 1311013/RO, julgado pela Segunda Turma, de cuja ementa se destacam as seguintes passagens:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. POSSIBILIDADE. DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO NO ART. 7º DA LEI N. 8.429/92. INDIVIDUALIZAÇÃO DE BENS. DESNECESSIDADE.

1. O art. 7º da Lei n. 8.429/92 estabelece que “quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo

⁹ Nesse sentido, tem-se na jurisprudência do STJ: AgRg no REsp 1.311.013/RO; AgRg no REsp 1.299.936/RJ; AgRg nos EDcl no Ag 587.748/PR; AgRg no REsp 1.109.396/SC; REsp 637.413/RS; AgRg no REsp 1.042.800/MG; REsp 1.023.182/SC; REsp 957.766/PR.

patrimonial resultante do enriquecimento ilícito”.

2. Uma interpretação literal deste dispositivo poderia induzir ao entendimento de que não seria possível a decretação de indisponibilidade dos bens quando o ato de improbidade administrativa decorresse de violação dos princípios da administração pública.

3. Observa-se, contudo, que o art. 12, III, da Lei n. 8.429/92 estabelece, entre as sanções para o ato de improbidade que viole os princípios da administração pública, o ressarcimento integral do dano - caso exista -, e o pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

4. Esta Corte Superior tem entendimento pacífico no sentido de que a indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, ainda, o valor de possível multa civil como sanção autônoma.

5. Portanto, em que pese o silêncio do art. 7º da Lei n. 8.429/92, uma interpretação sistemática que leva em consideração o poder geral de cautela do magistrado induz a concluir que a medida cautelar de indisponibilidade dos bens também pode ser aplicada aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública, mormente para assegurar o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, se houver, e ainda a multa civil prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92.

6. Em relação aos requisitos para a decretação da medida cautelar, é pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o *periculum in mora*, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação ato de improbidade administrativa, é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial.

Agravo regimental improvido.

Rememore-se, ainda, que, há menos de um ano, como noticiado no Informativo 547 do Superior Tribunal de Justiça, datado de 8/10/2014, esse esquadro interpretativo do artigo 7º da Lei n. 8.429/1992 foi julgado pela 1ª Seção desta Corte sob a roupagem de recurso repetitivo, nos moldes do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Vale também a transcrição do informativo sobre esse julgado, o qual registra em definitivo a visão do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, com reflexos para todos os casos em que se discuta questão de direito idêntica:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REQUISITOS DA MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS PREVISTA NO ART. 7º DA LEI 8.429/1992. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). É possível decretar, de forma fundamentada, medida cautelar de indisponibilidade de bens do indiciado na hipótese em que existam fortes indícios acerca da prática de ato de improbidade lesivo ao erário. De fato, o art. 7º da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) instituiu medida cautelar de indisponibilidade de bens que apresenta caráter especial em relação à compreensão geral das medidas cautelares. Isso porque, para a decretação da referida medida, embora se exija a demonstração de *fumus boni iuris* – consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade –, é desnecessária a prova de *periculum in mora* concreto – ou seja, de que os réus estariam dilapidando efetivamente seu patrimônio ou de que eles estariam na iminência de fazê-lo (colocando em risco eventual ressarcimento ao erário). O requisito do *periculum in mora* estaria implícito no referido art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, que visa assegurar “o integral ressarcimento” de eventual prejuízo ao erário, o que, inclusive, atende à determinação contida no art. 37, § 4º, da CF (REsp 1.319.515-ES, Primeira Seção, DJe 21/9/2012; e EREsp 1.315.092-RJ, Primeira Seção, DJe 7/6/2013). Ora, como a indisponibilidade dos bens visa evitar que ocorra a dilapidação patrimonial, não é razoável aguardar atos concretos direcionados à sua diminuição ou dissipação, na medida em que exigir a comprovação de que esse fato estaria ocorrendo ou prestes a ocorrer tornaria difícil a efetivação da medida cautelar em análise (REsp 1.115.452-MA, Segunda Turma, DJ 20/4/2010). Além do mais, o disposto no referido art. 7º em nenhum momento exige o requisito da urgência, reclamando apenas a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito. REsp 1.366.721-BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. para acórdão Min. Og Fernandes, julgado em 26/2/2014.

Assentada essa premissa interpretativa, cabe, no caso em tela, destacar que o ato de improbidade imputado ao demandado encontra indícios suficientes de ocorrência nos elementos coligidos no processo de prestação de contas oriundo do Tribunal de Contas, cujo conteúdo foi pormenorizadamente descrito e articulado na petição inicial desta ação civil pública.

No que concerne à amplitude da indisponibilidade de bens ora requerida, como do ato de improbidade administrativa delineado não

resultou, *a priori*, qualquer dano ao Erário ou enriquecimento ilícito, tem-se a utilidade da medida para o pagamento da multa civil, cujo valor máximo é de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo requerido.

Vale constar que o caráter instrumental da indisponibilidade de bens em relação à multa civil já foi objeto de decisões do Superior Tribunal de Justiça, *verba gratia*:

Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no REsp 1260737 /RJ, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 25.11.2014

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE ABRANGE INCLUSIVE AQUELES ADQUIRIDOS ANTES DA PRÁTICA DO SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE, ASSIM COMO O POTENCIAL VALOR DA MULTA CIVIL APLICÁVEL À ESPÉCIE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO IMINENTE OU EFETIVA DO PATRIMÔNIO DO DEMANDADO. PERICULUM IN MORA IMPLÍCITO NO COMANDO LEGAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1 - O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 7º da Lei nº 8.429/92, tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, ainda que adquiridos anteriormente à prática do suposto ato de improbidade, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil. Precedentes.

2 - A Primeira Seção desta Corte de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou o entendimento de que o decreto de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa constitui tutela de evidência e, ante a presença de fortes indícios da prática do ato reputado ímprobo, dispensa a comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do réu, estando o periculum in mora implícito no comando do art. 7º da LIA.

3 - Agravo regimental a que se nega provimento. **(grifou-se)**

Logo, tem-se, no caso concreto, hipótese autorizadora do deferimento da indisponibilidade de bens dos requeridos, tal como prevista no artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992.

Delineado o cabimento, deve-se precisar 2 (dois) últimos aspectos do pedido de indisponibilidade: (i) o valor; e (ii) a forma de constrição patrimonial.

No que toca ao valor, o artigo 12, inciso III, da Lei n. 8.429/1992 estabelece que a multa civil aplicada à modalidade de improbidade administrativa ora imputada tem por valor máximo 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente.

Ocorre que, no presente momento, não é claro o valor do subsídio pago ao Chefe do Poder Executivo ao tempo do ocorrido, já que esse dado não está disponível à parte autora por meios ordinários¹⁰. Contudo, para não se deduzir pedido ilíquido, entende-se possível estipular bases seguras que apontem um valor razoável, a título inicial, para fins de concessão do pedido de indisponibilidade de bens.

Pois bem. Percorrendo o atual Portal da Transparência do Município de Abelardo Luz, o único valor de subsídio de agente público hoje disponibilizado é o de Vereador¹¹, fixado em R\$ 4.012,21 (quatro mil e doze reais e vinte e um centavos). Tomando-se, por hipótese, esse valor como referência para o subsídio do Chefe do Poder Executivo, tem-se um valor máximo da multa civil de R\$ 401.221,00 (quatrocentos e um mil e duzentos e vinte e um reais). Logo, com essa construção, atinge-se um valor que pode ser tomado como norte para o pedido ora deduzido.

Avança-se, por fim, para delinear a forma de concretização dessa indisponibilidade. No ponto, em essência, deve-se ter por norte o referencial do artigo 655 do Código de Processo Civil, o qual estabelece a ordem de prioridade de bens na constrição patrimonial realizada mediante penhora.

Assim, em um primeiro plano, à luz do regramento mencionado, deve-se buscar valores disponíveis em contas bancárias e aplicações financeiras do requerido, notadamente mediante o sistema BACENJUD, nos termos do artigo 655-A deste mesmo Código. Paralelamente, é possível direcionar também a indisponibilidade para a constrição formal do patrimônio imobiliário e de veículos do demandado, acionando-se, respectivamente, o Cartório de Registro de Imóveis local e o órgão de

¹⁰ Registre-se, por oportuno, que tramita na Promotoria de Justiça da Comarca de Abelardo Luz o Inquérito Civil n. 06.2015.0002647-0, que tem por objeto justamente o cumprimento pelo Poder Executivo local dos parâmetros da Lei da Transparência.

¹¹ http://cloud publica.inf.br/clientes/abelardoluz_pm/portaltransparencia/?p=10&inicio=01/01/2015&fim=31/12/2015.

trânsito.

Sem prejuízo do deferimento da medida, uma vez formalizada e documentada a constrição própria à indisponibilidade, será possível redimensionar, de pronto, a extensão do patrimônio atingido, para se afastar potencial excesso de restrição patrimonial, evitando-se que o demandado suporte constrição patrimonial para além daquela que poderá lhe ser imposta com a procedência da presente ação.

De resto, caso esses expedientes não se mostrem exitosos, uma vez devidamente documentados no processo, a Promotoria de Justiça adequará o pedido de indisponibilidade, pormenorizando-se e direcionando-o para outros nichos patrimoniais do artigo 655 do Código de Processo Civil.

Nesses termos, tem-se os contornos do pedido de indisponibilidade de bens do demandado.

IV - DO PREQUESTIONAMENTO.

Todos os dispositivos citados nos tópicos anteriores são expressamente prequestionamentos nesta oportunidade.

V - DOS PEDIDOS.

Com base no acima exposto, o **Ministério Público** requer:

(a) a autuação desta petição inicial e dos documentos que a acompanham;

(b) a determinação, *inaudita altera parte*, da indisponibilidade de bens do demandado, no valor de R\$ 401.221,00 (quatrocentos e um mil duzentos e vinte e um reais), nos termos acima expostos, para resguardar o pagamento da sanção de multa civil;

(c) a notificação do requerido para que ofereça manifestação por escrito, no prazo legal;

(d) o recebimento da petição inicial, com os documentos que a acompanham;

(e) a citação do demandado para que ofereça resposta, no prazo legal;

(f) a notificação do Município de Abelardo Luz/SC, em atendimento ao artigo 17, § 3º, da Lei 8.429/1992;

(g) a produção de todos os meios de prova admitidos em direito para comprovar as alegações, notadamente prova testemunhal, documental e pericial, a ser oportunamente apresentadas; uma vez concretizada a indisponibilidade de bens, requer-se, desde já, seja requisitado ao Município de Abelardo Luz informação sobre o valor do subsídio pago ao Chefe do Poder Executivo ao longo do exercício de 2012 e também nos meses correntes, para melhor se definir, a título cautelar e em definitivo, o montante em que orbita a sanção da multa civil;

(h) o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa que se amolda ao artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/1992, pelo demandado, e consequente condenação em todas as espécies sancionatórias do artigo 12, inciso III, dessa Lei;

(i) a condenação do requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, revertendo-se estes em favor do Fundo para Reconstituição de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, conforme o artigo 3º, inciso VI, da Lei Estadual n. 15.694/2011; e

(j) a isenção do pagamento de custas processuais ao **Ministério Público**, nos termos do artigo 18 da Lei n. 7.347/1985 – Ação Civil Pública e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹².

Dá-se à causa o valor de R\$ 401.221,00 (quatrocentos e um mil e duzentos e vinte e um reais).

Abelardo Luz, 27 de agosto de 2015.

Vinícius Secco Zoponi

Promotor de Justiça

¹² STJ, 2ª Turma, REsp 1298685 / RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 27.06.2012.

