



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 229, 3º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9003

Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Eugênio Couto Terra

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Jane Maria Köbler Vidal

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Jane Maria Köbler Vidal*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski*

Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daitello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eladio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodycz.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang*

Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo.

- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof^ª Dr^ª Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof^ª Dr^ª Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof^ª Dr^ª Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Editorial

A *Revista da Ajuris* está vinculada ao Centro de Pesquisas “Judiciário, Justiça e Sociedade”, mantido pela Escola Superior da Magistratura/AJURIS, publicando artigos que se enquadrem nas linhas de pesquisa de tal Centro, bem como de seus vários núcleos de estudo.

Nossa revista, ao longo dos seus quase quarenta anos de ininterrupta circulação no ambiente jurídico nacional, sempre primou pela excelência dos artigos publicados, abrangendo temas que passeiam pelo Direito Público e Privado, material e processual, de interesse permanente de todos os operadores jurídicos.

A edição 135 de nossa Revista (Setembro de 2014), que ora chega ao seu público leitor, não se afasta da trajetória que marcou seu sucesso passado. Abrange uma temática diversificada, atual e de interesse permanente.

No campo do **Direito Público**, publicam-se os trabalhos “*Sigilo bancário: A visão do STF sobre o acesso direto pelo fisco sem autorização judicial*”, de Eduardo Cambi e Gustavo Pompílio; “*O cenário internacional de um direito fundamental: A democracia e a crise econômica*”, de Matheus Felipe de Castro e Vinicius Almada Mozetic; “*Limites à responsabilidade subsidiária da administração pública segundo os tribunais superiores*”, de Nilton Carlos de Almeida Coutinho; “*A revisão dos benefícios previdenciários e a decadência à luz do entendimento do STF no Recurso Extraordinário nº 626489/SE*”, de Rafaela da F. Lima Rocha Farache; “*A reparação dos danos coletivos na corte interamericana de direitos humanos*”, de Rosalice Fidalgo Pinheiro e Carlos Giovanni Pinto Portugal; “*O novo regime jurídico das parcerias voluntárias previsto na Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014*”, de Silvio Luís Ferreira da Rocha; “*Implicaciones legales de la prestación de servicios de cloud computing. Especial referencia a la protección de datos de carácter personal*”, de Sor Arteaga; “*Da problemática referente ao direito fundamental de moradia no que toca às Áreas de Preservação Permanente (APP) em áreas urbanas de ocupação consolidadas*”, de Felipe Waquil Ferraro; “*Sigilo bancário e fiscalização tributária – Análise crítica do posicionamento adotado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar nº 33/PR e Recurso Extraordinário nº 389.808/PR*”, de Fernando Bortolon Massignan; “*Efeitos das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade: Comentários ao julgamento da Reclamação nº 4.335/AC*”, de Taís Schilling Ferraz; “*O fornecimento de medicamento para doenças raras como integrante do direito à saúde*”, de Joseane Ledebrium Gloeckner; “*Os juízes brasileiros e o controle de convencionalidade ambiental*”, de Lídio Modesto da Silva Filho.

Ainda no Direito Público, mas mais especificamente no **Direito Ambiental**, veiculamos os seguintes textos doutrinários: “*Aspectos médicos, bioéticos e jurídicos do uso de material genético na reprodução humana assistida ‘post mortem’ a partir de*

um estudo casuístico”, de Leonardo Stoll de Moraes e Márcia Santana Fernandes; *“O risco alimentar na contemporaneidade: Uma análise do quadro epidêmico da diabetes à luz dos princípios constitucionais para promoção da proteção ambiental em prol da saúde pública”*, de Maria Claudia Crespo Brauner e Karina Morgana Furlan.

No âmbito do **Direito Processual**, publicamos dois artigos: *“O ajuizamento da execução fiscal e a interrupção da prescrição (artigo 174, parágrafo único, I, do CTN e o seu efeito ‘secundum eventum citationis’)”*, de Cássio Benvenuti de Castro; e *“A disciplina dos agravos no projeto do novo Código de Processo Civil”*, de Marco Félix Jobim e Fabrício de Farias Carvalho. Nas próximas edições haverá um aumento dos artigos dedicados a este ramo do direito, em razão do iminente novo diploma processual civil.

Na área do **Direito Privado** comparecem os artigos *“Desmaterialização e imaterialização dos títulos de crédito do agronegócio e a sua executividade”*, de Jean Carlos Fernandes e Alejandro Melo Toledo; *“Interpretação dos contratos empresariais – Sem fobia e sem idolatria”*, de Ricardo Lupion.

E não poderíamos deixar de incluir artigos de teor mais reflexivo, envolvendo as áreas da **hermenêutica** e **teoria crítica**, como é o caso dos seguintes artigos: *“Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia”*, de Lenio Luiz Streck; *“Em busca de um telos social: Uma análise a partir de John Rawls, Alasdair Macintyre e Francisco de Assis”*, de Plínio Valente Ramos Neto; e *“Lógica, direito processual, decadência do positivismo e o ressurgimento da retórica em perspectiva histórico-jurisdicional”*, de Alexandre Freire Pimentel.

Representando a área da reflexão **penal**, apresentamos o texto de Bruna Köche, *“Crime, culpa e expiação: Secularização do direito penal e a herança da moral religiosa na punição”*.

Como o leitor pode verificar, apesar da diversidade temática, todos os artigos são de permanente atualidade.

Aos nossos fiéis leitores, desejamos uma proveitosa leitura.

Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

LÓGICA, DIREITO PROCESSUAL, DECADÊNCIA DO POSITIVISMO E O RESSURGIMENTO DA RETÓRICA EM PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURISDICCIONAL

LOGIC, PROCEDURAL LAW, DECAY OF POSITIVISM AND THE RHETORIC REVIVAL FROM AN HISTORICAL-JURISDICTIONAL PERSPECTIVE

Alexandre Freire Pimentel¹

Mestre e Doutor em Direito pela FDR-UFPE.

RESUMO: Através de uma perspectiva histórica e teórica da lógica e da retórica, este artigo propõe-se a demonstrar que o silogismo retórico apresenta-se como técnica jurisdiccional hábil na resolução de controvérsias de uma sociedade dúctil e líquida.

PALAVRAS-CHAVE: lógica; retórica; decadência do positivismo.

ABSTRACT: *Through an historical and theoretical perspective of the logic and the rhetoric, this article aims to demonstrate that the rhetorical syllogism presents itself as skillful and effective jurisdictional technique in solving judicial disputes in a ductile and liquid society.*

KEYWORDS: *logic; rhetoric; decadence of positivism.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da lógica: incursões históricas iniciais; 2 A retórica: origens e ressurgimento; 3 Teoria dos princípios, argumentação jurídica e retórica jurisdiccional; 4 Lógica, silogismo e decisão judicial; Notas conclusivas; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Logic: initial historical incursions; 2 Rhetoric: origins and resurgence; 3 Theory's principles, legal arguments and judicial rhetoric; 4 Logic, syllogism and judicial decision; Concluding remarks; References.*

INTRODUÇÃO

Baseado numa perspectiva histórica, este artigo objetiva analisar as origens da lógica e da retórica, bem como ambas foram utilizadas na teoria do direito e na práxis forense no decorrer dos tempos.

¹ Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE) e da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu*), Pós-Doutorado pela Universidade de Salamanca-Espanha (com bolsa da Capes - Fundação Carolina), Ex-Promotor de Justiça, Juiz de Direito do TJPE, Juiz Eleitoral (TRE-PE).

Pretende-se demonstrar que o modelo lógico-formal-silogístico foi extremamente útil às distintas vertentes teóricas que caracterizaram o positivismo jurídico soerguido pelo *standard* de estado liberal, perpassando tanto pelo procedimentalismo francês, da escola da exegese, quanto pela escola de Viena, da qual emergiu a *reine rechtslehre*, de Kelsen. Serviu tanto a protótipos estatais de viés democrático quanto a modelos totalitários, encaixando-se até mesmo no âmbito da teoria do decisionismo, de Carl Schmitt.

Porém, com a queda dos estados totalitários europeus, o positivismo normativista sofreu um processo de decadência constante e crescente. A crise de 1945 acarretou mudanças significativas no pensamento jurídico. Desde a época clássica até o declínio das potências do Eixo, houve um predomínio da lógica formal sobre a retórica, no âmbito da teoria do Direito, em especial no que tem pertinência com a atividade jurisdicional. Porém, nos estados democráticos de direito, que se fortaleceram em seguida, lograram força teorias que buscaram nos princípios jurídicos (desde Josef Esser) e na “argumentação” jurídica uma alternativa de sobrevivência para a dogmática jurídica.

Nesse cenário, fortaleceu-se a compreensão de que o direito pode ser “dúctil” sem deixar de ser dogmático, como percebeu Zagrebelsky. Na era da pós-modernidade, a sociedade, porém, tornou-se “líquida”, no sentido de Bauman, isto é, caracterizada por uma mutabilidade constante e fortemente marcada pela lógica do “descarte”. Mas, conquanto em países periféricos, sobretudo na América Latina, o positivismo lógico-formal tenha regurgitado por mais tempo, o seu declínio sucessivo constituiu-se num fato verificável tanto na academia quanto na prática processual.

Foi nesse panorama que a retórica encontrou forças para ressurgir enquanto técnica de persuasão judicial na resolução de controvérsias. Pretende-se, enfim, aclarar as conexões entre lógica e retórica, perpassando pelas origens cronológicas dos dois institutos, para tentar demonstrar a viabilidade prática do uso processual dos entimemas no momento atual.

1 DA LÓGICA: INCURSÕES HISTÓRICAS INICIAIS

A lógica encontra suas origens mais remotas na Grécia, marcadamente após o encerramento do período micênico, porquanto foi, a partir desse momento, que o racionalismo desenvolveu-se. Até então, a Grécia vivia sob a égide dos regimes monárquico-feudais, nos quais os fundamentos de justificação do poder

centravam-se sobre imaginárias herdades divinas². A invasão jônica, no entanto, proporcionou uma ruptura ideológica da qual emergiram as raízes mais remotas da “sophia”, e, portanto, do pensamento ocidental, cujos fundamentos de legitimação do poder e da justiça, em especial no âmbito processual, cambiaram desde a *themis* para a *dike*³.

É nessa passagem que o advento do estado jurídico grego é identificado por Jaeger, isto é, no momento em que a magistratura helênica passou a atuar de forma vinculada à lei escrita. Foi a partir daí que o Direito passou a ser considerado como um instrumento de luta de classes. Isso se deu com o advento da *dike*, pois, até então, o direito era apenas *themis*, ou seja, o sistema no qual a justiça era aplicada pelos juízes de acordo com a lei de Zeus, cujo conteúdo decorria da interpretação baseada em critérios pessoais de equidade dos julgadores⁴.

Mas, na era do racionalismo grego, disseminou-se a ideia de igualdade entre os cidadãos helênicos e, nessa ambiência, a valorização do convencimento popular por meio das ideias permitiu o predomínio da retórica difundida pelos sofistas, enquanto técnica persuasiva para a tomada de decisões. Somente depois a lógica veio a se firmar como mecanismo de ordenação do pensamento⁵.

Um dos primeiros sistematizadores da lógica foi Aristóteles⁶. Partindo do estudo do discurso retórico dos sofistas e o do raciocínio de Platão, ele desenvolveu o *silogismo*, instrumento lógico de análise formal do pensamento, pelo qual, da suposição de determinadas premissas, outras delas derivam necessariamente⁷. Em seus *Análíticos anteriores*, a lógica foi concebida como uma

² VERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. 20. ed. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. Rio de Janeiro: Difel, 2011. p. 43.

³ Sobre o assunto, Reale e Antiseri afirmam: “Seja como termo, seja como conceito, a filosofia é considerada pela quase totalidade dos estudiosos como uma criação própria do gênio dos gregos [...] a superioridade dos gregos em relação aos outros povos nesse ponto específico é de caráter não puramente *quantitativo*, mas *qualitativo*, porque o que eles criaram, instituindo a filosofia, constitui uma novidade que, em certo sentido, é absoluta” (REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Antiguidade e idade média. 5. ed. São Paulo: Paulus, v. 1, 1990. p. 11).

⁴ JAEGER, Werner. *Paideia*. A formação do homem grego. Trad. Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 133-4.

⁵ VERNANT, Jean Pierre. Op. cit., p. 43/44.

⁶ Idem.

⁷ ARISTÓTELES. *Órganon*. Trad. Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2005. p. 112. Nesse sentido, veja-se também: VERNANT, Jean Pierre. Op. cit., p. 54.

“ciência demonstrativa”⁸, e foi a partir de Aristóteles que a lógica firmou-se como a ciência que estuda as leis ideais do pensamento. Sua origem etimológica radica no grego: *logike, episteme*, significando a ciência do logos⁹. Para reter a pura forma, Aristóteles valeu-se de símbolos-de-variáveis, na tentativa de livrar-se de tudo que fosse extralógico, objetivando expressar o silogismo numa tríplice relação na qual o termo menor e o médio estão contidos na totalidade do maior¹⁰. Foi assim que se atingiu o formalismo lógico-apodíctico, ou seja, a lógica como teoria formal.

Para chegar ao silogismo, Aristóteles fez, efetivamente, uso de uma linguagem simbólica¹¹. Mais ainda, somente conseguiu reter a “pura forma” utilizando-se precisamente de símbolos, empregando, inclusive, notações que serviam de linguagem às formas lógicas. Nessa senda, Vilanova acrescenta que Aristóteles chegou ao formalismo lógico não só pela recorrência a uma linguagem simbólica, até porque, com isso, alcançou apenas as variáveis de objeto e de predicado, mas, sobretudo, pelo fato de criar notações autônomas por

⁸ Delimitando o objeto de estudo da lógica, Aristóteles esclarecia que: “Nossa primeira tarefa consiste em indicar o objeto de estudo de nossa investigação e a que ciência ele pertence: que concerne à demonstração e que pertence a uma ciência demonstrativa. Em seguida, teremos que definir o significado de premissa, termo e silogismo, e distinguir entre um silogismo perfeito e um imperfeito; depois disso, necessitaremos explicar em que sentido diz-se estar ou não estar um termo inteiramente contido num outro e o que entendemos por ser predicado de todo ou de nenhum” (ARISTÓTELES. *Órganon*, p. 84-85).

⁹ BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (Uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18. A expressão *logos*, porém, segundo Silvio de Macedo, conota vários sentidos: “O termo *logos* passa por uma série de experimentações semânticas. No helenismo primitivo tem o sentido originário de ‘coleção’, e, depois, ‘verbo’, ‘razão’, sendo-lhe implícitos os seguintes significados: palavra, princípio, cálculo, resultado, fundamento, lei, motivo, razão, proporção, inteligência, espírito etc. No estoicismo, lógica significa ‘razão imanente’, ‘princípio diretor do mundo’. De acordo com o judaísmo, o termo assume conotação sacral, esotérica: menra = palavra do Senhor, usada em lugar de Javé = Deus, no Targum. Na expressão do Novo Testamento bíblico, *logos* identifica-se com o próprio Cristo, ‘sendo a palavra proferida’, o ‘mandato atribuído’” (MACEDO, Silvio. *Lógica III*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, v. 52, p. 413, mar. 1980). Mais adiante, e na mesma obra, na página 429, o autor dá-nos a sua posição sobre a lógica: “... falamos de lógicas (no plural) como possibilidades de expressão das estruturas lógicas. Há que distinguir a autonomia ou o objeto formal da lógica daquela evidência sobre a existência de ‘mentalidades’ diferentes, de que é exemplo a lógica hindu do ‘Navya-nyaya’”.

¹⁰ “Sempre que três termos estejam entre si em relações tais que o menor esteja contido na totalidade do maior e o médio na totalidade do maior, então há necessariamente entre os extremos silogismo perfeito.” (VILANOVA. *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 36)

¹¹ Mas essa afirmação não quer significar que Aristóteles tenha criado a lógica simbólica, sobretudo no pertinente às constantes lógicas, mas apenas realça que ele também recorreu a signos para expressar suas proposições.

meio das letras. A partir daí, pôde-se saber formalmente, independentemente de qualquer correlação ou vinculação dos conteúdos fático-reais com os respectivos símbolos, que, numa determinada relação de includência, se p implica v e v implica l , então p implica l ¹².

A sistematização aristotélica estabelece o primeiro período da história da lógica o qual ficou conhecido como a era da *lógica clássica*, ou *lógica tradicional*, que se sustenta em três princípios básicos: *princípio da identidade*, segundo o qual todo objeto é idêntico a si mesmo: $x = x$; *princípio do terceiro excluído*, pelo qual, entre duas proposições contraditórias, uma delas é verdadeira, porque uma é a negação da outra: $p \vee \neg p$; *princípio da contradição*¹³, através do qual, entre duas proposições contraditórias, uma delas é falsa: $\neg(p \wedge \neg p)$ ¹⁴.

O período aristotélico sedimentou-se e perdurou durante séculos, estendendo-se até o início do século XIX, e notabilizou-se pela sistematização de variados setores da lógica com realce para as escolas peripatética, dos megários e a dos estoicos, bem como pela contribuição outorgada durante a Idade Média por W. Ockham (1285-1348), que propôs uma lógica *trivalente* em alternativa às proposições binárias aristotélicas¹⁵.

O segundo período é marcado pelo advento da lógica de George Boole (1815-1864), que, em paralelo com A. de Morgan (1806-1871), W. S. Jevons (1835-1882) e outros pensadores, empregou ideias algébricas à lógica. Portanto, caracteriza-se pelo uso da linguagem algébrica na lógica¹⁶. O pensamento booleano representa, portanto, o surgimento da lógica simbólico-algébrica, na

¹² “[...] também com o uso de uma linguagem simbólica. Certo que seu simbolismo alcançava apenas as variáveis-de-objeto e variáveis-de-predicado (termos). Simbolizava, em notação autônoma, com letras, entidades e propriedades quaisquer. [...] Se não estendeu o simbolismo às constantes lógicas (“não”, “e”, “ou” e inclusive o “é” apofântico), nem por isso deixou de utilizar uma notação algorítmica para servir de linguagem às formas lógicas” (VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 37 e 38). Apofântico é o enunciado verbal suscetível de ser falso ou verdadeiro, i. e., juízo de atribuição de um predicado a um sujeito.

¹³ Alguns autores preferem denominá-lo de *princípio da não contradição*.

¹⁴ Mais tarde, Russel acrescentaria o *princípio da identidade proposicional*, ao afirmar que, “*once true, always true; once false always false*”, ou seja, se uma proposição é verdadeira, será sempre verdadeira; se falsa, será sempre falsa: $p \rightarrow p$. A propósito, veja-se: COSTA, Newton Carneiro Affonso da; ABE, Jair Míno; SILVA FILHO, João Inácio; MUROLO, Afrânio Carlos; LEITE, Casemiro Fernando S. *Lógica paraconsistente aplicada*. São Paulo: Atlas, p. 13-14.

¹⁵ Idem.

¹⁶ COSTA, Newton Carneiro Affonso da et al. Op. cit., p. 13-14.

medida em que com o uso da álgebra atingiu tanto as variáveis-de-objeto e variáveis-de-predicado quanto as constantes lógicas.

O terceiro período da história da lógica inicia-se a partir do século XX e mantém-se até os dias atuais. Contudo, é subdividido em dois subgrupos. O primeiro vai até 1930, e caracteriza-se pela codificação da lógica modal moderna por C. I. Lewis; pela construção de uma lógica heterodoxa, alternativa à clássica, pelo holandês L. E. J. Brouwer e A. Heyting; pela contribuição do polonês Jan Łukasiewicz, que formulou os primeiros sistemas lógicos polivalentes, de modo distinto do pensado na Idade Média, superando, inclusive, o princípio da contradição, erigido por Aristóteles, pela demonstração de que o silogismo não era necessariamente dele dependente¹⁷.

O segundo grupo, ou a segunda etapa desse período, notabilizou-se pela lógica desenvolvida por G. Frege (1848-1925), que idealizou um sistema lógico com inúmeras semelhanças aos atuais, inclusive incursionando pela teoria da quantificação, afastando-se da forma algébrica e vertendo-se para o método linguístico-proposicional. Segundo parte considerável dos lógicos, entre os quais se destacou especialmente Russell, o método linguístico é superior ao algébrico. As lógicas matematizantes, por sua vez, também lograram desenvolvimento, sobretudo pela influência de Norbert Wiener (idealizador da cibernética) com o estabelecimento, ou uma tentativa de estabelecimento de um discurso lógico rigorosamente unívoco, sem o problema das ambiguidades próprias da linguagem humana, centrado no *cálculo sentencial*, pelo qual se pretende obter a superação da equivocidade comunicacional humana por meio de sua substituição por uma linguagem algebricamente uníssona¹⁸.

Em resumo, pode-se classificar a lógica na atualidade em dois diferentes e grandes modelos: o linguístico e o algébrico. Esses sistemas, por sua vez, envolvem inúmeras subespécies de lógicas, cujas análises *de per se* escapam ao âmbito do objeto deste artigo.

2 A RETÓRICA: ORIGENS E RESSURGIMENTO

A origem cronológica da retórica antecede a da lógica, considerando que o seu nascimento se deu na Sicília, no século V, a.C.; sua raiz etimológica radica no

¹⁷ CARVALHO, Fábio Romeu. *Lógica paraconsistente aplicada em tomadas de decisão*. Uma abordagem para a administração de universidades. São Paulo: Alepf, 2002. p. 17-18.

¹⁸ WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade o uso humano de seres humanos*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, p. 15-8.

grego “ῥητορικὴ τέχνη”, tendo derivado para o latim “rhetorica”, designando, desde os primórdios, a arte ou a técnica de bem falar, mais precisamente o falar para persuadir¹⁹.

Um dos primeiros a se destacar no uso da retórica foi o sofista Górgias, a quem se atribui o mérito de introduzi-la em Atenas. Górgias, por sua vez, foi discípulo de Empédocles, a quem se atribui um estudo pioneiro e sistematizado da linguagem e que, mais tarde, serviria de base aos adeptos da retórica²⁰. Em seu “Sobre a natureza ou sobre o não ser”, Górgias edifica sua retórica niilista baseada em três teses: a primeira considera que o ser é um nada, isto é, o ser não existe, mas o nada sim, existe, o ser não pode ser nem uno nem múltiplo; a segunda erige-se a partir de um princípio estabelecido por Parmênides, pelo qual, ainda que o ser existisse, ele não seria cognoscível; e a terceira conclui que, ainda que se considerasse que o ser é cognoscível, mesmo assim, ele seria inexprimível, pois “[...] como é que alguém poderia expressar com a palavra aquilo que vê? Ou como é que isso poderia tornar-se manifesto para quem o escuta sem tê-lo visto...”²¹.

A retórica de Górgias apresenta uma fórmula pela qual “não existe uma verdade absoluta e tudo é falso”, portanto a palavra logra uma autonomia sem fronteiras porque é desvinculada do ser, é, ontoveritativamente falando, independente, autônoma, conseqüentemente é apta para tudo, para a persuasão, crença e sugestão, pois prescinde de qualquer verdade concreta. Ser retórico, para Górgias, era sinônimo de ser “retor”, ou seja: “[...] ser retor consiste em ser capaz de persuadir juízes nos tribunais, os conselheiros no conselho, e os membros da assembleia popular na assembleia, e, da mesma forma, em qualquer outra reunião que se realize entre cidadãos”²².

O desenvolvimento da retórica no mundo grego, portanto, deveu-se aos discursos orais, utilizados nos debates travados nos tribunais, assembleias e conselhos, mas, também, em especial, pela influência acrescentada pela obra de

¹⁹ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Antiguidade e idade média. 5. ed. São Paulo: Paulus, v. 1, 1990. p. 79.

²⁰ Ferrater Mora, aliás, afirma que Empédocles chegou também a influenciar Aristóteles, acerca da sua explicação sobre o universo, pela qual “[...] todo fenômeno natural é considerado a mistura de quatro elementos ou “princípios” – água, fogo, ar e terra...” (FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, t. II, 2001. p. 818/819). No mesmo sentido, vide: REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Op. cit., p. 59/62.

²¹ Idem, p. 78/79.

²² Ap. REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Op. cit., p. 79.

Córax e Tísias. Este último, que foi discípulo do primeiro, destacou-se por meio de várias vitórias judiciais as quais ajudaram a difundir a retórica pelo mundo grego, sobretudo pela atuação dos filósofos peripatéticos²³.

Noutra ponta, para Platão, a retórica consistia num mecanismo de adulteração maliciosa da verdade, o que fica evidente em seu diálogo “Górgias”²⁴. No entanto, como observam Reale e Antiseri, no Fedro, Platão abrandava o rigor contra a retórica, sobretudo pela influência de Anaxágoras, admitindo, inclusive, que ela poderia existir, desde que submetida à verdade e à filosofia²⁵. A retórica e a filosofia eram consideradas coisas distintas. Aristóteles, a propósito, distinguia que, enquanto a retórica prescindia da “verdade” na elaboração do discurso, a filosofia a ela se vinculava²⁶. Adeodato, por seu turno, amalgama retórica e filosofia, observando que, historicamente, *Aristóteles* iniciou suas investigações a partir da contraposição entre a ontologia de Platão, para quem o objetivo da filosofia era a demonstração da verdade, e a retórica dos sofistas. No entanto, ressalva que: “Aristóteles atenta para a importância de refletir sobre o âmbito opinativo da experiência humana, a doxa, desprezada por Platão”²⁷.

Enquanto Platão separa os âmbitos da técnica e da doxa em compartimentos distintos, Aristóteles fundia os dois conceitos na medida em que considerava que a retórica era uma espécie de *techne*²⁸. A retórica, portanto, consiste numa sistematização da linguagem voltada para a persuasão de seu público alvo. Na atualidade, ela representa um setor da filosofia que oferece uma específica visão

²³ Idem.

²⁴ PLATÃO. *Górgias*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Grupo Acrópolis (Filosofia). Homepage: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>. Acesso em: 18 mar. 2013, p. 77/78.

²⁵ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Op. cit., p. 152. De fato, no diálogo “Fedro”, percebe-se que Sócrates admite que, “[...] tendo conhecido Anaxágoras, homem que em tais coisas era admirável, dedicou-se às pesquisas físicas, estudou a natureza do espírito e a ausência de espírito... e transfundiu-as para a sua arte retórica, com o que ela muito lucrou. FEDRO: – Que queres dizer? Com a arte retórica se passa a mesma coisa que com a medicina. FEDRO: – Como? SÓCRATES: – ... uma (medicina) dar saúde e força, ministrando remédios e alimentos, e outra (retórica) infundir a convicção que desejas, tornando o homem virtuoso mediante discursos e argumentos legítimos” (PLATÃO. *Fedro*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 112/113. Sem grifos no original).

²⁶ Idem, p. 202.

²⁷ ADEODATO. *Ética e retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 264.

²⁸ Idem.

sobre o mundo, podendo apresentar-se como uma alternativa decisional no âmbito jurisdicional²⁹.

Com o seu desenvolvimento, a retórica tornou-se uma técnica argumentativa tripartida em *logos*, isto é, a razão que pressupõe que os seus atores disponham de capacidade de racionalização; *pathos*, ou seja, um “fazer com paixão” que pressupõe algo que acontece; e *ethos*, que condiciona o *antropos* e que, ao mesmo tempo, é por ele criado. Adeodato, entretanto, subdivide a retórica em três subgrupos, a saber: material, estratégica e analítica³⁰. Em seu sentido material, a retórica apanha a realidade enquanto um fenômeno estritamente linguístico; tudo o que estiver fora do universo linguístico é, retoricamente falando, irrelevante. Nesse setor, a retórica preocupa-se unicamente com a possibilidade de êxito do relato, isto é, com a tese preponderantemente aceita³¹. Como esclarece Júlio Almeida, “para o primeiro nível da retórica, o que existem, portanto, são relatos, sejam internos (comunicação em relação a si mesmo), sejam eles externos (comunicação com outrem). E Só”³².

Já em sua concepção “estratégica”, a retórica consiste em um mecanismo intelectual destinado à promoção da vitória de um relato, isto é: o *ethos*, que, em Adeodato, apresenta-se como a credibilidade da conduta do agente orador; o *pathos* refere-se à forma do discurso; e o *logos* representa as justificantes lógicas, taxonômicas e epistemológicas do relato. Por meio desse tripé, a retórica estratégica relaciona-se com a material, já que a ela se refere enquanto metalinguagem de índole notadamente persuasiva³³.

Enfim, em seu sentido analítico, a retórica consiste numa “metalinguagem”, ou seja, reflexões sobre a própria reflexão, porquanto intenta especificar as relações existentes entre as duas concepções anteriores. Como bem percebeu Júlio Almeida, o pensamento de Adeodato pode ser sintetizado da seguinte maneira: “A retórica material compreende o relato que se pretende vencedor; a estratégica, o quem, o como e o quê; a analítica, um relato sobre

²⁹ ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

³⁰ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011. p. 293/295.

³¹ Idem.

³² ALMEIDA, Júlio César. *Lacunas no direito: análise da retórica estratégica dos silêncios normativos*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDR-UFPE. Recife, 2013. p. 67.

³³ ADEODATO, João Maurício. *Op. cit.*, p. 294.

as duas anteriores”³⁴. Esse modelo retórico adapta-se perfeitamente ao modelo de justificativa teórica que prepondera na atualidade acerca do direito e do seu exercício, como passaremos a demonstrar.

3 TEORIA DOS PRINCÍPIOS, ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E RETÓRICA JURISDICIONAL

Durante séculos, preponderou, no âmbito do direito, o pensamento lógico-silogístico sobre o retórico, fenômeno derivado da predominância de teses ditas científicas ou positivistas acerca do direito verificáveis, sobretudo após a revolução liberal francesa. Nesse sentido, Adeodato observa que “[...] parece até hoje permanecer a convicção, ligada a uma mentalidade silogística, de que toda decisão jurídica parte de uma norma geral prévia”³⁵.

Porém, após a segunda grande guerra, o panorama começou a mudar. A crise do positivismo acarretou mudanças significativas no pensamento jurídico. Radbruch, no pós-guerra, modificou o seu modo de conceber o direito e, principalmente, a justiça, opondo-se ao movimento “*Gesetz ist gesetz*”, para, em 1946, escrever o seu *Arbitrariedade legal e direito supralegal*³⁶. Otto Bachof chegou a defender a inconstitucionalidade de normas jurídicas constitucionais que ferissem outras normas positivadas na Constituição ou, o que é mais importante e revelador da decadência do pensamento juspositivista, se colidissem com normas sociológicas, ou, ainda, se se chocassem com o direito supralegal³⁷.

O superado tecnicismo puramente formalista do direito adotado pelo positivismo fez derivar uma cisão entre fato e valor, entre lógica e ética. Sobre essa crise do *direito*, Carnelutti escreveu, em 1945, um artigo intitulado “Moral e Direito”, no qual realçou a inversão de valores jurídicos permitida pelo uso do próprio direito, e, em 1946, defendeu uma revitalização integral do *jusnaturalismo* de tradição católica³⁸. Na segunda metade do século XX, renascia, na Europa, o *direito natural*, revitalizando valores éticos e contrapondo-se ao império da lei

³⁴ ALMEIDA, Júlio César. Op. cit., p. 67-68.

³⁵ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 261.

³⁶ RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. p. 04/6.

³⁷ BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Atlântida.

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Líder: Belo Horizonte, 2003. p. 46.

quando contrária à consciência ética, reafirmando, ainda, os direitos invioláveis do homem.

Nesse desiderato, Cahim Perelman registrou que, após o processo de Nuremberg, com a demonstração de que os estados poderiam elaborar leis formalmente válidas, porém criminosas, o positivismo perdeu força e adeptos. Contrariamente, na medida inversa, fortaleceu-se a ideia de elaboração de teorias que visassem também à efetivação da justiça e da moral nas decisões judiciais³⁹.

Nos estados democráticos de direito, que se fortaleceram em seguida, ocorreu um fenômeno ao qual Tércio Sampaio Ferraz Júnior chamou de “trivialização do direito natural”, e que consistiu na positivação em textos constitucionais de inúmeros preceitos jusnaturalistas⁴⁰. *Paripassu*, ganharam força teorias que buscam nos princípios jurídicos e na “argumentação” jurídica uma alternativa para a dogmática jurídica, por um direito “dúctil”, no sentido de Zagrebelsky⁴¹. A sociedade tornou-se “líquida”, no sentido de Zygmunt Bauman, isto é, caracterizada por uma mutabilidade constante fortemente marcada pela lógica do “descarte”⁴².

Nesse contexto, destacou-se o pensamento de Dworkin, que, por sua vez, sofre a influência do pragmatismo filosófico de John Rawls e que consiste num divisor de águas na teoria do direito religando a filosofia do direito à teoria política, com base numa hermenêutica historicista que realça a importância prática dos princípios e da moral para o direito⁴³.

Segundo Dworkin, o seu modelo do sistema jurídico compõe-se por regras e princípios. São os princípios que permitem encontrar uma resposta correta para os casos nos quais as regras não determinam tal resposta. Sobre a problemática de o ordenamento exigir uma resposta única para cada norma, tal resposta seria aquela que contém os princípios e suas ponderações mais bem adaptadas à Constituição, às regras de direito e aos precedentes. Mas, nesse

³⁹ PERELMAN, Cahim. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 184.

⁴⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 160-161.

⁴¹ “*En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente.*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 16)

⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 183.

⁴³ MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

estratagema, o próprio Dworkin admite inexistir qualquer procedimento capaz de demonstrar uma resposta correta única. A sua proposta do Juiz Hércules, ou seja, que detenha habilidade, sabedoria, paciência e agudeza sobre-humanas, ao qual o juiz humano deve tentar aproximar-se o máximo possível, para encontrar a única resposta correta para o caso concreto, é anticientífica.

Há autores que enxergam em Dworkin uma tendência a um neojusnaturalismo lastreado na principiologia⁴⁴. Porém, é fato que Dworkin invoca princípios retirados da construção jurisprudencial dos tribunais ingleses e americanos, principalmente desenvolvidos lentamente por meio dos processos de estabelecimento dos precedentes judiciais. Também é fato que tais princípios são extraídos da moral, denotando a dependência do racionalismo jurídico em face do racionalismo moral, pois os princípios morais desempenham papel importantíssimo sobre o racionalismo judicial, mormente nas lides de difícil solução. Disso resulta a conclusão acertadíssima, que vem a contrariar a tese central do positivismo sedimentado pela escola de Viena, no sentido da distinção entre moral e direito, a qual para Dworkin é falsa: “*No se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral*”. Para ele, no entanto, o racionalismo jurídico requer “*la verdad del iusnaturalismo*”⁴⁵.

Por considerar que a teoria de Dworkin é insuficiente, Alexy vai acrescentar-lhe a sua argumentação jurídica conformada no conceito de razão prática, para propor a solução metodológica pela sua teoria do direito⁴⁶. Na obra de Alexy, verifica-se a formulação de um código de razão prática com a função de balizar

⁴⁴ Neste sentido, vejamos um registro constante do prólogo da edição espanhola de *Los derechos en serio*, obra pertencente a Dworkin, mas sendo o prólogo de autoria de Calsamiglia, no qual este último autor afirma: “*Algunos autores han interpretado la obra de Dworkin como una nueva versión del iusnaturalismo. Richards sostiene que la ‘interpretación del razonamiento judicial ha sido utilizada por Dworkin para defender una nueva forma de iusnaturalismo en oposición al positivismo de Hart’*”. Mas a opinião de Calsamiglia é diferente: “*Sin embargo, Dworkin no es un autor iusnaturalista porque no cree en la existencia de un derecho natural que está constituido por un conjunto de principios unitarios, universales e inmutables*” (DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 1. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1997. p. 11).

⁴⁵ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁶ Segundo Alexy: “*La teoría de Dworkin de una única respuesta correcta plantea una gran cantidad de cuestiones [...] los criterios de Dworkin para la distinción entre reglas y principios afectan ciertamente a puntos importantes, pero no al núcleo. Si se los analiza a fondo, queda claro que una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta, lo que, sin embargo no hace que disminuya su importancia para la filosofía jurídica, la metodología jurídica y la dogmática jurídica [...] pretendo captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica orientada de acuerdo con el concepto de razón práctica. La unión de ambas teorías constituye la base de una teoría del Derecho en la que rige una versión débil de la tesis de la única respuesta correcta*” (ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atienza. México: BEFDP – Biblioteca de Ética, Filosofía y Política, 1998. p. 8).

o discurso jurídico e complementar as regras desse sistema e, ao mesmo tempo, representar a base de sua justificação e de sua crítica.

Enfim, foi essa ambiência sociojurídica que abriu o caminho para a reabilitação da retórica como instrumento teórico do discurso jurídico, na medida em que a decisão judicial há de ser construída a partir da captação do valor jurídico preponderante para o caso concreto, o qual nem sempre é retirado da literalidade dos textos normativos e se obtém por meio de um procedimento jurisdicional dialógico e aberto entre juiz e partes.

4 LÓGICA, SILOGISMO E DECISÃO JUDICIAL

A visão proporcionada pela lógica formal não exaure o universo jurídico, como observou Lefebvre: *ela não se basta e não basta*. Essa assertiva é tão procedente que Lourival Vilanova, lógico sabidamente positivista, apresentava-se contrário aos extremismos do *dogmatismo*, do *sociologismo*, do *jusnaturalismo* e do *logicismo*, também⁴⁷. Nessa mesma senda, Adeodato também considera que o conhecimento lógico não é, por si só, exauriente:

A lógica não é tudo, porém. Como objeto real, o direito é positivo, histórico, fático, enfim. Seu conceito é conceito de algo, de algum objeto efetivo. Daí a necessidade de uma ontologia jurídica... a necessidade do *aliquid*, de que falam Husserl e Hartmann.⁴⁸

Do ponto de vista linguístico, o sistema lógico pode ser representado por uma classe de técnicas capazes de proporcionar a extração de novas proposições a partir de conjuntos dados de proposições. Logo, pela lógica, é possível construir teorias, incluindo teorias jurídicas, porquanto, “com o auxílio da lógica, assim, obtêm-se conclusões de dadas premissas e, ademais, pode-se deduzir consequências dos princípios básicos que definem uma ciência”⁴⁹. Do ponto de vista da lógica, a questão fulcral do conteúdo da decisão, portanto,

⁴⁷ Como prefaciou Geraldo Ataliba: “O reducionismo da norma ao fato (sociologismo), da norma positiva à norma ideal (jusnaturalismo), dos valores e normas às estruturas lógicas (logicismo) é sempre um desconhecimento da experiência integral do Direito”. Vide prefácio de *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 23.

⁴⁸ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

⁴⁹ COSTA, Newton Carneiro Affonso da et al. Op. cit., p. 13.

decorre da escolha prévia da premissa a ser adotada. E tal escolha não decorre de um ato lógico, mas ideológico.

A lógica, portanto, proporciona um *ponto de vista* sobre o conhecimento. Mas “lógica” e “teoria do conhecimento” são institutos inconfundíveis. Sobre tal distinção, Hessen considera que, em sua acepção restrita, a lógica vincula-se à correção formal do pensamento, prescindindo da referência concreta aos objetos, ao passo que a teoria do conhecimento verte-se precisamente para a significação objetiva do pensamento, sem, no entanto, prescindir daquela referência aos objetos⁵⁰.

Disto se evidencia que a lógica incide tanto sobre o mundo real quanto sobre o conhecimento construído a partir da realidade, possibilitando, inclusive, uma valoração cognitiva em níveis diferentes⁵¹. Sobre o problema, Kant já havia percebido que o conhecimento é subdivisível a partir de duas principais fontes: a receptividade das impressões e a capacidade decorrente da representação da receptividade das impressões, as quais nos permitem conhecer um dado objeto. Na primeira, o objeto do conhecimento nos é *oferecido*. Na segunda, ele é *pensado* com base naquela representação, de modo que o conhecimento é constituído por *intuições* e *conceitos*⁵². E, nessa construção cognitiva, tanto a lógica quanto a retórica apresentam-se como ferramentas aptas a proporcionar uma conclusão sentencial em consonância com o “valor” eleito como preponderante para incidir num caso concreto.

A lógica pode ser atrelada a dois distintos tipos de investigação científica: *a formal ou analítica*, com destinação às pesquisas pertinentes à validade formal das proposições; e a *concreta (metodologia)*, afeta às injunções fáticas estabelecidas entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, constituindo-se em um processo explicativo dos seus mais variados setores. Aquela se revela como atividade abstracionista, e esta é empirista.

O fato de o fenômeno jurídico possuir uma metodologia própria denuncia que bem se lhe aplica a lógica concreta, sem dúvida, sobretudo quando analisado

⁵⁰ Johannes Hessen comprova que: “Enquanto que a lógica pergunta pela correção formal do pensamento, isto é, pela sua concordância consigo mesmo, pelas suas próprias formas e leis, a teoria do conhecimento pergunta pela verdade do pensamento, isto é, pela sua concordância com o objecto. Portanto, pode-se definir também a teoria do conhecimento como a teoria do pensamento verdadeiro, em oposição à lógica, que seria a teoria do pensamento correto” (HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. António Correia. 8. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987. p. 20).

⁵¹ CASTRUCCI, Benedito. *Introdução à lógica matemática*. São Paulo: Nobel, 1977. p. 10.

⁵² KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 88.

desde uma perspectiva processual, porquanto consiste em atividade jurídica ontológica, já que tem como “causa de pedir” determinados *atos jurídicos* ocorrentes no mundo do ser e que, associados ao pedido, designam o objeto litigioso da cognição processual a ser procedida pelo juiz (sujeito cognoscente). Porém, a metódica da construção da decisão judicial tanto pode se dar por meio de um juízo lógico formal, o qual distancia o aplicador do direito da realidade fática, quanto por raciocínio retórico, ou por meio de silogismo entimemático. O problema é que, como percebeu Perelman:

Nada impede, no final das contas, que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas de tal forma não garante, de modo algum, o valor da conclusão. Se esta é socialmente inaceitável, é porque as premissas foram aceitas levemente: não devemos esquecer que todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeções.

O modelo “lógico-formal” baseado em silogismos destinados a efetivar, no plano jurisdicional, uma mera subsunção do fato à norma serviu perfeitamente ao positivismo individualizante do estado liberal, representado, em especial pela escola da exegese, a qual pregava a necessidade de instituição de um modelo processual procedimentalista, precisamente por guiar-se excessivamente pelos princípios dispositivo e da congruência, os quais prendiam o juiz ao conteúdo literal dos dispositivos legais, modelo esse que foi muito bem representado pelo CPC francês de 1807, em que ao juiz não era permitida atividade hermenêutica, mas meramente silogístico-apodítica de subsunção do caso concreto à norma geral e abstrata.

Noutras palavras, a atividade jurisdicional restou resumida a um juízo pretensamente lógico-dedutivo. Todo esse processo, como anota Adeodato, decorreu do fenômeno da concentração da posituação das leis sobre o estado laico, que perpassou o absolutismo, a revolução francesa, e, enfim, adentrou pelo estado liberal. Todavia, tal monopólio transformou a legitimidade em legitimação:

[...] a legitimidade deixa de reportar-se a conteúdos externos e o poder jurídico-político, embora, de forma mais ou menos velada por uma retórica tradicional e

aparentemente conteudista, pode ter pretensões a uma autolegitimação.⁵³

NOTAS CONCLUSIVAS

Foi em decorrência do estudo da forma do discurso utilizado como instrumento de vitória nas assembleias e nos tribunais que Aristóteles estruturou o silogismo enquanto estrutura formal do pensamento, ou seja, como uma lógica do “verdadeiro” contraposta à lógica do “verossímil ou do provável”, entimema retórico⁵⁴.

Percebe-se, claramente, que o discurso lógico-formal serviu a um modelo jurisdicional superado, no qual o juiz se apresentava como um agente estatal que atuava sem *ius imperium*, deslegitimado enquanto agente político do estado, já que apenas tinha a função de captar o texto escrito da norma preexistente, abstratamente considerada, e, por meio de um juízo silogístico-substantivo, resolver a lide, declarando a quem pertencia o direito lastreado numa lógica estritamente formal e generalizante⁵⁵.

⁵³ ADEODATO, João Maurício. *O problema da legitimidade*. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. p. 54/55.

⁵⁴ VERNANT, Jean Pierre. Op. cit., p. 54.

⁵⁵ Neste sentido, Kelsen afirmava: “Por conseguinte, não se pode falar, especificamente, de uma lógica ‘jurídica’. É a lógica geral que tem aplicação tanto às proposições descritivas da Ciência do Direito – até onde a lógica geral é aqui aplicável – quanto às prescribentes normas do Direito. Ilmar Tammelo manifestou-o de modo inequívoco. Ele afirma, em sua publicação “Sketch for symbolic juristic logic” (*Journal of Legal Education*, v. 8, p. 278 e ss., 1955): “Lógica jurídica, como eu a entendo, é lógica formal empregada no raciocínio jurídico. Não constitui um ramo especial, mas é uma das aplicações especiais da Lógica formal” (KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p. 349). Essa questão, entretanto, não é pacífica. O próprio Kelsen o admite na página 344 da mesma obra, onde cita o posicionamento contrário de Chaïm Perelman. Aliás, Lourival Vilanova explicita a razão pela qual concebe a existência de uma lógica verdadeira jurídica: “Dizemos que a lógica é jurídica sem deixar de ser formal porque está vinculada a uma região ou domínio de objetos – as normas jurídicas – e se apresenta como uma formalização da linguagem que serve de expressão aos significados que são as normas. Sendo uma formalização dessa linguagem, a lógica jurídica, por sua vez, é uma linguagem, quer dizer, por mais simbólica (algorítmica) que se construa, sempre seus símbolos fazem referência geral ao domínio dos objetos jurídicos” (VILANOVA. *Lógica jurídica*, p. 91-91 e p. 111). Partindo do finlandês Von Wright, a quem se atribui o título de criador da lógica deontica, Arthur José Faveret Cavalcanti também reconhece a existência de uma lógica específica do jurídico: “A chamada lógica jurídica é uma variação da lógica modal. Para entender em que ela consiste, é preciso, pois, esclarecer o que vem a ser a lógica modal. Simplificando um pouco, a distinção básica entre a lógica elementar e a modal está em que a primeira estuda proposições no indicativo, enquanto a segunda tem por objeto proposições no subjuntivo. As proposições da lógica elementar afirmam o que é, enquanto as estudadas pela lógica modal afirmam o que é possível ou necessário que seja. Assim, enquanto o juízo “todo A é B” pertence à lógica elementar, os

Noutra ponta, a retórica apresenta-se como um recurso de argumentação judicial, pela qual a conclusão do juiz não emerge necessariamente do conteúdo literal da premissa normativa que incide no caso concreto, como que numa inalcançável fórmula matemática⁵⁶.

Aristóteles, desde há muito, considerava que a atividade cognitiva jurisdicional escapa às atribuições do legislador, porque somente diante de uma *fattispecie* é possível ao juiz discernir sobre a *verdade* quanto aos fatos processuais, isto é, se algo ocorreu ou não ocorreu no mundo concreto. Para tanto, admitiu a recorrência à *boa retórica*, entendendo que as conclusões contidas na sentença podem ser representadas por entimemas⁵⁷, ou seja, por juízos lógicos de mera probabilidade acerca do realmente ocorrido no mundo dos fatos, porque a sentença resulta como síntese das análises das contradições argumentativas⁵⁸.

juízos “é necessário que todo A seja B” e “é possível que todo A seja B” pertencem à lógica modal. Há, contudo, sistemas de lógica modal que incluem também proposições da lógica elementar. Assim, seria mais exato dizer que, enquanto a lógica elementar se exaure no indicativo, a lógica modal compreende o indicativo e o subjuntivo” (CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A estrutura lógica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 319).

⁵⁶ A propósito, Perelman defende que: “A lógica jurídica, especialmente a judiciária, que procuramos discernir com análise do raciocínio dos juristas, mais particularmente das Cortes de Cassação, apresenta-se, em conclusão, não como uma lógica formal, mas como uma argumentação que depende do modo como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da ideia que têm do direito e de seu funcionamento na sociedade” (PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, p. 242-3). Entre nós, Sílvio de Macedo também admite a existência de uma lógica própria do direito. Entende que o principal fator caracterizador da lógica jurídica é a *persuasão*, vejamos: “A lógica judiciária ou lógica jurídica é uma lógica especial, e não uma lógica formal aplicada ao direito. Seu conteúdo específico é a persuasão que é carregada de elementos lógicos e retóricos. Essa lógica é uma verdadeira ciência da persuasão, de grande importância atual não só para a ciência e a filosofia jurídica, mas também para o diálogo interdisciplinar que mantêm com as ciências sociais e filosofia da linguagem” (MACEDO, Sílvio. *Lógica judiciária I*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, v. 52, p. 434, mar. 1980).

⁵⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 266.

⁵⁸ Sobre o problema dos entimemas, Aristóteles esclarece: “*En cuanto a lo demás, como decimos, conviene darle la mínima competencia al juez, pero en lo que se refiere a si algo pasó o no pasó, si será o no será, es forzoso dejarlo al arbitrio de los jueces, pues no es posible que lo prevea el legislador. Si efectivamente esto es así, es evidente que introducen en su tratado asuntos fuera de cuestión quienes definen lo demás, por ejemplo qué debe incluir el exordio, la narración y cada una de las demás partes (pues no se ocupan en ellos de otra cosa que de cómo pondrán al juez en una determinada disposición), y en cambio no revelan nada de los argumentos propios de la disciplina, cuando es precisamente a partir de esto como se puede llegar a dominar el uso de los entimemas*” (ARISTÓTELES. Op. cit., p. 47-8). Reconhecendo a importância do pensamento de Aristóteles, Miguel Reale registra que ele foi de tal jaez que influenciou os autores modernos na fundamentação de suas asserções sobre retórica e teoria da argumentação, vejamos: “Comecemos por lembrar os estudos de ‘teoria da argumentação’ ou ‘lógica da persuasão’ que vêm sendo desenvolvidos por autores como

Ora, etimologicamente falando, entimema deriva de *enthyméisthai*, que significa concluir mediante ponderação, por juízo reflexivo⁵⁹. Sendo assim, no contexto atual, a retórica constitui-se numa poderosa ferramenta judicial para, inclusive, adaptar os textos legais, que são estáticos, aos valores sociais que são dinâmicos, líquidos, no sentido Bauman, ou dúcteis, como prefere Zagrebelsky, portanto, mutáveis, de modo que é possível haver um câmbio ou uma “mutação” da norma sem que haja alteração do seu texto formal. Nesse contexto, os relatos ou respostas na metodologia retórica podem sustentar-se em pressupostos ocultos, nos quais pode basear-se o raciocínio jurisdicional, como defende Adeodato, para resolver um determinado caso concreto por meio da recorrência a um silogismo entimemático⁶⁰. Não se pense, no entanto, que somente a retórica é capaz de possibilitar essa empresa metodológica; a lógica também é tão eficaz quanto, já que o resultado decisional será uma consequência da premissa lógica considerada como preponderante para o caso concreto, ou seja, tudo depende de uma motivação ideológica.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. *O problema da legitimidade*. No rastro do pensamento de Hannah Arendt. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

o já citado Th. Viehweg, Recaséns Siches ou Chaim Perelman. Ponto de partida dessa colocação do problema é, sabidamente, a ‘lógica do provável’ de Aristóteles, podendo-se dizer que a sua tese nuclear consiste na afirma da necessidade de se compreender a experiência social, em geral, e a jurídica em particular, segundo juízos de valor subordinados à categoria do ‘razoável’, e não segundo os esquemas da lógica formal concebida com a teoria da prova demonstrativa” (REALE, Miguel. *Lógica dialética e ciência jurídica*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, v. 52, p. 430, mar. 1980).

⁵⁹ Sobre as origens dos entimemas, discorre Adeodato: “[...] parece ter sido Isócrates o primeiro a introduzir a expressão no conhecimento da retórica, como ornamento para o discurso. A obra *Retórica a Alexandre*, cuja autoria é discutida e por muitos atribuída a Anaxímenes de Lampsakos, já procura definir tecnicamente o entimema, ligando-o especificamente à argumentação judicial, relacionada com a investigação de contradições no discurso argumentativo” (ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 266).

⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*, p. 293/296.

ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 2. ed. Trad. Manuel Atienza. México: BEFDP – Biblioteca de Ética, Filosofia y Política, 1998.

ALMEIDA, Júlio César. *Lacunas no direito: análise da retórica estratégica dos silêncios normativos*. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da FDR-UFPE: Recife, 2013.

ARISTÓTELTES. *Órganon*. Trad. Edson Bini. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. *Retórica*. Trad. Alberto Barnabé. Madri: Alianza Editorial, 2002.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Atlântida, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (Uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *A morte do direito*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARVALHO, Fábio Romeu. *Lógica paraconsistente aplicada em tomadas de decisão. Uma abordagem para a administração de universidades*. São Paulo: Alepf, 2002.

CASTRUCCI, Benedito. *Introdução à lógica matemática*. São Paulo: Nobel, 1977.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. *A estrutura lógica do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

COSTA, Newton Carneiro Affonso da; ABE, Jair Minoro; SILVA FILHO, João Inácio; MUROLO, Afrânio Carlos; LEITE, Casemiro Fernando S. *Lógica paraconsistente aplicada*. São Paulo: Atlas, 1999.

DOWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. 1. ed. 3. reimp. Barcelona: Ariel, 1997.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRATER MORA, José. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, t. II, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990.

- HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. António Correia. 8. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1987.
- JAEGER, Werner. *Paideia*. A formação do homem grego. Trad. Arthur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LEFEBVRE, Henri. *Lógica formal/lógica dialética*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- MACEDO, Silvio. *Lógica III*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, v. 52, mar. 1980.
- _____. *Lógica judiciária I*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo, v. 52, mar. 1980.
- MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MORA, Ferrater. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Loyola, t. 3, 2001.
- OLIVEIRA, Ana Paula Kanan. *Espécies de tutela jurisdicional*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Lael, 1997.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- PLATÃO. *Górgias*. Trad. Carlos Alberto Nunes. Grupo Acrópolis (Filosofia). Homepage: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>. Acesso em: 18 mar. 2013.
- _____. *Fedro*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. *Lógica dialética e ciência jurídica*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, v. 52, mar. 1980.
- REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Antiguidade e idade média. 5. ed. São Paulo: Paulus, v. 1, 1990.
- VERNANT, Jean Pierre. *As origens do pensamento grego*. 20 ed. Trad. Ísis Borges B. da Fonseca. Rio de Janeiro: Difel, 2011.

VILANOVA. *Lógica jurídica*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. _____. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade o uso humano de seres humanos*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

O AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL E A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO (ARTIGO 174, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DO CTN E O SEU EFEITO *SECUNDUM EVENTUM CITATIONIS*)¹

*THE FIRST REQUEST AND THE INTERRUPTION OF PRESCRIPTION OF
THE TRIBUTARY CREDIT (THE EFFECT SECUNDUM EVENTUM CITATIONIS
OF THE RULE 174, PARAGRAPH, I, OF THE TRIBUTARY CODE)*

Cássio Benvenutti de Castro²

Professor Universitário

RESUMO: A Lei Complementar nº 118/2005 modificou o art. 174, parágrafo único, I, do CTN e estabeleceu que o “despacho do juiz que ordenar a citação” do devedor, em execução fiscal, antecipou o marco interruptivo da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. A literalidade da regra está comprometida com o alargamento dos prazos em benefício da Fazenda Pública. Apesar dessa aparência, necessário ter presente que a interpretação e a aplicação dessa norma também tocam o plano dos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, a reforma do Código reclama mais que uma simples imputação literal de seus termos, pois o dispositivo reequipado deve se compatibilizar a uma racionalidade do ordenamento jurídico. A

tentativa é de refletir sobre o antes, o durante e o depois da regra prevista no art. 174 do CTN, não em termos históricos, mas por meio de três perfis que aparelham a questão da prescrição em seus termos processuais, naquilo que a prescrição toca ao processo. Afinal, a execução fiscal é um modelo de processo, e não convém que ela seja eternamente tratada como um balcão de cobrança do crédito tributário, como se fora um vetusto braço da autotutela estatal.

PALAVRAS-CHAVE: Execução fiscal; prescrição; interrupção; citação.

ABSTRACT: *The changed art. 174, paragraph, I, Tax Code, established that the “order of the court that receive the first request” anticipates the interrupting*

¹ O trabalho é dedicado ao Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary. Março de 2014.

² Especialista em Ciências Criminais. Pós-Graduando em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais. Mestre em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no RS.

of prescription of the tax credit. Despite of this appearance, it must to remember that the interpretation and the application of this standard also touch the plane of the fundamental rights. Thus, the reform of the Code goes further than a simple literal imputation of its terms, because it must be compatible to a rationality of law. The attempt is to reflect on before, on during and on after the rule, not in its historical terms, but through three profiles in its procedural terms, on its using, about the prescription of the tax credit. The tax process should not be treated as a collection of the tax credit, but should be treated as a real judicial protection.

KEYWORDS: *Tax execution; prescription; interruption; citation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O formalismo do direito público e o problema da essência jurídica; 2 O perfil epistêmico. A natureza jurídica da execução fiscal; 3 O perfil dogmático. A lacuna técnica da LEF e a aplicação subsidiária do CPC; 4 O perfil funcional. O primado da tutela do direito; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The formalism of public law and the essence of the problem; 2 Epistemological profile. The nature of the tax process; 3 Dogmatical profile. The technical silence of the law and the subsidiary application of the Process Code; 4 The functional profile. The judicial protection of the law; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 118, do ano de 2005, modificou pontualmente o Código Tributário Nacional. No particular, a referida lei estabeleceu um *novo marco* para a interrupção da prescrição direta da pretensão de cobrança do crédito tributário, ao estabelecer: “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.

O ensaio discute a aplicabilidade dessa regra.

No mesmo inciso, o CTN originariamente regulamentava que a prescrição do crédito tributário seria interrompida “pela citação pessoal feita ao devedor”. Intuitivo que o lapso de tempo transcorrido, desde o despacho que ordena a citação até a efetivação da citação pessoal do devedor, é significativo. Tanto que o STJ publicou a Súmula nº 106, na tentativa de uniformizar a matéria: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de

prescrição ou decadência. (J. 26.05.1994, DJ 03.06.1994, p. 13885)” – um enunciado que é compatível à LC118/2005.

Por essa mesma razão, a jurisprudência³ majoritária aplica a nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua literalidade. De alguma forma ratificando a doutrina a qual comumente referia que “interromper o curso da prescrição, no contexto da execução fiscal, nada mais significa senão exercer, efetivamente, o direito à ação de cobrança e, com isso, afastar de vez a ameaça de extinção desse direito”⁴.

Ocorre que a interrupção da prescrição não se opera por um passe de mágica, mesmo que o legislador procure atribuir totais efeitos ao despacho da inicial pelo juiz. Na verdade, tanto a jurisprudência como a doutrina citada possuem em comum um detalhe digno de nota: ambas assinalam que a interrupção da prescrição (instituto do *direito material*) pode e geralmente é efetuada por intermédio do exercício da *ação processual* (fenômeno do *direito processual*). O próprio art. 174, *caput*, do CTN sequer fala em prescrição da pretensão, mas redige sobre a prescrição da “ação”.

A peculiaridade do trânsito entre institutos do direito material e do direito processual reserva uma mensagem delicada.

A prescrição não é interrompida por qualquer ato processual perdido no tempo e no espaço. Para ser um ato processual típico e produzir os seus efeitos pertinentes, inclusive para fora do processo (interromper a prescrição, por exemplo), determinado ato processual deve ser conforme o que está expresso nas

³ Conforme o Superior Tribunal de Justiça: “Na hipótese em questão, ajuizada a execução fiscal antes da vigência da LC 118/2005, vale a regra antiga, isto é, a interrupção da prescrição ocorre somente com a citação válida, e não com o despacho judicial ordenando a citação. Assim, tendo em vista que se discute, nos autos, a cobrança do IPTU do ano de 1998 e que, na linha da jurisprudência firmada pelo STJ, o termo inicial do prazo prescricional deu-se em 01.01.1998 e o final, em 31.12.2002, e que o próprio despacho que ordenou a citação só foi proferido em 06.01.2003, encontra-se correto o acórdão recorrido que reconheceu a prescrição. Vale ressaltar que, com o advento da LC 118/2005, houve inovação na regra de índole processual contida no art. 174 do CTN, no sentido de antecipar o momento de interrupção da citação para o despacho do juiz que a ordena. Contudo, essa nova regra, segundo a jurisprudência do STJ, deve ser aplicada apenas às execuções ajuizadas após a entrada em vigor da referida LC, que teve *vacatio legis* de 120 dias. Diante disso, a Turma negou provimento ao REsp. Precedentes citados: REsp 1.006.192/RS, DJ 23.06.2008; REsp 762.892/MG, DJ 03.03.2008; REsp 854.953/RR, DJ 25.09.2006; REsp 713.831/SP, DJ 01.08.2005; EREsp 85.144/RJ, DJ 02.04.2001; REsp 938.901/RS, DJ 12.11.2007; REsp 974.700/RS, DJ 19.10.2007; REsp 966.989/RS, DJ 20.09.2007; REsp 1.030.759/RS, Rel^a Min. Eliana Calmon, J. 16.12.2008.

⁴ SAKAKIHARA, Zuudi. Art. 8º, § 2º. In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). *Execução fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 213.

normas do processo, e assim deve se encaixar na série de atos que compõe um procedimento. O processo (espécie de procedimento) preordena uma sequência de atos: um ato subentende o subsequente e é, desse mesmo ato posterior, um seu pressuposto. Logo, o despacho do juiz que contenha a ordem de citação do devedor deve ser colocado em um esquema procedimental e observar os requisitos legais que o encaixam no desenrolar da série.

Vale dizer que o efeito material do despacho do juiz (a interrupção da prescrição), embora previsto no direito tributário (art. 174, parágrafo único, I, do CTN), somente encontrará a sua força quando atendidos os comandos endoprocessuais que lhe supõem a validade e a eficácia (segundo as normas do direito material). A ordem de um juiz para que seja realizada a citação *morre por consumação*, quando não atendidos os requisitos e termos inerentes à citação. Daí a importância da leitura do processo da execução fiscal não apenas em conjunto com o Código Tributário Nacional, mas também em consonância com o Código de Processo Civil. Na organização do sistema jurídico, uma lei não sobrevive sem a outra: o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, modificado pela LC 118/2005, requer a leitura da LEF e do Código de Processo Civil, precisamente em seu art. 219.

Assim, possível adiantar que, se o despacho da petição inicial em execução fiscal implica a interrupção da prescrição, isso quer dizer que o mero ajuizamento da execução fiscal interrompe a prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Trata-se de um dogma? O Estado Constitucional brasileiro reclama diuturnas ponderações entre as normas, entre os direitos que dialogam incessantemente no panorama cultural. Nem sempre uma regra aparentemente singela produz uma solução literal.

Juntamente com a leitura do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, é necessária a glosa do art. 263 combinado com a interpretação do art. 219, ambos do CPC. Em especial, os §§ 2º a 4º do art. 219, que estabelecem:

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)

Ajuizamento + despacho prelibatório do juiz + citação - três atos processuais que desencapam duas percepções, de maneira a portar-se como o fio condutor da presente análise.

Em primeiro lugar, uma reflexão de lógica infere que nem sempre a colocação de uma nova regra no interior de um código de normas acaba produzindo todos os efeitos esperados pelo legislador. Cediço que uma regra jurídica possui uma roupagem (forma) e também um conteúdo. No caso de regulamentar a interrupção da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário, para além da questão da forma (modificação do art. 174 do CTN por meio de uma lei complementar), é fundamental verificar a compatibilidade semântica da referida norma para com as demais normas que compõem esse contexto do ordenamento jurídico. A prescrição é matéria que não se resume a um artigo de lei - seja a lei complementar, seja qualquer outra natureza formal que um dispositivo assumir. Justamente nisso que reside a segunda ordem de preocupações.

A prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é interrompida pelo movimento do credor; em geral, é interrompida pelo ajuizamento da "ação de execução fiscal". Por sua vez, a execução fiscal é um procedimento que atende a um sistema de normas previstas pelo direito processual. A leitura dos termos e diretrizes que norteiam a interrupção da prescrição - um instituto do direito material -, evidentemente, exige a observação da legislação do direito processual civil. O direito material e o processo trabalham em diuturna coordenação, ainda mais quando o assunto é a prescrição.

Quando se fala em prescrição, o direito material e o processo andam muito próximos, e o operador jurídico deve trabalhar com essas complexas interfaces de maneira sistemática. O problema não é apenas definir a prescrição e o seu marco interruptivo, mas, sobretudo, tentar compatibilizar a nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com um sistema processual enfeixado pelas leis aplicáveis às execuções fiscais.

A prescrição não nasce e morre somente na virtude bem intencionada do Código Tributário Nacional; a prescrição não consiste em uma ilha na qual a lei complementar definiu toda a matéria com um inciso. O marco interruptivo

da prescrição é apenas a ponta de um *iceberg*, à medida que uma leitura da legislação do processo lhe atribui o respectivo referencial dinâmico.

O presente trabalho desenvolve uma leitura processual do marco interruptivo da prescrição do crédito tributário, percorrendo três perfis que se complementam mutuamente: parte-se de uma reflexão epistêmica, sobre a natureza da execução fiscal; por conseguinte, saliento a estrutura dogmática da fase prelibatória da execução fiscal, com uma leitura estrita, para não dizer exegética sobre o ponto; finalmente, reflito sobre o primado da tutela do direito por meio do processo e a localização do velho dogma da estrutura da separação dos poderes como a atual função de harmonizar os instrumentos estatais em benefício das pessoas.

A linha de chegada proposta não apresenta uma tese pacífica. Também pudera, trafega-se pelas entranhas do direito material e do direito processual, o que muito provavelmente é desprezado pelo próprio legislador, quando elabora uma regra modificativa de um código de normas. A teoria e a prática caminham juntas, o direito e o processo andam abraçados, hipótese de trabalho cuja solução de compromisso é proporcionar ao leitor uma visão de conjunto do ordenamento regente da matéria.

1 O FORMALISMO DO DIREITO PÚBLICO E O PROBLEMA DA ESSÊNCIA JURÍDICA

Um ordenamento jurídico que é estabelecido por intermédio de codificações⁵, como o brasileiro, permite identificar, com certa facilidade, o regime *dualista*, no qual se identifica a separação entre o direito material e o direito processual. O esquema do direito é tradicionalmente disposto ao largo desses dois planos⁶: o plano do direito material reproduz um sistema de normas que regulamentam as posições jurídicas dos sujeitos, os seus direitos, as faculdades, os poderes, os deveres, os ônus e, enfim, as possíveis sanções aplicáveis às suas

⁵ A codificação é uma realidade do direito continental desde o século XVIII (diferente do direito *common law*, caracterizado pela ausência dos códigos). Por “código” se entende um corpo sistematizado de normas, um texto com expressão abrangente e organizada sobre determinado campo da experiência jurídica, ao contrário de uma mera *coletânea de leis* (mero tomo de legislações que são elaboradas no decorrer do tempo). Ver CAENEGEM, Raoul C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 28 e ss.

⁶ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 146. A questão do dualismo e do monismo é pormenorizada e a originalmente tratada em FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957, passim.

condutas. De outro lado, quando tal conjunto de normas do direito material não resolve uma questão, por falta de cooperação⁷ entre os sujeitos, por desvio de comportamento desses sujeitos, ou mesmo pelo *imperativo de tutela de um direito não previsto positivamente no ordenamento*⁸, é necessário reclamar a proteção jurídica promovida pelo plano do direito processual.

O plano do direito processual é um sistema de normas que preordena os mecanismos e as operações para a resolução das crises oriundas do descumprimento⁹ do direito material¹⁰. O dualismo é uma realidade que não

⁷ Uma nota sobre a questão da executoriedade. No plano do direito material, pode-se inferir a *exigibilidade* – quando o credor solicita ao devedor o cumprimento da obrigação. Não atendida voluntariamente ao chamado, o credor pode “acionar” o devedor, por intermédio do processo, para que seja executado (em sentido largo: demandado) o seu direito. Isso consiste na “executoriedade” do direito, quando o sistema jurídico proíbe a autotutela. Aprofundando, a prescrição fulmina a “pretensão” (a exigibilidade), e não menoscaba o próprio “direito” em si mesmo (uma complexa diferenciação que merece revisão na teoria geral do direito civil).

⁸ Os “novos direitos” não pedem licença ao legislador, em um mundo dinâmico como o atual. A questão exaspera o âmbito do presente trabalho, mas registro que a “experiência jurídica” é muito maior que a aparentemente estática previsão de normas legais. O mundo da vida reclama necessidades mais urgentes que a dinâmica legiferante – inclusive porque *ex facto ius oritur* (e vice-versa).

⁹ O direito processual serve ao direito material e, por ele, também é servido. O processo possui uma (clássica) função de garantia, falando em sentido amplo. Por exemplo, por intermédio do processo não apenas são julgados litígios, mas também se homologam situações limítrofes de disposição de direitos (como o caso da separação e do divórcio). Essa visualização é decisiva no presente estudo, porque a homologação consiste em uma espécie de questão prévia à tutela do direito, de maneira a cotejar o caráter social da matéria colocada em juízo, a igualdade material entre os sujeitos interessados, e as circunstâncias concretas do caso. Sobre o direito material, e como método para promover a tutela efetiva do direito, o processo civil aparece com o seu rigor formal, que, no entanto, não deve ser um rigor excessivo, mas um formalismo-valorativo. O formalismo processual cumpre a importante missão de garantir com efetividade, como lembra Troller: “O processo deve ser rigorosamente regulado enquanto vigilante de fronteiras entre esferas jurídicas privadas desconhecidas (ou pelo menos duvidosas), em relação às quais desempenha a sua tarefa de regulação. Por isso, nunca poderá ser afastado completamente o forte dualismo entre o direito processual e o material. Para a prática do direito privado, esse dualismo mostra-se de muito maior importância do que a bastante duvidosa divisão metódica entre direito positivo e direito natural”. Ver TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. p. 17.

¹⁰ A racionalidade direcionada pela influência do Iluminismo, no glorioso século das luzes, estipulou uma metodologia de guinada empirista. Em termos de processo civil, essa vertente sufragou a corrente processualista ou cientificista que, por sua feita, levou ao extremo a consideração dos institutos jurídicos a partir de dicotomias. Na verdade, é a matriz kantiana de separar o “racional” do “sensível”, o artifício da “mente” em contrapartida ao do “sentimento”. Cenário que seria explicável melhormente, inclusive, não apenas pelos escritos de Kant, mas para quem tiver a curiosidade de investigar a história de vida do filósofo, que é muito curiosa. No momento, interessa ressaltar que o século XIX despertou o que denomino de *apartheid* jurídico, ou seja, a consolidação de um raciocínio

chegaria a refletir um problema¹¹ científico em si mesmo considerado, nos dias atuais, seja porque está positivado na legislação, seja porque está pacificado no aspecto teórico.

Porém, dúvidas ou lacunas podem ocorrer quando a leitura de algum organismo do processo (ou do direito material), de maneira inconsciente, é estudado apenas com base na *técnica do processo* e, assim, termina por não levar em conta um diálogo instrumental entre o processo e o direito material (e vice-versa). Em pleno terceiro milênio, é perigoso pesquisar os institutos do processo civil totalmente desapegados de algumas notoriedades do direito material (friso: e vice-versa).

Óbvio que não defendendo um monismo, seja ele prático ou teórico. Contudo, saliento que meditar com as bases em um dualismo *excessivo ou puritano*, à moda do velho cientificismo e do *apartheid* jurídico, não permite uma efetiva tutela dos direitos, à medida que relega a dinâmica da vida a uma segunda ordem de prioridades, para privilegiar a manutenção de dogmas dicotômicos e ocasionalmente estéreis, dogmas propriamente teóricos que práticos. Exemplos desse ranço cientificista são facilmente identificados e demonstram a superação de suas vetustas lógicas: basta lembrar que o sistema bicolor da questão de direito e da questão de fato está sendo superado pelo entendimento das questões mistas; ou questionar a percepção estática e não ponderativa da multifuncionalidade entre o princípio da efetividade e da segurança jurídica. Ora, o *certo* ou o *errado* transformaram-se no “tendencial” ou “razoável”, como se observa no manejo do interesse público que, outrora, era um intocável obelisco maniqueísta da Administração, mesmo que, para tanto, subjugasse os interesses privados (atualmente, os interesses privados compõem o público e vice-versa). A própria noção de soberania estatal absoluta é matéria ultrapassada, pois um aceno ortodoxo produziria o apoucamento da pessoa humana no plano internacional, o que é incompatível com a contemporânea força institucional de tribunais internacionais, hoje conferida a instituições como a Corte Internacional

em “binários” ou em “dicotomias”, o que decisivamente influenciou a elaboração dos códigos de processo civil que vigoraram no Brasil e, infelizmente, ainda sobrepaira na atarracada visão dos conservadores de plantão.

¹¹ A separação entre os planos é salutar, e a prática demonstra a seguinte ciranda aproximativa entre eles: um plano serve ao outro e, na volta, também por ele acaba sendo servido.

de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional¹² – realidades sensíveis a uma singela pesquisa.

O mundo da vida não permite conceitos estanques nesse quadrante cultural. O cenário contemporâneo exige ductibilidade¹³. Em termos de processo civil, apesar de alguns institutos ou de atos buscarem fundamentos genéticos em normas do direito material, isso não significa que os seus efeitos jurídicos pertençam somente ao direito material de origem. Existem atos que nascem no direito material, mas brotam no processo (e vice-versa) – e daí produzem certos efeitos no cenário do processo.

Aqui o ponto: existem atos – a exemplo da prescrição – que possuem uma natureza jurídica de instituto do direito material; todavia, dependem do processo para que sejam regulados ou promovidos os seus efeitos.

Em um sistema jurídico que proíbe a autotutela, a interrupção da prescrição da pretensão de cobrança dos créditos é um mecanismo que reclama a orientação normativa das leis do processo. Seja a prescrição da pretensão fundada no direito civil, seja a prescrição da pretensão fundada no direito público, tanto faz, pois elas retiram a sua essência da teoria geral do direito. Quando estudado o fenômeno da prescrição, o tráfego entre direito e processo é ainda mais aproximado.

Na verdade, a relativização dessas fronteiras torna-se delicada na hipótese de se estudar qualquer entidade do direito público (seja o direito criminal, o direito administrativo ou o direito tributário, entre outros). O fundamento de uma mitigação mais acentuada reside na epistemologia do caráter “público” da seara do direito no qual se analisa a prescrição.

A programação linguística que o direito público utiliza é uma série de mensagens formais, verdadeiros *formalismos*, pois o trato da “coisa pública” reclama um maior rigor por parte dos seus operadores. Com o respaldo do princípio da indisponibilidade e do princípio da supremacia, vale dizer que o interesse público não pertence a ninguém em particular, mas pertence a todos

¹² Ver CASTRO, Cássio Benvenuto de. *(Neo)Soberania e tribunal penal internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, passim.

¹³ Se o dualismo é uma realidade teórica e legislativa, merecendo ser tratado como um *ponto de partida* para uma racionalidade analítica, o *ponto de chegada* deve permitir e promover a tutela dos direitos no mais amplo sentido das soluções. Portanto, pesquisar o processo civil à distância do direito material (ou vice-versa) é uma aventura do desserviço ao homem. Os problemas do homem do terceiro milênio reclamam a instrumentalidade e o diálogo das fontes, a maleabilidade.

os indivíduos da coletividade e à própria coletividade enquanto pessoa jurídica com pretensão de universalidade. Nesses termos, a gestão dos interesses públicos merece uma atenção redobrada¹⁴, desperta um *rigor formal* que, por decorrência, acaba aproximando ainda mais o direito material ao processo.

Vide os seguintes exemplos: antes de processar criminalmente alguém, necessário o levantamento dos indícios por intermédio de um inquérito ou pelo procedimento próprio a tal finalidade; antes de se punir um servidor público, a Administração deve providenciar um processo que possibilite a defesa do servidor e um contraditório forte para, eventualmente, aplicar a sanção disciplinar; antes da cobrança de um tributo, é necessário o lançamento tributário para o acerto do fato gerador e o cálculo do montante a ser atendido/cobrado.

A Administração (sentido amplo) pensa por escrito e com um rigor formal que deve preservar os indivíduos contra uma possível arbitrariedade. A faceta do valor segurança, concretizada pelo princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, é que faz majorar o formalismo dos atos regrados pelo direito público.

O direito tributário reflete essa percepção.

Trata-se de um compartimento do direito público que regulamenta a receita originária do Estado. Logo, o direito tributário é estruturado por uma vasta gama de formalismos. E o rigor formal não começa e acaba no próprio direito material tributário, pois o processo¹⁵ que discute o direito tributário também não fica para trás. Seja uma demanda de conhecimento ou a execução fiscal, o processo cuja matéria é o direito tributário está repleto de aspectos formalistas, dignos do objeto que discute – o direito público por excelência.

¹⁴ Um estudo dos fundamentos de algumas coisas jurídicas facilmente explicita que o caráter da indisponibilidade do direito também trafega os direitos denominados “privados”. Basta examinar facetas do direito de família, que a conclusão advém ao natural: o caráter social do direito que define a maior ou menor possibilidade de disposição do interesse em pauta.

¹⁵ A legislação positivada fornece exemplos vivos do formalismo processual, no qual é discutido ou executado o direito material tributário: o *privilegio* de a Fazenda Pública pagar seus débitos pelo regime de precatórios (art. 730 do CPC) é uma modalidade formal por excelência; o formalismo também afasta que sejam concedidas liminares em mandados de segurança para afastar a exigibilidade do crédito tributário (art. 7º, § 2º, 4º, da Lei nº 12.016/2009); o rigor formal do direito tributário não permite que um provimento processual em tutela antecipada ordene a compensação para extinguir o crédito tributário (art. 170-A do CTN).

O formalismo¹⁶ do direito público é uma via de mão dupla: ele vale tanto para a Fazenda Pública como também vale para o contribuinte. Os direitos individuais que compõem o interesse público devem ser avistados, inclusive, quando um contribuinte é um executado – daí o império de uma teoria da justiça (fundamenta esse caráter bifronte).

O que isso significa na prática da execução fiscal?

As regras jurídicas que regulamentam o processo civil tributário são permeadas por um formalismo peculiar, por um rigor formal que assinala a *tipicidade* do direito tributário. O direito material tributário aproxima-se bastante do direito processual civil tributário, pois eles possuem inúmeras interfaces, sendo o rigor formal uma moeda comum a ambas as searas: consiste em um reflexo da cautela no trato do dinheiro público. Com efeito, o processo civil tributário é *um processo de rigor formal robustecido*: acaba sendo um retrato de seu objeto, qual seja, o direito material tributário que é colocado em juízo. A mesma aproximação entre os planos direito-processo é verificada na execução fiscal, uma modalidade de processo civil tributário.

O formalismo do direito tributário não é um problema em si mesmo. Ele passa a ser um problema quando atende a objetivos desviados, quando não obedece aos ditames constitucionais. Agora, qual o objetivo razoável do formalismo do direito tributário e do formalismo do seu braço de cobrança, a execução fiscal? É proteger o direito individual do contribuinte, como também proteger o direito de a Fazenda Pública executar seus créditos sem, contudo, desprezar as garantias processuais de um ou de outro.

A lógica da execução fiscal é ponderar esses direitos em conflito. Do contrário, a execução fiscal não seria matéria jurisdicional, mas exercício de autotutela.

A prescrição é um instituto do direito material. Ocorre que a vida da prescrição (ou a sua morte?) – a interrupção da prescrição – é consequência de uma “ação” por parte do credor, é resultado de uma demanda do credor. Assim, a indelével correlação que a prescrição orienta em seu desdobramento:

¹⁶ Em termos acadêmicos ou de maior profundidade técnica, o formalismo não seria um sinônimo de forma no sentido estrito. Por formalismo, seria concebida a “totalidade formal do processo”; de outro lado, a forma no sentido estrito é o “exterior sensível de um ato isolado”; possível ainda se falar em “formalidade” (as circunstâncias externas a um ato). Para finalidades práticas, as expressões formalismo, rigor formal ou forma são utilizadas como sinônimas, pois o exame assinala a interface do *rigor formal* que povoa tanto o processo como o direito material tributário possuem – e não estuda apenas o processo, seu formalismo, as suas formas no sentido estrito e, enfim, as suas formalidades.

a prescrição está quase toda regulamentada nas leis do direito material¹⁷, mas também deve atender às regras do processo, palco no qual exercitada a “ação” que interrompe a prescrição.

A essência da prescrição como um fenômeno total, como uma realidade que percorre o direito material e o processo, elastece o rigorismo formal acerca do instituto. A prescrição merece uma glosa dinâmica e que não se resume a um artigo do Código Tributário Nacional. Isso posto, examino a compatibilização do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com a abrangência sistemática alvitrada pelo ordenamento jurídico, com referência aos três perfis que regulam o seu desdobramento.

Três perfis que não deixam de ser “processuais”, pois revelam o *antes*, o *durante* e o *depois* do efetivo agir estatal.

2 O PERFIL EPISTÊMICO. A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO FISCAL

O debate sobre a natureza jurídica da execução fiscal permite problematizar *de onde provém e para onde* caminham as diversas reformas que entrecortam alguns aspectos da legislação processual civil. Além da discussão dogmática sobre o *se uma nova regra do Código de Processo Civil é diretamente aplicável à execução fiscal(?)*, é salutar compreender a própria razão que norteia uma atualização da dogmática – tanto no que toca às reformas do CPC como às reformas da LEF.

A nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferiu essencialmente a mesma regra que já estava alinhada no art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/1980 (aplicada ao regime de execução fiscal do crédito não tributário).

Art. 174, parágrafo único, I, do CTN: “Pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;”

Art. 8º, § 2º, da LEF: “O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.”

A roupagem de lei complementar é o bastante para alterar toda a rotina da interrupção da prescrição do crédito tributário? A vida e a morte da prescrição

¹⁷ A prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é um instituto geral do direito tributário, é matéria cujos contornos precípuos está reservada à lei complementar. Todavia, não basta que a lei complementar estipule um novo marco sobre a prescrição. A prescrição é um ato-fato jurídico, os respectivos *termo a quo* e *ad quem* podem estar regulamentados pela norma do direito material. Mas, para se alcançarem os termos limítrofes, o regulamento da prescrição deve também observar as normas processuais – afinal, é o processo exercitado pela “ação” que interrompe a prescrição.

e, por decorrência, a vida e a morte do processo de execução fiscal, são matérias a ser regulamentadas por um artigo de lei complementar previsto no Código Tributário Nacional?

Uma perspectiva sobre a natureza jurídica do processo (em especial, do processo de execução) permite a visualização.

2.1 A EXECUÇÃO FISCAL COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Uma parcela da doutrina considera(va) a execução como um arremedo de processo civil, pois somente o processo de conhecimento seria o *verdadeiro* processo. Não é preciso se aprofundar na história do processo civil para identificar respeitáveis escritos que consideram a execução fiscal como uma “ação de execução singular”¹⁸.

A “ação” processual é uma posição jurídica subjetiva de evolução progressiva¹⁹; significa um *movimento*, uma dinâmica, um exercício, de maneira que se torna secundário ou desimportante o caráter singular²⁰ ou coletivo desse fenômeno. O que interessa, sobremaneira quando analisada a natureza jurídica da execução fiscal, é identificá-la enquanto uma faceta da atividade jurisdicional, sob pena de a própria execução fiscal se perder como um resquício de autotutela da Administração.

A “ação” processual consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, ônus e direitos no sentido estrito. Não basta dizer que a “ação” é um direito público subjetivo, que ela confere o acesso do postulante à jurisdição, à medida que a “ação” é um desenrolar complexo, tanto que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²¹ anota que o “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação

¹⁸ KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, n. 127, p. 67.

¹⁹ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230. Postura científica que muito provavelmente o autor tenha buscado na doutrina de Elio Fazzalari. Ver *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 111 e ss.

²⁰ Utilizado apenas para separar a execução singular da execução coletiva (por exemplo, na recuperação de empresas).

²¹ Em palestra promovida no Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reforçou: “Ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação, é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo,

processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (*v.g.*, demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.)”²².

Se atualmente não existe discordância em dizer que a “ação” é atípica por natureza e que ela consiste em um *modus* dinâmico pelo qual é atingida ou perseguida a tutela jurisdicional, sobra evidente que a sequência de poderes, deveres, ônus, direitos e faculdades que ela emprega seja ordenada de maneira lógica e cronológica²³ por um vínculo normativo ou de diversas normas concatenadas entre si. Tal ligação é providenciada pelo *procedimento*, que reúne diversos atos concretos – desde o primeiro ato da “ação” (a *demanda*) até o seu ato final, o provimento²⁴.

A questão é fundamental, o que levou Elio Fazzalari a ressaltar que os *extremos da série sequencial da ação* – a demanda e o provimento final – também compõem o procedimento, porque são elementos essenciais a ele mesmo. O procedimento organiza os atos e as posições jurídicas com a finalidade de atingir o ato final (o provimento), assinalando um compromisso funcional²⁵. Um *groviglio* de ideias começa a ganhar forma.

Ao dizer que alguém *age*, é intuitivo que o *agente* se coloque em movimento, pois ele se retirou da situação ou do seu mero *status* para se colocar em pontaria de combatividade²⁶. Em termos empíricos (e psicológicos), questiono se os atos são invisíveis (?), pois as condutas dos sujeitos não aparecem no plano dos *agires*. Vale dizer, não são os *agires* do sujeito que permitem uma observação, mas o que

até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que não abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc.”. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do Centro de Estudos, v. I, TJRS, p. 36.

²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 102.

²³ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230.

²⁴ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXXV, 1986. p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 111 e ss.

²⁵ FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*. Torinese, v. XIII, 1957. p. 1068.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997. p. 103.

deixa rastros é o resultado final ou mesmo o caminho percorrido para cruzar que os sujeitos atinjam os seus objetivos. Daí a importância do procedimento – um esqueleto sensível dos *agires*, um verdadeiro rastro por intermédio do qual, da demanda até o provimento final, é providenciado um fio condutor.

O procedimento é o liame que permite visualizar uma “ação” que, enquanto fenômeno prático, seria invisível. O procedimento é o vínculo que concatena os atos concretos e as posições jurídicas processuais em ordem lógica e cronológica²⁷. Ou seja, o procedimento é um corpo sensível²⁸ dos *agires* – no interior dessa *espinha dorsal* do formalismo processual, que nasce com a demanda e se funcionaliza em direção ao provimento final.

Qual a importância do manancial teórico para a execução fiscal?

Com efeito, para atingir o provimento final da execução fiscal e para que seja entregue o dinheiro ao credor-Fazenda Pública, é necessário ser observado o *procedimento previsto em lei*, como uma série concatenada de atos processuais. Mais ainda, para que sejam produzidos os efeitos do processo e do seu provimento na esfera jurídica do devedor-parte executada, é necessário que o liame entre a demanda e o ato final organize-se de maneira paritária e simétrica, assim permitindo uma plena *discussão* entre os destinatários ou interessados pelos efeitos jurídicos gerados e sofridos.

²⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define o procedimento “como estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”. Ver *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi.

²⁸ Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do resultado do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73.

Por isso que o processo civil possui a natureza jurídica de um procedimento em contraditório²⁹, no qual se estrutura um esquema dialético que permite a participação e a discussão das questões pelos sujeitos processuais³⁰. O “processo é uma subespécie do gênero procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio dinâmico entre as partes (igualdade de

²⁹ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXXV, 1986. p. 827.

³⁰ Uma leitura atenta de Fazzalari deixa escapar interessante curiosidade sobre a ordem dos acontecimentos. Notável que ele comenta o fato de não terem sido os processualistas que identificaram existir procedimentos estranhos ao *iudicium*. Esse mérito é atribuído aos estudiosos do direito administrativo. Os respectivos ensinamentos foram trazidos para o processo civil, apenas em um segundo momento, como que de fora para dentro. Vale dizer que o procedimento, após nascer, voltou ao seu pretense hábitat natural: o processo civil. Isso permite constatar que o processo, na sua essência mais evoluída da leitura constitucionalista (formalismo-valorativo), não fora produto de uma análise estrutural, consoante ocorre com a grande maioria dos institutos jurídicos e se coaduna ao pensamento do século XIX. Pensar de maneira estrutural chega a ser uma abreviação, resume grande parte da visão à técnica. O processo – através do seu gênero procedimento – primeiramente fora visualizado por Fazzalari em um universo funcional, quando o provimento seria o ato finalizado pelos sujeitos, com um evidente nexo teleológico. Apenas em um posterior momento, após consolidado o raciocínio sobre o procedimento, é que o contraditório forte *puxa para dentro do processo uma esquematização paritária e que reclama a simetria* entre os sujeitos. Ou seja, primeiro a função e, após, uma apreensão estrutural do fenômeno. Quero dizer que Fazzalari pensou de fora para dentro do processo, como se dos efeitos se raciocinasse em direção à eficácia, o que é humanamente mais plausível. Como salientei em termos da “ação”, o ser humano somente consegue visualizar o concreto, o palpável. O fenômeno não pode ser definido, apenas sentido ou matéria de exposição – não definição. Entretanto, ainda no pós-kantismo, isso tudo parece causar certa surpresa à significativa parcela de pensadores. Ver FAZZALARI, Elio. *Processo*. Teoria generale. Novissimo digesto italiano. Torinese, v. XIII, 1957, em especial p. 1069/1070. Dinamarco chega a comentar a influência dos administrativistas para a definição do procedimento e do processo (inclusive por existir relação de gênero e espécie). Ver *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82. A origem publicista de uma concepção de procedimento em confronto com o processo pode ser observado no precursor ensaio de BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo*. *Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, em especial p. 126/7, 1952. O sobrenome não é mera coincidência. Se o leitor quiser aprofundar para muito além do processo civil, a filosofia empresta uma distinção entre os pensamentos de Parsons e Luhmann que, talvez, descortina a transição de um raciocínio estrutural-funcionalista para o funcional-estruturalista, na teoria dos sistemas (fundamentos, inclusive, de recente filmacoteca norte-americana, vide a verdadeira poesia na película *Matrix*, em especial o *Matrix II*, quando o conflito entre os mundos Zion-Matrix coloca a descoberto a dialética dos sistemas e as questões da autopoiese e da heteropoiese; *aprofundando* o raciocínio, até programas televisivos, como o Big Brother, exploram a questão sistêmica).

chances; paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório³¹⁻³². Seja qual for a modalidade da atividade jurisdicional – de *conhecimento*, *cautelar* ou de *execução* –, o processo é um esquema procedimental em contraditório.

A execução fiscal consiste em um procedimento em contraditório.

Desde o ato inicial (desde a demanda), com o ajuizamento da petição inicial protocolada pela Fazenda Pública, ocorre uma sequência preordenada – advém a citação e os demais atos processuais, até culminar no provimento final e na entrega do dinheiro. Cada ato da série supõe um ato subsequente; do contrário, um ato processual ficaria pendente, um órfão no esquema do procedimento. As recentes reformas do art. 40 da Lei nº 6.830/1980 correspondem a essa racionalidade:

Art. 40. O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por

³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

³² Uma definição de PICARDI, Nicola. *Manuale*. Op. cit., p. 230/1.

ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

O procedimento deve caminhar sempre para a frente. A execução fiscal deve caminhar sempre avante – essa epistemologia fundamenta a reforma do art. 40 da LEF. Por esse dispositivo, o legislador consagrou a prescrição intercorrente que outrora apenas a jurisprudência reconhecia (provavelmente com base na prescrição intercorrente então prevista no Código Penal). O mesmo fundamento epistêmico também funcionaliza as recentes reformas do Código de Processo Civil.

Portanto, não basta modificar o termo interruptivo da prescrição por intermédio da lei complementar. O “despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal” (art. 174, parágrafo único, I, do CTN) reclama um ato processual superveniente para produzir os seus efeitos – a citação –, assim como a citação supõe o ato antecedente na série. Daí concluir que o despacho da inicial, para produzir os seus efeitos, é *secundum eventum citationis*: a sucessão lógica e cronológica da demanda-despacho-citação, para resultar no processo de execução, deve atender aos requisitos da lei. Um não vive sem o outro. Do contrário, sequer de execução se poderia falar, mas de um arremedo de procedimento executório.

Quando ajuizada a execução fiscal e ordenada a citação, porém, não efetuada a citação – por diversos problemas: falta de endereço correto, não localização do devedor, não efetuado o pedido de citação por edital –, o procedimento pode até ser reputado existente, mas de *um procedimento efetivamente executório não se trata*. Afinal, não houve sequência de atos conforme previsto na lei de execução fiscal, mas apenas uma *sequência de atos atípicos*, que ficaram barrados na crise de instância da execução fiscal.

A citação do devedor não precisa ser definida como o termo específico da interrupção da prescrição. É possível, assim como pensou o legislador, que seja estipulado como o termo interruptivo da prescrição o despacho do juiz ou mesmo o ajuizamento da demanda. Inclusive, o CPC determina que a citação retrotrai os seus efeitos à data do ajuizamento (art. 219, § 1º, c/c art. 263).

A interrupção da prescrição é um ato que toca ao direito material e ao processo, pois a inércia é uma série de atos, de *agires*, que avança ao largo de um procedimento. Daí se falar que o art. 174, parágrafo único, I, do CTN é *secundum eventum citationis* – a citação é uma condição de possibilidade da interrupção da prescrição, a citação integra a ordem do juiz que a ordenou, sendo um ato

processual essencial à fase prelibatória da execução fiscal. Se não existe uma citação, chega a ser impossível pensar em uma execução, à medida que execução não existe, constrição sobre um patrimônio jurídico não existe, sequer um processo existe.

2.2 A EXECUÇÃO FISCAL COMO UMA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

A compreensão do processo enquanto uma relação jurídica entre o juiz e as partes respondeu pela autonomia científica do processo civil, separando-o definitivamente do direito material (desde o século XIX). O Código de Processo Civil, de 1973, é um reflexo vivo dessa matriz jurídica, comum ao panorama cultural então vigente no Brasil.

O CPC de 1973 não se preocupou em aproximar o processo à realidade do direito material. A grande questão da época de sua formulação era reforçar a independência dogmática do processo civil, com o alvitre de o elevar a uma estrutura não³³ ideológica e, sobretudo, tecnicista³⁴.

³³ Inúmeros dispositivos originariamente positivados no CPC demonstram a solução de compromisso de “não-especificidade” adotada pelo CPC/1973: o Código de Processo Civil tendeu a unificar os procedimentos em modalidades ordinárias e alheias ao direito material, com raros casos de “processos especiais”; o juiz deveria ser neutro, um juiz não ativo; os meios executórios (inclusive os meios probatórios) pautavam-se pelo princípio da tipicidade, daí sacralizando um formalismo excessivo; as eficácias das sentenças fungibilizaram-se ao denominador comum da sentença condenatória, vigorando a teoria ternária para obsessivamente classificar as sentenças, e não as espécies de tutela jurisdicional; o procedimento não abria possibilidade real à antecipação da tutela e refutava o sincretismo; existia um momento prévio para o conhecimento e uma fase posterior para a execução. Entre outros exemplos, em sua feição genética, o CPC/1973 manteve afastado o processo civil do direito material, daí retratando a era da *técnica* processual.

³⁴ A referência à metodologia denominada de “processualista, tecnicista, ou conceitualista” reflete a posição que, desde o Iluminismo, alavancou o processo a uma posição de autonomia em relação ao direito material, mas também fora responsável para afastar o processo da realidade que ele tende a solucionar com a justiça. Até a consagração do processualismo, existia uma visão plana do ordenamento jurídico, na qual Dinamarco refere que “a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. Para aprofundar a sequência entre as correntes metodológicas, na ordem, sincretismo, processualismo ou autonomismo e instrumentalismo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18. Finalmente, também se fala no formalismo-valorativo, corrente que é defendida no decorrer dessa exposição.

A Escola processualista, que ilustrou o CPC³⁵, também é responsável pela sorte de influências que nortearam a formulação da Lei nº 6.830/1980. Uma racionalidade que reproduz efeitos teóricos e pragmáticos até o presente, mormente quando a matéria subjacente – o objeto do processo: o direito tributário – é de cunho tão formalista quanto o próprio processo. Daí o fundamento epistêmico pelo qual as reformas³⁶ pontuais elaboradas recentemente ao CPC (Lei nº 11.382/2006) não despertam uma imediata aplicação, quando do manejo da execução fiscal.

Uma bifurcação de correntes epistêmicas sobrepaira: de um lado, a nova ordem mundial compreende o processo civil como um procedimento em contraditório, assim embasando dispositivos como o art. 40 da LEF; de outro lado, um perfil abstracionista e outrora responsável pela autonomização do processo reinava quando do advento do CPC e da própria LEF, fincando raízes para entender o processo como uma relação jurídica. O abismo epistêmico entre as duas correntes é dantesco.

A Lei Especial nº 6.830/1980 foi criada para conferir privilégios processuais à Fazenda Pública. Deve, portanto, seguir o formalismo do direito tributário para tutelar tais interesses supremos. O dualismo extremo entre o processo e o direito material, que sobrepairava naquela época, estava cravado na alma da operação jurídica como um todo e poderia ser sensivelmente notado no abstracionismo regulamentado na Lei de Execução Fiscal. Dessa forma, se o regime jurídico do CPC de 1973, inerente à cultura brasileira do último quartel do

³⁵ Merece referência a soberba literal do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 1973: “Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”. Além de retirar do povo (os verdadeiros detentores do poder) e, conseqüentemente, do próprio cenário da cultura a força de coesão para colaborar com a formação do direito – entropias de influência do social sobre o âmbito do jurídico –, parece que o processo civil, segundo o CPC do século passado, não pretendeu “se misturar” a outros ramos da ciência jurídica, sendo intuitiva uma fragmentação do direito em compartimentos estanques do conhecimento, como se fosse possível entender institutos através de uma leitura em tiras incomunicáveis. Tampouco se admitia um efetivo diálogo entre as fontes normativas, uma aproximação real entre direito e processo o que, atualmente, são mecânicas indispensáveis a uma própria dicção do que é racional ou razoável em termos jurídicos.

³⁶ As reformas do CPC, bem como as reformas da própria LEF (nova redação dos parágrafos do art. 40), assinalam o vértice epistêmico acolhido pelo legislador: na esteira da contemporânea doutrina do século XX, o processo é compreendido como um procedimento em contraditório. Logo, o processo sempre deve andar para a frente.

século XX³⁷, influenciou a Lei de Execução Fiscal, atribuiu a ela um maior “grau” de formalismo admissível, entre todas as espécies de processos de execução. As mensagens conceituais cristalizadas nessa lei extraordinária, não por acaso, isolam os diversos atos processuais em verdadeiras “crises de instâncias” – a execução fiscal não chega a ser um procedimento em contraditório, mas possui geneticamente uma natureza de *relação jurídica de direito público*.

A execução fiscal está repleta de atos processuais formais que praticamente se isolam entre si, como se fossem ilhas. Na prática da execução fiscal, tudo depende de intimações e de ciências inequívocas de parte à parte, para que assim se prossiga adiante. A consagração de uma *estrutural relacional* legitimou um esquema de “poder”, no qual a Administração é colocada no vértice, no topo de uma pirâmide, contra o indivíduo outrora considerado um súdito.

Uma fórmula epistêmica que assegurou um desenvolvimento processual truncado, no seguinte acordo de conveniências: enquanto a execução fiscal promete a falência dos prazos processuais próprios, pois concede à Fazenda Pública quase uma potestade de *agires*, ao seu talento e possibilidade, ao devedor foi garantida uma saída à francesa, pois a cada *não comparecimento* se estabelece uma crise de instância que emperra o procedimento.

A separação entre uma “relação jurídica processual” e a “relação em direito material”, que lhe recorta o objeto, demonstra que a escola processual brasileira trouxe, desde o direito privado, uma realidade conceitual³⁸ – a relação

³⁷ A metodologia tecnicista e seus devaneios excessivamente formalistas não permitem ponderar a multifuncionalidade da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, não observa a tutela do direito e a tutela jurisdicional em cotejo simbiótico, como tampouco não possibilita a visualização de categorias do gênero “questão mista” em processo civil. A metodologia da técnica assola a LEF e a remete a um amontoado de “crises de instâncias”, normalmente geradas pela concepção de um processo formalista ao extremo, que reflete o rigor do direito tributário e da burocracia brasileira da década de 1980. A Lei de Execução Fiscal jamais cogitou de sincretismo. Na longínqua década de 1980, conhecimento e execução não se misturavam, tanto que os embargos formam verdadeira crise existencial na execução e possui uma limitação material quanto às matérias que poderiam ser alegadas. Uma lente que violenta a ampla defesa enquanto direito fundamental, porém expressa a cultura de que a Administração tinha prevalência sobre o direito individual do contribuinte.

³⁸ A racionalidade oitocentista (e o panorama kantista desde então) trabalha com dicotomias, e isso não causa estranheza. Vale a pena analisar a obra de Bülow para, além desse cenário, constatar os fluxos e contrafluxos científicos ao largo do tempo. Para repudiar o pragmatismo do romanismo, que muito influenciou o processo comum da Idade Média, Bülow ressalta que avistar o processo em sua dinâmica é uma ideia *superficial* que não o afasta do procedimento. O qualificador do processo é a “relação jurídica de direito público”. Bülow joga a realidade das coisas em uma definição cunhada no direito material, o velho modo de compreender as realidades por uma estática. O autor refere que a concepção dominante no século XIX, até a sua obra, deixava “predominar o procedimento na definição

jurídica³⁹. Nicola Picardi⁴⁰ salienta que o processo como uma relação jurídica de direito público configura uma limitação de natureza “orgânica”, limita a dinamicidade ínsita à figura do processo como sequência de atos concatenados entre si. Para cada relação jurídica do direito material, deve existir uma relação jurídica de natureza processual.

Qual a consequência de se reputar a execução fiscal como uma relação jurídica?

Desde a racionalidade kantiana, é intuitivo que uma relação jurídica é uma relação entre dois sujeitos, ou que coloca dois ou mais sujeitos em posição de observação perante determinado objeto. A lógica da relação jurídica é “estrutural”: um vínculo⁴¹ + um objeto + pessoas. Em síntese:

Contexto estrutural da relação jurídica	vínculo estabelecido pela norma
	objeto
	<i>mais de um interessado no objeto</i>

do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção”. Qualquer semelhança com o sentido inverso dessa moeda não é mera coincidência. Atualmente, a doutrina majoritária devolve a noção de procedimento como mola propulsora do formalismo processual. O que interessa não é a relação jurídica, mas o qualificativo dinâmico de um contraditório que qualifica o padrão, a rotina pela qual o procedimento trafega. Os fluxos e contrafluxos da ciência. Ver BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 08. A doutrina de Bülow influencia pelo menos dois séculos de gerações do processo civil; inclusive, ele é denominado o “pai do processo”, o responsável pela separação do processo em confronto com o direito material. Em precisa reconstrução histórica, Giovanni Tarello salienta que Oscar Bülow “forse il più influente processualista del sec. XIX; può considerarsi l’iniziatore della nuova processualistica dogmatica; e certamente rappresenta nel massimo grado le tendenze della cultura giuridica germanica dell’età bismarkiana” (TARELLO, Giovanni. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo*. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 37).

³⁹ PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964. p. 28.

⁴⁰ Picardi refere que “i fenomeni processuali non si prestano ad essere ricondotti, nel loro complesso, sub specie di rapporto giuridico. Infatti, se il quid, che lega nello schema del rapporto giuridico le posizioni soggettive, va identificato nel nesso di ‘correlazione’ e se tale nesso, nella sua eccezione più rigorosa, va risolto unicamente nella coppia dovere-diritto, ne risulta che solo alcune posizioni processuali si prestano ad essere considerate sub specie di rapporto” (PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964. p. 49).

⁴¹ O vínculo é definido de maneira prática, por Kelsen, como um elemento sensível que supõe a “forma” que reveste a “essência/conteúdo” da relação jurídica. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 187.

Hans Kelsen explica que, na relação jurídica, existe uma coligação entre “o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente direito”⁴². Ou seja, se o processo é uma relação jurídica de direito público, devem existir dois sujeitos em posição de contrapartida de direitos e deveres. Tal correspondência de labores não seria somente em um parte – a demandante – e o juiz (o órgão assimétrico), até porque o juiz é “assimétrico” em relação a quem? Ora, o julgador é assimétrico em relação às partes, elas é que se colocam em posição de combatividade equidistante entre si mesmas.

Uma bifurcação acaba se problematizando: se a execução fiscal é um procedimento em contraditório, supõe-se que deve haver um ato processual legalmente previsto, após o despacho do juiz que ordena a citação; de outro lado, se a execução fiscal é uma relação jurídica de direito público, deve haver uma lógica estrutural que a sustente, ou seja, o processo da execução implica um objeto + vínculo + sujeitoS parciais e o juiz que se sobrepõe assimetricamente ao certame.

Em ambas as modalidades epistêmicas de observar a execução fiscal, por sobre o despacho do juiz que ordena a citação é necessária a citação do devedor. Caso impossível a citação pessoal, a legislação fornece alternativas fictas para a efetivação do chamamento do réu ao processo de execução – sempre devendo ser atendidos os prazos e formalismos das leis do processo.

3 O PERFIL DOGMÁTICO. A LACUNA TÉCNICA DA LEF E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

A recente reforma do Código de Processo Civil no tocante à execução de título executivo extrajudicial (Lei nº 11.382/2006) levantou a seguinte dúvida: as modificações do CPC são aplicáveis ao esquema da execução fiscal?

No seu art. 1º, a Lei nº 6.830/1980 é cristalina ao prever que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Na verdade, não precisaria haver uma lacuna da LEF para a aplicação do CPC, porque o seu regime é coligado ao CPC por uma questão de lógica-jurídica. Trata-se de conjuntos normativos de mesma hierarquia e em posição de coordenação.

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 182.

Ocorre que as inúmeras discussões foram motivadas por uma diversidade de perfil epistêmico sem, contudo, que a observação voltasse ao “fundamento” do problema, mas apenas perquirisse sobre soluções de pontuais questões. Ora, a reforma do CPC é incompatível com a LEF porque a Lei de Execução Fiscal criou raízes em um esquema estrutural conceitualista que também fundamentou epistemicamente a origem do CPC, nas distantes décadas de 1970 e 1980.

Esse o motivo pelo qual a doutrina e os tribunais sustentam que a reforma do CPC (em especial, a Lei nº 11.382/2006) não se aplica, na totalidade, ao regime da execução fiscal.

O exemplo clássico da incompatibilidade consiste na discussão sobre os efeitos em que recebidos os embargos à execução de título extrajudicial. A nova execução de título extrajudicial (hoje encartada no CPC) previu um procedimento *sincrético*, no qual o conhecimento e a execução trafegam ao mesmo tempo. O que isso significa? Que o legislador está compreendendo o processo como um procedimento em contraditório. Basta examinar em conjunto os seguintes dispositivos do Código:

Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

§ 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado.

O art. 652 abre a porta de entrada para a execução, e a reforma do CPC é sintomática.

Mais adiante, ao mesmo tempo em que se procede à execução, uma regra estipula a possibilidade de discutir sobre a legitimidade do débito: “Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação”. Sem precisar falar na objeção de executividade – a reforma do CPC trouxe a realidade do mundo da vida para o processo: a velha fórmula do conhecer para executar ou só executar e não conhecer se transformou em peça de museu.

Atualmente, é natural pensar que a execução e o conhecimento trafegam juntos e misturados. Vive-se a época dos caminhos fluidos e temperados entre si.

O mundo contemporâneo é multimídia, é multiforme, reclama plurissignificados, e o profissional deve possuir metacconhecimentos para se manter competitivo no mercado de trabalho e no cenário empresarial. Também o processo civil reflete a superação do mundo das dicotomias, o velho mundo solipsista do positivismo científico do século XIX. O esquema atual é *sincrético*: conhecimento e execução ao mesmo tempo, quiçá, a cautela também.

A Lei de Execução Fiscal é de outros tempos, o que a faz resistir ao sincretismo de uma maneira sorrateira, quase turrona. A LEF reflete um tempo em que a Administração Pública era o núcleo do poder, sendo desprezados outros órgãos do qual emanam forças de interferência social. Isso posto, a estratégia era manter a informação (sinônima de “poder”, naqueles tempos) no controle da Administração, retroalimentando um estrutural-funcionalismo da coisa pública. O limite e o fim do direito não era o homem, mas realizar o que a estrutura matizada como democrática dizia que tinha de ser feito.

O sistema da LEF fechou-se no entorno da manutenção de uma especialidade, de um peculiar privilégio à Fazenda Pública. Os prazos, os formalismos excessivos, a limitação dos meios e dos conteúdos impugnativos parecem transferir a LEF não à década de 1980, mas ao sacro século XIX – a era da informação, em que a notícia consistia em “poder”. Portanto, apesar da orientação pela aplicação subsidiária do CPC à LEF, não existe compatibilidade lógica entre o sincretismo e o formalismo excessivo, entre o sincretismo e a postura sistêmica, entre a abertura sincrética e o fechamento estruturalista que a LEF promoveu ao largo dos anos. Uma razão que sustenta a base sólida da doutrina, quando se comenta que os embargos em execução fiscal permanecem com efeito suspensivo, apesar da modificação do CPC.

A doutrina é precisa ao elencar os dispositivos que não permitem a interpretação de subsidiariedade:

É verdade que não está escrito, textualmente, na Lei de Execuções, algo como o que constava do art. 739 do CPC. Mas o que consta dos arts. 18, 19, 24 e 32 é um texto que, embora formado por expressões diferentes, tem o mesmo sentido. Usando um exemplo colhido da ciência médica, pode-se fazer a seguinte analogia: a Lei de Execuções Fiscais não afirma que “o homem morreu”, como afirmava o art. 739 do CPC. Mas afirma que seu coração parou de bater, que sua atividade

cerebral cessou e que seu funeral já foi concluído. Expressões distintas que, contudo, têm o mesmíssimo sentido.⁴³

Desencontros dogmáticos poderão ser observados em uma interpretação sincrônica. Agora, em termos diacrônicos, o raciocínio remete o observador de volta a um fundamento epistêmico: enquanto o CPC de 1973 e a LEF de 1980 eram ditados por uma racionalidade que lhes conferiam a natureza jurídica de uma relação jurídica de direito público, atualmente as reformas que modificam tanto o CPC como a LEF lhes reputa a natureza jurídica de um procedimento em contraditório. As contínuas reformas das leis processuais tendem a adequar⁴⁴ o processo ao direito, adequar o processo ao seu objeto, mas nem sempre as modificações da legislação processual alcançam todo e qualquer objeto⁴⁵.

Uma reforma legislativa – quando pontual, quando focada em um artigo de lei – não possui o condão de modificar a natureza das coisas. O novo termo para a interrupção da prescrição estabelecido pela LC 118/2005 não vive sozinho no mundo jurídico. Ele reporta a essência do art. 8º, § 2º, da LEF, mas esse mesmo dispositivo deve observar a totalidade do processo (o formalismo) para a sua plena aplicabilidade. O art. 8º, § 2º, da LEF, por imposição do art. 1º dessa lei, reclama a orientação do art. 219 do CPC. Todos convivem juntos e com a mesma dose de normatividade.

Ambos os perfis epistêmicos não permitem que a prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário seja interrompido apenas com a ordem de

⁴³ MACHADO, Hugo de Brito. Execução fiscal. *Pesquisas tributárias*. Nova série. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, 2008.

⁴⁴ Um processo sumário ou um processo especial nada mais representa que um processo adaptado a uma posição jurídica preordenada pelas peculiaridades do direito material. Assim acontece com a execução fiscal, quando diversos privilégios são predispostos à Fazenda Pública, outrora invencível tutora do interessa público – lembro que a lei é de uma época na qual o interesse público era intangível à pessoa, pois não se tinha uma visão do direito individual como componente da seara pública, muito menos uma noção de que o direito individual reproduz o núcleo da teoria da justiça.

⁴⁵ Uma visão do processo pode sustentar uma reforma pontual, mas uma reforma pontual (de um dispositivo, que seja) não consegue sustentar uma visão de processo. Trata-se da noção de sistema e de sua funcionalidade: as coisas jurídicas estão preordenadas de maneira pretensamente harmônica, no entorno de um princípio reitor normativo e que, sobremaneira, subentende uma hierarquia e um diálogo entre as fontes. Uma perspectiva cada vez mais lembrada não apenas pelos clássicos jusfilósofos positivistas (como a tríplice entente de Kelsen, Bobbio e Hart), como também pelos teóricos de uma visão de justiça pela integridade (vide Dworkin e a noção de integridade do direito repristinada e/ou convencionalizada, uma justiça com amparo na tradição, e Richard A. Posner com a formação pragmática da justiça, uma justiça existencialista).

citação no despacho inicial do juiz. O despacho deve ser sucedido da citação, seja porque o procedimento subentende a sequência de atos na série, seja porque a relação jurídica supõe dois sujeitos e um objeto.

O problema não é meramente dogmático, porquanto não pertence apenas ao campo estrito da norma. A lógica do sistema normativo é matéria que deve sobrepassar, pois o direito é uma ciência, o direito é uma experiência da regulação social. Assim, segundo Kelsen, uma “lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normar algo que deveria ter normado para que de todo em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei”.

O escrito clássico kelseniano, aprofundando a linha de visada, pode remeter o pesquisador ao seguinte ao descortinamento: uma lacuna não precisa estar escrita que é uma lacuna, até porque, se estiver expressa como lacuna, de lacuna não se trata – mas se tratará de um regulamento inútil. Portanto, uma lacuna normativa é uma realidade que remete o operador do direito à solução de compromisso com um sistema, com um ordenamento jurídico, naquilo que a compatibilidade das normas possibilitarem e ensejarem.

O art. 1º da LEF explicita o que todos sabem. A fase prelibatória da execução fiscal, com o despacho da inicial e a fase de chamamento do réu, com citação do devedor, remetem à utilização das normas da LEF em coordenação com o formalismo do processo civil, de acordo com os regramentos do CPC. Uma questão de lógica não precisa justificar o intuitivo, pois, além dos prazos e termos prescricionais previstos pelo CTN, também os articuladores do mundo jurídico devem atender aos prazos e termos que retiram o credor da inércia – os prazos e termos previstos para que a citação seja instrumentalizada, segundo o CPC, pois *agir* segundo um procedimento formalista é uma rotina regulamentada nas leis processuais, o que diretamente afeta o fenômeno da prescrição.

A inércia não vive sem o movimento: são lados de uma moeda. Assim como é impossível se cogitar da morte quando não existe a vida.

4 O PERFIL FUNCIONAL. O PRIMADO DA TUTELA DO DIREITO

O perfil epistêmico localizou de *onde* a prescrição parte; o perfil dogmático reflete a *estrutura* da vida e da morte da prescrição; e o perfil funcional salienta que o Estado existe e instrumentaliza-se para servir ao ser humano, qual a *finalidade* do Estado. O ser humano é a razão e a finalidade para que o direito e as instituições desenvolvam-se.

O atual quadrante constitucional operou uma abertura do sistema jurídico, admitindo novas matérias-primas normativas, ora mais elásticas, e que deslocaram o foco da controlabilidade⁴⁶ entre os poderes instituídos: hoje, é atribuída a força normativa aos princípios, aos critérios hermenêuticos, aos valores, aos postulados normativos aplicativos. Além disso, mesmo as velhas regras não são aplicadas por um mero cotejo silogística – a metodologia do direito constitucional implica um exercício ponderativo entre as forças normativas que povoam o sistema. O direito é uma empresa em permanente construção; é resultado da experiência social, e não apenas a modificação das próprias ferramentas que desencadeou uma ruptura, mas, sobremaneira, o que variou foi a metodologia da operação jurídica, de maneira que seja realizado um diálogo entre as fontes com a decorrente democratização dos escopos totais – os valores constitucionais.

O direito existe para ser efetivado. Alguns direitos abstratamente previstos, mais que isso, possuem tamanha força normativa que chega a ser proibida qualquer tendência que os viole. Daí a característica da fundamentalidade material dos direitos: de tão importantes, os direitos fundamentais impõem medidas concretas para a sua efetivação. A perspectiva objetiva desses direitos reputados fundamentais enseja soluções de compromisso às instituições, ou seja, uma “mais-valia” jurídica.

Vale dizer que os direitos fundamentais não permitem uma previsão em planos – objetivo e subjetivo –, mas refletem uma

mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por

⁴⁶ Em visão bastante atual, fazendo uma reconstrução dos remédios do constitucionalismo norte-americano, a doutrina contemporânea utiliza a denominação *substantive due process* como sendo “o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente”. E salientando a multifuncionalidade do *substantive due process*, em ponto inerente à rotina da força normativa da Constituição brasileira, o autor assegura que o princípio do “devido processo substantivo não se confunde, do ponto de vista funcional, com os postulados da razoabilidade ou da proporcionalidade. É dotado de *funcionalidade própria e autônoma* em face dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Razoabilidade e proporcionalidade são cânones hermenêuticos ou postulados normativos aplicativos, que podem estruturar a interpretação e aplicação do princípio do devido processo substantivo, assim como de outras normas jurídicas, mormente constitucionais”. Ver MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente, p. 84 e 128.

meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e entre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal.⁴⁷

Em virtude da função que eles desempenham, porque apontam diretamente aos valores do sistema jurídico, os direitos fundamentais prevalecem sobre as demais normas, consistindo em pedras de toque do Estado Constitucional.

Os *direitos fundamentais afirmam valores e*, assim, passam a incidir sobre a totalidade do ordenamento jurídico, iluminando todas as tarefas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário⁴⁸ (o que os qualifica de direitos ubiquitários⁴⁹). Disso se infere o caráter democrático e social do Estado brasileiro (e dos Estados nacionais articulados pelo constitucionalismo do pós-guerra), porque os poderes instituídos nesses e por esses Estados se reforça principiológica e valorativamente⁵⁰. As instituições estão vinculadas não somente à lei, mas atendem a um esquema de “juridicidade”⁵¹ (bloco de normas que protegem os

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008. p. 213.

⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 131.

⁴⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 147.

⁵⁰ Assente que os valores diferenciam-se dos princípios e das regras. Assim como as regras, os princípios atuam no plano deontológico, no plano do dever-ser, e possuem natureza mais aberta que em relação às regras; de outro lado, os valores ilustram todas as normas do sistema – sejam elas regras ou princípios – e, portanto, subjazem a todas as tarefas estatais e, sobremaneira, estruturam e legitimam as políticas e suas opções públicas, tanto as de ordem genéricas como as de natureza casuística. A atuação em um plano axiológico afirma o que é o “melhor” e consta acertado democraticamente na Constituição (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA 215*, p. 165).

⁵¹ Existem duas ordens de “juridicidade”: uma juridicidade no sentido formal, que trata da força normativa no sentido de vigência das normas (assim como fazia a velha legalidade clássica), e uma juridicidade que remete o operador a uma faceta substancial das normas, porque, além de vigentes, as normas devem respeitar o conteúdo principiológico e valorativo previsto na Constituição. Somente

direitos), tanto quanto as próprias relações dos particulares entre si (eficácia horizontal e a eficácia vertical com repercussão lateral⁵²).

Portanto, *não basta que uma lei seja complementar* – como a LC 118/2005 – e modifique o art. 174 do Código Tributário Nacional. Somado ao aspecto da forma, é decisivo que as normas da lei modificadora prestigiem o conteúdo da Constituição e, ainda, o conteúdo da racionalidade jurídica que ilustra o sistema. Os itens acima discutiram sobre esse último ponto de compatibilização; agora, chama-se a atenção para a base valorativa que está cravada logo no primeiro artigo da Constituição⁵³, em especial o valor da “dignidade da pessoa humana”.

A dignidade da pessoa humana é o polo metodológico do sistema constitucional brasileiro. Somente a partir da dignidade dos indivíduos e para ela, o Estado pode pensar no cumprimento de suas outras finalidades. Não adianta organizar o poder, estruturar a Administração, rearticular burocraticamente os prazos e formular as leis especiais, se não está respeitada a dignidade do ser humano. O Estado brasileiro tem o dever de proteger os indivíduos, e as instituições estatais, por sua vez, devem se organizar de maneira harmônica, para cumprirem tal mister. A prescrição reflete um punhado da segurança jurídica; logo, preserva a dignidade do ser humano, pois ele não pode ficar indefinidamente amarrado à potestade do Estado.

Com efeito, o Estado deixou de ser um “inimigo” das pessoas e assumiu uma posição complexa, que se agita no sentido de proporcionar a todos, de maneira efetiva, uma vida melhor, uma (sobre)vivência qualificada. Esse o verdadeiro sentido de sobrepor os direitos fundamentais à legislação infraconstitucional e dizer que a nota da fundamentalidade deve caracterizar as manifestações institucionais do Brasil. A supremacia do direito no Estado Constitucional⁵⁴ remete os direitos fundamentais a uma posição de vantagem,

o atendimento dos requisitos de forma e da substância confere validade e aplicabilidade às normas jurídicas dos tempos atuais.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 181/7.

⁵³ O dispositivo estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁵⁴ O Estado Constitucional não afirma um conceito pronto, mas recolhe um ponto de partida dos interesses comunitários para, como uma empresa em diuturna construção, elaborar uma estrutura de dois corações em direção às suas finalidades – o Estado Constitucional significa: o Estado de direito +

porque apontam em direção aos valores basilares do sistema⁵⁵. Se hoje dispomos de uma Constituição dirigente, é porque ela se abriu principiologicamente, de maneira a reunir diversas opções políticas e jurídicas em contínua dinamização, como se de alguma forma apaziguasse as normas submetidas a juízo ponderativo, quando elas forem conflitantes nos casos concretos (no processo, o exemplo corriqueiro da efetividade *versus* a segurança, que dialogam tanto em abstrato como em concreto). Trabalhar com essa dialética é pressuposto de qualquer ciência diretamente influenciada pela cultura.

O direito e o próprio Estado (como realidade institucional⁵⁶) tornaram-se mecanismos em diuturna mutação construtiva, empresas em permanente

o Estado democrático = busca das finalidades. Essa formatação é uma empresa em construção e vem se condensando em diversos momentos que concretizam um momento subsequente na relação jurídico-constitucional entre o político e o jurídico. Ou seja, o modelo acaba por elaborar a “domesticação do domínio público pelo direito”, que, na verdade, representa o “grau” de juridicidade atribuído ao controle da política. Se, atualmente, o Estado consiste em um esquema aceitável de racionalização institucional que organiza as sociedades modernas, o Estado Constitucional qualifica um modelo *plus*, como uma “tecnologia política de equilíbrio político-social”. Uma realidade engendrada pela teoria constitucional que, historicamente, perpassou três modelos basilares de supremacia do direito (ou “códigos de observação político-jurídico”): a) *rule of law*: modelo que privilegia o *due process of law* em detrimento da legalidade, apesar de, em alguns casos, admitir a codificação. Utilizado na tradição *common law*, ele se fundamenta na *judicial review* para conferir a soberania do direito ao panorama social; b) *l'État legal*: modelo que utiliza a hierarquia piramidal do esquema Declaração, Constituição e lei para, desde uma perspectiva franco-liberal do final do século XVIII, privilegiar o princípio da legalidade em detrimento do devido processo legal. A França é o exemplo de “Estado Legal”, onde a supremacia do direito é ditada pelo parlamento; c) *Rechtsstaat*: desde o início do século XIX, a assimetização do regime germânico estipula um modelo de supremacia constitucional do direito no qual houve a fixação de poderes para controlar os atos e as normas por um Tribunal Constitucional. É um mecanismo também denominado de “austríaco”, cujo império do direito é assegurado por meio de instrumentos de salvaguarda do próprio sistema. O Estado Constitucional é um modelo superveniente a tais modelos tradicionais, representa um *plus* a essas variações, seja porque reúne juridicidade + participação, seja porque está em permanente transformação, sempre em busca das finalidades que reputa *ótimas*, pois se trata de um mecanismo funcional-estrutural do constitucionalismo contemporâneo e da filosofia do direito. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 83/97.

⁵⁵ No esquema do século XIX, o Estado era visualizado como o poder exclusivo para criar o direito-conceito, e a legalidade formal se estatuiu como um limite do poderio desse próprio genitor. Agora a realidade é diversa, porque, além de não se permitir ao direito um regresso autofágico a marcos que logrem direitos fundamentais (petrificação das garantias), o que pode ser compreendido como uma pedra estrutural de toque é o compromisso funcional desse mesmo Estado em proporcionar medidas para efetivar – ou medidas tendentes à satisfação – os compromissos sociais assumidos com a totalidade dos indivíduos, por meio da ponderação dos interesses em permanente diálogo.

⁵⁶ A compreensão do direito como uma ordem normativa institucional e a feição do Estado enquanto ator e produto desse contexto é reflexo de uma postura jusfilosófica que apresenta não uma visão única das coisas, mas o confronto de diversas visões e, entre elas, a eleição do concretamente melhor ou mais

construção. Na verdade, eles são instrumentais à proteção da civilidade e devem reproduzir com variações abstratas (legisladas) ou concretas (atos administrativos e tutela jurisdicional) o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes. Característica que reserva à velha legalidade estática uma distante recordação histórica⁵⁷. Tudo isso está a compor a tutela (a proteção em um sentido amplo).

A assinalada abertura e elasticidade do cenário normativo são exasperadas pela multifuncionalidade⁵⁸ dos direitos fundamentais – entre os quais o metadireito de proteção, o dever institucional de tutelar os direitos, e o próprio poder dos cidadãos propriamente ditos, para formularem mecanismos civis para a tutela das situações da vida. Isso tudo caracteriza a moeda concreta para a efetivação da tutela em sentido largo.

No Estado Constitucional brasileiro, inegável o *primado da tutela dos direitos e a inafastabilidade da tutela jurisdicional* enquanto direitos fundamentais. A concretização dos demais direitos no plano das relações sociais depende da expansão contínua do direito de tutela, do direito de proteção. E a fundamentalidade dos direitos no sentido material não apenas reclama efetividade àquilo que está positivado na Constituição, como também implica o dever estatal de tutelar os direitos como um todo. O dever de tutela e a tutela jurisdicional é um metadireito, diretamente ligados ao valor dignidade da pessoa humana⁵⁹.

razoável. Ver MACCORMICK, Neil. Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. In: *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 3.

⁵⁷ Mais detalhadamente em CASTRO, Cássio Benvenuto de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, p. 853 e ss., abr. 2010.

⁵⁸ Em termos multifuncionalidade, os direitos fundamentais dividem-se em direitos de defesa (ações negativas do Estado) e direitos a prestações (ações positivas). O primeiro grupo veio consagrado pelo liberalismo, são as garantias; o segundo grupo constitui a grande característica de um Estado Social e pode ser subdividido em três espécies: os direitos a prestações sociais (fáticas) ou direitos a prestações em sentido estrito, os direitos à proteção normativa e os direitos a organização e ao procedimento. Justificada a diretriz contemporânea da nova ordem constitucional, é visível o dever institucional de proteger ou de tutelar os direitos no plano das relações materiais e, assim, visualizar um reflexo qualificado desse dever, então por intermédio da tutela jurisdicional dos direitos (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 202 e 442 e ss.).

⁵⁹ No caso da previsão infraconstitucional de um direito, o imperativo da tutela não é retirado do caráter formal de uma eventual colocação de um dispositivo na Constituição. A hipótese que pretendo salientar subentende o “dever geral de proteção”, que é sempre devido pelo Estado, justamente, para assegurar a civilidade esperada no trâmite social. Marinoni afirma que “o direito fundamental à tutela

O que isso representa quanto à prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário? Qual a influência do valor dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à tutela do direito para o reconhecimento da prescrição?

A ordem jurídica tutela normativamente as situações que possibilitam uma convivência social pacífica. A tutela dos direitos sob o prisma legislativo, no paradigma que se pode dizer “formal”, que elabora e publica leis em abstrato, garante os direitos dos indivíduos “desde fora”. Ou seja, em abstrato, por intermédio da previsão de normas jurídicas, o legislador regulamenta a prescrição e seus prazos, os atos que interrompem a prescrição e, por conseguinte, as técnicas que instrumentalizam o atingimento das finalidades jurídicas da prescrição. “A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito à prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens”⁶⁰.

O sistema normativo predispõe uma espécie de *continuum* de proteção, desde a previsão normativa e abstrata dos direitos, até que eles sejam efetivados no plano concreto. A colocação do problema da tutela dos direitos no plano constitucional e a positivação da inafastabilidade⁶¹ da jurisdição, quando ocorre

jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, *mas a tutela de quaisquer direitos*. Tratando-se da tutela de direitos não fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela”. Em *Técnica*, op. cit., p. 170.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 442. Vide OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 83.

⁶¹ A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão, inclusive, que pode ser alavancada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que, “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade no direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também devem ombrear medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofendidos, e assim promoverem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. E arremata: “A doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (*übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com *uma* de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a *proibição de infraproteção* ou de *proteção deficiente* (*untermassverbot*) a

qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CRFB), evidencia que a cada direito previsto devem ser estabelecidos instrumentos que viabilizem o seu exercício no plano da realidade. Se a tutela do direito material é regulamentada no plano metafísico (porque abstrato-normativo, apesar de os direitos poderem e geralmente serem atendidos espontaneamente⁶²), a respectiva efetivação da proteção ou tutela – também é possível considerar “outra” forma de tutela – ocorre por meio da tutela jurisdicional.

O direito deve ser tutelado no desenvolver de todas as vias e por todas as instituições, pois as instituições existem e funcionam para atender ao ser humano.

A tutela jurisdicional é o resultado do processo, é o produto da imperatividade e da soberania do Estado-juiz, supondo a preordenação de meios eficientes para tanto. A tutela jurisdicional é o *valor* que decorre do provimento jurisdicional e

as consequências desse valor no plano social, com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessualmente, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida. Por isso, quando se fala de tutela, a *forma* da realização é tão essencial e distintiva quanto a finalidade, mormente porque há entre ambas uma relação dialética, uma influenciando a outra.⁶³

A tutela jurisdicional é um somatório, um *plus* que permite a tutela do direito. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sintetiza que

a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo *material*) – ressarcitória, restituitória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata,

um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 98 e 108, respectivamente.

⁶² O cumprimento espontâneo do direito aparece no momento da pretensão e da atendibilidade. Uma vez que elas sejam frustradas, abre-se o lastro à executoriedade (ressalvadas as hipóteses de autoexecutoriedade do ato administrativo e a questão da autotutela, excepcionais ao sistema). Ou seja, quando observada a rotina civilizada das movimentações sociais (contratos e respectivo adimplemento, por exemplo) ou mesmo do direito penal (quando a grande maioria atende à ordem de “não delinquir”), na verdade, existe o cumprimento espontâneo do direito.

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 73.

prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restituitória, de remoção do ilícito etc.) deve corresponder, no plano processual, de modo concreto, a uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*).⁶⁴

Disso decorre que o direito fundamental à efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB)

é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.⁶⁵

A tutela jurisdicional efetua a *ligação* ou uma *ponte*⁶⁶ entre o direito material e o processual. Quando constitucionalizada, assumiu uma posição privilegiada e verticalizou as demais estruturas do processo, de maneira teleológica. Assim, a “ação” e o “processo” são modelados por um nexo de finalidade, cujo norte é a tutela. E, por isso mesmo, impossível que seja estudada a prescrição – um fenômeno aparentemente do direito material – com o desdobramento do processo, que reproduz a retirada do credor de sua inércia.

Para tanto, a interpretação das realidades jurídicas reclama uma visão funcional, no qual, para além dos escopos, prepondera o *background* valorativo previsto na Constituição. Os objetivos ou finalidades do sistema podem e devem variar ao talante das realidades e dos interesses sociais oscilantes, porém compatíveis com a discricionariedade do poder estatal. O processo civil (ciência

⁶⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 12.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 143.

⁶⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática*, cit., p. 74.

cultural por excelência) acompanha essa dinamicidade, de maneira que, para a satisfação dos cada vez mais atribulados e momentâneos alvites sociais, econômicos, científicos e políticos, imprescindível emprestar ao processo uma racionalidade valorativa que transcenda a singela subsunção aritmética do direito material sobre os fatos. A ponderação é imperativa, a lógica do razoável é produto de um funcional-estruturalismo.

Imperioso que o fator “instrumentalidade” do processo assuma um caráter multifatorial. O processo deve ser *instrumental* em um sentido amplo, de maneira a permitir o melhor trânsito de todas as instituições do Estado em benefício à tutela do direito. Desde o processo para o direito material e vice-versa, tudo deve avistar os valores constitucionais, tudo com o vértice na efetiva proteção do cidadão: a tutela efetiva e segura, seja ela uma tutela jurisdicional ou uma tutela não jurisdicionalizada. O Estado trabalha como uma empresa e em benefício do indivíduo. O Estado Constitucional deve ao indivíduo a tutela do direito. A tutela no sentido concreto é o objeto premente, a razão de existir das próprias instituições.

O apego ao formalismo legalista rejeita uma leitura sistemática do art. 174, parágrafo único, I, do CTN. Não apenas em termos endopositivos, como também na virtude que a teleologia das instituições implica.

Um parêntese sobre a separação dos poderes ou funções estatais é peremptório.

O cenário jurídico brasileiro açambarcou rescaldos lusitanos do direito das Ordenações, deitando raízes em uma espécie de *bartolismo* científico – quando as lacunas eram colmatadas pela metodologia escolástica –, o que gerou uma superestima do liberalismo francês, dominante na Europa desde o século XIX. A estrutura do Código Civil de 1916 demonstra que Clóvis Beviláqua espelhou-se em uma realidade europeia, privilegiando uma normatividade individualista, patrimonialista, “dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensado a partida da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”⁶⁷. Isso não é novidade, tudo é importado no

⁶⁷ MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, n. 183, p. 182. Tanto o Código de Processo Civil de 1973, versão original, quanto o Código Beviláqua, de 1916, ostentam uma percepção individualista, patrimonialista, com a ideologia liberdade-manutenção do *status quo*, pensando-se apenas sob a ótica do dano e da tutela repressiva. Tratava-se da ciência neutra com relação à cultura, o que acabou perenizando uma estrutura social do século XIX – então proclamada pelos alemães e italianos. Patrimonialismo em duas frentes: propriedade imobiliária e a mercantilização/fungibilidade de todas as obrigações em pecúnia. Uma mecanização não concretista

Direito brasileiro. O problema é quando o produto da exportação já não condiz com a superveniência de uma Constituição que desenvolve outra maneira de racionar o direito. Em outras palavras, a metodologia que o operador jurídico brasileiro geralmente utiliza – em termos da separação das funções estatais – condiz com uma leitura civilista e bevilacquaiana da matéria, com raízes no ano de 1916, e não com uma mentalidade que se pode extrair da própria letra da Constituição de 1988 e das suas diuturnas e recentes reformas pontuais.

O legado civilista efetua uma leitura da Constituição com os olhos da exegese, para a qual os poderes do Estado eram *absoluta e absurdamente separados e estáticos* (!), época em que os planos do direito e do próprio conhecimento não se tocavam entre si. Trata-se de um retrato do movimento cultural da época napoleônica, que teve seus motivos históricos para operar uma ruptura epistêmica dessa magnitude. Legislativo, Executivo e poder Moderador não se tocavam; direito penal e direito não penal também não se comunicavam. Afinal, as ciências não conheciam o que significava ductibilidade, interdisciplinaridade e sincretismo. Giovanni Tarello salienta:

*Una delle caratteristiche più costanti delle organizzazioni giuridiche liberali, e particolarmente di quelle dell'Europa continentale che vennero costruendosi sulla base delle strutture di origine napoleônica, fu la rigida distinzione, nell'ambito della funzione giurisdizionale, tra il processo penal ed il processo civile.*⁶⁸

O perigo da importação total dessa construção oitocentista é a desconsideração da metodologia de trabalho constitucional, atualmente imperante a todas as estações jurídicas: mormente ao direito tributário e ao processo civil tributário. A diferença entre essas forças metodológicas (civilista clássica e constitucionalista contemporânea) não representa apenas uma nova feição das fontes do direito e das técnicas jurídicas para o aporte normativo, o que ainda hoje se faz necessário, mas uma total incomunicabilidade de racionalidades coerenciais de maneira estanque, como se uma área do direito pudesse sobre(viver) sem a outra, como se determinado aspecto jurídico

dos problemas apresentados em juízo, quando a manutenção do poder central muito bem acenava a crescente assimetização dos obeliscos dos Estados Nacionais europeus.

⁶⁸ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 16.

pudesse existir validamente sem a utilização da Constituição e do seu respectivo *background* filosófico como instância de irradiação, legitimação, síntese e formulação de metas.

A Constituição é o paradigma de toda a racionalidade jurídica; não é o Código Civil que está no epicentro do sistema. Adotar separações absolutas é conviver com apanhados rousseauianos e hobbesianos em pleno terceiro milênio. Thomas Hobbes abalizou a consolidação dos estados nacionais, formulando uma doutrina política de “refinado absolutismo”⁶⁹. Ele alavancou o jusracionalismo nacionalista, por meio de uma rigorosa dedução lógica contratualista, retirando os homens do “estado da natureza” e os subordinando ao necessário e irrefreável poder absoluto do soberano. Tanto que Franz Wieacker conclui que tal visão de um positivismo político extremo é atualmente impensável e “aparece mesmo como uma hipocrisia intelectual”⁷⁰. Cenário complementado por Rousseau, que estipulou a possibilidade da tutela – formal – da liberdade e da igualdade pela legislação. Baluartes do iluminismo francês, que parecem até hoje surtir efeitos a poucos desavisados do terceiro mundo.

Nessa ordem de ideias do positivismo clássico, a legalidade formal ou a mera legalidade estabelece uma espécie de “metanorma” de reconhecimento da cogência do direito vigente. Ferrajóli é veemente ao criticar que, para tal corrente oitocentista, basta que uma norma jurídica, “qualquer que seja o seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas de sua produção”. A consideração dessas premissas

provocou uma inversão de paradigmas no que diz respeito ao direito pré-moderno: a separação entre direito e moral, ou mesmo entre validade e justiça, por força do caráter inteiramente artificial e convencional do direito existente. A juridicidade de uma norma não depende mais, no direito moderno, da sua intrínseca justiça ou racionalidade, mas somente da sua positividade, ou seja, do fato de ser “posta” pela

⁶⁹ NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 175.

⁷⁰ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Trad. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 343.

autoridade competente na forma prevista para sua produção.⁷¹

Ou seja, se uma lei formalmente válida pode estipular qualquer absurdo, natural que as instâncias de controle – os poderes, e os próprios compartimentos do direito – não se comunicam. Seria possível que algum déspota, manipulando o legislativo, chegasse ao ponto de positivar que determinada raça ou religião é inferior e, portanto, devesse ser alocada e dizimada em campos de concentração, ou enfiada em *apartheids* de subespecificação. Imaginável apenas na ficção científica? Qualquer coincidência histórica desse raciocínio nada mais representa que reflexo de um estancamento de comunicabilidade entre as instâncias de controle do direito.

A questão do art. 174, parágrafo único, I, do CTN não vai longe disso, pois escreve uma semântica desconforme com outra linhagem formal. Não basta o legislador dizer, em uma linha, que a prescrição é interrompida pelo despacho do juiz que ordena a citação. Para além dessa referência, o sistema jurídico estabelece que o prazo máximo da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é de cinco anos, ou que a razoabilidade desse prazo seja elastecida apenas em condições limítrofes, por exemplo, quando ajuizada a demanda em tempo realmente hábil e a citação não seja efetivada por situação totalmente alheia à imprevidência do credor.

O prazo de cinco anos é um tempo significativo: um estabelecimento comercial não chega a sobreviver cinco anos no Brasil; um passaporte é válido por cinco anos; um carro não dura mais que cinco anos, geralmente; um casamento raramente dura cinco anos (ou meses!); um jogador de futebol não permanece no mesmo clube por mais de cinco anos; um indivíduo não tem perspectiva de um mesmo emprego por mais de cinco anos; a legislação brasileira não dura mais de cinco anos.

O que significa o prazo de cinco anos para a prescrição direta do crédito do tributário?

Na verdade, o prazo de cinco anos para a cobrança do crédito tributário é fruto de uma troca política: o prazo para a legislatura e para a manutenção de um partido político no poder fora rebaixado para quatro anos – daí acontece de tal reforma política consolidar uma troca, pois muda o governo e *se ganha*

⁷¹ FERRAJÓLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 43.

ou se perde um ano para o ajuizamento da execução fiscal, a depender se houve a reeleição ou não. Um mediano entendedor talvez consiga imaginar essa formidável *coincidência*, pois a autoarticulação de interesses não acontece por acaso na *história desse País*.

O prazo de cinco anos para a vida da pretensão e para a morte da pretensão, com a prescrição, corresponde a um lapso de tempo razoavelmente grande. Ele é grande em relação a quem? Ou melhor, a quem serve o prazo da prescrição?

O prazo de cinco anos serve ao Estado, mas também deve servir como uma garantia de segurança jurídica em benefício do contribuinte. Por isso que uma teoria da justiça deve coordenar os direitos em conflito, deve ponderar as normas em aparente contraposição e daí concluir que os cinco anos asseguram que o contribuinte, em linha geral, não ficará mais tempo que esse lustro amarrado aos humores estatais. Com um detalhe: o prazo de cinco anos começa a correr após o lançamento, ainda na Administração Pública, e continua a correr perante o Judiciário, já com a demanda de cobrança; a transição entre as funções estatais, da Administração para o Judiciário, com o ajuizamento da demanda, somente pode ser considerado como interruptivo da prescrição quando efetivada a citação do sujeito, disso podendo reprimatizar à data do ajuizamento, porquanto antes disso não existe um processo de execução fiscal.

A prescrição vincula as pessoas em relação a um evento da vida. O que prescreve não é a pessoa, o que prescreve é uma pretensão, que coloca em linha de exigibilidade um direito perante um *bem da vida* e, vale dizer, que o *bem da vida* assinala um “objeto”. Daí ser possível utilizar um referencial kantiano, para inferir que a prescrição acarreta a morte da pretensão, cuja essência de alguma maneira é objetiva. A prescrição impossibilita a exigibilidade de um direito quando ultrapassado um determinado prazo (no caso, cinco anos).

Logo, não é pela variação das esferas estatais (Administração e Judiciário) que, via de regra, a prescrição renasce. A prescrição renasce, se interrompe, quando integrado o exercício ou a plena exigibilidade do direito (pretensão) perante o devedor.

Antes da citação efetuada, é possível inferir que existe uma pretensão que nasceu na Administração e fora comunicada ao Judiciário, pelo ajuizamento da demanda, permanecendo uma pretensão latente perante os órgãos estatais. A questão é delicada, mas parece lógico perceber que um prazo de cinco anos que tramita pelos escaninhos – seja da Administração ou do Judiciário – depende, necessariamente, da citação, para completar o seu curso de interrupção da

prescrição. Mesmo que o termo da interrupção repristine à data do despacho do juiz que ordenou a citação, ou mesmo que o termo retrotraia ao ajuizamento da ação de execução fiscal (protocolo da inicial). O problema é que referidos termos para a interrupção da prescrição carecem da citação, são *secundum eventum citationis*, em virtude do aprofundamento da observação sobre a essência objetiva-solipsista da prescrição.

E se a Fazenda Pública ajuizar uma execução fiscal e a demora entre o despacho inicial e a citação ocorrer por culpa ou acúmulo de serviço atribuído ao Judiciário? Somente o caso concreto poderá dizer que a citação esteve obstada por mecanismos inerentes ao Judiciário (assim justificando a aplicação da Súmula nº 106 do STJ).

No mais das vezes, o descumprimento do prazo para a realização da citação é atribuída diretamente à Administração, que, assim, indiretamente desatende ao lustro prescricional. Quando a Fazenda Pública não promove a citação do devedor nos prazos e termos do CPC? Diversas hipóteses apontam essa conduta (ou não-conduta) processual. As circunstâncias objetivas universalizam-se nos seguintes tipos de ruídos processuais:

- Certidão da dívida ativa com algum defeito formal e a não correção dentro do prazo de cinco anos e, mais, sem atendimento aos prazos previstos para a citação segundo o CPC.
- Erro ou falta de dados para identificar o devedor, tanto quanto ao seu nome como em relação ao endereço correto. Em época de redes sociais, de Google earth, de apps de celulares para a pronta localização das pessoas, de cruzamentos de dados entre as Fazendas e órgãos públicos (art. 199 do CTN), impossível que o Judiciário assuma como um balcão de cobrança de informações, em benefício da Administração, e passe a exigir a “prova de vida” do contribuinte. As Administrações contemporâneas facilitaram o crédito e distribuíram toda a sorte de bolsas e auxílios assistenciais, sendo nada mais natural que providencie o paradeiro da multidão de devedores que a própria Administração deveria organizar; bastava ter a matrícula de imóveis junto à própria CDA.

- Quando a citação é frustrada pelo correio (ARMP), a Fazenda Pública deve providenciar o pagamento da condução do oficial de justiça. A demora nesse depósito naturalmente descredencia o cumprimento das formalidades do CPC, o que relativiza o prazo de cinco anos da prescrição. Da mesma forma, quando os autos permanecem por desarrazoado tempo em carga, com a finalidade de informar o endereço correto do devedor. Os prazos do CPC são exíguos, não precisam ser atendidos à risca, trata-se de prazos “semipróprios”, mas, somado ao prazo do CPC, deve ser atendido o prazo total de cinco anos, desde a exigibilidade do crédito tributário até a efetivação da citação.

Tudo isso poderia ser evitado, se as Procuradorias fazendárias ajuizassem as execuções fiscais logo quando lançado e não pago um tributo. No entanto, o que ocorre de fato?

As Procuradorias aguardam o período das eleições e, somente no quarto ou no quinto ano, prestes a prescrever o crédito tributário, ajuízam a execução fiscal. Assim, o jogo de compensações que a mudança do prazo da legislação (de cinco para quatro anos) norteia está fadado à seguinte sorte: se um governo perde a reeleição, sequer ajuíza suas execuções pendentes e deixa que o sucessor acerte as contas com o TCE/TCU e a Lei de Responsabilidade Fiscal; de outro lado, se um governo é vitorioso na reeleição, espera passar o novel mês de outubro - o mês da eleição - e deságua no Judiciário uma enxurrada de iniciais com os prazos limítrofes, prestes a se exaurir os cinco anos previstos como o prazo prescricional.

A manobra remete à *culpa* ou à responsabilidade pela prescrição para o Judiciário. Afinal, a Administração desincumbiu-se da sua atribuição e ajuizou a execução às vésperas do dia em que completado o quinto ano. Ainda por cima, a Administração despreza os prazos do CPC quanto às formalidades da citação, porque se escora na Súmula nº 109 do STJ, e, praticamente, a gestão cartorária de uma vara da Fazenda Pública tem sido sustentada por servidores e estagiários cedidos pelo Executivo.

Por sua vez, uma lei complementar atribuiu ao juiz um poder de mágico, pois o seu despacho, de pronto, interrompe a prescrição. A essência das coisas

jurídicas não é tão simples, seja no *antes*, no *durante* e no *depois* da prescrição. Sempre deve ser observado um trâmite inerente ao formalismo do direito tributário e do processo de execução fiscal, o que conduz o art. 174, parágrafo único, I, do CTN a ser uma regra *secundum eventum citationis*.

O prazo prescricional de cinco anos não deve ser contado para autolegitimar a burocracia. O lustro legal merece uma contagem de acordo com a perspectiva que, além de assegurar um prazo razoável à Fazenda Pública, também garanta a tutela dos direitos individuais do contribuinte – o valor justiça impõe tal ponderação. Portanto, impossível dizer que um prazo corre contra a Administração e outro prazo, totalmente diverso, começa quando simplesmente protocolada uma petição junto ao Judiciário. O ser humano é apenas um, o Estado é apenas um, e o prazo da prescrição – não interessa a qual instituição/órgão beneficie – existe para tutelar o direito de cada qual.

O prazo de cinco anos é um direito fundamental do indivíduo, de maneira que seria inconstitucional e violador da dignidade da pessoa humana que tal prazo não fosse um “patrimônio de cada função ou de cada poder estatal”. O prazo não é uma potestade da Administração Pública e/ou do Judiciário.

Estudar e aplicar o discurso da separação dos poderes, como se a Administração fosse incomunicável ao Judiciário, remete aos vetustos moldes elucubrados pela Revolução Francesa, em um esquema que rearticula a política da burguesia daquela época e permaneceu indiferente à pessoa humana e aos valores do Estado do antigo regime. A *neutralidade* do velho Estado de Direito francês, que algum conservadorismo brasileiro ainda defende, é mais ideológica que propriamente jurídica. Ora, o *lobo da neutralidade* é o mais disfarçado contrafluxo de uma ideologia. Se antes da revolução iluminista “*the king can do no wrong*”, com a nova ordem oitocentista “*the Parliament can do anything*”.

Um exemplo abaliza o cenário. Os denominados *poderes* do Executivo, Legislativo e Judiciário seriam considerados órgãos estanques. Sequer configurariam *funções*, para alguma dose de entendimento, mas *poderes* mesmo, no talvegue da ideologia centralizadora oitocentista. Logo, praticamente tudo o que um desses *poderes* realiza, observando as mensagens formais sobre a vigência de seus atos, não pode ser examinado pelo outro órgão: uma lei que segue o processo legislativo é absolutamente válida; um ato administrativo que obedece a um procedimento, apesar de aberrante em termos de razoabilidade, seria válido; uma decisão judicial promanada por um juiz investido no cargo torna-se

automaticamente válida e irrefutável, a despeito dos escopos e fundamentos de justiça que o julgador deva atender.

Isso existe? Na concepção oitocentista de alguma maneira legada ao Brasil, esse prisma é o que impera, é o paradigma aparentemente majoritário.

Defensores dessa ideologia esquecem – ou se homiziam em cegueira deliberada (*willfull blindness*) – do caráter dúctil das ciências humanas atuais, mormente as ciências jurídicas. Também desprezam a relativa e funcional divisão não de “poderes”, mas de “funções” estatais, a legislativa, a executiva e a judiciária⁷², todas as quais devem cumprir a Constituição e, em especial, promover os direitos fundamentais

A legalidade é um princípio fundante do sistema jurídico, mas assume contornos de juridicidade, que condiciona todas as manifestações estatais – seja pelo intermédio do executivo, judiciário ou legislativo. Se a Revolução Iluminista expressou a onipotência do legislador com base na legalidade formal, o paradigma constitucional contemporâneo submete as normas, as decisões, os procedimentos, enfim, ao paradigma dos direitos fundamentais e dos valores expressos com o vigor normativo da Constituição. Juridicidade é muito mais que legalidade da forma, porque busca na ética da justiça a validade substancial das própria premissas.

A aplicação do art. 174 do CTN, a leitura do CPC e da LEF devem retomar um cuidadoso zelo constitucional para a validade de suas regras. O ordenamento jurídico deve obedecer às luzes que principiam e enfeixam todo o sistema jurídico a partir da Constituição. A estrutura, o fundamento e os escopos do sistema jurídico somente podem ser visualizados pela lente dos ditames constitucionais.

Respeitosamente, impossível considerar incomunicáveis os “poderes” estatais. O Estado é somente um, o que deve ser diagramado para um efeito pragmático são as suas “funções”, de maneira que todas elas trabalhem em benefício da tutela dos direitos (da Fazenda e do contribuinte, em ponderação). A operação jurídica que implica uma absoluta separação das atualmente consideradas funções estatais, desgraçadamente, despreza a interdisciplinaridade a qual o paradigma constitucional remete e acaba por ferir de morte a hierarquia suprema dos direitos fundamentais. Porque separação

⁷² Ao referir Legislativo, Executivo e Judiciário em sentido clássico – como poderes –, utilizo a letra maiúscula; quando escrevi com a letra minúscula, é no sentido contemporâneo, de legislativo, executivo e judiciário enquanto funções estatais.

de funções e interdisciplinaridade convergem de maneira a tutelar direitos, mormente os fundamentais, verdadeiras razões da existência dos Estados soberanos.

A Constituição Federal estabelece: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A nota de *harmonia* quer dizer dialeticidade, significa dinamização ou correlacionalidade interdisciplinar; vale dizer, ostenta a aplicação das normas infraconstitucionais sob o paradigma estipulado na Carta Suprema. Ou seja, a “independência e a harmonia dos Poderes”, atualmente, reclama uma consideração sob a lente da Constituição. Óbvio que existe uma diferença estrutural, persecutória e mesmo teleológica entre as referidas instâncias. Isso faz parte da controlabilidade imanente à democracia. Agora, o primado da tutela dos direitos fundamentais subjaz como um denominar comum imperativo, o que acarreta a instrumentalização dos órgãos públicos em benefícios dos direitos individuais.

A história das instituições brasileiras adotou uma *estrutura* francesa sobre a questão da separação dos “poderes”. No entanto, a Constituição brasileira atual utilizou um mecanismo norte-americano para pautar as *funções* estatais. Note-se que a Administração Pública adota o modelo de “gestão” efficientista ianque até em propagandas de televisão, o que está expresso no art. 37 da CF e em diversas práticas da Administração (*vide* o juiz-gestor em detrimento do juiz assimétrico em termos de Administração cartorária). Quando explicitou a “harmonia” entre os “Poderes”(art. 2º da CF), necessário ter presente que a nova ordem jurídica instituída observa um dialético panorama de fontes, técnicas legislativas e metodologia de trabalho constitucional, diferente daquele organograma estático outrora imaginado pelo movimento napoleônico. Mauro Cappelletti⁷³ ressalta que a estrita separação dos poderes no “*French style*”, de nítida inspiração montesquiana, estava a milhas de distância da separação das funções adotada praticamente ao mesmo tempo pela Constituição americana. E, na América, a separação de poderes não utiliza a semântica da “separação”, mas, sobretudo, a flexibilidade dos “freios e contrapesos”, princípio no qual permite a conurbação funcional das normas, dos fatos e dos postulados normativos, cotejados fatos e normas, normas e fatos – todos os quais na busca do dever

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Nova Prova, v. 20, p. 271. No mesmo sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 52/8.

do Estado enquanto poder instituído: a satisfação dos direitos fundamentais, a persecução dos valores eleitos democraticamente e daí a premente tutela da dignidade da pessoa humana.

O modelo americano está plasmado explicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil. O preâmbulo da Constituição brasileira chega a ser bastante parecido com o da Constituição norte-americana. Vive-se a *era da jurisdição*. E examinar a doutrina de Mauro Cappelletti é fundamental, não porque esse autor seja discípulo de Calamandrei, que, por sua vez, era discípulo de Chiovenda: uma tríade dos maiores processualistas do século XX. Mas porque Cappelletti fora responsável pela concepção do processo enquanto instrumento de modificação social, como um paradigma efetivador dos direitos fundamentais por meio do dinamismo das instituições, coarctando o direito material ao direito processual pela mecânica da tutela.

Mauro Cappelletti⁷⁴ lamenta as vicissitudes dramáticas da Europa continental até meados do século XX, quando a ideologia francesa da rígida *séparation des pouvoirs*, ao invés de efetivar direitos dos indivíduos, valeu-se de retórica para se autolegitimar em um regime de assimetriação e centralização de prerrogativas, quando a informação era sinônima de poder. O *poder serviu ao poder*, na velha França, pois o interesse dos vencedores (burguesia) era a própria manutenção. No contraponto, Cappelletti salienta que o modelo americano de “freios e contrapesos” – adotado no Brasil – livra-se das perigosas e débeis autonomias do *poder pelo poder*, para impor uma Administração, um Legislativo e um Judiciário, cada qual e todos dinamicamente, trabalhando em benefício dos indivíduos, da paz social e para a realização dos direitos eleitos democraticamente. As funções estatais se conformam e instrumentalizam em prol da tutela dos direitos.

Manoel Aragónes Reyes salienta que o constitucionalismo é uma empresa em construção, porém nada adiantaria festejar o advento de Constituições sistemáticas e que explicitam os direitos fundamentais, se mesmo os operadores do direito permanecem aplicando *direitos legais*, e não os *direitos fundamentais*. Conferir uma interpretação de formalismo excessivo e restritiva dos direitos fundamentais a alguma regra jurídica significa riscar do cenário a luminosidade constitucional. Não adianta modificar o panorama normativo através de

⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 53.

milagrosas leis, se a metodologia de trabalho permanece atarracada e apoucada pelos ranços napoleônicos.

De ahí la necesidad de “constitucionalizar” el derecho para hacer que la Constitución, “como derecho”, rija. No solo “constitucionalizar” el derecho como ordenamiento (hacer que la Constitución llegue a todos los rincones del sistema normativo), sino también, y muy principalmente, al derecho como “saber”, a la ciencia del derecho. No puede haber, sencillamente, Constitución duradera sin derecho constitucional desarrollado. Esa es una de características más profundas del Estado Constitucional y, por ello, una de sus características más rigurosas exigencias.⁷⁵

A constitucionalização do direito é devedora da constitucionalização da metodologia. Nos termos de Zagrebelsky⁷⁶, o “império da lei” é destronado pela função unificadora da Constituição que, fonte e medida de todo o sistema normativo, elege os valores e estabelece o paradigma deôntico a ser obedecido. Consoante Friedrich Müller⁷⁷, a nota do corriqueiro em termos interpretativos inverteu a ordem dos problemas no Estado Constitucional: o *hard case*, antes discriminado onde existia tensão normativa, hoje é o que de mais comum acontece.

Portanto, a separação dos poderes e a decantação absoluta entre os compartimentos jurídicos merece uma releitura, agora sob o paradigma unificador da Constituição. No mesmo sentido, a reconstrução do entendimento sobre o “interesse público”, outrora devedor de uma retórica oriunda do autoritarismo – quando o indivíduo não tinha ou detinha poucos direitos e compunha a classe de súditos ou servos do poder real ou do formal-positivismo. Por suposto que a Administração adstringe-se à legalidade. O patrimônio da Administração é indisponível, ou melhor, torna-se disponível desde que atendidos os pressupostos de formalização dessa disposição. Trata-se de

⁷⁵ REYES, Manuel Aragón. La Constitución como paradigma. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/130/3.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012. p. 29.

⁷⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 40.

⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 105.

um reflexo do caráter coletivo (porque estrutura conjugadora de interesses conflitantes) do setor público.

Agora, o interesse público não pode continuar sendo colocado como um dogma absoluto, como se a Administração tudo pudesse, na esteira da sacralização de um conceito que de neutro não tinha nada – mas cumpria uma interessante função sistêmica: a manutenção do poder a quem dele mesmo se alimentava. Um raciocínio automático e sem ressalvas sobre o interesse público, e o liberal subjugado do interesse privado em benefício de conceitos, nos conduziria a um retrocesso autofágico contra o sistema constitucional dos direitos fundamentais. Deveras, a legalidade neoconstitucional se permeia à deontologia principiológica e aos valores axiologicamente sistematizados a partir do norte da Constituição. Em decorrência, organizar a supremacia do interesse público sobre o privado, como um axioma indisponível e sem reflexão dinâmica, sem que se verifique que no bojo dos auspícios públicos também se encontra a proteção das individualidades como partes de um todo recíproco, significa legitimar pela via extroversa a formal-legalidade do liberalismo napoleônico, aquela legalidade que expressava uma vontade suprema do legislador e desprezava a legitimação social da essência dessa vontade (os fatores sociais de coesão).

Cada princípio tem o respectivo alcance resultante das limitações recíprocas para suas autodeterminações, porque “eles recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”⁷⁸. Entre o público e o privado, necessário interagir uma conexão funcional-estrutural. O mundo da cultura é solidário, no qual todos os princípios devem conviver. Arrebatadora a síntese de Humberto Ávila, ao repensar a supremacia do interesse público sobre o privado não como axioma, mas postulado da unidade da reciprocidade de interesses intersubjetivamente relacionados: em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público, há, em verdade, uma conexão estrutural. Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. “A verificação de que a Administração deve se orientar sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia compreender, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público

⁷⁸ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *RDP*, p. 167, 24/1998.

sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência⁷⁹.

Com efeito, quando o legislador estabelece direitos e garantias individuais ao contribuinte, ao lado de finalidades públicas⁸⁰ inerentes às funções do Estado, devem ser observados todos os quadrantes da aplicação das normas em permanente tensão. Um direito da Fazenda Pública – executar o seu crédito insatisfeito – implica o dever de ponderação, cuja condição de possibilidade somente é obtida mediante o cotejo com as demais normas do sistema jurídico. Assim, para realizar a sua pretensão executória, um dos requisitos é observar o prazo da prescrição. Esse prazo não confronta a Administração para com o Judiciário, mas coloca em debate o Estado e o indivíduo.

De um lado, o direito fundamental de o contribuinte ser executado no prazo combinado, ser citado segundo o procedimento previsto em lei; de outro lado, a potestade pública de lançar o seu crédito tributário e ajuizar a execução fiscal.

Além de o conceito de interesse público merecer sopesamento concreto, na metodologia do direito constitucional, ele deve desempenhar função instrumental em relação aos cidadãos: tutelar os direitos fundamentais. Ou seja, quem ostenta o direito material deve ser protegido em todas as instâncias pelas instituições, mero reflexo da justiça material, valor metadiscursivo do ordenamento jurídico do Estado Constitucional.

O prazo de cinco anos pode sofrer interrupção, é verdade. Mas, para tanto, não basta que a Administração transfira a sua responsabilidade ao Judiciário, também é preciso que seja ajuizada a execução fiscal no lustro legal e, caso ultrapassado tal limite de cinco anos em termos de diligências prelibatórias, não sejam ultrapassados os prazos previstos no Código de Processo Civil para o chamamento do devedor. Isso é razoável. A interrupção da prescrição pelo despacho do juiz (art. 174, parágrafo único, I, do CTN) é *secundum eventum citationis*.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *RDJ*, p. 167, 24/1998.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA*, n. 215, p. 170-2.

CONCLUSÃO

Nunca na história deste País houve tamanha facilidade para se postular em juízo. Atualmente, é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um gerente de banco; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um administrador prisional; é mais fácil falar com o *juiz* que falar com um gerente de loja; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um enfermeiro-chefe de um hospital ou com o almoxarifado dos remédios fornecidos pelo Estado; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com o superintendente de alguma entidade pública ou com um gestor de uma empresa privada. E assim sucessivamente. O problema não está na “facilidade” em si mesma, mas no complexo jogo de compensações que dela reflete no certame sócio-jurídico-econômico-político.

A acessibilidade ao Judiciário é um fenômeno crescente e digno de ser festejado. A socialização da jurisdição, todavia, além dos clássicos freios de linhagem técnica e processual, descobre ou deixa como subliminar uma mensagem preocupante: as instituições, os órgãos de controle estatal e, enfim, os mecanismos de poder da sociedade civil estão em crise; eles estão à beira de um colapso.

Não é por acaso que as problemáticas da saúde pública, tanto no que toca às internações como ao fornecimento de remédios, deságuam comumente na jurisdição; não causa surpresa a massificação das demandas consumeiristas que poderiam ser dizimadas com um compromisso de prevenção dos problemas pelos próprios fornecedores, detentores de grande capital; não é raro que o controle dos atos administrativos e a própria gestão dos órgãos que deveriam fiscalizar o dirigismo social estão cada vez mais sendo delegados ao Judiciário – vale dizer que a instância administrativa chega a ser um degrau prelibatório da jurisdição. Uma sintomática temerária que é produto de uma mentalidade paternalista cada vez mais centralizadora, como indicativa do vetusto lusitanismo de conduzir as coisas, há mais de quinhentos anos.

O discurso da “democracia” brasileira é ruidoso, pois materialmente ele mantém os mesmos atores no poder, e apenas troca momentaneamente o nome das personagens por fatores que simbolicamente legitimam a articulação dos episódicos interesses. A administração acostumou-se a transferir a própria gestão à jurisdição, mormente nos menores núcleos estruturais do poder (por exemplo, as prefeituras), daí se instrumentalizando um curioso tráfego de participações burocráticas em termos de execução fiscal: o judiciário não consegue mais dar conta do inexpugnável e geométrico número de demandas ajuizadas;

em contrapartida, as Administrações cedem funcionários e estagiários como medidas-tampões para emergencialmente efetuarem a cobrança dos débitos em execução. O que a Administração não faz administrativamente, ela tenta remendar jurisdicionalmente.

Agora, isso não é tutela jurisdicional. Transformar varas da Fazenda Pública ou anexos fiscais em balcões de cobrança que procuram endereços de devedores e suplicam para o pagamento de dívidas nos meses subseqüentes às eleições não é julgar, decidir, valorar e, enfim, aplicar o sistema jurídico como um todo complexo e cuja finalidade é a preservação da tutela dos direitos fundamentais e dos escopos da justiça. A modalidade do estica e puxa que a administração parece zelar pelos seus créditos tributários em nível municipal, de alguma maneira, parece empurrar, a conta-gotas, a legitimação dos seus atos a um poder (função) cuja feição está sendo quedada a um monólogo com a Fazenda Pública, sem a perspectiva de serem examinados os demais casos urgentes e dignos de proteção. Afinal, a execução fiscal não tem urgência – na praxe da burocracia brasileira –, e os seus avassaladores números que abarrotam os escaninhos justificam quaisquer medidas cartorárias, desde que delicadas à Fazenda Pública. Está-se beirando à autotutela na questão da execução fiscal.

Cediço que o Judiciário possui competência e transparência para resolver inúmeros problemas. Dentre as suas notórias dificuldades macroadministrativas, os juízes, os servidores e os operadores do direito em geral prestam uma inestimável colaboração para a asseguração da tutela dos direitos. Ocorre que o conteúdo das decisões exaradas, pelo menos na tradição do direito continental, possuem uma carga de *convencionalismo* que não permite acompanhar a dinâmica célere das reclamações sociais. E, se tais decisões acompanham a celeridade dos casos – como nos célebres exemplos de vanguarda do direito de família, dentre outros –, é em uma velocidade que emparelha um circuito de modificações não transformador, mas em larga medida conformador de uma pacificação aparente ou tendencial.

Até quando?

Uma solução de compromisso que a própria jurisdição começa a sentir na administração de seus escaninhos. Não existe um problema em si mesmo quando se assume uma posição conservadora. O problema é que o conservador não admite uma outra linha de visada um pouco adiante de sua rotina. Com efeito, o conservadorismo da esfera pública (diga-se, que é natural ao direito continental) não pode descartar um *pragmatismo* que permeia os contemporâneos

ruídos da eficiência da *common law* ianque. Novos direitos reclamam novas e prontas respostas. Mais que isso, chegou-se a um ponto que não é a sociedade que organiza a tecnologia, mas é a tecnologia que organiza a sociedade que lhe interessa.

Essas premissas reforçam a leitura dos três perfis propostos em debate. Não reputo inválido ou incorreta a oportunidade em que a Fazenda Pública ajuíza uma execução no prazo de cinco anos e cumpre os termos processuais para a citação, tendo o devedor – de má-fé – se homiziado da jurisdição. Tal hipótese é limítrofe. As reflexões trazem à tona que a prescrição direta do crédito tributário não seria interrompida, apenas, como o despacho inicial do juiz, em execução fiscal; a ele deve ser somado o cumprimento das diretrizes do CPC no que toca à citação, inclusive, pela força cogente do próprio Código de Processo Civil, consoante transcrito no quadro:

Art. 174, parágrafo único, I, do CTN	Art. 219, §§ 2º e 3º, do CPC	Solução lógico-jurídica que combina os dois primeiros dispositivos e cuja essência a própria dogmática oferece, no § 4º do art. 219 do CPC.
A prescrição do crédito tributário é interrompida “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.	§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994) § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)	§4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 01.10.1973)

O direito material e as suas previsões abstratas não conseguem resolver todas as questões no plano pré-processual. É intuitivo. De fato, o processo existe para apaziguar os momentos da crise do direito material.

A prescrição é um novel exemplo de instituto que precisa do direito e do processo para regulamentar a sua sorte jurídica. A Fazenda Pública se retira

da inércia, que caracteriza a prescrição, quando “age” e, ao “agir”, é porque desencadeia uma demanda perante a jurisdição. Ação, jurisdição, procedimento e processo são fenômenos coordenados à prescrição.

Portanto, impossível ou muito difícil que a vida e a morte da prescrição, a aplicação jurídica do seu termo limite seja definido em um toque de mágica, em uma regra de lei. A norma do art. 174, parágrafo único, I, do CTN pode modificar um norte interpretativo, mas desde que se comprometa com a lógica performática do sistema que garante a vigência mesma dessa lei complementar. A ordem da citação é *secundum eventum citationis*, o que exprime uma postura jurisdicionalizada no desenrolar da fase prelibatória da execução fiscal; afinal, “quando há vontade política, as velhas instituições ruem como em um furacão e novas improvisações surgem todos os dias”⁸¹.

A tese não é uma tremenda novidade para a jurisprudência do STJ:

Execução fiscal. Crédito alcançado pela prescrição quinquenal. Pretendido efeito interruptivo do despacho que ordenou a citação. Art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/1980. A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC, ou seja, no sentido de que, “não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição”. Recurso desprovido.” (REsp 2321/RS, REsp 1990/0001897-8, 2ª T., Rel. Min. José de Jesus Filho, DJ 28.10.1991, p. 15232)

O trabalho da academia soma-se à angústia da rotina forense. Ambos sofrem os fluxos e os contrafluxos das oscilações institucionais, mas sempre caminham na busca para devolver à tutela jurisdicional a sua carga valorativa, que lhe é imanente – e, assim, entregar às pessoas os seus direitos fundamentais. A solução de compromisso do direito é uma experiência de uma sociedade em um tempo determinado, de maneira que jamais se perca de vista o compromisso de justificar as soluções do mundo jurídico com o que mais interessa à essência das coisas e ao interesse das pessoas – a origem e a meta do direito como uma realidade sensível e como ciência.

REFERÊNCIAS

⁸¹ R. C. van Caenegem. Op. cit., p. 55/5.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA*, n. 215.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *RDP*, 24/1998.

BENVENUTI, Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952.

BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CAENEGEM, Raoul C. van. *Juízes, legisladores e professores*. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Trad. Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Nova Prova, v. 20.

CASTRO, Cássio Benvenuti de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, abr. 2010.

_____. *(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, passim.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, v. XXXV, 1986, p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*. Torinese, v. XIII, 1957.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJÓLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, n. 127.

MACCORMICK, Neil. Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. *Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Execução fiscal. *Pesquisas tributárias*. Nova série. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, n. 183.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NADER, Paulo. *Filosofia do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. Cadernos do Centro de Estudos, v. I, TJRS.

_____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997.

REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/130/3.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2012, p. 29.

SAKAKIHARA, Zuudi. Art. 8º, § 2º. In: FREITAS, Vladimir Passos (Coord.). *Execução fiscal: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. In: *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Trad. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SIGILO BANCÁRIO: A VISÃO DO STF SOBRE O ACESSO DIRETO PELO FISCO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

BANKING SECRECY: THE VISION OF THE SUPREME COURT ON DIRECT ACCESS BY THE TAX AUTHORITIES WITHOUT JUDICIAL AUTORIZATION

Eduardo Cambi¹

Promotor de Justiça no Estado do Paraná

Gustavo Pompílio²

Mestrando em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – Campus Jacarezinho/PR

RESUMO: Este trabalho teve por objetivo analisar a visão do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de acesso direto por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes, bem como a maneira pela qual essa questão é tratada no direito comparado. O tema ganha relevância a partir do momento em que se discute, perante o próprio STF, por intermédio de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns 2386, 2390, 2397 e 2859), a

¹ Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná, Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção, Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná, Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Representante da Secretaria de Reforma do Judiciário na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia, Doutor e Mestre em Direito pela UFPR, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (Unipar), Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (Fempar).

² Bolsista da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Pesquisador-Coordenador do Grupo de Pesquisa – Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo do Prof. Pós-Doutor Eduardo Augusto Salomão Cambi, Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo – Araçatuba/SP. Obteve o Diploma do Mérito Acadêmico, destacando-se como melhor aluno da LVI Turma de Direito do Centro Universitário Toledo – Araçatuba/SP.

constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, que prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. A fim de atingir os objetivos propostos, foi realizada, com base na legislação pertinente e na doutrina nacional e estrangeira, uma análise crítica do posicionamento dos ministros do STF a respeito do tema. Ao final, chegou-se à conclusão de que a administração tributária não é obrigada a recorrer previamente ao Poder Judiciário para ter acesso aos dados bancários de seus contribuintes, podendo fazê-lo mediante requisição direta às instituições bancárias.

PALAVRAS-CHAVE: Sigilo bancário; fiscalização tributária; reserva de jurisdição.

ABSTRACT: *This study aimed to analyze the view of the Supreme Court about the possibility of direct access from the Treasury to the banking data of its contributors, as well as the way this is dealt with in comparative law. The issue becomes relevant from the moment we discussed before the STF through Direct Actions of Unconstitutionality (ADI 2386, 2390, 2397 and 2859), the constitutionality of Complementary Law n. 105/2001, which provides in its Article 6 the possibility of the authorities and the tax fiscal agents of the Union, States, Federal District and municipalities, examine documents, books and records of financial institutions, including those related to deposit accounts and investments, when administrative proceedings or tax procedure in progress and such tests are deemed necessary by the competent administrative authority. In order to achieve the proposed objectives, was performed, based on the relevant legislation and national and foreign doctrine, a critical analysis of the positioning of the judges of the Supreme Court on the subject. At the end, came to the conclusion that the tax authority is not obliged to use prior appeal to the judiciary to have access to banking data of its contributors, may do so by direct request to banking institutions.*

KEYWORDS: *Banking secrecy; tax inspection; reservation of jurisdiction.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Posicionamento do STF sobre o acesso aos dados bancários dos contribuintes pela Administração Tributária; 2 Sigilo bancário – Possibilidade de quebra; 3 O acesso direto por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes e a questão da reserva de jurisdição; 4 O sigilo bancário no direito comparado; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The view of the Supreme Court on the access to banking data of contributors by the tax administration; 2 Banking secrecy – Possibility of breaking; 3 Direct*

access by the tax authorities to banking data of its contributors and the issue of reservation of jurisdiction; 4 The banking secrecy in comparative law; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o sigilo bancário e a possibilidade de o Fisco acessar os dados bancários de seus contribuintes sem a necessidade de prévia autorização judicial.

O tema ganha relevância no momento em que se discute, perante o Supremo Tribunal Federal, por intermédio de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns 2386, 2390, 2397 e 2859), a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001. Essa lei prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Debate-se se o acesso direto por parte do Fisco seria inconstitucional por afrontar os direitos fundamentais previstos nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Para enfrentar tal questão, é importante o levantamento das decisões proferidas pelo STF a respeito do tema, a verificação da possibilidade de quebra de sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, fazer a diferenciação do que vem a ser *quebra de sigilo bancário*³ e *transferência de sigilo*. Também é necessário averiguar a necessidade de autorização judicial para que o Fisco tenha acesso aos dados bancários de seus contribuintes e, por conseguinte, analisar a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Por fim, é relevante identificar o modo pelo qual a quebra de sigilo bancário, para fins de fiscalização tributária, é tratada pelo ordenamento jurídico de outros países.

Como proposta metodológica, será realizada, com base na legislação pertinente e na doutrina nacional e estrangeira, uma análise crítica do posicionamento dos ministros do STF a respeito do tema.

³ Por sigilo bancário, entende-se o dever jurídico que as instituições de crédito e as organizações auxiliares têm de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade a que se dedicam. Cf. BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, p. 161, abr. 1996.

Desse modo, é possível firmar posicionamento sobre a constitucionalidade da referida lei complementar, a desnecessidade de reserva de jurisdição para que a Administração Tributária tenha acesso aos dados bancários de seus contribuintes, sem comprometer os direitos fundamentais à privacidade/intimidade dos cidadãos, seguindo uma tendência mundial no combate à corrupção⁴, à lavagem de dinheiro e à sonegação fiscal.

1 POSICIONAMENTO DO STF SOBRE O ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

É possível fixar o ano de 2010 como marco divisório para o estudo do tema da imprescindibilidade de exigir-se intervenção judicial para acesso a toda e qualquer informação bancária. Antes de 2010, o STF, instado a decidir, já havia se manifestado em duas oportunidades a respeito do tema.

Na primeira delas, em 1995, no MS 21.729⁵, o Pretório Excelso determinou que o Banco do Brasil não poderia negar ao Ministério Público dados bancários referentes a empréstimos concedidos com recursos subsidiados pelo Erário federal, os quais visavam à instrução de procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público.

Em 2000, por meio do MS 23.480⁶, cujo relator do acórdão fora o Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal novamente admitiu ser possível a quebra ou a transferência direta de sigilo bancário. Nessa ocasião, oportunizou-se tal acesso à Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), desde que a decisão fosse adequadamente fundamentada.

Com efeito, o STF admitia, até então, que o Ministério Público – em causas envolvendo dinheiro público – e as Comissões Parlamentares de Inquérito

⁴ Pelo art. 6º, nº 3, da Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 5.687/2006, o Estado brasileiro comprometeu-se a “avaliar periodicamente os instrumentos jurídicos e as medidas administrativas pertinentes a fim de determinar se são adequadas para combater a corrupção”. Também, pelo art. 2º, nº 1, da Convenção Interamericana contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto nº 4.410/2002, o Brasil assumiu o compromisso de “promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados-Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção”.

⁵ STF, MS 21.729, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 05.10.1995, DJ 19.10.2001.

⁶ STF, MS 23.480, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 04.05.2000, DJ 15.09.2000.

- desde que por meio de decisões fundamentadas - tivessem acesso a dados bancários considerados sigilosos, sem a necessidade de intervenção judicial.

Nesse ínterim, vale registrar que, em 2009, foi reconhecida pelo plenário virtual do STF repercussão geral em relação à matéria no RE 601.314/SP⁷. Embora a referida Corte tenha reconhecido a relevância jurídica acerca da possibilidade - ou não - de acesso direto pelo Fisco aos dados bancários sigilosos de seus contribuintes, verifica-se que, até a presente data, ainda não fora iniciado o julgamento de tal recurso, o que contribui para a insegurança jurídica quanto à matéria.

Até o ano de 2010, a Corte Suprema brasileira ainda não havia firmado nenhum entendimento em relação ao acesso a dados bancários por parte do Fisco, embora já houvesse uma ADIn questionando a constitucionalidade do permissivo trazido na Lei Complementar n° 105/2001, ajuizada em 15.01.2001, ou seja, cinco dias após entrada em vigor do mencionado dispositivo legal.

Ocorre que, em 24.11.2010, ao julgar a Ação Cautelar n° 33⁸, o STF passou a debater, pela primeira vez, se o Fisco poderia ou não ter acesso imediato aos dados bancários de seus contribuintes que estavam sendo investigados em procedimento administrativo fiscal.

Nesta ação, os ministros, com base na constitucionalidade da Lei Complementar n° 105/2001, negaram referendo à medida cautelar anteriormente concedida pelo relator, Ministro Marco Aurélio, a qual conferia efeito suspensivo ao recurso extraordinário manejado pela parte autora, obstaculizando o Fisco de acessar os dados da recorrente até o julgamento definitivo do recurso.

Logo em seguida, ainda em 2010, o Supremo Tribunal Federal voltou a tratar da questão quando do julgamento do próprio recurso extraordinário acima indicado. Na ocasião, ao apreciar o RE 389.808/PR⁹, a Corte mudou seu posicionamento e decidiu, por cinco votos contra quatro, que a quebra de sigilo bancário deveria ser submetida ao crivo de órgão equidistante. Assim, se o Fisco pretendesse obter os dados bancários do contribuinte-recorrente, deveria fazer por meio de um pedido direcionado ao Poder Judiciário, que, ao analisar o caso concreto, poderia deferir ou não tal medida.

⁷ STF, RE 601.314/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 22.10.2009, DJe 19.11.2009.

⁸ STF, ACaut 33/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 24.11.2010, DJ 10.02.2011.

⁹ STF, RE 389-808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 15.12.2010, DJ 10.05.2011.

Embora a decisão tenha sido nesse sentido, cabe salientar que o Ministro Joaquim Barbosa, que já havia se manifestado na AC 33 em prol da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, acabou não participando do julgamento do recurso extraordinário, e, caso estivesse presente, em tese, verificar-se-ia, então, um empate.

Diante desse cenário, há duas decisões: uma em favor da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, permitindo o acesso direto por parte do Fisco, e outra vinculando tal acesso à autorização judicial (reserva de jurisdição), com a ressalva de que esta última poderia ter sido diferente, caso o Ministro Joaquim Barbosa tivesse participado do julgamento do recurso extraordinário.

Em outras palavras, a questão continua em aberto no STF e causando enorme insegurança jurídica, principalmente porque, embora importantes, as decisões proferidas na AC e no RE estão adstritas somente às partes, não irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico, o que poderia ocorrer, por exemplo, quando do julgamento das referidas ADIns ou do RE, admitido com repercussão geral, que versam sobre o assunto.

Contudo, antes de analisar os fundamentos que levaram a Corte a tomar tais decisões, é conveniente explicar melhor sobre a possibilidade de quebra de sigilo bancário no Direito brasileiro.

2 SIGILO BANCÁRIO - POSSIBILIDADE DE QUEBRA

Deve-se partir da premissa de que não há direitos fundamentais absolutos. Consequentemente, os direitos fundamentais à privacidade/intimidade, como qualquer outro direito fundamental, podem vir a ser mitigados, ou seja, sofrer limitações quando em conflito com outro direito fundamental considerado de maior relevância em uma determinada situação.

Nesse sentido, destaca-se a orientação firmada pelo STF quando do julgamento do MS 23.452:

Os direitos e garantia individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas

restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico *a que* estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.¹⁰

Especificamente em relação ao sigilo bancário, apesar de consagrado mundialmente, este não é absoluto, comportando limitações¹¹. Isso porque a proteção ao sigilo bancário não pode ser usada de escudo para encobrir a prática de condutas ilícitas¹².

Aliás, se o sigilo bancário fosse considerado um direito absoluto, impenetrável, o Fisco estaria impossibilitado de investigar a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, o que contraria o modelo jurídico-constitucional adotado pelo Brasil.

Além disso, os direitos e garantias individuais não podem ser descontextualizados do aspecto social. A proteção constitucional não está voltada a indivíduos isoladamente, mas como parte da sociedade. A tensão indivíduo-sociedade deve considerar a ponderação entre o interesse individual na preservação da intimidade/privacidade e o interesse público na arrecadação tributária e na apuração de ilícitos.

Assim, fixada a ideia de que o direito fundamental à privacidade/intimidade não é absoluto, resta saber se o Fisco, no exercício de seu direito-dever de fiscalização, deve recorrer ao Judiciário para acessar os dados de seus contribuintes ou se ele mesmo, por impulso próprio, pode solicitar tais informações diretamente às instituições financeiras.

¹⁰ STF, MS 23.452, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 16.09.1999, DJ 12.05.2000.

¹¹ ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 95.

¹² LUSTOZA, Helton Kramer. A quebra de sigilo bancário em investigação fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 72, p. 202, jan./fev. 2007.

3 O ACESSO DIRETO POR PARTE DO FISCO AOS DADOS BANCÁRIOS DE SEUS CONTRIBUINTE E A QUESTÃO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO

Tal questão será analisada em duas partes. Primeiro, serão elencados os principais argumentos apresentados pelos ministros do STF que defendem a reserva de jurisdição. Posteriormente, serão trazidos os posicionamentos em sentido contrário, ou seja, que admitem que o Fisco atue de ofício para obter os dados bancários dos seus contribuintes, os quais, logo em seguida, serão sopesados e analisados criticamente.

Essas informações são extraídas das decisões proferidas pelo STF na AC 33 e no RE 389.808/PR, duas únicas oportunidades em que a Corte tratou da matéria objeto de estudo no presente trabalho.

Entre aqueles que defendem que a solicitação de informações bancárias por parte do Fisco pressupõe sempre a existência de uma ordem judicial, destaca-se o posicionamento dos Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello¹³.

Em relação ao Ministro Gilmar Mendes, convém observar que houve uma mudança de posicionamento. A princípio, quando do julgamento da AC 33, o referido ministro defendia o acesso direto por parte do Fisco; porém, tempos depois, ao apreciar o RE 389.808/PR, ele passou a defender a necessidade de reserva de jurisdição para o caso em estudo.

Valesalientar o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello no RE 389.808/PR, pois bem sintetiza os argumentos que fundamentam o posicionamento da necessidade de a administração tributária submeter-se à reserva da jurisdição para ter acesso aos dados que estão sob sigilo bancário.

O primeiro argumento levantado por aqueles que defendem uma atuação prévia por parte do Judiciário está voltado para a ideia de que o Fisco é parte interessada na cobrança do tributo e, nessa condição, estaria sujeito a promover ações eventualmente arbitrárias.

Nesse sentido, salienta o Ministro Celso de Mello:

¹³ Na doutrina, defendem esse posicionamento, entre outros: WALD, Arnaldo. Sigilo bancário e direitos fundamentais. *Revista Tributária e Finanças Públicas*, v. 7, p. 15 e ss., jan. 1998; SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e direito à liberdade. *Revista Tributária e Finanças Públicas*, v. 30, p. 139 e ss., jan. 2000.

É que os órgãos estatais da administração tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância nem dispõem do atributo (apensa inerente à jurisdição) da “*terzietà*”, o que põe em destaque o sentido tutelar da cláusula inscrita no § 1º do art. 145 da nossa Lei Fundamental.¹⁴

Vale lembrar que tal posicionamento também encontra respaldo na doutrina. José Augusto Delgado, por exemplo, aduz que deveria haver um controle prévio por parte do Poder Judiciário, pois este estaria revestido de independência absoluta em relação ao Fisco, ente interessado na cobrança do tributo e, por conseguinte, no resultado a ser obtido pela ação fiscalizadora¹⁵.

Um segundo argumento daqueles que advogam a necessidade de se observar a reserva de jurisdição para quebrar o sigilo bancário recai sobre a interpretação do § 1º do art. 145 da CF/1988, segundo a qual cabe ao Fisco o dever de respeitar os direitos fundamentais dos contribuintes.

Novamente, salienta-se o voto do Ministro Celso de Mello:

O que me parece significativo, no contexto ora em exame, é que a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.¹⁶

Ademais, argumenta-se no sentido de que, para que haja a quebra de sigilo bancário, deve haver também uma causa provável que a justifique. Porém, a análise dessa causa provável compete, tão somente, ao Poder Judiciário, pois

¹⁴ STF, RE 389-808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 15.12.2010, DJ 10.05.2011.

¹⁵ DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, n. 22, p. 154, nov./dez. 2001.

¹⁶ STF, RE 389-808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 15.12.2010, DJ 10.05.2011.

é ele quem possui atribuição para sopesar os motivos e determinar, ou não, a quebra de sigilo bancário.

Isso seria uma decorrência da garantia fundamental do devido processo legal, que age como instrumento de limitação constitucional ao próprio poder do Estado, submetendo o pedido de quebra de sigilo às exigências da seriedade e da razoabilidade.

Fechando o raciocínio, ressalta-se do voto do Ministro Celso de Mello:

A exigência de preservação do sigilo bancário – enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.¹⁷

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello aponta ainda que o controle judicial prévio não resultará nenhum embaraço aos pedidos de decretação de quebra de sigilo bancário, pois o próprio STF já proclamou ser possível afastar, em prol do interesse público, a garantia de inviolabilidade que protege as contas bancárias nas instituições financeiras:

Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, que se rompa, injustamente, a esfera de privacidade das pessoas, pois a quebra de sigilo bancário não pode nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.¹⁸

Por fim, reiterando a necessidade de reserva de jurisdição para a quebra do sigilo bancário, o referido Ministro finaliza seu voto preconizando que a

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

decretação da quebra de sigilo bancário, ressalvada a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer [...] as informações que lhe tenham sido solicitadas.¹⁹

Por outro lado, cabe apresentar os argumentos contrários à tese acima exposta. Para tanto, serão levados em consideração os votos da Ministra Ellen Gracie (AC33) e do Ministro Dias Toffoli (RE 389.808/PR), cujos posicionamentos foram acompanhados pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Cármen Lúcia.

O principal argumento para defender que o Fisco pode acessar diretamente os dados de seus contribuintes é de que não há, propriamente, *quebra de sigilo bancário*, mas sim *transferência de sigilo*.

Isso se dá porque a administração tributária, ao receber os dados sigilosos das instituições financeiras, também tem o dever de mantê-los, por força do art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN), em segredo, sob *sigilo fiscal*.

Com efeito, não haveria qualquer violação à intimidade ou à privacidade do contribuinte, uma vez que em nenhum momento é verificada a *disclosure*, isto é, a divulgação dos referidos dados a terceiros.

Nesse contexto, elucida o voto da Ministra Ellen Gracie:

Tratando-se do acesso do Fisco às movimentações bancárias do contribuinte, não há de se falar em vedação da exposição da vida privada ao domínio público, pois isso não ocorre. Os dados ou informações passam da instituição financeira ao Fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público. É que o art. 198 do CTN veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios e atividades, o que se costuma designar por sigilo fiscal [...]. O que

¹⁹ Idem.

ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco.²⁰

Contrariando a alegação de que o Fisco seria parte interessada na arrecadação do tributo, a Ministra Ellen Gracie esclarece que, embora a atividade tributária tenha por meta a arrecadação, não se pode olvidar que o ente tributante deve obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública (art. 37 da CF/1988), entre eles a legalidade, a moralidade e a impessoalidade e, portanto, estaria impedido de arrecadar além daquilo que já se encontra previsto na lei:

Se, de um lado, a atividade tributária visa à eficiência arrecadatória, de outro, deve obediência aos princípios que inspiram toda a Administração Pública, como a legalidade, a impessoalidade e a moralidade (art. 37 da Constituição). A eficiência visa à arrecadação de tudo o que efetivamente for devido em conformidade com a lei, mas nada mais (art. 150, I, da Constituição). Relembre-se de que o tributo é fiscalizado e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º do CTN). Não há que se dizer, pois, que o poder de polícia fiscal não seja orientado à adequada aplicação da lei.²¹

É possível acrescentar que, embora a administração tributária não seja um órgão imparcial, como é o Poder Judiciário, deve observar o princípio constitucional da impessoalidade, que, reforçado pelo da legalidade, retira o caráter arbitrário da atuação do Fisco. Verificado o descumprimento do art. 37 da Constituição Federal, a atividade de fiscalização poderá ser questionada e invalidada pelo Poder Judiciário, que, pelo art. 5º, XXXV, da CF, tem o monopólio da última palavra.

Além disso, o Ministro Dias Toffoli chama a atenção para o fato de que as movimentações bancárias são apenas parte dos dados que já deveriam ter sido fornecidos à Receita Federal quando da declaração de renda, na qual o contribuinte deve apresentar anualmente ao Fisco a relação total de seus bens. Partindo desse pressuposto, indaga o referido ministro:

²⁰ STF, ACaut 33/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 24.11.2010, DJ 10.02.2011.

²¹ STF, RE 389-808/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 15.12.2010, DJ 10.05.2011.

A Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens. No nosso caso, essa obrigação anual se dá por força de lei, *ex leges*, não por força de decisão judicial. Se esse não fosse o caso, a Receita Federal teria, todo ano, de acionar o Judiciário para que ele compelisse os cidadãos brasileiros a apresentar anualmente a sua declaração de bens, declaração do patrimônio total de bens. Esse é o conjunto maior; a atividade econômica, que é a movimentação bancária, é o conjunto menor. Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como ela não pode ter acesso ao conjunto menor?²²

Acrescenta-se que o ordenamento jurídico pátrio admite medidas até mais gravosas à intimidade dos indivíduos que a simples análise de movimentações bancárias e que, nesses casos, sequer existe discussão acerca da necessidade de atuação prévia do Poder Judiciário. Entre eles, destacam-se: o direito da administração em vistoriar uma mala de qualquer passageiro que desembarque em território nacional; as *blitz* ou *batidas policiais*, nas quais podem ser revistados o veículo, as vestimentas e o próprio corpo das pessoas suspeitas de infrações²³.

Trata-se, pois, de *circunstâncias da vida*, nas quais o interesse público (o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão de infrações) deve prevalecer sobre o interesse individual, guardadas as devidas proporções (necessidade, moderação e respeito).

Ademais, permitir a fiscalização direta por parte do Fisco não implica monitoramento permanente ou até mesmo devassa nas contas dos contribuintes, até porque a Lei Complementar nº 105/2001 atentou-se para tais questões, estabelecendo requisitos que funcionam como salvaguardas a intromissões levinas.

A respeito desses requisitos, afirma a Ministra Ellen Gracie que a

lei reafirma a excepcionalidade do acesso, exigindo que se dê no bojo de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que seja considerado indispensável pela autoridade, além de também

²² Idem.

²³ STF, ACaut 33/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 24.11.2010, DJ 10.02.2011.

reafirmar a necessidade de conservação do sigilo. [...] Compatibilizou, assim, os direitos dos contribuintes e do Fisco, conforme as circunstâncias do caso concreto.²⁴

Logo, embora a Constituição Federal estabeleça a reserva de jurisdição nos casos de busca domiciliar (art. 5º, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII) e prisão (art. 5º, LXI), tal cláusula restritiva não foi contemplada em relação à garantia da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados²⁵. Portanto, não havendo qualquer previsão nesse sentido, conclui-se que não há necessidade de autorização judicial para que o Fisco tenha acesso aos dados bancários de seus contribuintes.

Outro argumento que merece destaque está voltado para a ideia de que os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, apesar de garantidos pela Constituição, não podem servir de obstáculo à concretização dos princípios da pessoalidade, da capacidade contributiva, da isonomia e da livre concorrência, nem, tampouco, podem ser usados de escusa ao dever fundamental de pagar tributos.

Aliás, bem ressalta a Ministra Ellen Gracie:

Não fosse a possibilidade de fiscalização efetiva e eficaz, quedariam no vazio as competências tributárias outorgadas aos entes políticos; principalmente com base nos arts. 145, 148, 149, 153 a 156 e 195 da Constituição, porquanto não se teria como verificar o cumprimento das obrigações pelos contribuintes.²⁶

A ausência de autorização judicial para quebra do sigilo bancário não impede o controle judicial da atividade fiscalizatória perpetrada pelo Fisco, uma vez que, se houver irregularidades formais ou desproporcionais da medida, o Judiciário, provocado pelo contribuinte, poderá impedir o acesso aos dados, vedar o uso das informações obtidas, anular eventual lançamento equivocado ou abusivo e, inclusive, determinar indenização por danos materiais ou morais que efetivamente tenham decorrido da violação, sem prejuízo da responsabilização administrativa e penal dos agentes²⁷.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

Não obstante a questão jurídica seja controvertida, a tese que defende o acesso direto aos dados bancários, sem prévia autorização judicial, deve prevalecer não só pelos argumentos acima elencados, mas também em virtude de outros fatores que serão abaixo delineados.

Em verdade, não há quebra de sigilo bancário, pois inexistente divulgação (a terceiros) dos dados obtidos pelo Fisco. O que se verifica, na realidade, é a mera transferência de informações das instituições financeiras para a administração tributária, informações essas que, inclusive, já deveriam ser do conhecimento do ente fiscal em virtude da declaração de bens, que deve ser prestada anualmente pelos contribuintes.

Outrossim, conforme o § 1º do art. 145 da CF/1988, o Fisco tem a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, desde que respeitados os direitos individuais e os termos da lei. A lei existe – trata-se da Lei Complementar nº 105/2001 – e ela é compatível com a Constituição Federal, conquanto respeita os direitos fundamentais dos contribuintes ao prever requisitos específicos para que a administração tributária possa solicitar as informações bancárias diretamente às instituições financeiras. Com efeito, preenchidas tais exigências, não há a caracterização de devassa indiscriminada das contas dos contribuintes.

Ademais, caso prevalecesse a tese contrária, da necessidade de reserva de jurisdição (autorização judicial generalizada), verificar-se-ia verdadeira usurpação de competência legislativa por parte do STF, pois este estaria alterando o texto da Constituição, ao prever uma cláusula que, de fato, não existe na Lei Fundamental²⁸, retirando, ilegitimamente, a competência do legislador de estabelecer a quebra do sigilo bancário por autoridade não judicial²⁹. Nesse contexto, vale lembrar que defesa de direito fundamental não é sinônimo de reserva de jurisdição.

O constituinte, como já asseverado, quando quis contemplar a atuação prévia do Poder Judiciário, assim o fez expressamente, como, por exemplo, nas hipóteses previstas nos incisos XI, XII e LXI do art. 5º.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 401.

²⁹ Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier: “Ao Judiciário não é dado o poder de inovar; sendo, esta, tarefa da lei; a jurisprudência deve manter-se mais visivelmente estável, sendo mudanças em geral, malvistas e nocivas para a sociedade” (Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014. p. 13).

Por outro lado, em relação à intimidade e ao sigilo de dados, não há qualquer previsão expressa nesse sentido. Se assim o quisesse, o constituinte teria inserido, no § 1º do art. 145 da CF/1988, expressões do tipo: *mediante autorização judicial* ou *por meio de determinação judicial* ou, ainda, *mediante ordem judicial*. Como não o fez, fica descartada, portanto, a necessidade de reserva de jurisdição.

A Lei Complementar nº 105/2001, no art. 6º, tampouco viola a garantia fundamental do devido processo legal, porque a transferência dos dados bancários nela prevista deve obedecer a requisitos específicos, quais sejam: a existência de processo administrativo regulamente instaurado para apurar a prática de infração administrativa (que está regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001) e se os dados sigilosos forem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Afirma, ainda, que o resultado dos exames, as informações e os documentos obtidos devem ser conservados em sigilo, observada a legislação tributária. Reproduz, pois, o disposto no art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional³⁰, que, por sua vez, detalha a regra contida no art. 197, II, deste CTN, pelo qual, mediante intimação escrita, os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios e atividades de terceiros³¹.

³⁰ “Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. § 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.”

³¹ Redação semelhante já existia no art. 2º do Decreto-Lei nº 1.718, de 27.11.1979, que tratava da exigência de prestação de informações permanentes referidas na legislação do imposto sobre a renda: “Continuam obrigados a auxiliar a fiscalização dos tributos sob a administração do Ministério da Fazenda, ou, quando solicitados, a prestar informações bancárias, os estabelecimentos bancários, inclusive as Caixas Econômicas, os Tabeliães e Oficiais de Registro, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial, as Juntas Comerciais ou as repartições e autoridades que as substituírem, as Bolsas de Valores e as empresas corretoras, as Caixas de Assistência, as Associações e Organizações Sindicais, as companhias de seguros, e demais entidades, pessoas ou empresas que possam, por qualquer forma, esclarecer situações de interesse para a mesma fiscalização. Parágrafo único. Em casos especiais, para controle da arrecadação ou revisão de declaração de rendimentos, poderá o órgão competente do Ministério da Fazenda exigir informações periódicas, em formulário padronizado”.

O conteúdo tanto do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, quanto do art. 198, § 1º, II, do CTN, não são inovações no ordenamento jurídico brasileiro. O art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311/1996, que instituiu a contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e créditos e direitos de natureza financeira (CPMF), previa que as instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestariam à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro do Estado da Fazenda. Cabia, pelo art. 11, § 3º, ainda, à Secretaria da Receita Federal resguardar o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para o lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente. Posteriormente, a Lei nº 10.174/2001 permitiu a utilização das informações prestadas para a instauração de procedimento administrativo-fiscal, com a finalidade de possibilitar a cobrança de eventuais créditos tributários referentes a outros tributos, tendo o Superior Tribunal de Justiça asseverado que tais regras, por serem de caráter procedimental, incidem sobre fatos geradores ocorridos antes de sua entrada em vigor³². Ainda, o art. 8º da Lei nº 8.021/1990, que dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, afirma que:

Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se exigindo, pois, prévia autorização judicial.³³

Com efeito, o Fisco, observando o princípio da impessoalidade, em caráter excepcional (isto é, quando não há outros meios de prova disponíveis), pode determinar a transferência de sigilo bancário sem autorização judicial, desde que em relação a períodos determinados, apurados em processo administrativo regularmente instaurado, observada a garantia do devido processo legal e os requisitos da razoabilidade e da proporcionalidade³⁴ e mediante decisão

³² HC 118.849/PB, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5ª T., J. 07.08.2012, DJe 31.08.2012.

³³ STJ, REsp 1249300/DF, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 18.08.2011, DJe 25.08.2011.

³⁴ José Paulo Baltazar Junior, ao tratar da quebra do sigilo bancário em face do princípio da proporcionalidade, afirma: "No caso da quebra de sigilo bancário para fins de lançamento tributário ou apuração de infração penal, a medida apresenta-se como necessária, idônea e proporcional.

justificada, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001 e do art. 198, § 1º, II, do Código Tributário Nacional.

Exigir que a administração tributária seja obrigada a bater às portas do Poder Judiciário sempre que ela quiser obter dados bancários visando a instruir procedimento administrativo fiscal aumentaria o volume de ações judiciais, vindo a congestionar, ainda mais, o sistema judiciário brasileiro.

Em conclusão, por essas razões defende-se a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 e, por conseguinte, a possibilidade de acesso por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes mediante requisição direta às instituições financeiras, ou seja, sem a prévia necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Por fim, tal posicionamento, conforme se verá adiante, segue, inclusive, uma tendência mundial.

4 O SIGILO BANCÁRIO NO DIREITO COMPARADO

Permitir o acesso por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes, sem prévia autorização judicial, é uma tendência mundial. O sigilo bancário, embora admita proteções, deve se submeter não só às razões de interesse público, mas também à necessidade de combater os crimes de evasão fiscal, corrupção e lavagem de dinheiro.

Em Portugal, por exemplo, o sigilo é regulado pela Lei Geral Tributária, a qual permite que a administração tributária portuguesa tenha acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário, independentemente de autorização judicial.

Nesse sentido, leciona Clotilde Celorico Palma e António Carlos dos Santos:

O regime de derrogação de sigilo bancário foi introduzido na LGT pela referida Lei nº 30-G/2000, de 29 de dezembro. Atualmente, o art. 64º da Lei Geral Tributária consagra o dever de sigilo, mas contempla

Necessária porque não há outro meio passível de demonstrar os fatos geradores dos tributos, caso o contribuinte se valha do sistema financeiro como meio para escondê-los. Adequada porque através de tal restrição ao direito fundamental é possível efetivamente alcançar os fins colimados, quais sejam, a efetivação da justiça fiscal material e a identificação dos responsáveis por crimes econômicos. Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o interesse público na arrecadação tributária e na apuração dos ilícitos supera largamente o interesse individual na preservação da privacidade” (Considerações sobre o sigilo bancário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 36, p. 127, out./dez. 2001).

várias situações em que cessará esse mesmo dever. A regra geral é a de que o sigilo bancário só pode ser derogado mediante autorização judicial, conforme determina o n.º 2 do art. 63.º da LGT. Esta norma admite, no entanto, expressamente, casos em que a AT pode aceder aos documentos cobertos pelo sigilo sem dependência de tal autorização.³⁵

A França, por sua vez, pelo Código Geral de Impostos e outras leis impositivas, admite que a Administração Tributária tenha acesso aos documentos sigilosos em poder das empresas privadas, nelas incluídas os bancos e os estabelecimentos similares. Entretanto, aos agentes fiscais franceses é vedado divulgar as informações obtidas a respeito da situação financeira do contribuinte e, em caso de descumprimento, a autoridade tributária poderá ser responsabilizada criminalmente³⁶.

Nos Estados Unidos da América, a inviolabilidade das pessoas e seus papéis (e, por conseguinte, o direito ao sigilo bancário) encontra-se consagrada desde a Emenda IV da *Bill of Rights*³⁷. Visando a coibir a prática de atos ilícitos, os EUA criaram a Lei Bancária de 1970 (*Bank Secrecy Act*), a partir da qual os bancos eram obrigados a fornecer ao Tesouro Americano informações sobre operações financeiras suspeitas ou cujo valor ultrapassasse dez mil dólares. Essa lei chegou a ser questionada junto à Suprema Corte norte-americana, tendo por fundamento a referida Emenda IV, porém tal Corte considerou que a Quarta Emenda não garante expectativa em relação aos conteúdos das informações em registro bancário, pois não são comunicações confidenciais, mas instrumentos de negócios em transações comerciais. Portanto, legitimou o acesso irrestrito ao IRS – *Internal Revenue Service* (Fisco americano) para requisitar aos bancos as informações dos valores das operações financeiras e respectivos partícipes³⁸.

Posteriormente, em 1978, após a aprovação do *Right to Financial Privacy Act*, o Fisco norte-americano (IRS) passou a ter acesso praticamente ilimitado,

³⁵ PALMA, Clotilde Celorico; SANTOS, António Carlos dos. A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais. *Revista TOC*, Lisboa-Portugal, n. 146, p. 49, maio 2012.

³⁶ COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2001. p. 191.

³⁷ CAVALCANTE, Marcos Torres. O direito ao sigilo bancário e sua relativização frente à administração tributária brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito: Fundamentos Constitucionais de Direito), Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito, Maceió/AL, 2006. p. 23-28.

³⁸ Idem, p. 27.

sem intermediação do Judiciário, às informações financeiras mantidas pelos bancos³⁹.

Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Espanha admitem, em suas respectivas legislações, que o sigilo bancário seja limitado pelo Fisco⁴⁰.

Na Direito belga, a lei de reforma tributária de 1962 permite à administração tributária requisitar informações aos bancos acerca da situação econômica dos cidadãos.

Já a Lei Geral de Contribuições ao Estado, de 1959, dispõe expressamente no sentido de que os bancos não podem impor o sigilo bancário como obstáculo ao fornecimento de informações ao Fisco holandês.

Em Luxemburgo, a lei tributária de 1948 prescreve às instituições financeiras o dever de prestar informações à Administração Tributária a respeito de atos e documentos que possam atestar e garantir a arrecadação de tributos.

Na Espanha, a lei de reforma fiscal de 1977, além de impor aos bancos o dever de colaboração com o Fisco, determina que as instituições bancárias encaminhem ao Ministério da Fazenda, nos primeiros meses de cada ano, a relação de contas-correntes e valores mobiliários em seu poder, que serão usadas para fins de tributação.

No Direito argentino, o sigilo bancário também é passível de proteção. Todavia, embora exista tal reserva, a lei tributária de 1962 admite que o Fisco tenha acesso aos dados bancários sigilosos, desde que sejam preenchidos três requisitos: que os dados solicitados digam respeito a um contribuinte determinado; que haja um procedimento de verificação impositiva instaurado em face dele; e que tal dado tenha sido previamente requerido⁴¹.

O ordenamento jurídico alemão segue a mesma linha dos países acima elencados, permitindo que o Fisco obtenha informações guardadas pelo sigilo bancário quando não houver colaboração por parte do contribuinte, e desde que tal prática não se verifique de forma periódica e indiscriminada⁴².

Por fim, dando destaque à preocupação dos países em combater os crimes financeiros e fiscais, os quais extrapolaram as divisas geopolíticas, passando a

³⁹ Idem. p. 28.

⁴⁰ COVELLO, Sergio Carlos. Op. cit., p. 191-193.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² CAVALCANTE, Marcos Torres. Op. cit., p. 23-25.

atingir patamares internacionais, vários países aderiram às recomendações da OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), para subscrever convenções internacionais voltadas a ampliar, ainda mais, o controle da administração tributária sobre operações bancárias, afrouxando o rigor sobre o respectivo sigilo⁴³.

Diante do exposto, é possível concluir que a questão da mitigação do sigilo bancário é uma tendência global, a qual visa, além da realização da justiça fiscal, ao efetivo combate aos ilícitos fiscais, os quais se mostram cada vez mais frequentes em uma era marcada pelo vertiginoso avanço da tecnologia.

CONCLUSÃO

Seguindo essa tendência mundial, conclui-se que o Fisco brasileiro não é obrigado a recorrer previamente ao Poder Judiciário para ter acesso aos dados bancários de seus contribuintes, podendo apenas fazer requisição direta às instituições bancárias, desde que cumpridos os requisitos previstos no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

No entanto, eventuais abusos praticados pela administração tributária devem ser levados ao Poder Judiciário e, se for o caso, punidos com extremo rigor. Por exemplo, o servidor público federal tem o dever de guardar sigilo sobre assunto da repartição (art. 116, VIII, da Lei nº 8.112/1990) e, se divulgar, revelar ou facilitar a divulgação das informações sigilosas obtidas, está sujeito à pena de demissão, prevista no art. 132, IX, da Lei nº 8.112/1990, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis (cf. art. 9º do Decreto nº 3.724/2001). A responsabilização criminal, por sua vez, está prevista no art. 10 da Lei Complementar nº 105/2001, e a civil, no art. 11 da referida lei complementar.

É preciso lembrar que já se passaram anos após a ditadura militar, período no qual foram verificadas diversas atrocidades cometidas pelo Poder Público. Atualmente, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, deve-se ter uma nova mentalidade. Não se pode presumir que o Fisco atue para oprimir o contribuinte, fazendo verdadeira devassa em sua vida privada. Ao contrário, trata-se de um órgão público, o qual deve obediência aos princípios que regem a Administração Pública (art. 37 da CF). Logo, deve exercer seu papel constitucional na busca pela concretização da justiça fiscal e, para tanto, ter poderes para fiscalizar o adequado pagamento dos tributos visando a coibir a sonegação, que é uma das principais causas da injustiça fiscal no Brasil. Afinal, não há efetiva

⁴³ Idem, p. 24-25.

justiça fiscal se a administração tributária não possuir instrumentos eficazes para identificar os fatos geradores em relação aos contribuintes que deixam de fazê-lo espontaneamente⁴⁴.

Vale ressaltar que a questão da possibilidade de quebra do sigilo bancário pela administração tributária, sem autorização judicial, é controvertida. O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 é objeto das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIIns 2386, 2390, 2397 e 2859), e, desde 2009, foi reconhecida, pelo plenário virtual do STF, repercussão geral em relação à matéria. A prolongada indefinição judicial contribuiu para a insegurança jurídica, colocando sob suspeita processos administrativos que, a depender da solução da questão jurídica, podem ser anulados⁴⁵, além de gerar falta de previsibilidade quanto à aplicação das regras jurídicas⁴⁶.

A significação da segurança jurídica extrapola o problema da *determinação normativa*, para ser, com especial enfoque no direito tributário, um instrumento para a realização dos valores de liberdade, igualdade e dignidade⁴⁷: i) de liberdade,

⁴⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Op. cit., p. 123.

⁴⁵ Para fins de investigação criminal, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça tem considerado ilícita a prova decorrente da quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial. Verificar, entre outros: RHC 41.532/PR, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, J. 11.02.2014, DJe 28.02.2014; AgRg-REsp 1402649/BA, 6ª T., Relª Min. Maria Thereza de Assis Moura, J. 05.11.2013, DJe 18.11.2013. Entretanto, a 5ª Turma tem posicionamento divergente, admitindo a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial: HC 281.588/MG, 5ª T., Rel. Min. Jorge Mussi, J. 17.12.2013, DJe 05.02.2014; REsp 1074843/PB, 5ª T., Relª Min. Laurita Vaz, J. 04.11.2010, DJe 14.04.2011. Para fins de constituição de crédito tributário não extinto, a 1ª e a 2ª Turmas possuem julgados que autorizam a quebra do sigilo bancário, sem prévia autorização judicial, com fundamento na Lei nº 8.021/1990 e na Lei Complementar nº 105/2001, que são normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no art. 144, § 1º, do CTN. Cf. AgRg-Ag 1329960/SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, J. 03.02.2011, DJe 22.02.2011; REsp 1249300/DF, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, J. 18.08.2011, DJe 25.08.2011. Tais divergências, no âmbito de um mesmo Tribunal Superior, geram enorme insegurança jurídica e impedem que essas Cortes desempenhem o papel de uniformização da jurisprudência, inclusive para nortear as decisões dos demais órgãos do Judiciário.

⁴⁶ Os princípios da confiança jurídica e da proteção da confiança andam estreitamente associados. A segurança jurídica está relacionada com os elementos objetivos da ordem jurídica (garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito), enquanto a proteção da confiança está ligado mais a aspectos subjetivos, como a calculabilidade e previsibilidade das pessoas em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257. Verificar, ainda: STEINMETZ, Wilson. Segurança jurídica hoje: princípio da proteção da confiança. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro*. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: RT, v. 1, 2014. p. 305-315.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 674-675.

pois quanto melhor é o conhecimento e a estabilidade das normas pelo cidadão-contribuinte, maiores são as condições de ele conceber o seu presente e planejar o seu futuro; ii) de igualdade, posto que quanto mais gerais e abstratas as normas forem, tanto maior será o tratamento isonômico do cidadão-contribuinte; iii) de dignidade, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, e mais justificadamente forem aplicadas, poderá o cidadão-contribuinte ser capaz de autodefinir-se autonomamente. Diante disso, o princípio da segurança jurídica não pode ser subestimado pelos sistemas jurídico e judicial, sendo expressão do princípio da respeitabilidade do contribuinte como cidadão⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal, ao definir o modo de interpretação e aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, possibilitará segurança ao jurisdicionado, fazendo respeitar os valores do cidadão-contribuinte, ao impedir surpresas e arbitrariedades, e assegurará meios para que a administração tributária realize a justiça fiscal, diminuindo a impunidade e a corrupção.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica*. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Considerações sobre o sigilo bancário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 36, out./dez. 2001.
- BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, abr. 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAVALCANTE, Marcos Torres. O direito ao sigilo bancário e sua relativização frente à administração tributária brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito: Fundamentos Constitucionais de Direito), Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito, Maceió/AL, 2006.
- COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Leud, 2001.
- DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, n. 22, nov./dez. 2001.
- LUSTOZA, Helton Kramer. A quebra de sigilo bancário em investigação fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 72, jan./fev. 2007.

⁴⁸ Idem, p. 675.

PALMA, Clotilde Celorico; SANTOS, António Carlos dos. A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais. *Revista TOC*, Lisboa-Portugal, n. 146, maio 2012.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

STEINMETZ, Wilson. Segurança jurídica hoje: princípio da proteção da confiança. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro*. Teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: RT, v. 1, 2014.

WALD, Arnaldo. Sigilo bancário e direitos fundamentais. *Revista Tributária e Finanças Públicas*, v. 7, jan. 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2014.

DESMATERIALIZAÇÃO E IMATERIALIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO DO AGRONEGÓCIO E A SUA EXECUTIVIDADE

AGRIBUSINESS DEBT SECURITIES: DEMATERIALIZATION, UNMATERIALIZATION AND ENFORCEMENT

Jean Carlos Fernandes¹

Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil

Alejandro Melo Toledo²

Mestrando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, Minas Gerais, Brasil

RESUMO: A teoria envolta aos títulos de crédito foi construída com base no princípio da cartularidade, tendo em vista que, desde a sua criação, esses direitos foram representados – ou materializados – em documento papel. Com a evolução da tecnologia, do mercado e das práticas mercantis, os títulos de crédito passaram a ser criados em suporte escritural, surgindo, então, os fenômenos da desmaterialização e da imaterialização. A desmaterialização vem sendo estudada em dois níveis: se

os títulos forem inicialmente criados em papel e posteriormente transmutados para a forma escritural; ou se os títulos forem criados exclusivamente na sua forma escritural, hipótese que também vem sendo considerada como imaterialização. Demonstrar-se-á, a partir dos títulos de crédito do agronegócio, que a legislação brasileira vem se adaptando às novas práticas mercantis e incorporando o fenômeno da desmaterialização no direito cambial.

¹ Pós-Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Coimbra, Portugal, Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestre em Direito Comercial pela Universidade Federal de Minas Gerais, Diretor Segundo Secretário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Advogado em Belo Horizonte.

² Advogado em Belo Horizonte.

PALAVRAS-CHAVE: Títulos de crédito; desmaterialização; imaterialização; agronegócio.

ABSTRACT: *The Debt Securities theory was built according to title principle, once since from its inspection, those rights were represented – or materialized – in paper document (hard copy). With the evolution of technology, market and market practices, paper debt securities are being replaced by scriptural rights, originating the phenomenon of dematerialization and unmaterialization. Dematerialization phenomenon is being studied in two levels: when securities are created in paper document and after transmuted to scriptural; or when securities are created exclusively in scriptural support, hypothesis in which it is also being considered as unmaterialization. This article attempts to demonstrate, by the means of agribusiness debt securities, that Brazilian legislation is adapting to market practices and incorporating dematerialization phenomenon to the law.*

KEYWORDS: *Credit securities; dematerialization; unmaterialization; agribusiness.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A importância econômica e a natureza dos títulos de crédito; 2 Tendências decorrentes do fenômeno da desmaterialização e da imaterialização dos títulos de crédito; 3 Os problemas derivados da documentação dos direitos em papel; 4 Experiências e graus de desmaterialização; 5 A experiência brasileira: os títulos de crédito do agronegócio; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 Nature of debt securities and economic importance; 2 Trends from the dematerialization and unmaterialization phenomenon; 3 Arising problems of paper documentation; 4 Experiences and dematerialization levels; 5 Brazilian experience: agribusiness debt securities; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica caminha a passos lentos no sentido de alcançar a evolução dos fatos e manter-se atualizada no regramento das relações jurídicas. Em se tratando do direito comercial, que, por sua própria essência, está sujeito a constantes mudanças, o arcabouço legislativo acaba sempre sendo complementado por outras fontes admitidas em Direito³.

O instituto dos títulos de crédito encontra-se nesse contexto. Criado como uma forma de trocar direitos presentes por direitos futuros, o instituto foi, desde

³ “Os usos e costumes caminharão – e, após eles, por certo a lei o fará – no sentido de instituir formas extracartulares de aceite e coobrigação. Não nos esqueçamos: no direito comercial, as práticas comerciais geralmente antecedem a legislação.” (FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? In: *Doutrina Civil – RT*, n. 730, p. 65-66, 1996)

a sua criação, baseado nos elementos de confiança e tempo, e no princípio da cartularidade. A cartularidade, também chamada de incorporação, consiste na materialização do direito em um documento⁴.

Autores consagrados, e cujos pensamentos ainda hoje são referenciados – como Tulio Ascarelli e Cesare Vivante –, deixaram grande legado para o que se convencionou como sendo a teoria clássica dos títulos de crédito. Uma das grandes contribuições foi, sem dúvida, a definição de título de crédito como sendo o *documento* necessário ao exercício do *direito literal e autônomo* nele contido, sendo inserido no Código Civil de 2002, embora o conceito “vivantiano” já fosse utilizado no Direito brasileiro antes mesmo do Códex.

Acontece, atualmente, que o instituto dos títulos de crédito vem sendo objeto de algumas reflexões e reformulações. Principalmente em razão do desenvolvimento tecnológico, o suporte “papel” caiu em desuso, sendo, inegavelmente, substituído pelo suporte eletrônico na grande maioria das operações, sobretudo nas chamadas operações em massa. A corporificação dos créditos já não atende as atuais necessidades do mercado, uma vez que a documentação em papel causa obstáculos à circulação dos títulos de crédito, o que torna necessária uma evolução do regime jurídico envolto a essa disciplina que foi criada, justamente na corporificação. Com efeito, o suporte eletrônico tornou-se o mais contundente *costume* da era moderna em todas as esferas da vida, inclusive, e principalmente, nas transações econômicas e empresariais.

Enquanto o arcabouço normativo não se adequa à nova realidade, a doutrina mais abalizada vem cuidando de fazer uma releitura da doutrina clássica e principalmente uma adequação dos princípios dos títulos de crédito para a sua aplicação a essa nova realidade virtual.

Pretende-se, com o presente trabalho, relatar a origem e as tendências decorrentes do fenômeno da desmaterialização, e os chamados níveis ou graus de desmaterialização. Isso tudo com base em estudos já mais avançados sobre esse assunto feito pela doutrina estrangeira. Em seguida, será realizado um breve paralelo com o arcabouço legislativo pátrio, referente aos títulos de crédito do agronegócio, para classificar os títulos – mesmo que de forma teórica – de acordo com os níveis ou graus de desmaterialização.

⁴ BULGARELLI, Waldírio. *Títulos de crédito*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 65.

1 A IMPORTÂNCIA ECONÔMICA E A NATUREZA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

Os títulos de crédito representam uma enorme contribuição do direito comercial⁵ para a evolução da economia moderna, embora atualmente venham sofrendo críticas em função dos avanços tecnológicos, que procuram, principalmente, afastar a sua existência física, enquanto cártula.

O funcionamento eficiente do mercado de crédito necessita que as legislações e os agentes do direito possibilitem a rápida e segura execução de garantias, principalmente aquelas representadas por bens móveis, os títulos de crédito e os próprios direitos de crédito que eles representam.

O Código Civil brasileiro considera o título de crédito não apenas como um instrumento ou mero elemento de prova da obrigação nele representada, mas como bem móvel⁶, conforme previsto em seus arts. 83, III, e 895⁷. O mesmo se diga quanto aos direitos de crédito que eles exteriorizam.

Para Verçosa, o título de crédito, bem móvel, é o instrumento mais utilizado para a difusão do crédito, em razão “da certeza da obrigação neles mencionada e da segurança de que se revestem em sua circulação”⁸.

⁵ Atualmente designado como direito empresarial ou direito de empresa, em razão da adoção da teoria da empresa pelo Código Civil de 2002, inspirado no Código Civil italiano de 1942.

⁶ Cumpre distinguir *coisa* de *bem*. *Coisa* é espécie do gênero *bem*. “Coisa apresenta-se com todo objeto material suscetível de valor, enquanto bem assume feição mais ampla. Em outras palavras, existem determinados bens jurídicos que não assumem a feição de coisa, como o direito autoral, a imagem etc.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 343).

⁷ BRASIL. Lei nº 11.101, de 2005. “Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I - as energias que tenham valor econômico; II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”. “Art. 895. Enquanto o título de crédito estiver em circulação, só ele poderá ser dado em garantia, ou ser objeto de medidas judiciais, e não, separadamente, os direitos ou mercadorias que representa”. Na classificação entre bens imóveis e móveis, o *Codice Civile* italiano, em seu art. 812, adotou metodologia diversa do Código Civil brasileiro, preferindo mencionar quais são os bens imóveis, prescrevendo que são móveis todos os outros bens: “812. *Distinzione dei beni* - [1] *Sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo.* [2] *Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o l'alveo e sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.* [3] *Sono mobili tutti gli altri beni*”.

⁸ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Crédito e títulos de crédito na economia moderna: uma visão focada na célula de produto rural - CPR. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Malheiros, n. 141, p. 96-104, jan./mar. 2006.

Segundo o Banco Mundial, na execução de dívidas garantidas, devem-se estabelecer métodos eficientes, econômicos e transparentes para fazer valer o direito do credor. Os processos executivos devem prever a realização antecipada de direitos sobre os bens garantidos, concebidos para permitir a máxima valorização do valor dos ativos em função do mercado de crédito. Para isso, o título de crédito apresenta enorme utilidade, pois

será ele imprescindível do direito que nele se contém, de forma que: I – o direito não existe sem o documento no qual se materializou; II – o direito não se transmite sem a transferência do documento; III – o direito não pode ser exigido sem a exibição e a entrega do título ao devedor que satisfaz a obrigação nele prometida; IV – o adquirente do título não é sucessor do cedente, na relação jurídica que o liga ao devedor, mas investe-se do direito constante do título, como credor originário e autônomo. São-lhe inoponíveis as defesas pessoais do devedor contra os seus antecessores na propriedade do título.⁹

Evidencia-se, portanto, a eficiência dos negócios jurídicos garantidos por bens móveis, em razão de seus reduzidos custos, admitindo a incidência da garantia em todos os tipos de bens móveis corpóreos ou incorpóreos (por exemplo, cessão fiduciária de direitos creditórios, equipamentos, estoque, contas bancárias, valores mobiliários, títulos de crédito e a propriedade intelectual)¹⁰. Isso mesmo: títulos de crédito, inconcebíveis fora de uma sociedade de economia moderna¹¹ global, que exige eficiência, certeza e segurança jurídica para a vida dos negócios e proteção ao crédito¹². Como diz Johnson,

a proteção do crédito e os mecanismos de cumprimento corolários exercem um importante papel nesse contexto. A garantia real tem se tornado crescentemente

⁹ BORGES, João Eunápio. *Títulos de crédito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 10-11.

¹⁰ Esta é a orientação do Banco Mundial em *Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores*. Banco Mundial. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles\(Spanish2001\).pdf](http://siteresources.worldbank.org/GILD/PrinciplesAndGuidelines/20773844/Principles(Spanish2001).pdf)>. Acesso em: 14 out. 2008.

¹¹ ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003. p. 26.

¹² “Costuma-se dizer que a economia moderna é uma economia creditória, essencialmente baseada no crédito.” (ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. Campinas: Mizuno, 2003. p. 30)

significante e bastante variada nas modernas práticas de crédito, especialmente para permitir às empresas explorar o valor potencial e subutilizado dos negócios para ter acesso a capitais tão necessários. Modernas leis do mercado financeiro e de capitais podem facilitar o processo. Quando empresas fracassam – uma consequência natural da competência nos mercados de hoje –, os interesses da comunidade de crédito devem estar balanceados com as políticas governamentais de estímulo ao investimento, ao crescimento econômico e ao emprego. Esse balanceamento busca o equilíbrio entre a confiável observação dos direitos dos credores e a revitalização dos negócios.¹³

2 TENDÊNCIAS DECORRENTES DO FENÔMENO DA DESMATERIALIZAÇÃO E DA IMATERIALIZAÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

A desmaterialização e a imaterialização dos títulos de crédito são frutos dos usos e práticas comerciais que progressivamente têm alimentado a estrutura e o funcionamento jurídico dos negócios realizados por meio de mensagens de dados e mecanismos de identificação eletrônica.

Os documentos tradicionais com suporte de papel têm sido substituídos ou replicados pelos denominados documentos eletrônicos, em um processo que se tem denominado de desmaterialização. Pelo princípio da equivalência funcional ou não discriminação, um documento desmaterializado deve ter o mesmo significado e alcance jurídico de um documento eletrônico.

Sabe-se que a corporificação dos direitos constitui a coluna vertebral dos títulos de crédito, a tal ponto que existe um apego genético entre direito e documento, na concepção vivantina.

A prática empresarial, contudo, sugere a desmaterialização e a imaterialização como estratégias competitivas e eficientes na redução dos custos implicados na utilização dos documentos físicos.

¹³ JOHNSON, Gordon W. Nova lei brasileira de falência e recuperação de empresas: uma comparação com as normas internacionais. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma de (Org.). *Recuperação de empresas: uma múltipla visão da nova lei*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 119.

Desmaterialização e imaterialização são fenômenos da praxe comercial que exigem uma releitura da teoria clássica dos títulos de crédito. Não devem, contudo, as expressões ser tidas como sinônimas. A desmaterialização é o processo pelo qual o documento de suporte material transforma-se em um documento eletrônico, o que se denomina em matéria de títulos de crédito em transmutação de suporte.

É criticável utilizar o termo desmaterialização para o caso de títulos de crédito criados eletronicamente sem que previamente houvessem sido emitidos em suporte papelizado. Somente pode ser desmaterializado o que é dotado de matéria.

Assim, nas hipóteses em que o título de crédito é corpóreo e foi transmutado o seu suporte para eletrônico, se diz desmaterialização, mas, quando o título foi criado eletronicamente, como é o caso da letra financeira, entre outros, estamos diante de um documento imaterializado. Diz-se, portanto, imaterialização ou desmaterialização total.

Em um passado bastante recente que remonta 1996 – talvez não tão recente em se tratando de tecnologia e da informática –, Paulo Salvador Frontini já alertava para os problemas que poderiam advir do fenômeno da desmaterialização e da imaterialização dos títulos de crédito. Em seu artigo “Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva?”, o autor ponderava as tendências e asseverava a necessidade de repensar a teoria dos títulos de crédito. Pensava¹⁴ o autor que, em razão do princípio de cartularidade, os títulos de crédito não deixariam de existir, mas teriam a sua utilização reduzida:

Assim, é evidente que, em prazo que reputamos breve, o Direito, especialmente o direito comercial, deve repensar consideravelmente a doutrina sobre a circulação dos direitos materializados em títulos (ou seja, direitos literalmente declarados sobre um documento de papel, as “cártulas”, longamente elaborada pela teoria geral dos títulos de crédito). Imaginamos que os títulos de crédito não deixarão de existir, mas terão sua utilização reduzida. Declarações cambiais da maior importância como, por exemplo, o aceite e o aval, histórica e legalmente apostas sobre o

¹⁴ FRONTINI, Paulo Salvador. Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva? In: *Doutrina Civil – RT*, n. 730, p. 62, 1996.

papel em que se consubstancia a cártula, deverão ser reformuladas, simplesmente porque o título, enquanto documento material (“papel”), dotado de natureza de coisa corpórea, está deixando de existir em sua forma física.

Entretanto, a utilizao dos títulos de crédito não foi reduzida. Pelo contrário, o seu número está cada vez maior com a criao dos chamados títulos de crédito do agronegócio, entre outros. Embora também se caracterizem como valores mobiliários – até porque são criados e circulam por meio de registros escriturais –, o arcabouço legislativo referente aos títulos de crédito teve um aumento significativo desde então.

Apenas por mencionar – pois não constitui objeto do presente trabalho –, há, sem dvida, uma aproximao entre o instituto dos títulos de crédito e os valores mobiliários. Entre outros motivos, essa aproximao decorre exatamente da desmaterializao. Não obstante, são dois institutos distintos, cada qual com a sua regulamentação própria. Por isso, não se pode concordar com a opinião de alguns autores para os quais a desmaterializao principiaria o fim dos títulos de crédito:

Muitos preveem uma evoluo para a desmaterializao total dos valores mobiliários  medida que a “revoluo informática” avançar. Para outros, a desmaterializao total operada em França  o princípio do fim dos títulos pelo que deve dizer-se adeus aos títulos de crédito, figura jurídica que, em sua opinião, já não se justifica. Porém, não falta quem defenda o contrário, considerando que a informatizao do mercado financeiro não comporta necessariamente o fim da documentação em papel dos valores mobiliários como essencial, argumentando com a experiência alemã e mesmo suca.¹⁵

Concorda-se, outrossim, com a opinião estampada na parte final deste trecho, segundo o qual o fim da documentação em papel não implica a extino dos títulos de crédito, e a razão para isso  empírica. Vê-se, na legislao pátria, um número cada vez maior de títulos de crédito, embora se deva reconhecer que

¹⁵ FERREIRA, Amadeu José. *Valores mobiliários escriturais* – Um novo modo de representao e circulao dos direitos. Coimbra: Almedina, 1997. p. 74.

todos esses títulos de criação recente são também considerados como valores mobiliários pela regulamentação própria da CVM.

3 OS PROBLEMAS DERIVADOS DA DOCUMENTAÇÃO DOS DIREITOS EM PAPEL

Os principais problemas derivados da documentação em papel são vários e complexos, mas Amadeu José Ferreira cuidou de sintetizar as que considera as principais causas de que decorreu a desmaterialização. São elas:

- *Massificação das operações bancárias* dos mais diversos tipos, abrangendo progressivamente a área dos títulos de crédito e dos valores mobiliários. Nos bancos, acumulam-se milhões de documentos que têm de ser guardados, o que exige uma grande quantidade de pessoal. Por isso, os bancos estiveram na linha de frente em busca de uma solução tecnológica e de alteração legislativa;
- *A liquidação física das operações de bolsa*, que era extremamente morosa, complicada e burocrática, dificultando o normal desenrolar das operações;
- *O custo da emissão dos títulos* em papel representava custos vultosos para as empresas e para o Estado;
- *A lentidão na circulação dos documentos representativos de mercadorias e no crédito documentário entram em contradição com a rapidez de circulação dos bens*; a documentação para o transporte em contêiner (contenedor) chega a pesar 40 kg e ninguém tem tempo para controlar tantas cópias;
- *Problemas de ordem fiscal* decorrentes na multiplicação dos títulos ao portador.

Entre as causas elencadas, o elevado custo para se documentar e arquivar todas as transações em papel seria, por si só, uma boa razão para a desmaterialização. Imagina-se quanto as instituições financeiras, por exemplo, economizam apenas deixando de enviar extratos bancários via correio?! Ao lado do custo financeiro, a causa que parece ser a mais expressiva para a desmaterialização é a rapidez com que é possível circular as riquezas.

Enumeradas as que parecem ser as principais causas da perda de função do papel e do surgimento dos direitos escriturais, é fácil concluir que nenhuma delas é de natureza jurídica. Ao invés, trata-se, exclusivamente, de razões de ordem prática e econômica.

4 EXPERIÊNCIAS E GRAUS DE DESMATERIALIZAÇÃO

Amadeu José Ferreira destaca que a desmaterialização pode ocorrer em dois graus: (i) num primeiro grau, a que chama de desmaterialização da circulação, o título existe fisicamente, embora a sua circulação não ocorra fisicamente, e sim de forma eletrônica; e (ii) a desmaterialização total (ou imaterialização), em que os títulos são criados e circulam somente mediante registros eletrônicos.

O autor destaca as experiências que evidenciam tanto o primeiro grau – com a desmaterialização da circulação, em que pese a sua existência física – como de segundo grau –, em que há um completo abandono do papel, sendo os títulos de crédito criados e circulando eletronicamente.

4.1 EXPERIÊNCIAS QUE ASSENTAM NA SUBSISTÊNCIA: A DESMATERIALIZAÇÃO DA CIRCULAÇÃO

Afirmando não ter sido fácil estabelecer quais foram as primeiras experiências que limitaram a função do documento, Ferreira refere-se a quatro experiências que, de alguma forma, implicaram a redução da quantidade de papel.

- a) *Títulos múltiplos*: as empresas passaram a emitir títulos representativos de vários valores mobiliários num só documento, prevendo o seu desdobramento em cada caso, sobretudo para negociação em bolsa. Trata-se de uma realidade que sempre existiu e por vários autores é considerada como um dos graus de desmaterialização dos valores mobiliários. Não é exatamente uma desmaterialização, mas a incorporação de vários direitos num só título.
- b) *Depósito simples de valores*: é antiga a prática de depositar os títulos nos bancos, não apenas para guarda e conservação, mas também para administração. Aqui, porém, não há uma verdadeira desmaterialização, uma vez que, tal como no caso anterior, o papel continua a ser necessário. Porém, os bancos passam, muitas vezes, a exercer direitos em nome dos titulares, nomeadamente direitos patrimoniais, e os títulos, muitas vezes, deixam de ser apresentados, sendo que a sua apresentação é

substituída por declarações, comprovando que os valores estavam depositados no banco. Portanto, ao menos neste último aspecto, há uma perda de função dos documentos, que deixam de poder ser considerados como documentos de apresentação.

c) *Capitalização de reservas societárias*: ressalta o autor que as sociedades de maior dimensão sempre tiveram dificuldade em emitir títulos no aumento de capital. Assim, os aumentos de capital passaram a não ocorrer necessariamente com a emissão de novas ações, mas mediante a manutenção daquelas existentes com o aumento do seu valor, o que implicava a redução na emissão de novos títulos.

d) *O depósito coletivo ou centralizado de valores mobiliários no direito comparado*

d.1) *Na Alemanha*, a massificação dos valores mobiliários remonta a 1925, em que se verificam as primeiras medidas tendentes a resolver os problemas daí derivados. Os depósitos coletivos de valores, a partir de 1937, é considerada a primeira grande experiência de desmaterialização. Os valores ficavam depositados fisicamente e passavam a circular sem que fosse alterada a posse deles, por meio de registros em contas abertas entre os bancos intervenientes.

d.2) *Na França*, a imposição do depósito obrigatório para ações ao portador ocorreu na então CCDVT em 1941, que foi posteriormente substituída pela Sicovam (equivalente à CVM brasileira) em 1949. A circulação passou a ser feita mediante simples registro em conta-corrente;

d.3) *Na Bélgica*, em 1967, a partir da experiência da Sicovam. Na Suíça, em 1970, também inspirada na Sicovam.

d.4) *Na Espanha*, a partir de 1974, os títulos passaram a ser imobilizados e representados por referenciais

ou numerações. Esse sistema só funcionava para os títulos ao portador, dado que os títulos nominativos só foram incorporados em 1990.

d.5) *Em Portugal*, um sistema inspirado na Sicovam apenas foi criado em 1991. Mas, antes disso, desde 1977, já havia a possibilidade de depósito de ações ao portador junto a uma instituição de crédito. Em 82, passou a admitir a transmissão de ações por meio da movimentação entre as contas do depositário, mas apenas quanto às transmissões efetuadas fora da bolsa, em razão de uma economia dominada pelo Estado.

4.2 EXPERIÊNCIAS DE DESMATERIALIZAÇÃO QUE IMPLICAM O ABANDONO DO PAPEL: OS VALORES ESCRITURAIS

Para referir-se à desmaterialização total ou imaterialização, a qual denomina de *valores escriturais*, Ferreira transitou nas experiências dos mais diversos países, contribuindo com o aprofundamento do instituto, conquanto tenha dado ênfase à desmaterialização no domínio dos valores mobiliários.

Foi na *Alemanha* que surgiu a primeira experiência de desmaterialização total. Um Decreto de 1940 previa a desmaterialização dos títulos de dívida pública que passariam a ser representados no livro da dívida. Esse sistema foi marcado pela origem da criação do novo conceito de direito-valor, e pela proposta de reanálise global da teoria dos títulos de crédito.

Foi na *França*, porém, que a desmaterialização total teve maior impacto, sobretudo em razão da radical reforma operada, em que o legislador francês, duma assentada, acabava com a documentação dos valores mobiliários e, assim, interrompia uma tradição centenária. As consequências jurídicas estão ainda completamente por apurar. A desmaterialização teve, inicialmente, o papel de tentar evitar a fraude fiscal, mas, dois anos depois, passou a ser obrigatória em relação a todos os valores mobiliários. Como principais características, apresentava (i) a obrigatoriedade da forma escritural para todos os valores mobiliários; (ii) sistema descentralizado de registro junto a intermediário financeiro escolhido pelo titular; e (iii) regime distinto para os valores mobiliários conforme estejam ou não admitidos na Sicovam.

Na *Espanha*, o fenômeno da desmaterialização começou pela dívida do Estado, inicialmente limitada aos títulos do tesouro “*pagarés del Tesoro*” e, posteriormente, estendeu-se a todos os valores mobiliários. Quanto ao regime jurídico, todos os autores da Espanha concordam que é inspirado no regime dos títulos de crédito com as adaptações que a inexistência de documentos implica, embora haja divergência quanto à apreciação desse regime.

A *Dinamarca* foi o primeiro país europeu a desenvolver um sistema de ações escriturais.

Na *Itália*, apenas recentemente foi consagrada a desmaterialização para a dívida do Estado. Para os valores mobiliários restantes, apenas funciona o sistema de depósito centralizado. Em face da desmaterialização, tem vivido, sobretudo, preocupada com a aplicação da teoria dos títulos de crédito consagrada no Código Civil italiano, sendo que vários autores defendem a sua integral vigência, dado que apenas estaríamos perante uma alteração de suporte.

Na *Suíça*, o título das ações nominativas só é emitido se for solicitado pelo próprio titular. Trata-se de uma verdadeira desmaterialização das ações nominativas, embora facultativa e reversível.

Nos *Estados Unidos*, a desmaterialização foi necessária a partir da década de 60. Desde o início dos anos 70, funciona em Nova Iorque o depósito coletivo de valores em que a entrega física dos títulos era substituída por registros. Em 77, passou a permitir a emissão de *uncertificatated securities* não representadas por títulos, embora fosse uma faculdade na medida em que nem todos os estados adotaram essas alterações. Mas, desde 77, toda a dívida pública do EUA é emitida sob a forma escritural. O sistema atual funciona por meio de 12 bancos da Reserva Federal que mantém contas de valores escriturais em nome das entidades depositárias (bancos comerciais, cooperativas de crédito, *trust companies*, associações de crédito etc.), que, por sua vez, manterão registros apropriados em nome dos seus clientes. É igualmente por meio desse sistema que se efetuam as transferências.

Já o Brasil foi o primeiro país a prever a desmaterialização das ações das sociedades anônimas, prevendo a emissão de ações escriturais nos termos do art. 34 da Lei nº 6.04/1976:

Art. 34. O estatuto da companhia pode autorizar ou estabelecer que todas as *ações da companhia*, ou uma ou mais classes delas, *sejam mantidas em contas de depósito*,

em nome de seus titulares, na instituição que designar, sem emissão de certificados.

5 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: OS TÍTULOS DE CRÉDITO DO AGRONEGÓCIO

Como referido anteriormente, os títulos de crédito não caíram em desuso e muito menos diminuída a sua utilização; ao contrário, nos últimos 20 anos, verificou-se um número crescente de novos títulos de crédito. Apenas para citar, a Lei nº 10.931/2004 criou quatro novos títulos de crédito, sendo eles a letra de crédito imobiliário (LCI), a cédula de crédito imobiliário (CCI), a cédula de crédito bancário (CCB), o certificado de cédula de crédito bancário (CCCB) e os certificados de recebíveis imobiliários. A letra de arrendamento mercantil (LAM) foi criada pela Lei nº 11.882/2008, e o título de mais recente criação, a letra financeira (LF), foi criada com o advento da Lei nº 12.248/2010.

Além desses, surgiram, também, os chamados títulos do agronegócio, sendo a cédula de produtor rural (CPR) o mais antigo, criada pela Lei nº 8.929/1994. Posterior a isso, e já entrando neste início de século, surgiram seis novos títulos do agronegócio, cinco criados pela Lei nº 11.076/2004: a letra de crédito do agronegócio (LCA), o certificado de recebíveis do agronegócio (CRA), o conhecimento de depósito agropecuário (CDA), o *warrant* agropecuário (WA), o certificado de direitos creditórios do agronegócio (CDCA). E, por fim, destaca-se a nota comercial do agronegócio (NCA), inserida no ordenamento jurídico pela Instrução Normativa CVM nº 422/2005.

5.1 A CÉDULA DE PRODUTOR RURAL

A CPR é um instrumento versátil, pois pode ser usada com diversas finalidades: aquisição de insumos, financiamento da produção, prestação de garantia, instrumentalização da venda de produto agrícola ou pecuário, investimento especulativo, documento assecuratório do domínio e posse de *commodities*¹⁶. Diante dessa versatilidade, admite duas facetas: a CPR física, quando o produtor rural se obriga a entregar produto rural, na quantidade e qualidade discriminada no título; ou a CPR financeira¹⁷, quando a promessa

¹⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. Títulos do agronegócio. In: *Direito do Agronegócio: Mercado, Regulação, Tributação e Meio Ambiente*, São Paulo, Quartier Latim, 2011. p. 367.

¹⁷ “Art. 4º-A. Fica permitida a liquidação financeira da CPR de que trata esta lei, desde que observadas as seguintes condições: I - que seja explicitado, em seu corpo, os referenciais necessários à clara

de entrega não seja especificamente em produtos agrícolas, mas na liquidação financeira de acordo com os preços de mercado devidamente divulgados.

Segundo estabelece a Lei nº 8.929/1994 admite que a CPR pode ser *cartular ou escritural*. E, dessa forma, podemos classificar a CPR, quanto ao seu suporte, em: (i) cartular; (ii) escritural, com a desmaterialização parcial, caso o título seja criado em sua forma cartular e depois depositado em agência de custódia para que a sua circulação ocorra tão somente de forma escritural; e (iii) escritural, com a desmaterialização total, na hipótese em que o título seja criado de forma escritural, sem a utilização de papel seja na sua criação ou na sua circulação:

Art. 19. A CPR poderá ser negociada nos mercados de bolsas e de balcão.

§ 1º O registro da CPR em sistema de registro e de liquidação financeira, administrado por entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil, é condição indispensável para a negociação referida neste artigo.

§ 2º Nas ocorrências da negociação referida neste artigo, a CPR será considerada ativo financeiro e não haverá incidência do imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários.

§ 3º A CPR registrada em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil terá as seguintes características: (Incluído pela Lei nº 11.076, de 2004)

I – *será cartular antes do seu registro e após a sua baixa e escritural ou eletrônica enquanto permanecer registrada em sistema de registro e de liquidação financeira;* (Incluído pela Lei nº 11.076, de 2004)

identificação do preço ou do índice de preços a ser utilizado no resgate do título, a instituição responsável por sua apuração ou divulgação, a praça ou o mercado de formação do preço e o nome do índice; II – que os indicadores de preço de que trata o inciso anterior sejam apurados por instituições idôneas e de credibilidade junto às partes contratantes, tenham divulgação periódica, preferencialmente diária, e ampla divulgação ou facilidade de acesso, de forma a estarem facilmente disponíveis para as partes contratantes; III – que seja caracterizada por seu nome, seguido da expressão ‘financeira’.”

5.2 O CERTIFICADO DE DEPÓSITO AGROPECUÁRIO E O WARRANT AGROPECUÁRIO

O CDA e o WA são considerados títulos armazenadores e só podem ser emitidos por um armazém de agronegócio, devendo, necessariamente, referenciar as mercadorias nele depositadas. Não é qualquer armazém que pode receber depósito de produtos agropecuários, seus derivados, subprodutos e resíduos, mas somente aqueles que tiverem funcionamento autorizado conforme regulamento administrativo do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, diferenciando-se, pois, dos armazéns gerais.

Os dois títulos são necessariamente emitidos juntos pelo armazém de agronegócio, mas podem circular separados, dependendo dos negócios que vierem a ser celebrados. Enquanto o CDA e o WA permanecerem sob a mesma titularidade, asseguram ao titular a plena propriedade da mercadoria depositada. Porém, quando circulam separadamente, depara-se com as seguintes hipóteses: o endosso realizado exclusivamente do WA implica o penhor da mercadoria depositada em favor do endossatário, que não recebe a propriedade delas, mas somente o WA em garantia¹⁸. Já o endosso do CDA investe o endossatário na condição de titular da propriedade, mas não pode negociar os referidos produtos, pois estão gravados com a garantia¹⁹.

O CDA e o WA serão cartulares ou escriturais, na forma do que estabelece o art. 3º da Lei nº 11.076/2004. E, dessa forma, podemos classificar o CDA e o WA quanto ao seu suporte, admitindo, quanto a esse critério, três classificações: (i) cartular; (ii) escritural, com a desmaterialização parcial, caso o título seja criado em sua forma cartular e depois depositado em agência de custódia para que a sua circulação ocorra tão somente de forma escritural; e (iii) escritural, com a desmaterialização total, na hipótese em que o título seja criado de forma escritural, sem a utilização de papel, seja na sua criação, seja na sua circulação:

Art. 3º O CDA e o WA serão:

¹⁸ Segundo Coelho: “Esta operação tem lugar, por exemplo, quando o empresário dono das mercadorias depositadas no armazém de agronegócio não deseja negociá-la no momento (aguarda condições de mercado mais favoráveis, segundo seu julgamento), mas precisa de capital de giro e o obtém junto aos bancos, dando em garantia do empréstimo o penhor sobre elas” (Apud, p. 374).

¹⁹ Segundo Coelho: “Evidentemente que não encontrará no mercado ninguém interessado em pagar-lhe, pelo CDA, o mesmo valor que pagaria por produtos livres e desembaraçados. Normalmente quem adquire o CDA em separado do WA abate do preço o equivalente à obrigação garantida por este último título” (Apud, p. 374).

I - cartulares, antes de seu registro em sistema de registro e de liquidação financeira a que se refere o art. 15 desta lei, e após a sua baixa;

II - escriturais ou eletrônicos, enquanto permanecerem registrados em sistema de registro e de liquidação financeira.

5.3 A LETRA DE CRÉDITO DO AGRONEGÓCIO, O CERTIFICADO DE RECEBÍVEIS DO AGRONEGÓCIO E O CERTIFICADO DE DIREITOS CREDITÓRIOS DO AGRONEGÓCIO

A Lei nº 11.076/2004 criou, também, a LCA, o CDCA e o CRA como títulos de refinanciamento e securitização dos créditos originados de negócios jurídicos vinculados ao agronegócio. Nenhum crédito originado de operação econômica estranha ao agronegócio pode lastrear a emissão desses títulos. A principal diferença entre um e outro título são os emitentes: o CDCA só pode ser emitido por cooperativas ou empresários do agronegócio. A LCA, somente por instituições financeiras; o CRA, por companhia securitizadora.

Todos eles, porém, são admitidos na forma cartular ou escritural. E, dessa forma, podemos classificar o CDCA, a LCA e o CRA, quanto ao seu suporte, em: (i) cartular; (ii) escritural, com a desmaterialização parcial, caso o título seja criado em sua forma cartular e depois depositado em agência de custódia para que a sua circulação ocorra tão somente de forma escritural; e (iii) escritural, com a desmaterialização total, na hipótese em que o título seja criado de forma escritural, sem a utilização de papel seja na sua criação ou na sua circulação:

Art. 35. O CDCA e a LCA poderão ser emitidos sob a forma escritural, hipótese em que:

I - tais títulos serão registrados em sistemas de registro e de liquidação financeira de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil;

II - a transferência de sua titularidade operar-se-á pelos registros dos negócios efetuados na forma do inciso I do *caput* deste artigo.

[...]

Art. 37. O CRA terá os seguintes requisitos, lançados em seu contexto:

§ 1º O CRA adotará a forma escritural, observado o disposto no art. 35 desta lei.

5.4 A NOTA COMERCIAL DO AGRONEGÓCIO

Finalmente, destaca-se a NCA, “título de crédito” criado pela Instrução CVM nº 422, de 20 de setembro de 2005, possibilitando às companhias, sociedades limitadas e cooperativas que tenham por atividade a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários, ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária, captar recursos de curto prazo, para financiamento de suas atividades.

Embora se tenha abordado, mesmo que de forma sucinta, a finalidade dos outros títulos do agronegócio acima referidos, dedicar-se-á outro enfoque para a nota comercial do agronegócio, fazendo-o por meio do seguinte questionamento: a NCA pode ser considerada um título de crédito?

A dúvida parece ser pertinente e decorre primeiro do fato de esse título ter sido introduzido no ordenamento jurídico por instrução normativa, desafinando o princípio da legalidade e da tipicidade dos títulos de crédito. Segundo porque o art. 3º da Instrução CVM nº 422/2005 apenas a prevê sob a forma escritural, não fazendo menção ao suporte cartular.

Verifica-se que a NCA, diferente dos demais títulos analisados, apenas admite a sua forma escritural, com a desmaterialização total, na hipótese em que o título seja criado de forma escritural, sem a utilização de papel, seja na sua criação, seja na sua circulação.

5.5 A EXECUTIVIDADE DOS TÍTULOS DE CRÉDITO DO AGRONEGÓCIO

Problema de ordem prática a ser enfrentado diz respeito à possibilidade de execução dos títulos de crédito escriturais, entre eles os títulos de crédito do agronegócio.

É certo que os títulos executivos extrajudiciais estão elencados no art. 585 do Código de Processo Civil, em um rol meramente exemplificativo, com a possibilidade, em cláusula aberta, de inclusão de “todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”.

Os títulos de crédito têm a característica da executividade, aparelhando a chamada ação cambial, a qual é executiva, por força do art. 49 do Decreto

nº 2.044/1908, aplicável em razão das reservas à Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/1966).

A propósito, a Lei Uniforme de Genebra e o Decreto nº 2.044/1908 estabelecem as chamadas “normas de direito cambial”, sendo utilizadas de forma supletiva, por exemplo, aos títulos de crédito do agronegócio, por expressa previsão no art. 44 da Lei nº 11.076/2004²⁰, o que alcança, obviamente, a ação cambial ou executiva e atende ao disposto no art. 585, VIII, do Código de Processo Civil.

Clara, portanto, a possibilidade de execução dos títulos de crédito do agronegócio, restando ainda a seguinte dúvida: se os títulos são escriturais (eletrônicos ou virtuais), como poderão aparelhar a ação de execução?

Os títulos de crédito escriturais encontram-se registrados em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos, no caso, a Cetip – Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos, sociedade anônima de capital aberto, autorizada a funcionar e regulada pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Banco Central do Brasil.

Por sua vez, a Lei nº 12.249/2010 atribuiu à certidão expedida pela Cetip a representação física dos títulos de crédito escriturais registrados eletronicamente, a qual serve para aparelhar a ação de execução. Advirta-se, contudo, que não é a certidão da Cetip que possui força executiva, mas os títulos de crédito escriturais ou eletrônicos, os quais, obviamente, deverão ser representados de forma física pela certidão de inteiro teor expedida pela entidade registradora. Embora o art. 38, § 1º, da Lei nº 12.249/2010 refira-se à executividade da letra financeira, a certidão de inteiro teor da Cetip é suficiente para executar os demais títulos de crédito escriturais ou eletrônicos por ela registrados.

Isso guarda similitude com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.024.691/PR) ao reconhecer a duplicata virtual, representada fisicamente pelo boleto bancário. Nota-se que não é o boleto bancário que possui força executiva, mesmo porque não atende ao disposto no art. 585 do Código de Processo Civil, mas a duplicata, título de crédito regulado pela Lei nº 5.474/1968, que, sendo virtual, será representada pelo aviso de cobrança bancária no aparelhamento da ação de execução.

²⁰ Lei nº 11.076/2004: “Art. 44. Aplicam-se ao CDCA, à LCA e ao CRA, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, com as seguintes modificações: [...]”.

Os títulos de crédito escriturais, portanto, preservam as características da executividade, aparelhando a execução por meio da certidão de inteiro teor expedida pela entidade administradora do sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil.

CONCLUSÃO

Analisou-se aqui o fenômeno da desmaterialização e da imaterialização dos títulos de crédito, a sua origem e as tendências decorrentes dessa prática. Verificou-se também, traçando um breve paralelo com títulos de crédito do agronegócio, que a novel legislação já prevê a desmaterialização dos títulos de crédito, não estando totalmente desatualizada no que se refere à emissão e circulação desses títulos de crédito.

Apesar de não ter sido objeto deste trabalho – pois o tema merece um trabalho à parte –, é importante destacar que o problema da desmaterialização – parcial ou total –, no Direito brasileiro, não reside na emissão escritural dos títulos de crédito, mas, sim, na sua executividade. Isso porque, segundo leciona Luiz Emygdio Rosa Junior²¹, a necessidade da cártula para instrução da ação de execução é imprescindível para se demonstrar que aquele título exequendo parou de circular.

É importante destacar, entretanto, que novas legislações sobre outros títulos de crédito – inclusive posteriores aos títulos do agronegócio – também já estão se atentando para essa problemática. Após a criação da letra financeira pela Lei nº 11.882/2008, estabelecendo que esse título, a exemplo da NCA, será estritamente escritural²², a Lei nº 12.249/2010 veio atribuir força executiva à letra financeira, ao estabelecer que ela poderá ser executada com base em certidão

²¹ “O art. 583 do CPC é claro ao prescrever: ‘Toda execução tem por base um títulos executivo judicial ou extrajudicial’, e, assim, *nulla executio sine titulo*. Em resumo, não ‘se admite execução de cambial sem que o título seja apresentado em original, dado que o mesmo, restando em poder do credo, pode ensejar circulação.” (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio. *Títulos de crédito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 434)

²² “Art. 3º A LAM será emitida sob a forma escritural, com registro em sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autorizada pelo Banco Central do Brasil. Parágrafo único. A transferência de titularidade da LAM será operada no sistema referido no caput deste artigo, que será responsável pela manutenção do registro das negociações.”

“Art. 38 [...] § 1º A letra financeira é título executivo extrajudicial, que pode ser executado independentemente de protesto, com base em certidão de inteiro teor dos dados informados no registro, emitida pela entidade administradora referida no caput.”

de inteiro teor expedida pela entidade registradora (Cetip²³), sendo a certidão a representação física do título escritural.

Percebe-se, assim, que a desmaterialização e a imaterialização vêm aos poucos sendo inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, em suas mais diversas facetas. E, não obstante algumas legislações ainda não reconheçam expressamente o suporte escritural, já é possível atribuir validade jurídica aos títulos desmaterializados, utilizando de outras fontes do direito, como os usos e costumes, analogia, integração e com a própria doutrina.

²³ “A Cetip é a integradora do mercado financeiro. É uma companhia de capital aberto que oferece serviços de registro, central depositária, negociação e liquidação de ativos e títulos. Por meio de soluções de tecnologia e infraestrutura, proporciona liquidez, segurança e transparência para as operações financeiras, contribuindo para o desenvolvimento sustentável do mercado e da sociedade brasileira. A empresa é, também, a maior depositária de títulos privados de renda fixa da América Latina e a maior câmara de ativos privados do País.” (Disponível em: www.cetip.com.br)

O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA DOENÇAS RARAS COMO INTEGRANTE DO DIREITO À SAÚDE

THE MEDICAL DRUGS SUPPLY TO RARE DISEASES AS PART OF RIGHT TO HEALTH

Joseane Ledebrium Gloeckner¹

Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

RESUMO: Este estudo teve como objeto a análise do fornecimento do medicamento para doenças raras pelo Estado. Indagou-se quais dos medicamentos destinados a estas doenças devem ser prestados pelo Estado – se apenas aqueles constantes nas listas do Sistema Único de Saúde ou também aqueles que não se encontram em quaisquer das listas. Para isso, examinou-se o direito à saúde como direito social e prestacional e, conseqüentemente, sua aplicabilidade imediata. Além disso, para melhor responder a questão, foram analisados os princípios constitucionais da integralidade, universalidade e igualdade vinculados ao direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; medicamentos para doenças raras; políticas públicas.

ABSTRACT: *This study had as its object the analysis of medical drugs supply to rare diseases by State. We inquiry which of this drugs intended to these diseases must be supported by State – if only those inserted on the lists of Unified Health System or also those which are not included in the list. To this, we examined the health as a social and exigible right and, consequently, it's immediate applicability. Besides, to better answer the question, we analysed the constitutional principles of integrity, universality and equality referred to the right to health.*

KEYWORDS: *Right to health; rare disease drugs; public policy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito à saúde; 2 O caso das doenças raras e do medicamento órfão; 3 O medicamento para doença rara como integrante do direito à saúde e o dever da prestação estatal; Conclusão; Referências.

¹ Especialista em Direito Público pela PUCRS. Especialista em Direito do Trabalho pelas Faculdades IDC. Advogada.

SUMMARY: *Introduction; 1 Health as a social fundamental right; 2 The case of rare diseases and the Orphan Drug; 3 The rare disease drug as part of right to health and the state obligation of provision; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A saúde é tema hoje muito debatido na jurisprudência, doutrina e comunidade acadêmica. No entanto, estudos referentes às doenças raras ainda são escassos. As doenças raras normalmente são graves; no entanto, apenas o medicamento para algumas dessas doenças encontram-se previstos nas chamadas “listas dos SUS”. Por esse motivo, o que se busca neste estudo é analisar se apenas os medicamentos já previstos nas listas devem ser prestados pelo Estado aos pacientes com doenças raras ou se também devem ser fornecidos aqueles que se encontram excluídos de tais listas.

Para isso, primeiramente, investiga-se o direito fundamental e social à saúde, com ênfase na sua dimensão prestacional, que impõe ao Estado o dever de agir na garantia da saúde da população. Em sendo o direito à saúde fundamental e individual, aprecia-se brevemente a sua aplicabilidade imediata, permitindo que, a partir da Constituição Federal, busque-se judicialmente a realização deste direito. A seguir, é feita a definição das doenças raras e dos medicamentos destinados ao seu tratamento, denominados de órfãos, para, em seguida, estabelecer se este tipo de medicamento faz parte ou não do direito fundamental à saúde. Por fim, para se chegar a uma conclusão quanto ao fornecimento de medicamentos para doenças raras não previstos nas “listas do SUS”, analisam-se os princípios constitucionais que integram o Sistema Único de Saúde brasileiro: a integralidade, a universalidade e o acesso igualitário.

1 O DIREITO À SAÚDE²

Para que se adentre no assunto específico deste estudo, o fornecimento de medicamento para doenças raras como integrante do direito à saúde, necessária prévia apreciação do direito à saúde e seu conteúdo. Assim, inicia-se com a análise da saúde como direito social e fundamental.

² O termo saúde aqui será empregado em conformidade com a definição dada pela Organização Mundial da Saúde - OMS, que define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”.

1.1 DA SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

Os direitos sociais correspondem à segunda dimensão³ de direitos fundamentais. Surgiram em momento posterior aos direitos civis e políticos que fazem parte da primeira dimensão de direitos fundamentais e são denominados de direitos de liberdade – liberdade esta em sentido negativo. Os direitos de primeira dimensão são direitos de resistência e oposição ao Estado, dotados de subjetividade e que, por delimitarem o espaço intransponível da autonomia individual, impõem limites a serem observados pelo ente público. Foi em sua concepção negativa que a liberdade inspirou o surgimento dos direitos civis e políticos, liberdade que pressupõe ausência de interferência ou restrição. No entanto, mesmo em se tratando de direitos civis e políticos, a lei, em busca de justiça, de coesão ou outros valores sociais, poderá restringi-los⁴.

Os direitos civis e políticos institucionalizaram a ordem liberal que estabeleceu um sistema social em torno de uma economia livre de mercado. O Estado Liberal acabou por gerar um quadro de injusta e profunda desigualdade social. Foi a partir dessa desigualdade social que surgiu a categoria dos direitos sociais como direitos humanos e serviram como instrumento político e jurídico à democratização do sistema econômico e social⁵. Dessa forma, os direitos sociais, assim como os econômicos e culturais, foram classificados como de segunda dimensão e denominados de direitos de igualdade. Asseguram também a liberdade por intermédio do Estado e não mais a liberdade do e perante o Estado como nos direitos de primeira dimensão⁶. É o *status* positivo dos direitos

³ Utiliza-se da expressão “dimensão”, pois denota cumulatividade e complementariedade das dimensões dos direitos fundamentais. O termo “geração” poderia levar a crer em uma substituição gradativa de uma geração por outra, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 126-127.

⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47.

de segunda dimensão que permite ao Poder Público construir socialmente as condições concretas e efetivas de liberdade⁷.

Conforme Dallari⁸, os direitos de segunda dimensão são aqueles que, na órbita de proteção do ser humano, irradiam a noção de igualdade. Possuem como objetivo conceder alforrias sociais ao indivíduo, com o intuito de preservar-lhes das vicissitudes do modelo econômico e da segregação social. Robert Alexy⁹ define direitos sociais como aqueles “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”.

A distinção entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais não ocorre em virtude da titularidade desses direitos, ou seja, na condição de ser a pessoa individualmente considerada, sujeito de direitos fundamentais, mas baseia-se na natureza e objeto do direito em cada caso¹⁰.

Segundo Abramovich e Curtis¹¹, as diferenças entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais são mais diferenças de grau do que de substância. A faceta mais visível dos direitos ditos de segunda dimensão são as obrigações de fazer e, por este motivo, denominam-se, por vezes, direitos à prestação. No entanto, observando-se a estrutura destes direitos, não é difícil perceber-se a concomitante existência de obrigações de não-fazer. No caso do direito à saúde, o Estado tem a obrigação de não causar danos à saúde.

Os direitos sociais foram consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (da qual o Brasil é signatário), inclusive o direito à saúde, que foi garantido a todos os seres humanos¹². Além do alcance universal dos direitos

⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129.

⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 46.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 499.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 214.

¹¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 33.

¹² “Art. XXV. 1. 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

humanos, tal declaração também inova ao consagrar os direitos humanos como uma unidade independente, indivisível e inter-relacionada, nos quais os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais possuem a mesma importância¹³.

Além disso, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), de 1966, em seu art. 12, garantiu o direito ao mais alto nível possível de saúde; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), nos arts. 4º e 5º, assegurou os direitos à vida e à integridade física e pessoal; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), no art. 10, previu a proteção à saúde; e a Declaração de Alma Ata, de 1978, no item I, estabeleceu que a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos para além do setor da saúde propriamente dito¹⁴. Desse modo, a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais constitui-se não apenas em obrigação moral, mas em obrigação jurídica, tendo como fundamento tratados internacionais de proteção aos direitos humanos¹⁵.

Com isso, vários países afirmaram a saúde como direito fundamental em suas Constituições, determinando a relação obrigacional entre Estado e membro da sociedade¹⁶. Com a Constituição Federal do Brasil de 1988 não foi diferente: sua elaboração se deu em época de redemocratização, depois de mais de vinte anos de ditadura militar. Entre muitos direitos sociais elencados, a saúde não foi esquecida.

No art. 6º, a Carta Magna positivou, de forma genérica, os direitos sociais básicos, incluindo o direito à saúde. Tal dispositivo encontra-se fora do elenco do Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II

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.”

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 118.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde: 2009. p. 27-28.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 244.

¹⁶ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 127.

(Dos Direitos e Garantias Fundamentais), o que gerou discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, pois alguns doutrinadores entendem por fundamentais apenas os direitos inseridos no catálogo do art. 5º do mesmo diploma legal.

Porém, o § 2º do art. 5º do mesmo diploma legal prevê a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, decorrentes de seus princípios e regime, e até mesmo de tratados internacionais do qual o Brasil seja signatário. Pode-se reconhecer também como fundamentais direitos não-escritos, implícitos nas normas da Carta Magna. Isto implica dizer que, mesmo o que não estiver explicitamente previsto na Constituição, mas que de seu texto possa ser deduzido, pode ser reconhecido como direito fundamental. Por este motivo, refere-se o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais¹⁷. O direito à saúde está previsto expressamente no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais e como direito social. Somente por este motivo poder-se-ia entendê-lo como fundamental. Não bastasse, o conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais caracterizaria a saúde como fundamental.

Para Sarlet¹⁸, mesmo que o direito à saúde não estivesse expressamente positivado no texto constitucional, poderia ser admitido como direito fundamental implícito como ocorre em outros sistemas jurídicos, como a Alemanha. Isso porque a salvaguarda do direito à saúde também se dá pela proteção conferida a outros bens fundamentais como a vida, a dignidade da pessoa humana, o meio ambiente etc. Reforça esse entendimento a noção de “intersectorialidade” da Declaração de Alma-Ata, o que significa que a efetivação do direito à saúde, entendida como garantia da qualidade mínima de vida, não depende exclusivamente do “setor saúde”, mas de políticas públicas mais amplas que visem à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, com compromisso com as futuras gerações.

Portanto, uma ordem constitucional que salvaguarda a vida, a dignidade da pessoa humana, a integridade física e um meio ambiente sadio e equilibrado deve, obviamente, proteger o direito fundamental à saúde. O fato de ser a saúde

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 79.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde, 2009. p. 28-29.

um direito fundamental social significa dizer que, além de instrumento de defesa da liberdade individual, é também elemento da ordem jurídica objetiva que integra um sistema de valores que atua como fundamento material de toda ordem jurídica¹⁹.

Segundo Canotilho²⁰, adotando as características de fundamentalidade dadas por Alexy, os direitos fundamentais possuem proteção em sentido formal e material. A fundamentalidade formal encontra-se associada à constitucionalização e resulta em alguns aspectos que, sendo adaptados ao direito constitucional pátrio por Sarlet²¹, seriam: a) os direitos fundamentais são colocados em grau superior a todo ordenamento jurídico, possuindo natureza supralegal; b) incluem-se no rol de cláusulas pétreas, submetendo-se aos limites formais e materiais de reforma constitucional; c) trata-se de normas dotadas de imediata aplicabilidade, vinculando as entidades públicas e privadas.

Segundo a fundamentalidade material, o conteúdo dos direitos fundamentais constitui a estrutura básica do Estado e da sociedade. A fundamentalidade material pode não estar associada à ideia de fundamentalidade formal e à constituição escrita²². Porém, é por meio do direito constitucional positivo que a fundamentalidade material autoriza a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não incluídos em seu texto (apenas materialmente formais), assim como aqueles direitos situados fora do catálogo, mas dentro da Constituição Federal²³.

No que tange ao direito à saúde, portanto, a fundamentalidade formal decorre do direito positivo constitucional, possuindo superior hierarquia axiológica, encontrando-se submetido aos limites de reforma constitucional e imediatamente aplicável. Já a fundamentalidade material evidencia-se por sua importância como pressuposto à manutenção da vida com dignidade e para a

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 60.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.]. p. 372-373.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 74-75.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.]. p. 373.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 75.

garantia das condições para o exercício de outros direitos, inclusive viabilizando o livre desenvolvimento da pessoa e da personalidade²⁴.

Não há que se discutir, dessa forma, o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira, tendo por base o § 2º do art. 5º²⁵ da Constituição Federal, que reconhece como fundamentais os direitos fora do catálogo do art. 5º e até mesmo direitos localizados fora da Constituição e, por vezes, não escritos. Não resta dúvida, portanto, de que se trata a saúde de um direito social fundamental e, para além disso, um direito fundamental social prestacional.

1.2 A SAÚDE COMO DIREITO PRESTACIONAL

A saúde, como analisado, trata-se de direito social. Os direitos sociais, segundo posição jurídica do titular do direito, possuem dimensão predominantemente prestacional ou positiva, mas também abrangem direitos de defesa ou de dimensão negativa. A vertente negativa do direito à saúde significa que o indivíduo tem o direito subjetivo a que tanto os órgãos públicos como terceiros se abstenham de prejudicar o bem jurídico saúde. Qualquer ato do Poder Público que impeça a efetivação do direito à saúde de um indivíduo será considerado inconstitucional²⁶. Neste caso, o direito à saúde refere-se a uma proteção contra a agressão de terceiros, assim como contra a edição de legislação que implique retrocesso em face do estágio atual do desenvolvimento da tutela daquele direito. Exemplo dessa dimensão negativa seria a impossibilidade de submissão a tratamento experimental de determinada doença sem a anuência do paciente²⁷.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde, 2009. p. 30.

²⁵ “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²⁶ RUARO, Regina. Un breve debate acerca de la efectividad del derecho social a la salud y el procedimiento quirúrgico de transgenitalización. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010. p. 257-258.

²⁷ DAVID, Tiago Bitencourt. A eficácia e a efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio do dever de eficiência. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, PUCRS, 2008. p. 44.

A saúde como direito prestacional ocupa-se de pressupostos materiais do ente público, exigindo ação governamental na execução de políticas públicas, no interesse da comunidade²⁸. Na sua dimensão positiva, a saúde divide-se em sentido amplo e estrito. Em sentido amplo, tal direito impõe deveres de proteção pública e pessoal e deveres de índole organizacional e procedimental como, por exemplo, organização de serviços de assistência à saúde e distribuição de recursos financeiros²⁹. Já como direito prestacional em sentido estrito, o direito à saúde tem por objeto conduta positiva do Estado que consiste em prestação de natureza fática, pressupondo a realização de igualdade material, “no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais”³⁰.

A saúde, enquanto direito prestacional, impõe ao Estado o dever de agir para garantir a saúde da população. Este dever de agir inclui tanto o fornecimento de bens e serviços quanto a organização de instituições e procedimentos de proteção ao direito à saúde³¹. O direito à saúde, dessa forma, consiste em um direito formal e materialmente fundamental, social, predominantemente prestacional. Resta analisar agora de que forma deve ocorrer a aplicação desse direito.

1.3 A APLICABILIDADE IMEDIATA DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE

Por força do § 1^o³² do art. 5^o da Carta Magna, o direito à saúde, em sua dimensão negativa, possui aplicação imediata, o que significa que pode ser invocado imediatamente, ainda que não exista intermediação legislativa. Além

²⁸ RUARO, Regina. Un breve debate acerca de la efectividad del derecho social a la salud y el procedimiento quirúrgico de transgenitalización. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010. p. 258.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde, 2009. p. 34.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 282.

³¹ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *A & C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, a. 3, n. 11, p. 219, jan./mar. 2003.

³² “§ 1^o As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

disso, possui plena justiciabilidade, podendo ser exigido em juízo, constituindo direito subjetivo individual.

É claro que o legislador, em virtude do princípio democrático, tem prioridade na implementação e escolha dos mecanismos e do montante em que consistirão as prestações estatais. Nestas escolhas feitas pelo legislador, devem ser observadas as normas constitucionais vigentes, especialmente os direitos fundamentais. Porém, na falta de norma ou em caso de norma colidente com a Constituição, caberá ao Poder Judiciário promover a solução do caso concreto, utilizando-se de normas constitucionais.

No que tange à saúde como direito prestacional, a questão já foi bastante discutida, mas atualmente, a maioria da doutrina e os Tribunais defendem, por força do § 1º do art. 5º da Constituição, possuir tal direito aplicabilidade imediata. Filia-se, neste estudo, portanto, à doutrina da exigibilidade direta e imediata dos direitos fundamentais. Isso significa que, para a proteção e exercício deste direito, não há necessidade de interposição legislativa, ou seja, podem ser exigidos do Estado independentemente de complementação legal. É direito constitucional originário, pois advém diretamente da Constituição Federal. Exemplo desse entendimento é a decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 271.286³³, de 2000, que teve como

³³ “Paciente com HIV/AIDS. Pessoa destituída de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do Poder Público (CF, arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas

relator o Ministro Celso de Mello, em que se entendeu que a saúde, como direito público subjetivo, trata-se de prerrogativa jurídica indisponível, assegurada pela Constituição Federal a todas as pessoas.

Conforme Krell³⁴, no que tange ao dispositivo da aplicabilidade imediata, os direitos sociais devem ser tratados de maneira diferente dos direitos fundamentais clássicos de defesa, exercendo a função de maximizar a eficácia e criar condições materiais para sua realização. Este também é o entendimento de Sarlet³⁵, quando explica que devem prevalecer, neste caso, as presunções da máxima aplicabilidade e da atribuição da maior eficácia possível e consequente efetividade.

Para Schwartz³⁶, “com o reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial de que a saúde é direito fundamental do homem, temos que as normas constitucionais referentes à saúde são normas de aplicabilidade imediata e de eficácia plena [...]”. Também Ruaro partilha deste entendimento quando afirma que “*de la interpretación sistemática de la Constitución, y de conformidad com lo dispuesto en los artículos 6 y 196, se puede entender la salud como um derecho fundamental de la persona, autoaplicable y de eficacia inmediata*”³⁷.

Dessa forma, como consequência, sendo o direito à saúde fundamental, prestacional e imediatamente aplicável, trata-se de direito subjetivo e, em caso de descumprimento de seus preceitos, oponível ao Estado³⁸. Isso porque cabe ao Estado de Direito a tarefa de ajudar seus cidadãos “*asegurándoles su asistencia*

carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RE 271286-AgRg, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, J. 12.09.2000, DJ 24.11.2000)

³⁴ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 42.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 275-279.

³⁶ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 63.

³⁷ RUARO, Regina. Un breve debate acerca de la efectividad del derecho social a la salud y el procedimiento quirúrgico de transgenitalización. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010. p. 257.

³⁸ SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 129-130.

frente ao paro, la enfermedad, la falta de vivienda, o la degradación del medio ambiente”³⁹. Cabe, portanto, ao Estado prestar o serviço público de saúde à sua população, e, não o fazendo ou fazendo de forma ineficiente, cabe ao cidadão reivindicar direito seu perante o Poder Judiciário.

1.4 O DIREITO SOCIAL A SAÚDE COMO DIREITO INDIVIDUAL

Como já tratado, a estrita distinção convencional entre direito individual, significando os direitos civis e políticos e direito coletivo, significando direitos e deveres sociais, econômicos, culturais e, hoje também, ambientais, não encontram sua principal razão de ser na titularidade dos direitos, ou seja, ser a pessoa individualmente considerada sujeito de direitos humanos e fundamentais. Encontram sua razão, no entanto, na natureza e no objeto do direito de cada caso. Em função disso, as dimensões individual e coletiva coexistem, não restando afastada a titularidade individual pelo fato de o exercício do direito ocorrer na esfera coletiva. Essa linha argumentativa, que defende a coexistência entre direitos individuais e coletivos, também é defendida pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁰.

Todos os direitos civis e políticos, assim como os direitos sociais, econômicos e culturais, supõem um complexo de prestações positivas e negativas, cujo destinatário é o Estado. Sendo assim, não existe qualquer característica dos direitos sociais que os torne insuscetíveis de receber tutela judicial⁴¹.

Argumento contra a titularidade individual vem sendo utilizado como estratégia para negar condição de direito subjetivo aos direitos sociais a serem deduzidos em juízo, por meio de demandas individuais. Tal argumentação confunde a titularidade em si do direito fundamental com eventual restrição do objeto ou do acesso a alguma prestação. Os direitos fundamentais são sempre direitos referidos à pessoa individualmente considerada, sendo a pessoa a titular dos direitos fundamentais, incluídos aqui os direitos sociais, por excelência. O direito à saúde é um bom exemplo de que o titular por excelência dos direitos sociais é o indivíduo, mesmo considerando que a saúde não possa ser aplicada a

³⁹ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 193.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, p. 214-215, jan./mar. 2007.

⁴¹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 147.

todos indistintamente, não se pode afastar a tutela individual que deve conviver com a dimensão coletiva⁴².

A titularidade dos direitos sociais não pode ser reconhecida apenas a grupos ou entes coletivos, já que a função dos direitos sociais é (também) assegurar a cada indivíduo o seu desenvolvimento pessoal mediante integração em determinados grupos com os quais poderá eventualmente encontrar-se em situação de oposição quando houver conflito de interesse. Dessa forma, necessária a distinção entre indivíduo e ente ou entes coletivos com os quais interage. Por mais que a tutela coletiva seja uma maneira de assegurar a proteção da pessoa em sua individualidade, importa destacar que, mesmo no âmbito dos direitos difusos, a perspectiva individual não se encontra afastada. Exemplo disso é o fato de que em uma sentença obtida em ação coletiva ou mesmo em pretensão fundada em dano de natureza difusa (dano à saúde provocado por impacto ambiental, por exemplo) pode ser deduzida em juízo por cada pessoa, individualmente. Dessa forma, certo é que os direitos sociais não são sociais pelo fato de sua titularidade ser eminentemente coletiva. Pelo contrário, tais direitos foram denominados de sociais em virtude de se constituírem em direito a prestações a serem cumpridas pelo Estado em busca da justiça social⁴³.

O que vai assegurar a plenitude do direito social, econômico e cultural “não é simplesmente a conduta cumprida pelo Estado, mas a existência de algum poder judicial de atuar do titular do direito em caso de não cumprimento da obrigação devida”. A existência de um direito social pleno somente é possível quando o credor puder, mediante uma demanda judicial, conseguir uma sentença que imponha o cumprimento da obrigação gerada pelo seu direito⁴⁴.

No que se refere aos direitos sociais mais básicos, como a saúde, há quem atribua apenas a titularidade coletiva em virtude da confusão entre políticas públicas e direitos sociais como direitos fundamentais. No entanto, políticas públicas não se confundem com direitos fundamentais, como direitos subjetivos. Os direitos subjetivos (individual, coletivo ou difuso) são, de regra,

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, p. 216-217, jan./mar. 2007.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, p. 218-219, jan./mar. 2007.

⁴⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 48.

tutelados e promovidos por meio de políticas públicas que, muitas vezes, não são cumpridas. Assim, não havendo o cumprimento estatal de políticas públicas que visem a assegurar a realização do direito fundamental e subjetivo como, por exemplo, no caso da prestação de medicamentos integrantes das “listas do SUS”, pode o Estado vir a ser compelido pelo Judiciário a assegurar o direito que deixou de ser prestado a um indivíduo ou a um conjunto de indivíduos⁴⁵. No que se refere aos medicamentos não constantes das “listas do SUS”, será analisado mais adiante.

Tratando especificamente da área da saúde, há quem entenda que decisões no sentido de determinar ao Estado que despenda milhões em tratamento de doença de uma única pessoa ou a um grupo de pessoas não implementa o direito social à saúde, pois abrange apenas quem foi beneficiado com aquela decisão. É uma decisão que beneficia apenas um ou alguns indivíduos não seria adequada, pois o direito não será usufruído pelo conjunto de cidadãos que dele necessitem⁴⁶.

Para Leal⁴⁷,

atendendo-se somente àqueles que ocorrem de pronto ao Poder Público (Executivo e Judicial), pode-se correr o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não tomaram iniciativa de procurar socorro público, por absoluta falta de informações ou recursos para fazê-lo.

Os defensores desse posicionamento desconhecem, por óbvio, o significado de direito transindividual, que incorpora o individual e o coletivo. Não são excludentes. Depois, qual seria o titular do direito então, senão o indivíduo? Além disso, tal interpretação é equivocada, pois, segundo este entendimento, os

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, p. 119, jan./mar. 2007.

⁴⁶ Nesse sentido: SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137; e MATIOS, Karina Denari Gomes de; SOUZA, Gelson Amaro de. Ativismo judicial e direito à saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de medicamentos. In: *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, v.8, n. 37, p. 10-11, 2005.

⁴⁷ LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 6, 2006. p. 1533.

direitos de segunda dimensão excluiriam os anteriores (de primeira dimensão), mas isso não acontece, já que as dimensões dos direitos são complementares entre si.

O indivíduo é a única razão de ser do Estado. O Estado foi criado pelo indivíduo e conformado para servi-lo. O Estado não possui um fim em si mesmo, mas um meio de realização dos direitos e liberdades do ser humano⁴⁸. Por esse motivo, o respeito ao princípio da isonomia não pode autorizar a violação do princípio da dignidade concreta de cada indivíduo. O impacto negativo em relação a terceiros não beneficiados pela tutela individual ou de determinado grupo consiste, normalmente, na possível inexistência de recursos para atendimento de outras demandas. Argumentação que quase sempre vem desacompanhada de comprovação⁴⁹.

Para Limberger e Saldanha, a instituição de políticas públicas deve ser feita pelo Poder Legislativo e implementadas pelo Executivo. Ao Judiciário cabe o processamento de ações coletivas, sendo que o processo judicial de caráter individual não estaria apto a dar respostas em termos de efetivação de políticas públicas. As ações individuais devem servir apenas como instrumento de pressão, sob pena de acabarem comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração. Para as juristas, o desafio é conciliar as dimensões subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva (dever da sociedade e do Estado) e de como a judicialização deve ser sensível às duas⁵⁰.

Entretanto, conforme defendem Sarlet e Figueiredo⁵¹:

A caracterização do direito à saúde como direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas

⁴⁸ BLIACHERIENE, Ana Clara et al. Acesso aos bens de saúde do SUS pela via judicial. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, a. 13, n. 70, p. 126, nov./dez. 2011.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, p. 221, jan./mar. 2007.

⁵⁰ LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 64, p. 113, nov./dez. 2010.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde, 2009. p. 35.

hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim como da dignidade humana da pessoa individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um.

O Supremo Tribunal Federal entende que o art. 196 da Constituição Federal deve ser interpretado no sentido de reconhecer tanto uma dimensão coletiva como uma dimensão individual do direito fundamental à saúde. Isso porque não reconhecer a saúde como direito subjetivo seria “revelar a inocuidade de uma perspectiva programática da norma, apta à apenas direcionar os Poderes Públicos, sem com isto gerar efeitos reais, o que, em larga medida, fragilizaria a própria força normativa da Constituição”⁵².

Além disso, a simples supressão da tutela individual pode acarretar dupla violação do princípio da isonomia. Primeiro, o Estado viola o dever de assegurar o acesso universal e igualitário aos serviços públicos de saúde, previstos no art. 196 da Constituição Federal. Depois, tal supressão representa violação à garantia do acesso à justiça, da inafastabilidade do controle judicial⁵³.

É claro que a melhor maneira de efetivar o direito à saúde seria na forma de melhoramento e amplitude de políticas públicas para atender a coletividade. No entanto, esse fato não exclui o direito individual e subjetivo. Assim, sendo o direito à saúde um direito de todos, não se pode acolher a tese de que é apenas direito coletivo e que, por esse motivo, não poderia ser objeto de dedução individual em juízo. Todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, possuem dimensão transindividual e isso não os impede de serem, em primeira linha, direitos de cada pessoa. Portanto, a saúde, como direito fundamental e

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e efetividade do direito à saúde no Judiciário brasileiro – Observatório do direito à saúde*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011. p. 32.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, p. 223, jan./mar. 2007.

social, é direito de titularidade tanto individual quanto coletiva e até mesmo difusa, podendo, desta forma, ser deduzido individualmente em juízo.

Assim, buscar-se-á definir mais adiante o significado, na prática, dessa aplicabilidade imediata quando se fala em medicamentos para doenças raras previstos e não previstos nas “listas do SUS”.

2 O CASO DAS DOENÇAS RARAS E DO MEDICAMENTO ÓRFÃO

Entre as inúmeras doenças da atualidade, existem aquelas mais comuns e corriqueiras, que a maioria das pessoas conhece e aquelas muito pouco frequentes e desconhecidas da maioria. Estas últimas são denominadas de doenças raras. O conceito de doença rara é pouco explicado pelo Sistema único de Saúde brasileiro e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. No entanto, a Resolução nº 28, de 4 de abril de 2007 da Anvisa, traz definição para este tipo de doença. Conforme a resolução, doença rara ou órfã é aquela que afeta um número pequeno de pessoas em comparação com a população em geral.

Em outros países, existem definições mais específicas da definição de doença órfã. Há diferenças entre EUA e União Europeia na designação de quando uma doença é considerada rara. Os EUA trabalham com número absoluto, que é menos de 200.000 pacientes no país, enquanto a União Europeia usa uma medida relativa, menos de 5 casos para cada 10.000 habitantes. Nos EUA, para ser considerada doença rara, requer-se que o paciente necessite de tratamento durante toda a vida ou que a doença seja degenerativa crônica. Utilizando-se desses requisitos, entre 5.000 a 7.000 doenças podem ser consideradas raras⁵⁴. Tanto a Comunidade Europeia como os Estados Unidos possuem política de pesquisa e desenvolvimento para tratamento e financiamento destas doenças.

As doenças raras, por esta característica, já acarretam grande carga psicossocial aos próprios enfermos e também aos seus familiares. A inacessibilidade de um tratamento específico para doença órfã conduz o paciente e sua família ao estresse psíquico e depressão⁵⁵. Isto se agrava ante a dificuldade de

⁵⁴ STOLK, Pieter; WILLEMEN, Marjolein J. C.; LEUFKENS, Hubert G. N. “Rare essentials”: drugs for rare as essential medicines. In: *Bulletin of the World Health Organization*, n. 84, p. 746, 2006.

⁵⁵ KATARIA, Mahesh Kumar; GARG, Meena; ANAND, Vikas; BILANDI, Ajay; KUKKAR, Vipin; BHANDARI, Anil. An Insight on Regulations Governing Orphan Diseases and Drugs. In: *Research Journal of Pharmaceutical Biological and Chemical Sciences*, v. 2, p. 376, jul./set. 2011.

tratamentos adequados, pois inexistem informação e conhecimento efetivos sobre essas enfermidades, em virtude de sua complexidade e baixa rentabilidade econômica aos laboratórios.

No Brasil, alguns desses medicamentos para doenças raras encontram-se na lista de medicamentos essenciais do Sistema Único de Saúde – SUS e outros se encontram inseridos na lista de Componente Especializado de Assistência Farmacêutica⁵⁶ que são fornecidos pelo Poder Público. O programa de medicamentos especializados destina-se às doenças consideradas de caráter individual que atingem número limitado de pessoas e requerem tratamento longo ou permanente. O custo de seus medicamentos normalmente é elevado e, por este motivo, na maior parte das vezes não pode ser adquirido pelo próprio paciente⁵⁷. O medicamento para a doença de Gaucher, doença lisossômica e rara, possui protocolo clínico e diretrizes de tratamento balizadas pelo Ministério da Saúde. No entanto, para grande parte destes fármacos, o SUS não possui política de assistência farmacêutica específica, como é o caso, por exemplo, de outras doenças lisossômicas, a doença de Fabry e a mucopolissacarose tipo I⁵⁸.

Para que se possa apurar a responsabilidade do Estado no fornecimento desses medicamentos, necessário se faz o estudo acerca do conteúdo do direito à saúde. Ou seja, se o direito a saúde também comporta o fornecimento de fármacos e, portando, estes devem ser fornecidos pela Administração Pública. Ainda, em sendo o Estado responsável, que medicamentos seriam estes? Apenas aqueles previstos nas listas do SUS ou também aqueles que estão fora destas listas?

⁵⁶ Antigo CMDE (Componente de Medicamento de Dispensação Excepcional). Os medicamentos inseridos nesta lista são aqueles utilizados no tratamento de doenças: a) raras ou de baixa prevalência, com indicação de uso de medicamento de alto valor unitário, ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja de custo elevado; b) prevalentes, com uso de fármaco de alto custo unitário, ou que, em caso de uso crônico ou prolongado, seja um tratamento de alto custo. Conforme SOUZA, Mônica Vinhas de; KRUG, Bárbara Corrêa; PICON, Paulo Dornelles; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas. In: *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, nov. 2010. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/630/63015154015.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2012, p. 3450.

⁵⁷ BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLACHERIENE, Ana Clara; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 65.

⁵⁸ SOUZA, Mônica Vinhas de; KRUG, Bárbara Corrêa; PICON, Paulo Dornelles; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, nov. 2010. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/630/63015154015.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2012, p. 3443.

3 O MEDICAMENTO PARA DOENÇA RARA COMO INTEGRANTE DO DIREITO À SAÚDE E O DEVER DA PRESTAÇÃO ESTATAL

A saúde, como direito social e enquanto *social welfare right*, significa que o Estado tem a obrigação de garantir condições adequadas de saúde para todos os indivíduos. Essa ideia de *welfare state* imputa ao Poder Público a responsabilidade pela garantia e efetivação das condições de bem-estar geral, principalmente pela implementação dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc) do qual o Brasil é signatário⁵⁹. Segundo Holger⁶⁰, o próprio Pidesc, art. 12⁶¹, garante o acesso ao medicamento como parte integrante do direito à saúde.

A Constituição brasileira estabeleceu diretrizes de base para o desenvolvimento do Estado do bem-estar social, por meio da inclusão de políticas públicas, da prestação de serviços e da universalização de direitos sociais, inclusive o direito à saúde. Além disso, a saúde pública depende (e muito) da efetivação de outros direitos sociais, o que impõe ao Poder Público uma profunda responsabilidade prestacional. No Brasil, essa responsabilidade recai sobre as três esferas de governo: municipal, estadual e federal⁶².

Não resta dúvida de que o Estado deve promover a efetivação do direito à saúde. A própria Constituição Federal, em seu art. 196⁶³, determina, de forma explícita, o dever do Estado em prestar a saúde. Haverá, segundo Celso de

⁵⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 202.

⁶⁰ HESTERMEYER, Holder. Access to medication as a human right. Disponível em: <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/hestermeyer_8.pdf>. Acesso em: 02 maio 2012, p. 125.

⁶¹ “Art. 12. [...] § 1º Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental. § 2º As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: 1. A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças. 2. A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. 3. A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças. 4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

⁶² LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 64, p. 108, nov./dez. 2010.

⁶³ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Mello⁶⁴, responsabilização do Estado sempre que ocorrer ofensa a “um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, reconhecendo-o como um direito do indivíduo”. Mas em que consiste este dever do Estado? Que prestações em saúde devem ser garantidas pelo Estado?

A segunda parte do art. 196 da Carta Magna assegura o acesso universal e igualitário para promoção, proteção e recuperação da saúde. Da mesma forma, a Lei nº 8.080/1990⁶⁵ (Lei Orgânica da Saúde – LOS), que regula as prestações na área da saúde, ao regulamentar o art. 196 da Carta Magna, estabeleceu que a universalidade do acesso aos serviços públicos de saúde, em todos os níveis de assistência, alcança todas as ações e serviços públicos de saúde, assim como os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS⁶⁶. Além disso, a própria LOS, em seu art. 6º, VI⁶⁷, prevê o dever do Estado na formulação de uma política de medicamentos que estabeleçam diretrizes desde a produção até a prescrição de medicamentos⁶⁸. Ademais, se o serviço público de saúde abrange todas as ações e serviços em saúde, certo é que o medicamento faz parte desse atendimento e deve ser fornecido pelo Poder Público.

No ano de 2006 foi assinada a Portaria nº 399, denominada de Pacto pela Saúde, onde restam especificados cinco blocos de financiamento para custeio do Sistema Único de Saúde, entre os quais se inclui a assistência farmacêutica⁶⁹.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 1011.

⁶⁵ A Lei nº 8.080/1990 e a Lei nº 8.142/1990 são conhecidas como Lei Orgânica da Saúde – LOS, que colaboram com a definição do direito à saúde e a estruturação do SUS. Ver: LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, Ano 12, n. 64, p. 110, nov./dez. 2010.

⁶⁶ “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde – SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: I – universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; [...]”

⁶⁷ “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): [...] VI – a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; [...]”

⁶⁸ LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 64, p. 110, nov./dez. 2010.

⁶⁹ Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-399.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2012.

Dessa forma, o direito à saúde engloba tanto consultas médicas, tratamentos específicos de cada doença e o acesso ao medicamento. Segundo Vela⁷⁰, não pode haver dúvida de que “*el acceso al medicamento es una parte integrante del derecho a la protección de la salud*”. No entanto, se poderia entender que, no que tange aos fármacos, somente seria obrigação do Estado e, portanto, direito dos seus cidadãos, apenas aqueles medicamentos previstos nas denominadas “Listas do SUS”: a Relação Nacional de Medicamentos (Rename) que consiste em uma lista com os medicamentos essenciais para tratar doenças mais comuns da população, e o Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF), que substituiu o antigo Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional, conforme Portaria nº 2.981/2009 do Ministério da Saúde⁷¹. O próprio Estado do Rio Grande do Sul instituiu a Lei Estadual nº 9.908/1993, determinando que o Estado forneça gratuitamente medicamentos excepcionais (que devem ser utilizados com frequência e de forma permanente) para pessoas que não possam arcar com as despesas com o medicamento sem privar-se do próprio sustento e de sua família. Quanto a esses medicamentos, não há dúvida de que devem ser prestados pelo Estado, pois já houve intermediação legislativa neste sentido e, não o sendo, cabe ao paciente recorrer ao Poder Judiciário para que este possa lhe assegurar o seu recebimento.

O problema ocorre quando o enfermo necessita de medicamento que não integra qualquer das “listas do SUS”. Cabe ao Estado a obrigação de fornecer-lhes tal fármaco? A Constituição Federal assegura o direito fundamental à saúde, que também inclui prestações nesta área. Poderia o legislador ordinário restringir este direito, estabelecendo listas de medicamentos que devem ser garantidos pelo Estado? E os demais doentes que não podem arcar com seu tratamento?

Para tentar, da melhor forma, responder a essas questões, imprescindível o estudo acerca do significado da integralidade, da universalidade e igualdade no atendimento na área da saúde.

⁷⁰ VELA, Rafaela Barranco. El Estatuto Jurídico de los medicamentos huérfanos em la Unión Europea: el derecho de la salud de los pacientes con enfermedades raras. In: VELA, Rafael Barranco; SÁENZ, Francisco Miguel Bombillar (Org.). *El acceso al medicamento: retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho de la salud*. Granada: Editorial Comares, 2010. p. 108.

⁷¹ Disponível em: www.saude.gov.br. Acesso em: 27 abr. 2012.

3.1 DA INTEGRALIDADE

A integralidade do acesso ao serviço público de saúde está prevista no art. 198, II⁷², da Constituição Federal. Atendimento integral significa que todas as medidas, de natureza preventiva ou reparadora, disponíveis no momento atual, devem ser disponibilizadas a todos que delas necessitarem. O dever do Estado, em virtude da integralidade, não pode ser limitado, mitigado ou dividido, já que a saúde, em sendo um direito individual, coletivo e de desenvolvimento, pressupõe uma assistência completa⁷³.

No entanto, Figueiredo⁷⁴ entende que a integralidade não pode ser vista como absoluta, devendo ser tratada com maior prudência, sem propalar a garantia de todas as dimensões de todos os direitos de forma simultânea. Deve-se apenas maximizá-los num contexto constitucionalmente sistemático e adequado socialmente à realidade da sociedade brasileira. Entende a autora que há uma presunção *juris tantum* em favor da integralidade e que, de acordo com o caso concreto, poderá o direito à saúde ser indeferido, total ou parcialmente, em favor da prevalência de outros direitos que se mostrem carentes de tutela judicial protetiva, por meio do juízo de ponderação. Não sendo assim, restaria atingida a imparcialidade das decisões tomadas, tanto pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

Conforme Carvalho⁷⁵, a Organização Mundial da Saúde estabelece que é decisão de cada país a aplicação e a extensão das listas de medicamentos essenciais, de acordo com o que a maioria da população necessita. Nos países em desenvolvimento, a aquisição dos fármacos pode dar-se de forma econômica e eficaz. Em certos casos, conforme a autora, há necessidade de disponibilizar, inclusive, medicamentos não previstos nas listas do SUS, para tratamento das doenças raras. O fato de medicamentos não constarem das listas não os tornam inúteis, mas significa que aqueles que foram listados devem atender à maioria da população, em quantidade suficiente e forma farmacêutica adequada.

⁷² “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...] II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; [...]”

⁷³ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 75-76.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 173-177.

⁷⁵ CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 20-21.

Essa seleção de medicamentos essenciais, ainda segundo a OMS, é processo contínuo, devendo observar as prioridades da saúde pública, características epidemiológicas, avanços farmacológicos e de tecnologia farmacêutica. No entanto, para a mesma autora, no Brasil, em que pese o conceito da OMS referir-se apenas aos medicamentos essenciais, a Constituição Federal estabelece o direito à saúde como de todos, sem qualquer condicionante, além da análise sistêmica que se deve fazer com outros direitos, princípios e objetivos fundamentais. Sendo assim, é irrelevante o fato de ser essencial para a realização do acesso ao medicamento.

Dessa forma, ainda para a mesma autora, por serem restritivas, as listas do SUS são inconstitucionais, pois o direito ao acesso ao medicamento é geral, não se restringindo a algumas doenças. Não pode haver condicionantes para a saúde e, por consequência, não pode haver condicionantes aos medicamentos. Diante da proteção constitucional existente, o acesso aos medicamentos não pode ser negado⁷⁶.

Limberger e Saldanha⁷⁷, ao enfrentarem a questão dos medicamentos não inseridos nas listas do SUS, explicam que aqueles fármacos não incluídos em tais listas também fazem parte do direito prestacional à saúde, devendo ser fornecidos pelo Estado, pois devem ser entendidos no contexto da integralidade de assistência, prevista no art. 7º da Lei nº 8.080/1990 como sendo o “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”. No entanto, para as mesmas autoras, integralidade não significa totalidade, pois se deve observar a questão da escassez de recursos, tendo em vista que a totalidade das possibilidades é impagável e seu custo vai além do razoável.

Contudo, parece complicado que alguém possa escolher previamente, sem analisar o caso concreto, quem poderá ser atendido ou receber o medicamento de que necessita previamente. Como se o paciente pudesse escolher a doença que lhe acometerá. Se assim fosse, restaria ao doente contar com a sorte de possuir uma enfermidade que possa ser medicada por fármaco previsto em uma

⁷⁶ CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 88.

⁷⁷ LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 64, p. 111, nov./dez. 2010.

das listas do SUS. Isto se torna muito relevante quando se fala em doença rara que normalmente é grave e pode acarretar a perda da vida do paciente. Dessa forma, entende-se que o acesso à saúde deve dar-se de forma integral e total, de acordo com os tratamentos e medicamentos existentes, a quem necessitar, sendo sempre observadas a razoabilidade e a proporcionalidade do pedido.

3.2 DO ACESSO UNIVERSAL

A universalidade de acesso às ações e serviços públicos de saúde, preconizada no caput do art. 196 da Constituição Federal, afirma que este direito deve se destinar ao ser humano enquanto gênero, não se limitando a um único grupo, classe ou categoria de pessoas. O acesso universal pode gerar polêmica quando se discute acerca da possibilidade de acesso ao Sistema Único de Saúde de pessoas com alto poder aquisitivo. Segundo Dallari⁷⁸, a noção de universalidade deve ser conjugada com a noção de igualdade e, por este motivo, a pessoa com possibilidade econômica de pagar por seu tratamento pode, sim, fazer uso do serviço público de saúde, “desde que em condições de igualdade com os demais cidadãos, o que acaba por determinar naturalmente uma situação de equidade”.

No entanto, o fato de todos os indivíduos, em virtude do princípio da universalidade, serem titulares de direitos fundamentais não exclui a possibilidade de serem consideradas algumas diferenças, inclusive em virtude do princípio da igualdade. Segundo Sarlet e Figueiredo⁷⁹:

Não se pode confundir a titularidade universal dos direitos fundamentais com a universalidade de acesso ao SUS, especialmente no que concerne à assistência pública à saúde, aspecto que poderá eventualmente sofrer objeções diante das circunstâncias do caso concreto, sobretudo se tiverem por escopo a garantia de equidade do sistema como um todo, ou seja, a concretização do princípio da igualdade em sua

⁷⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 73.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde, 2009. p. 36.

dimensão material, justificando, afinal, discriminações positivas em prol da diminuição das desigualdades regionais e sociais ou da justiça social, por exemplo.

Para os referidos autores, em um país como o Brasil, de conhecida e notória desigualdade social, não se pode admitir que um particular que possa pagar e dispor de um plano de saúde privado tenha acesso, sem qualquer tipo de limitação, ao sistema público de saúde nas mesmas condições daquele indivíduo que não possa prover, com recursos próprios, seu tratamento de saúde. Além disso, a efetiva necessidade deve servir de parâmetro, juntamente com os princípios da solidariedade, subsidiariedade e proporcionalidade⁸⁰.

Entretanto, entende-se que o fato de um paciente possuir um plano de saúde ou ter sido atendido por médico particular não retira do Estado a obrigação de oferecer tratamento médico ou medicamento pelo qual ele (doente) não possa pagar. É claro que dependerá da comprovação desta impossibilidade de arcar com os custos de seu tratamento ou medicamento sem prejudicar seu sustento e de sua família. Explica Sarlet⁸¹ que, especialmente na área da saúde, existem prestações tão dispendiosas que mesmo aquelas pessoas com alto poder aquisitivo não podem custear, além do fato de que, principalmente no que se refere aos medicamentos, nem sempre se trata de prestações cobertas pelos planos de saúde.

Dessa forma, o acesso universal significa que, em princípio, todas as pessoas possuem o direito de utilizarem o serviço público de saúde. No entanto, não parece que viole tal princípio a consideração de algumas diferenciações, inclusive para que se possa assegurar a igualdade substancial. Deve-se sempre analisar a necessidade do paciente, ou seja, se há ou não possibilidade de arcar com seu tratamento sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.

3.3 DO ACESSO IGUALITÁRIO

O art. 196 da Constituição prevê, conforme tratado, que o acesso aos serviços de saúde deve ser universal e também igualitário. Para que se possa

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42.

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, p. 222, jan./mar. 2007.

analisar o significado do acesso igualitário no direito à saúde, analisar-se-á, primeiramente, o princípio da igualdade.

3.3.1 Do princípio da igualdade

A igualdade sustentou juridicamente o Estado Liberal por muito tempo, segundo a concepção de que a lei deveria ser igual para todos. Conforme Canotilho⁸², a afirmação constitucional de que todos são iguais perante a lei significava a exigência de igualdade na aplicação do direito. Até hoje esta continua sendo uma das dimensões do princípio da igualdade, com grande relevância no âmbito da aplicação igual da lei pelos Poderes Executivo e Judiciário. O princípio da igualdade perante a lei vincula também o legislador na criação de um igual direito para todos. Neste sentido, trata-se o princípio da igualdade de um postulado de racionalidade prática, onde para todos os indivíduos que possuam as mesmas características devem ser previstos em lei iguais situações ou resultados jurídicos. No entanto, o princípio da igualdade, reduzido a este postulado de universalização, pouco adiantaria, pois permite discriminações quanto ao seu conteúdo, como, por exemplo, na hipótese de que todos os negros devem ser tratados da mesma forma, mas em escolas que não sejam reservadas apenas para brancos. Assim sendo, reduzido a um princípio formal, a igualdade acabaria por ser apenas um princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração.

Constatou-se, assim, que a igualdade formal (igualdade de direitos) não era capaz de, sozinha, gerar oportunidades iguais para todos. Esse fato levou ao reconhecimento da necessidade de conferir à igualdade uma nova dimensão, agora material ou substancial, que efetivamente assegurasse igualdade de condições a toda sociedade⁸³.

O princípio da igualdade material veda o tratamento discriminatório e impõe a elaboração de leis e a implementação de políticas públicas que visem a mitigar as desigualdades de fato. Trata-se, assim, de um direito social à igualdade, ou seja, o direito de todo indivíduo a todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento de sua capacidade⁸⁴.

⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.], p. 417.

⁸³ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 109-110.

⁸⁴ FUCHS, Mariane Kliemann. *Igualdade ou indiferença? Qual o melhor caminho na busca pela dignidade?* Dissertação de Mestrado. PUCRS, 2008. p. 60.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tende a resgatar essa noção de igualdade entre os indivíduos, assim disposto em seu preâmbulo:

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana.

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem as condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos...

Diante desta mudança de concepção da igualdade, agora material, vários ordenamentos jurídicos, incluindo o brasileiro, asseguraram o princípio da igualdade em suas Constituições. Isso demonstra a existência de desigualdades entre as pessoas integrantes de uma mesma comunidade, em virtude de características individuais⁸⁵. O princípio da igualdade buscará a redução ou extinção desta desigualdade.

Conforme Canotilho⁸⁶, independentemente da distinção entre igualdade fática e jurídica, o princípio da igualdade pode e deve ser considerado um princípio de justiça social, principalmente no sentido de igualdade de oportunidades e de reais condições de vida. Essa igualdade social conecta-se com uma política de justiça social, assim como com a concretização de imposições constitucionais que visam à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Essa ideia de

⁸⁵ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 111.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.]. p. 420-421.

igualdade social, explica Barreto⁸⁷, advém do próprio Estado Social de Direito, que exige uma igualdade material que obriga ao Estado que, mediante retificação na ordem social, remova as injustiças encontradas na sociedade.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da igualdade encontra-se expresso no preâmbulo da Constituição, como valor norteador da construção do Estado Democrático de Direito, e no art. 5º, como princípio constitucional geral, inserido no título dos direitos e garantias fundamentais.

Como valor principiológico, a igualdade afirma-se como um princípio geral de todo ordenamento jurídico e, dessa forma, torna-se possível a distinção entre desigualdade formal e material. Haveria desigualdade formal quando existisse contradição na legislação ou aplicação da lei, consistindo em violação pura e simples da legalidade. A desigualdade material seria constatada na hipótese de contradição de uma disposição legislativa com o “direito justo” ou com a “equidade”, sempre que o legislador tratasse de forma igualitária o que é diferente e diferentemente o que é igual. Além disso, devem ser asseguradas aos membros da sociedade as mesmas oportunidades⁸⁸. O tratamento desigual deve, em primeiro plano, atender às necessidades básicas do indivíduo para assegurar a concorrência potencialmente igualitária em oportunidades daqueles que possuem e que não possuem privilégios. Cabe, portanto, ao Estado, com base no princípio da igualdade, garantir que todo cidadão tenha uma vida digna e boa e, a partir daí, possam vir a implementar a igualdade material⁸⁹.

Entende Novais⁹⁰, ao tratar das restrições aos direitos fundamentais, que a igualdade deve ser observada enquanto tarefa fundamental do Estado, como comando positivo de conformação de toda atuação dos poderes públicos e, desde logo, do legislador. Tal princípio constitui-se como essencial elemento de vinculação jurídica de toda atividade estatal na realização e concretização dos direitos fundamentais e, sendo assim, também é elemento essencial da estruturação e realização das ponderações de bens invocadas como fundamento,

⁸⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 129.

⁸⁸ SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 113-114.

⁸⁹ FUCHS, Mariane Kliemann. Igualdade ou indiferença? Qual o melhor caminho na busca pela dignidade? Dissertação de Mestrado. PUCRS, 2008. p. 61-62.

⁹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 799-800.

justificação e delimitação do alcance das restrições aos direitos fundamentais, que devem ser analisadas caso a caso.

Dessa forma, constata-se que o princípio da igualdade assegura um tratamento materialmente equânime que garante, de regra, um tratamento igualitário a todas as pessoas, mas permitindo um tratamento diferenciado sempre que tal decisão seja considerada mais justa. Além disso, cabe ao Estado a implementação do direito à igualdade, principalmente por meio de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais, principalmente do direito à saúde.

3.3.2 Do acesso igualitário no direito à saúde

O princípio da igualdade está intimamente relacionado com o direito à saúde. Constitui, inclusive, elemento estruturante do Sistema Único de Saúde, pois previsto no art. 7^o⁹¹ da lei que o regulamenta (Lei nº 8.080/1990). Assim, em relação ao sistema constitucional brasileiro, depreende-se que a equidade significa a igualdade (material) no acesso aos serviços públicos de saúde. Isso é o que se depreende também do já citado art. 196 da Carta Política.

A distribuição de ações e serviços de saúde deve estar disponível, conforme a igualdade (substancial), segundo a necessidade de cada indivíduo, mas ainda representando a acessibilidade de todos que do SUS careçam. É necessário que se faça essa ponderação no intuito de oferecer justiça aos mais necessitados, minimizando as desigualdades estabelecidas na sociedade⁹².

O legislador, ao concretizar o direito à saúde, advindo da Constituição Federal, deverá observar a norma (também fundamental) concernente ao direito de igualdade (substantiva). Não parece observar o princípio da igualdade a elaboração de listas de medicamentos a serem fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Parece que, com estas listas, restringir-se-ia o tratamento apenas de determinadas doenças, acarretando desigualdade entre os doentes. Ora, como poderia o legislador, que se encontra vinculado ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, escolher, entre tantos enfermos e tantas doenças, aquelas que devem obter tratamento do Poder Público e as que não devem? Parece clara a afronta ao princípio da igualdade, pois diferencia cada

⁹¹ “Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; [...]”

⁹² SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 120.

cidadão conforme a doença adquirida, como se alguém pudesse optar por qual enfermidade será atingido.

Além da igualdade, a falta na prestação de alguns serviços públicos como a saúde atinge também a liberdade do indivíduo. Cada vez mais os direitos fundamentais dependem dos serviços prestados pelo Estado, “sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade”⁹³. Isso significa que a falta na prestação de determinados serviços públicos implica não apenas na afronta à igualdade, mas acaba afetando também a liberdade fática do indivíduo. Ou seja, acaba por agredir também os direitos de primeira dimensão, denominados de direitos de liberdade. No que se refere à saúde, não se pode imaginar que alguém possa usufruir plena liberdade sem estar saudável. Este também é o entendimento de Sen⁹⁴, que, ao tratar da interdependência entre liberdade e responsabilidade, explica que o homem adulto que não possui recursos para tratar de doença que o açoita “não só é vítima de morbidez evitável e da morte possivelmente escapável, como também pode ter negada a liberdade para realizar várias coisas – para si e para outros – que ele pode desejar como ser humano responsável”.

Neste sentido, os direitos fundamentais de defesa (denominados também de direitos de liberdade) somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização⁹⁵.

Além disso, conforme Krell⁹⁶, é dever do Estado Social resolver os problemas trazidos pela pobreza e restituir um mínimo *status* de satisfação das necessidades pessoais de cada indivíduo. Dessa forma, havendo a possibilidade fática da cura de determinada doença, o “seu impedimento significa uma violência contra a pessoa doente que é diretamente prejudicada na sua vida e integridade. Dessa maneira, os direitos fundamentais de primeira geração foram tomados como fonte de direitos subjetivos a prestações positivas do Estado”.

⁹³ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 47.

⁹⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 261.

⁹⁵ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 47.

⁹⁶ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 60.

No mesmo sentido entende Barreto⁹⁷, quando explica:

No Estado Democrático de Direito contemporâneo, os direitos fundamentais básicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, pois os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem as condições materiais mínimas necessárias para a sua realização. Por exemplo, se o poder estatal deixa de desenvolver esforços para atender à população mais carente, que não tem recursos para pagar um plano privado de saúde, essas pessoas acabam sendo ameaçadas no seu direito à vida e à integridade física. Os direitos sociais, no quadro jurídico-político atual, concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem, junto com as liberdades civis e políticas, o acesso a essa dimensão de maior liberdade.

Assim, como os direitos sociais, inclusive a saúde, têm seu fundamento na igualdade e na liberdade, acabam também encontrando fundamento ético na exigência de justiça “na medida em que são essenciais para a promoção da dignidade da pessoa humana, e indispensáveis para a consolidação do Estado Democrático de Direito”⁹⁸.

Desse modo, somente pode-se concluir pela impossibilidade da restrição na prestação de medicamentos de que a população necessitar, mediante listas de medicamentos. Isso não significa que essas listas não possam existir para que os fármacos nelas constantes estejam sempre imediatamente disponíveis aos doentes. No entanto, no que se refere a medicamentos que não integram as “listas do SUS”, bastaria um pedido administrativo para que fossem fornecidos.

⁹⁷ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 130.

⁹⁸ BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 130.

Além disso, tendo a Constituição da República assegurado a integralidade e universalidade do direito à saúde, parece que não poderia o legislador restringir tal direito, sob pena de inconstitucionalidade. Há quem entenda, por este motivo, que o rol de medicamentos apresentados pelo SUS é apenas exemplificativo⁹⁹.

Para Oliveira¹⁰⁰, a obrigação estatal no fornecimento de medicamento decorre da obrigação de assistência em saúde do paciente, garantindo a prorrogação da vida com qualidade. Além disso, seria responsabilidade do Poder Público inclusive a prestação de medicamento de alto custo e aqueles medicamentos não incluídos nos programas do Ministério da Saúde, não sendo lícita a conduta de limitar a assistência a hipóteses previamente determinadas. Argumenta ainda que “surgindo nova necessidade de salvar a espécie, claro está que o Estado tem o dever de atualizar seus programas assistenciais, para inclusão de novo atendimento que se mostre relevante e necessário”.

Qualquer procedimento muito distante deste e que limite o fornecimento de medicamento só pode ser considerado como garantidor da desigualdade e da injustiça, pois acaba por diferenciar aqueles que são iguais. São doentes e não têm opção de possuírem esta ou aquela doença. São por elas acometidos involuntariamente e possuem seu direito à saúde que deve garantir seu tratamento pelo Estado.

CONCLUSÃO

Este estudo teve por objeto a análise do fornecimento do medicamento para doença rara como integrante do direito à saúde e o dever de ser prestado pelo Estado. Para isso, analisou-se, primeiramente, a fundamentalidade do direito social à saúde. Ser um direito fundamental significa que a saúde é direito posto em grau elevado (supralegal) no ordenamento jurídico brasileiro, submetendo-se aos limites de reforma constitucional e possuindo imediata aplicabilidade. Além disso, o direito à saúde é pressuposto à manutenção da vida com dignidade e para garantir as condições para o exercício de outros direitos, viabilizando o desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade.

⁹⁹ DAVID, Tiago Bitencourt. A eficácia e a efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio do dever de eficiência. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, PUCRS, 2008. p. 38.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito à saúde: garantia e proteção pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 3, p. 51-52, nov. 2001.

Por se tratar de um direito social, a saúde possui, predominantemente, uma dimensão positiva (prestacional), que impõe ao Estado um dever de agir para a garantia da saúde da população. Esse dever abrange tanto o fornecimento de bens e serviços quanto a organização de instituições e procedimento de proteção e prestação da saúde. O direito à saúde, além de sua dimensão coletiva, é também direito individual, podendo, desta forma, ser deduzido individualmente em juízo.

No Brasil, a doença rara é definida como aquela que afeta pequeno número de pessoas em comparação com a população em geral. Alguns destes fármacos para doenças raras encontram-se nas “listas do SUS”, outros não. No entanto, o Estado deve promover o acesso ao medicamento, inclusive àqueles que não se encontram em quaisquer das listas. Isso porque a própria Constituição Federal prevê a integralidade, a universalidade e a igualdade de acesso aos serviços públicos de saúde, o que inclui a prestação de medicamentos, ainda mais quando se trata de doenças raras que, normalmente, são graves e podem acarretar a morte do paciente.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. In: BLIACHERIENE, Ana Clara; SANTOS, José Sebastião dos. *Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial*. São Paulo: Atlas, 2010.

BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BLIACHERIENE, Ana Clara et al. Acesso aos bens de saúde do SUS pela via judicial. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, a. 13, n. 70, nov./dez. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [s.d.].

CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos*. São Paulo: Atlas, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*. São Paulo: Verbatim, 2010.

DAVID, Tiago Bitencourt. A eficácia e a efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do princípio do dever de eficiência. Dissertação de Mestrado. PUCRS. Porto Alegre, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FUCHS, Mariane Kliemann. Igualdade ou indiferença? Qual o melhor caminho na busca pela dignidade? Dissertação de Mestrado. PUCRS, 2008.

HESTERMEYER, Holder. *Access to medication as a human right*. Disponível em: <http://www.mpil.de/shared/data/pdf/pdfmpunyb/hestermeyer_8.pdf>. Acesso em: 02 maio 2012.

KATARIA, Mahesh Kumar; GARG, Meena; Anand, Vikas; BILANDI, Ajay; KUKKAR, Vipin; BHANDARI, Anil. An insight on regulations governing orphan diseases and drugs. In: *Research Journal of Pharmaceutical Biological and Chemical Sciences*, v. 2, jul./set. 2011.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, t. 6, 2006.

LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O direito à saúde e sua efetividade: o debate democrático perante o Supremo Tribunal Federal. In: *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, a. 12, n. 64, nov./dez. 2010.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MATTOS, Karina Denari Gomes de; SOUZA, Gelson Amaro de. Ativismo judicial e direito à saúde: uma análise da tutela jurisdicional nas ações de medicamentos. In: *Direito Público*, Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 37, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito à saúde: garantia e proteção pelo Poder Judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 3, nov. 2001.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Políticas públicas e a construção do conteúdo material do direito à saúde: desafio à Administração Pública brasileira. *A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, a. 3, n. 11, jan./mar. 2003.

RUARO, Regina. Un breve debate acerca de la efectividad del derecho social a la salud y el procedimiento quirúrgico de transgenitalización. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; SARLET, Ingo Wolfgang. *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre: HS, a. 4, n. 10, jan./mar. 2007.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Sílvia Helena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*. São Paulo: Instituto da Saúde, 2009.

_____; MOLINARO, Carlos Alberto. *Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e efetividade do direito à saúde no Judiciário brasileiro – Observatório do direito à saúde*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação de uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, nov. 2010. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/630/63015154015.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2012.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA, Mônica Vinhas de; KRUG, Bárbara Corrêa; PICON, Paulo Dornelles; SCHWARTZ, Ida Vanessa Doederlein. Medicamentos de alto custo para doenças raras no Brasil: o exemplo das doenças lisossômicas. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 15, n. 3, nov. 2010. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/pdf/630/63015154015.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2012.

STOLK, Pieter; WILLEMEN, Marjolein J. C.; LEUFKENS, Hubert G. N. “Rare essentials”: drugs for rare as essencial medicines. In: *Bulletin of the World Health Organization*, n. 84, 2006.

VELA, Rafaela Barranco. El Estatuto Jurídico de los medicamentos huérfanos em la Unión Europea: el derecho de la salud de los pacientes com enfermedades raras. In: VELA, Rafael Barranco; SÁENZ, Francisco Miguel Bombillar (Org.). *El acceso al medicamento: retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho de la salud*. Granada: Editorial Comares, 2010.

OS LIMITES SEMÂNTICOS E SUA IMPORTÂNCIA NA E PARA A DEMOCRACIA

WHY DO WE NEED SEMANTIC LIMITATIONS TO PROTECT DEMOCRACY

Lenio Luiz Streck¹

Professor Titular da Unisinos e Unesa

RESUMO: este artigo demonstra que o Direito brasileiro vem sofrendo os influxos de seus predadores exógenos (política, moral e economia) através do desrespeito com os limites semânticos dos textos jurídicos, levando-nos a um estado de protagonismo judicial e representando uma crise de baixa constitucionalidade. Desse modo, é necessário apontar para a Constituição não como um documento meramente político que conteria um finalismo político-social do qual o Direito seria um instrumento. Em contrapartida, o Direito também não pode significar aquilo que os tribunais dizem que é, sob pena de correr-se o risco de suprimir a democracia por se apostar em um governo de juízes.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; constitucionalismo; jurisdição constitucional.

ABSTRACT: *The paper demonstrates that the Brazilian law has been suffering pressure from their outsider predators (as politics, individual moral and economy) through the disrespect with semantic limits of the law texts, taking us to a judicial role and representing a crisis of low constitutionality. Thus seeks to demonstrate that the Constitution is not merely a political document that would contain a political-social finality which the law would be an instrument. However, the law can't mean what the courts say it is, otherwise run the risk of suppressing democracy because they bet on a government of judges.*

KEYWORDS: *Democracy; constitutionalism; judicial review.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Em busca do sistema acusatório: o exemplo

¹ Doutor e Pós-Doutor em Direito (UFSC e FDUL), Coordenador do Dasein-Núcleo de Estudos Hermenêuticos da Unisinos, Presidente de Honra do IHJ - Instituto de Hermenêutica Jurídica, Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Ex-Procurador de Justiça/RS, Advogado.

privilegiado do artigo 212 do CPP; 2 Limites semânticos e democracia: uma imbricação necessária; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Seeking the accusatory system: the privileged example of the 212 CPP article; 2 Semantic limits and democracy: a necessary imbrication; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

No princípio era o verbo... No entanto, em *terrae brasillis*, nem mais a “palavra” tem sido poupada. Os juristas ainda não conseguiram alcançar o patamar da viragem linguístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica, e não ontológica (no sentido da fenomenologia hermenêutica).

A revolução copernicana provocada pela viragem linguístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o *locus* da problemática relacionada à “fundamentação” do processo compreensivo-interpretativo do “procedimento” para o “modo de ser”, para a facticidade. Portanto, em um contexto de constitucionalismo pós-guerra, não extrapolar os limites semânticos do texto é condição de possibilidade para a existência do próprio Estado Democrático de Direito.

Ainda nesse sentido, vale dizer que respeitar os limites semânticos do texto constitucional significa combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc., que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo². Ou seja, o respeito ao texto quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída, no interior da qual há uma discussão no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade.

Desde há muito tempo sustento que *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa* ou ainda *qualquer coisa que a consciência nos impõe*. Com

² Esta é a preocupação fulcral da teoria da decisão desenvolvida no âmbito do Dasein - Núcleo de Estudos Hermenêuticos junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Unisinos/RS, Capes 6). Há, nesse sentido, vários textos tratando da matéria, publicados no Brasil e no exterior. As teses aqui expostas pertencem, portanto, ao núcleo (*holding*) que compõe a crítica hermenêutica do Direito, que pode ser também vista em: STRECK, L. L. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Ver, também, nota n. 8, na sequência.

Friedrich Müller, verifica-se que o teor literal da norma apresenta-se como algo imprescindível para o Estado de Direito, especialmente diante do cenário jurídico atual, isto é, o texto normativo determinará os extremos de possíveis variantes de significado, assegurando, pois, os limites necessários ao intérprete³. Pode-se dizer, assim, que o programa da norma será o caminho para se evitar a discricionariedade, haja vista que, se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o *linguistic turn* exige que, no interior da própria linguagem, seja feito o necessário controle hermenêutico. Deve-se, pois, levar o texto a sério⁴, uma vez que tal circunstância coaduna-se perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do Direito.

De todo modo, mesmo hoje, em plena era da tão festejada invasão da filosofia pela linguagem, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Assim, na verdade, em muitos casos, há uma mixagem teórica entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” são buscadas com todo o vigor; em outras, procura-se pela “vontade do legislador”; e finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, põe-se no topo a “vontade do próprio intérprete”, colocando-se, em segundo plano, os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar até mesmo a Constituição. O resultado disso é que aquilo que começa com uma subjetividade “criadora” de sentidos acaba em “decisionismos” e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um “mundo jurídico” em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém.

Muito mais do que um problema de teoria do direito, esta possibilidade de livre disposição dos sentidos jurídicos manifesta-se, ao fim e ao cabo, como um problema democrático. Se existe uma liberdade para colar significações nas palavras da lei a ponto de subvertê-las, temos uma afronta à democracia, pois nesta presume-se que o Direito seja resultado de uma construção coletiva,

³ Müller, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

⁴ Neste sentido, vale lembrar as palavras de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em: *Dogmática crítica e limites linguísticos da lei*. In: Coutinho, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229): “As palavras da lei, porém, não são desprovidas de um valor que já antes se aceitava, razão por que foram utilizadas – em detrimento de outras –, sempre na doce ilusão de terem a capacidade de segurar o sentido. Nada seguram, todavia, como demonstram os infundáveis exemplos. Há, sem embargo, um conteúdo na lei, que não se pode ignorar”.

intersubjetiva, e não o produto da consciência individual ou de um colegiado. A legitimidade jurídica num ambiente democrático requer outra justificação, que inclui, sobretudo, o respeito aos limites semânticos dos textos constitucionais/legais.

Nesta trilha, este artigo abordará a perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) sobre os limites semânticos e a sua importância na democracia. Para tanto, o texto é dividido em duas partes. Na primeira, demonstrando o estado da arte daquilo que criticamos, faremos uma discussão a partir da compreensão jurisprudencial e de parcela da doutrina a respeito do art. 212 do Código de Processo Penal. Na segunda, trataremos do tema central e que intitula este trabalho, no intuito de demonstrar que pensar em limites semânticos no/direito na contemporaneidade não é um retorno ao positivismo jurídico primevo ou a um objetivismo interpretativo; ao contrário, é uma exigência da democracia.

1 EM BUSCA DO SISTEMA ACUSATÓRIO: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DO ARTIGO 212 DO CPP

Por certo, a principal preocupação da teoria do direito deve ser o controle da interpretação e seus desdobramentos com relação aos limites semânticos do texto, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação. Vejamos como fica essa questão a partir de um exemplo paradigmático.

Com efeito, parece não haver dúvida de que um juiz imparcial e um Promotor de Justiça independente são os requisitos indispensáveis à implantação de um sistema processual-penal democrático. O corolário disto deveria ser a plena aplicação do princípio acusatório, sepultando-se, de uma vez por todas, o sistema inquisitorial que caracteriza(va) o Código de Processo Penal, de 1941, ainda assentado no mito da verdade real (que, na verdade, sempre mascara a busca pela condenação do réu). Frise-se, de todo modo, que tanto o “sistema” inquisitório como o “sistema” instrumentalista (do campo processual civil) têm, no protagonismo judicial e na discricionariedade, o seu “elo”, isto é, o seu DNA. Com isso, a discussão relacionada ao art. 212 do CPP possui um elevado grau de transcendência.

Para ficar dentro do exemplo, é preciso compreender que o sistema acusatório constitui uma conquista do Estado Democrático de Direito. Tal sistema – fundado, na verdade, em um princípio (acusatório) – revoga (ou deveria revogar!) o serôdio sistema inquisitório, de triste memória histórica. Ora,

ao juiz cabe julgar; ao promotor cabe deduzir a pretensão acusatória, investigar e produzir provas, detendo, para tanto, parcela da soberania estatal (nesse sentido, diferencia-se do advogado, porque não está vinculado à pretensão acusatória); ao advogado, cabe efetuar a defesa e garantir os direitos do réu; ao legislador, cabe produzir legislação adequada ao sistema jurídico.

Todavia, essa compreensão do processo penal pressupõe a superação de um vício estrutural que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: o Código de Processo Penal, desde sua gênese, especialmente no que diz respeito à produção da prova, é refém do paradigma inquisitivo e, via reflexa, do paradigma da filosofia da consciência.

Neste contexto, então, discutir o “sistema acusatório” significa falar de paradigmas. Mais do que isso, implica tratar de rupturas paradigmáticas, tanto no âmbito do Direito quanto no campo da filosofia.

Isto porque é preciso entender que o “sistema inquisitório” está ligado umbilicalmente ao paradigma da subjetividade. No sistema inquisitório, o sujeito é “senhor dos sentidos”. Ele “assujeita” as coisas. Isto se evidencia, por exemplo, tanto na produção da prova *ex officio*, quanto na clássica noção de “livre convencimento do juiz” ou “livre apreciação da prova”.

De outra banda, entretanto, pode-se afirmar que o sistema acusatório é o modo pelo qual a aplicação igualitária do direito penal penetra no direito processual penal. É o modo pelo qual se garante que não existe um “dono da prova”; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado trata de modo igualitário da aplicação da lei.

Tudo isso para dizer que um processo penal democrático depende de uma ampla intersubjetividade; depende da perspectiva acusatória, e não inquisitória; depende do respeito ao contraditório⁵, tudo a partir de uma fundamentação/justificação detalhada no nível daquilo que venho denominando de *accountability* processual, em oposição ao crescente – e preocupante – “ativismo judicial”.

Não obstante, é surpreendente que, em face do “novo” art. 212 do CPP, as práticas judiciárias continuam sendo as mesmas de antes da alteração que deveria produzir. Explicando: a Lei nº 11.690/2008 introduziu no art. 212 do CPP importante inovação que pode(ria) colocar o processo penal brasileiro nos trilhos de um sistema acusatório – o que, aliás, é um princípio (no sentido

⁵ Cf. NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

hermenêutico da palavra) que (re)compõe nossa história institucional desde 1988, com a promulgação da Constituição. Todavia, a velha tradição inautêntica do senso comum teórico dos juristas insiste em permanecer refratária a essa medida, insistindo no modelo presidencial-inquisitório de condução do interrogatório do acusado. Neste caso, a questão toma ares de dramaticidade, uma vez que, dessa vez, a alteração não se deu pela via do direito constitucional, mas, sim, incluída pelo legislador ordinário. Dito de outro modo, doutrina e jurisprudência estão operando no sentido contrário do apontado pela própria legislação.

Veja-se, nesse sentido, o julgamento proferido pela Sexta Turma do STJ no HC 121215/DF, DJ 22.02.2010, que referendou, por maioria de votos, as posições exaradas por Guilherme Nucci, *in verbis*:

Tal inovação [do art. 212 do CPP], entretanto, não altera o sistema inicial de inquirição, vale dizer, quem começa a ouvir a testemunha é o juiz, como de praxe e agindo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nada se alterou nesse sentido. [...] Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição sempre iniciado pelo Magistrado.⁶

No mesmo acórdão e no mesmo sentido, é citada doutrina de Luís Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, que “alertam” para o fato de que:

A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece se exatamente assim. [...] Melhor que fiquemos com a fórmula tradicional, arraigada na “praxis” forense, pela qual o juiz dá início às suas indagações para, depois, facultar às partes a possibilidade de, também, inquirirem a testemunha,

⁶ Cf. Nucci, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 479-480 (grifos nossos).

desta feita diretamente, sem a necessidade de passar, antes pelo filtro judicial.⁷

Onde reside a perplexidade? Vejamos: o art. 212, alterado em 2008, passou a conter a determinação de que “as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. No parágrafo único, fica claro que, “sobre pontos não esclarecidos, é lícito ao Magistrado complementar a inquirição”. Consequentemente, parece evidente que, respeitados os limites semânticos do que quer dizer cada expressão jurídica posta pelo legislador, houve uma alteração substancial no modo de produção da prova testemunhal. Repito: isso até nem decorre somente do “texto em si”, mas de toda a história institucional que o envolve, marcada pela opção do constituinte pelo modelo acusatório. Por isso, é extremamente preocupante que setores da comunidade jurídica de *terrae brasilis*, por vezes tão arraigados aos textos legais, neste caso específico, ignorem até mesmo a semanticidade mínima que sustenta a alteração. Daí a minha indagação: em nome de que e com base em que é possível ignorar ou “passar por cima” de uma inovação legislativa aprovada democraticamente? É possível fazer isso sem lançar mão da jurisdição constitucional?

Parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido, em palestras e seminários, que “hoje possuímos dois tipos de juízes”: aquele que se “apega” à letra fria (*sic*) da lei (e este deve “desaparecer”, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os “princípios” (esse é o juiz que traduziria os “valores” – *sic* – da sociedade, que estariam “por baixo” da “letra fria da lei”). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a “letra da lei” é dar mostras de positivismo? Mas o que é ser um positivista?

Examinando o art. 212 do CPP, chega-se à conclusão de que se está diante simplesmente do dever – inerente ao Estado Democrático de Direito – de cumprir a lei (constitucional), pois este, como se sabe, é um dos preços impostos pelo direito e, sobretudo, pela democracia! E, permito-me insistir: por vezes, cumprir

⁷ Cf. GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302 (grifos nossos).

a “letra da lei” é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. O texto jurídico tem de ser levado a sério. Por isso, não é possível concordar com as considerações de Nucci e Gomes sobre a “desconsideração” da alteração introduzida pelo legislador democrático no art. 212 do CPP. Causa espanto que Gomes faça uma ode à tradição (ultrapassada) que coloca a produção da prova a cargo do presidencialismo judicial.

É importante salientar que a “literalidade” do art. 212 do CPP da qual estamos falando, hoje, é uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito. Trata-se de uma legalidade que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir da revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra).

Assim, deve haver um cuidado com o manejo da teoria do direito e da hermenêutica jurídica. Olhando para a decisão do Superior Tribunal de Justiça antes referida, é de se pensar em que momento o direito legislado deve ser obedecido e quais as razões pelas quais fica tão fácil afastar até mesmo – quando interessa – a assim denominada “literalidade da lei”, mormente quando isso é feito com base em métodos de interpretação elaborados por Savigny ainda no século XIX e para o direito privado.

Neste caso, o Poder Judiciário estará se sobrepondo à legislação produzida de acordo com a democracia representativa. Não parece que a nova redação do art. 212 do CPP seja inconstitucional. Logo, se não for inconstitucional ou não estiver em antinomia com outro dispositivo que o afaste, parece razoável que se possa não apenas “requerer”, mas, sim, “exigir” que o Judiciário aplique a lei processual, uma vez que o cidadão tem um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição. Como se viu, é necessário compreender os limites e os compromissos hermenêuticos que exsurgem do paradigma do Estado Democrático de Direito.

2 LIMITES SEMÂNTICOS E DEMOCRACIA: UMA IMBRICAÇÃO NECESSÁRIA

A partir da Constituição de 1988, tivemos a necessidade de buscar novos modos de análise: no mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria interpretativa e, fundamentalmente, uma teoria da

decisão. Todavia, de que modo pode(ría)mos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica está (estava) assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado francês e alemão), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões, tampouco as discussões hodiernas sobre direitos humanos. Do mesmo modo, não há (havia) uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.

No intento de desenvolver uma teoria jurídica apropriada a essa nova realidade, temos pensado, ao longo das últimas décadas, a Crítica Hermenêutica do Direito⁸ (CHD). Uma de nossas maiores preocupações é que a decisão jurídica esteja em consonância com as exigências democráticas e constitucionais, donde radica sua legitimidade. Neste horizonte, a resposta jurídica apresenta-se como uma decisão, que pressupõe responsabilidade política, e não como uma (livre) escolha de sentidos a serem acoplados nas palavras da lei. Deste modo, há uma necessária imbricação entre os limites semânticos e a democracia.

Os cidadãos, ao procurarem o Judiciário, acreditam que suas causas serão apreciadas e julgadas à luz do Direito previamente estabelecido. Ou seja, não é um direito criado *ex post facto*, mas aquele que tem raízes na história institucional de sua comunidade. Não estamos a dizer que (pre)existe um direito já pronto para ser aplicado; é que existe uma tradição, uma narrativa que precisa ser reconstruída e que esta tarefa possui lindes e parâmetros.

Nesse sentido, afirmamos que há um direito fundamental de obter uma resposta adequada à Constituição, que não é a única e nem a melhor. Cada juiz tem suas convicções pessoais e sua ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação

⁸ Em síntese, a *Crítica Hermenêutica do Direito* (CDH) apresenta-se com uma matriz teórica de análise do fenômeno jurídico. Fundamentalmente, move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), em que a linguagem não é simplesmente objeto, e sim horizonte aberto e estruturado, e a interpretação faz surgir o sentido. Juntamente com esses pressupostos incorporaram-se aportes da teoria jurídica de Ronald Dworkin. Isto é explicitado, amiúde, em obras como *Hermenêutica jurídica e(m) crise, Verdade e consenso, Jurisdição constitucional e decisão jurídica* e *Lições de crítica hermenêutica do direito*. A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito - CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Trata-se de fazer desleitura, retirando as camadas de sentido que cobrem os fenômenos. Com a CHD, revolve-se o chão linguístico em que está assentada a tradição (determinado fenômeno), reconstruindo a sua história institucional. Cf. Streck, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

que demonstre que a sentença se deu por argumentos de princípio (no sentido dworkiniano), e não de política, de moral ou outro qualquer.

A institucionalização da moral no direito, a partir do direito gerado democraticamente (Constituições compromissório-sociais), mostra a especificidade do Estado Democrático de Direito. O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de “vida boa” deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo.

Com desideratos semelhantes, em Habermas o direito – a Constituição – garante abertura para que a justiça social venha a ser construída ao longo do tempo – daí a ênfase em uma democracia procedimental; na hermenêutica – na leitura feita no espaço destas reflexões –, a aplicação da Constituição representa a concretização do conteúdo substancial e dirigente do texto; a hermenêutica não prescinde do procedimento, mas aposta na realização dos direitos substantivos, que tem caráter cogente, decorrendo, assim, uma maior valorização da jurisdição constitucional.

Afastando-se do relativismo, a CHD entende ser possível dizer, sim, que uma interpretação é correta e a outra é incorreta (ou, adequada ou inadequada em relação à Constituição). Movemo-nos no mundo exatamente porque podemos fazer afirmações dessa ordem. E disso nem nos damos conta. Ou seja, na compreensão, os conceitos interpretativos não resultam temáticos enquanto tais, como bem lembra Gadamer; ao contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás daquilo que eles fizeram falar/aparecer na/e pela interpretação. Aquilo que as teorias da argumentação ou qualquer outra concepção teórico-filosófica (ainda) chamam de “raciocínio subsuntivo” ou “raciocínio dedutivo” nada mais é do que esse “paradoxo hermenêutico”, que se dá exatamente porque a compreensão é um existencial (ou seja, por ele eu não me pergunto por que compreendi, pela simples razão de que já compreendi, o que faz com que minha pergunta sempre chegue tarde).

Ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender. Na verdade, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, para usar as palavras de Gadamer. Essa explicitação não prescinde de uma estruturação no plano argumentativo (é o que se pode denominar de o “como apofântico”). A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando

tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Mutatis, mutandis, trata-se de justificar a decisão (decisão no sentido de que todo ato aplicativo – e sempre aplicamos – é uma decisão). Toda a interpretação começa com um texto, até porque, como diz Gadamer, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo. O sentido exsurgirá de acordo com as possibilidades do intérprete em dizê-lo, de onde pré-juízos inautênticos acarretarão graves prejuízos hermenêuticos.

Assim, quando falamos de limites semânticos, não estamos num paradigma linguístico que acredita que as palavras guardam sentidos em si mesmo e/ou que espelham a essência das coisas, cabendo a nós apenas uma reprodução. Tampouco comungamos com um argumento cético, que negaria qualquer possibilidade de conhecimento, tornando o direito um mero exercício retórico de convencimento. Diferentemente disto, somos seres lançados num mundo de significações, num contexto intersubjetivo em que os sentidos se dão dialogicamente numa fusão de horizontes.

Junto com essa advertência, soma-se também o fato de que a CHD é uma teoria jurídica, com isto pensa a interpretação dentro das especificidades do Direito. Dito de outro modo, apesar das diversas interseções e interfaces do direito com as artes, sobretudo com a literatura, o jurídico não se confunde com elas. Enquanto que, numa obra literária ou numa poesia, as possibilidades interpretativas são mais abertas, e já são escritos muitas vezes com este intento, o texto jurídico procura transitar num espaço mais limitado. E isto é necessário, pois estamos falando dos direitos das pessoas, que não podem/devem estar à disposição de arbitrariedades. Se no texto poético o sim pode significar o não e o homem pode ser a mulher, no direito o sim continua sendo sim, e o não continua sendo não, e homem e mulher continuam sendo seres biologicamente distintos.

Por isso, entendemos que se o art. 212 do CPP diz que “as perguntas serão formuladas pelas partes, diretamente à testemunha [...]”, não mais cabe ao juiz presidir inquisitorialmente a produção de provas. No mesmo sentido, se a Constituição afirma que a união estável é entre homem e mulher, não cabem aqui uniões homoafetivas. É o ônus da democracia.

Ademais, a velha história de que “cumprir a letra ‘fria’ da lei é assumir uma postura positivista” deve ser vista como passado. Afinal, o que seria essa “letra fria da lei”? Haveria um sentido em si-mesmo da lei? Na verdade, há

uma confusão de conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem. Tentarei explicar isso melhor: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-Revolução Francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor”. Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está (estava) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deontológicas de validade das “normas jurídicas”.

Não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta “superação” da literalidade do texto legal e sob o argumento do “exegetismo”. É necessário insistir que a literalidade e a ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a enunciação tem sua origem. Esse é o problema hermenêutico que deve ser enfrentado. Problema esse que, argumentos ilusórios como o mencionado, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático.

Portanto, não devemos confundir “alhos” com “bugalhos”. Obedecer “à risca o texto da lei” democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a “exegese” à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária.

Portanto, como já dito anteriormente, “cumprir a letra [*sic*] da lei” significa, sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso se deve agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que “texto e norma estão descolados” (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas etc.). Para ser mais simples: Kelsen, Hart e

Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites semânticos do Direito são uma exigência da democracia. Os sentidos jurídicos não podem estar à disposição do intérprete/juiz, pois, ao final, os direitos das pessoas também estarão disponíveis a esse alvedrio, situação que regimes democráticos procuram suplantar.

Aplicar um comando legal não é ser positivista; é, sim, respeitar as balizas democraticamente instituídas do que venha a ser o direito em nossa comunidade. Já não estamos no século XIX. Naquele positivismo, a literalidade era uma questão política para sustentar o produto “sagrado” do legislador, independentemente de qualquer valoração. No paradigma do Estado Democrático de Direito já não pensamos assim. A força normativa da Constituição transforma-se em um trunfo. Afinal, a Constituição foi transformada em norma jurídica vinculante. Na democracia, não há como tergiversar sobre isto. Tanto é assim que um juiz ou um Tribunal somente pode deixar de aplicar uma lei nas seguintes circunstâncias:

- a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias (nesse caso, entretanto, há de se ter cuidado com a questão constitucional, pois, *v.g.*, a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes);
- c) quando aplicar a *interpretação conforme a Constituição* (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição (neste caso, o texto de lei – entendido na sua “literalidade” – permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado a Constituição);
- d) quando aplicar a *nulidade parcial sem redução de texto* (*Teilnichtigerkklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo

- sem que se produza alteração expressa do texto legal (observe-se, aqui, que, enquanto na interpretação conforme há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma *abdução* de sentido);
- e) quando for o caso de *declaração de inconstitucionalidade com redução de texto*, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo;
- f) quando uma regra contrariar um princípio, caso em que o princípio se sobrepõe à regra.⁹

Assim, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, entendemos que a jurisdição é uma tarefa de decisão, e não de escolha. Enquanto as escolhas estão relacionadas às preferências particulares, de modo que a alternativa escolhida não deve justificativa a terceiros, a decisão jurídica assume uma dimensão pública, em que a sentença não pode vir do *sentire*, mas de uma resposta constitucionalmente adequada. Evidente que esta não é um ato subsuntivo; todavia, tampouco é um ato arbitrário. Do mesmo modo que o juiz não é escravo da lei, também não pode ser seu dono. Não afirmamos que o juiz é neutro. Ao revés, em Gadamer já entendemos que estamos inseridos numa tradição, em pré-conceitos, que nos possibilitam acesso ao mundo. O que sustentamos em nossos escritos¹⁰ sobre teoria da decisão é que a subjetividade do juiz deve ser estrangida epistemologicamente (quer dizer, controlada) pela intersubjetividade. Se isto não acontecer e cada um fizer as escolhas que entendem as melhores, haverá, conseqüentemente, uma fragmentação do fenômeno jurídico.

O direito dentro de um ambiente democrático possui limites que precisam ser respeitados. Mesmo quando nossos sentimentos pessoais tendem a pensar numa direção (escolha), a apreciação judicial deve guiar-se pelos caminhos juridicamente possíveis dentro de uma história institucional e das lindes semânticas dos textos jurídicos (decisão). Deve o juiz conseguir suspender seus pré-juízos. Ele pode odiar ou amar algo. Mas, na hora da decisão, isto deve ficar suspenso (numa *epoché*). Isso se chama de responsabilidade política. Este é um ônus da democracia.

⁹ Ver, para tanto, Streck, L. L. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Em especial o capítulo 6.

¹⁰ Entre estes, destacamos as seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; Streck, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014; Streck, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

REFERÊNCIAS

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Dogmática crítica e limites linguísticos da lei. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Luís Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Lições de crítica hermenêutica de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ASPECTOS MÉDICOS, BIOÉTICOS E JURÍDICOS DO USO DE MATERIAL GENÉTICO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* A PARTIR DE UM ESTUDO CASUÍSTICO¹

CASE STUDY: MEDICAL, BIOETHICS AND LEGAL ASPECTS CONCERNING THE USE OF GENETIC MATERIAL IN HUMAN ASSISTED REPRODUCTION IN POST MORTEM SITUATIONS

Leonardo Stoll de Moraes²

Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* com área de concentração em Direitos Humanos e Direitos Fundamentais no Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter

Márcia Santana Fernandes³

Professora Adjunta do Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter

RESUMO: O problema ético e legal relativo à utilização da técnica de reprodução humana assistida (RHA) no Brasil diz respeito ao uso e à manipulação do material genético criopreservado. Esta questão recebeu maior destaque principalmente após a decisão judicial que viabilizou a RHA

com uso de material genético, coletado previamente e manipulado de forma *post mortem*. Este caso judicial possui fatos e circunstâncias que exigem uma contínua reflexão sobre os aspectos éticos e legais envolvidos. Desta forma, por meio do método qualitativo casuístico, elegeu-se o caso judicial para

-
- ¹ Os autores gostariam de agradecer aos pesquisadores: Bruna Genro, José Roberto Goldim, Juliana Trember, Laís Bianchin da Costa e Vinícius Ayub Dargél, membros do LAPEBEC/HCPA, pela revisão criteriosa e pelas sugestões para o aprimoramento da versão final do presente artigo.
 - ² Pesquisador do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Hospital de Clínicas de Porto Alegre – LAPEBEC/HCPA.
 - ³ Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Medicina: Ciências Médicas da UFRGS. Doutora em Direito pela UFRGS. Pró-Reitora de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão. Pesquisadora Associada do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência do Centro de Pesquisas do Hospital de Clínicas de Porto Alegre – LAPEBEC/HCPA.

estudo, tendo o presente artigo o objetivo de abordar os aspectos médicos, bioéticos e jurídicos da utilização do material genético em um procedimento de reprodução humana assistida *post mortem*, adotando como referencial teórico a bioética complexa.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução humana assistida *post mortem*; estudo de caso; direito; bioética.

ABSTRACT: *The ethical and legal issues concerning the use of the technique of assisted human reproduction (AHR) in Brazil with respect to the use and manipulation of genetic material cryopreserved. This issue has received greater prominence especially after the court ruling that allowed the RHA with the use of genetic material, previously collected and manipulated post mortem. This court case has facts and circumstances that require continuous reflection on the ethical and legal aspects involved. Thus, through the casuistry qualitative method, was elected this case for study, having this article the objective of addressing the medical, bioethical and legal aspects of the use of genetic material in a procedure of assisted human reproduction post mortem, using the framework of complex bioethics.*

KEYWORDS: *Assisted human reproduction post mortem; case study; law; bioethics.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O estudo casuístico – Banco de dados; 2 A bioética, a medicina e o direito na reprodução humana assistida *post mortem* a partir do estudo casuístico; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Case study – Database; 2 Case study: medical, bioethics and legal aspects concerning the use of genetic material in human assisted reproduction in post mortem situations; Final thoughts; References.*

INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida (RHA) permite, por meio de técnicas laboratoriais, a concepção, o armazenamento e o congelamento do material genético humano, podendo o mesmo ser transferido ao útero materno, inclusive em momento posterior a morte do depositante, por meio do procedimento de transferência dos embriões.

Em 14 de maio de 2010, o Poder Judiciário do Estado do Paraná decidiu o caso *Autora v. Clínica*, em primeiro grau no âmbito da Justiça Estadual de Curitiba, viabilizando a reprodução humana assistida (RHA) com uso de material genético, coletado previamente e utilizado de forma *post mortem*.

Este caso é paradigmático no Brasil, pois possui os seguintes elementos destacáveis: (1) uma *Clínica* que, por obrigação judicial, realizou o procedimento sem o consentimento expresso do *depositante*; (2) uma norma de caráter deontológico do Conselho Federal de Medicina – Resolução CFM nº 1.358/1992

- abordando a impossibilidade de realização desse procedimento; (3) um pedido de antecipação de tutela deferido que possibilitou a realização do procedimento de RHA e o nascimento do bebê no ano de 2011; (4) a coleta do material genético em vida; (4) a manipulação do material genético de forma *post mortem*, viabilizando a concepção do primeiro *bebê* brasileiro nessas condições; (5) um processo judicial com decisão já transitada em julgado.

O estudo do caso parte de um pensamento estruturado em técnicas de lógica jurídica, auxiliando na distinção, dedução e relação dele com outros casos. Esta análise permite, também, a construção de um *modelo jurídico ou prescritivo* com a identificação real de aspectos éticos, médicos e legais que envolvam o uso do material genético no procedimento de RHA.

É nesse contexto de construção do Direito que se justifica a necessidade de um estudo multidisciplinar sobre o tema, considerando que: (1) O Direito deve regular, estabelecer e dar previsibilidade às condutas lícitas relativas ao uso adequado das técnicas de reprodução, tudo isso a fim de resguardar a segurança jurídica das diferentes partes envolvidas no processo decisório; (2) A Medicina deve auxiliar o entendimento do aplicador da norma sobre os procedimentos técnicos adotados para realização da reprodução e na compreensão dos conceitos técnicos empregados; (3) A bioética, inerentemente interdisciplinar, permite a análise do problema de forma integrada e promove a reflexão sobre a adequação das ações envolvidas no caso.

O método adotado para o desenvolvimento do presente estudo, de abordagem qualitativa, é o estudo casuístico⁴. Opta-se por esse método, pois ele possibilita a investigação de um tópico empírico e permite a realização da pesquisa dentro de um contexto real, analisando-se intensamente uma unidade particular e conferindo, dessa forma, conexão entre as evidências e a confiabilidade às informações prestadas. Especificamente, o estudo casuístico é centrado no primeiro caso judicial envolvendo o tema. Para tanto, foram reunidos os seguintes materiais: cópias do Processo Judicial da Comarca de Curitiba nº 0027862-73.2010.8.16.001 (caso analisado), três resoluções do Conselho Federal

⁴ YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001. O autor estabeleceu a técnica para definir os estudos de caso. Ele acredita que eles não sejam “uma escolha metodológica, mas uma escolha do objeto a ser estudado por meio do método casuístico”. Além disso, o objeto deve ser algo “específico funcional” (como uma pessoa, uma sala de aula ou uma decisão institucional), mas não uma generalidade (como uma política, por ser este objeto muito amplo). Logo, cada estudo de entidades que se qualificam como objetos (p. ex., pessoas, organizações, países e instituições) seria um estudo de caso. Para se desenvolver o presente estudo utilizando o método casuístico foi necessário adequar o caso às regras prevista na obra de Robert K. Yin.

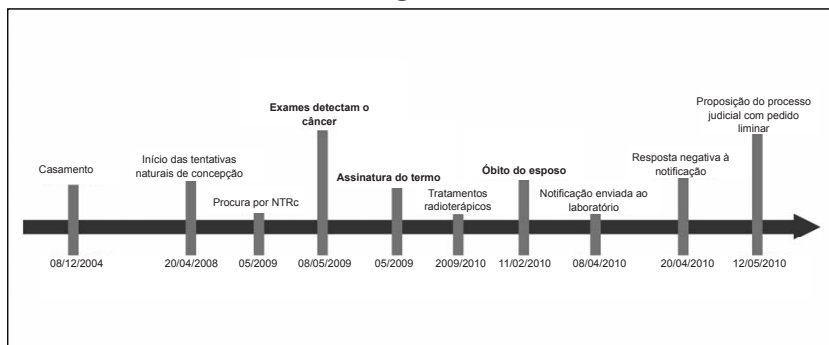
de Medicina, um parecer técnico da Comissão sobre Acesso e Uso do Genoma Humano (CGH) sobre as repercussões das técnicas de RHA e os 15 projetos de leis depositados no Congresso Nacional.

Na perspectiva do Modelo de Bioética Complexa (MBC), o presente artigo tem por objetivo realizar um estudo casuístico sobre o tema (Parte 1); para avaliar, em seguimento, (Parte 2) os aspectos médicos, bioéticos e jurídicos da reprodução humana assistida *post mortem*, possibilitando uma reflexão interdisciplinar sobre adequação ética e legal do uso de material genético no cenário normativo brasileiro.

1 O ESTUDO CASUÍSTICO - BANCO DE DADOS

O banco de dados visa a ilustrar, por meio de duas figuras (Figura 1 e Figura 2), os resultados da pesquisa documental e a instrumentalizar o estudo de caso. Procura-se, assim, nesse tópico, demonstrar de forma prática as evidências detectadas na análise do Processo Judicial nº 0027862-73.2010.8.16.001 que tramitou no Foro Central da Comarca de Curitiba/PR⁵.

Figura 1



Fonte: Brasil. Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Processo Judicial nº 0027862-73.2010.8.16.001.

⁵ BRASIL. Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Processo Judicial nº 0027862-73.2010.8.16.001. Por uma questão de direito de privacidade das partes envolvidas no caso, se utilizou as seguintes expressões: (1) Para participante feminina do processo de RHA = *autora da ação*; (2) Falecido ou *de cujus* = *depositante do material biológico*; (3) Ré do processo judicial = *clínica*; (4) O Magistrado no processo judicial analisado = *juiz*; (5) Criança gerada por meio de RHA *post mortem* = *bebê*. Todos os dados estão disponíveis nos autos do processo judicial (processo cadastrado como ação ordinária - obrigação de fazer -, não sendo hipótese de segredo justiça prevista no art. 155 do Código Processo Civil - Lei nº 5.869/1973).

Identificam-se, a partir dados da Figura 1, os *fatos* e as *circunstâncias* envolvidos no caso. A análise desses dois elementos permite a compreensão do problema.

Os *fatos* tornam os elementos da análise únicos e determinantes, sendo eles esses:

- (1) As partes envolvidas eram casadas e buscavam a concepção de um filho pelo método natural. Sem sucesso nas tentativas, procuraram assistência médica para resolução do problema. O médico indicou ao casal o auxílio das tecnologias de reprodução assistida. As técnicas indicadas para as partes foram somente aquelas relativas aos procedimentos empregados na fecundação ou fertilização *in vitro* e técnicas complementares.
- (2) A procura por tecnologias de reprodução assistida levou o casal a uma *clínica* . A partir da assistência de saúde reprodutiva prestada pela *clínica* , eles realizaram os exames de rotina, que detectaram a presença de melanoma (um tipo de câncer extremamente agressivo) em grau avançado no *depositante do material biológico* .
- (3) O *depositante do material biológico* recebeu a indicação do médico para congelar o seu material biológico previamente aos tratamentos radioterápicos, tendo em vista que poderia ficar estéril após o tratamento. Seguindo a indicação, procedeu a coleta e congelou o material na *clínica* , assinando um termo de responsabilidade para congelamento de sêmen.

As *circunstâncias* reais dão mais informações e qualidade sobre o caso e diminuem as ambiguidades, sendo elas:

- (1) Após a coleta do material genético, o *depositante* iniciou os tratamentos radioterápicos contra o câncer. A segunda fase do tratamento não surtiu efeitos, o quadro clínico do *depositante* se agravou, vindo a óbito em 11 de fevereiro de 2010. Entre a descoberta da doença e todos os tratamentos passaram-se 12 meses.
- (2) Diante do óbito, a *autora* dirigiu-se à *clínica* e solicitou que fosse realizada a RHA. A *clínica* negou-se a realizar o procedimento com a justificativa de que não havia consentimento expresso do *depositante* para um procedimento de RHA *post mortem* .

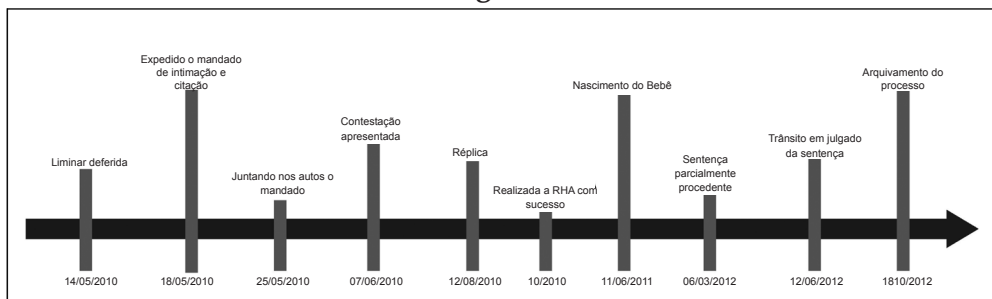
(3) Em face da negativa da *clínica*, a *autora* ajuizou uma ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela contra a *clínica*. O processo foi distribuído em 12 de maio de 2010, e na mesma data remetido à conclusão ao *juiz*.

Conclui-se, com a análise da Figura 1, que os *fatos* determinantes para a análise do problema são: (A) a existência de material genético, coletado em vida; (B) a manipulação deste material após a morte do *depositante* . As *circunstâncias* elementares são, portanto, divididas em duas: (A) a morte do *depositante* ; e (B) a inexistência de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido com a destinação do material genético em caso de óbito do *depositante* .

Em virtude dos fatos e das circunstâncias, o problema central do caso reside em saber se o material genético, coletado previamente, poderia ser utilizado pela *autora* do processo judicial de forma *post mortem* em um procedimento de RHA.

Na Figura 2, verifica-se, por meio da coleta de dados, as evidências presentes no caso e qual a decisão tomada para solução do conflito.

Figura 2



Fonte: Brasil. Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Processo Judicial nº 0027862-73.2010.8.16.001.

As evidências presentes no caso demonstram como foi o histórico da demanda dentro do sistema judiciário, sendo elas:

- (1) O *juiz* deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando que a *clínica* realizasse o procedimento de RHA com o material genético armazenado pelo *depositante*.
- (2) O deferimento do pedido liminar viabilizou a realização do procedimento de RHA, e o *bebê* nasceu em 11 de junho de 2011, cerca de treze meses após a concessão do pedido e um ano antes da sentença

ser proferida.

- (3) Após a citação, a *clínica* apresentou contestação, alegando que nunca houve negativa de realização da reprodução assistida, que todas as suas atividades estão limitadas à regulamentação do Direito, destacando que somente se opôs ao pedido da *autora*, tendo em vista a omissão do *depositante* sobre o destino do material genético após a morte. Referiu que o suprimento da omissão de vontade deveria ser judicial, sustentando que não estaria contratualmente obrigada a realizar o procedimento. Por fim, disse que somente realizaria a RHA por meio de autorização judicial (liminar ou sentença), e pediu o reconhecimento da inexistência da lide.
- (4) Cumprindo os prazos processuais, as partes não produziram mais nenhuma prova. Sobreveio a sentença em 6 de março de 2012, que julgou parcialmente procedente o pedido.
- (5) Transitou em julgado a sentença em 12 de julho de 2012, e em 18 de outubro do mesmo ano o processo foi arquivado.

Considerando o problema identificado pela análise da Figura 1 e as evidências processuais existentes no caso reveladas na Figura 2, coube ao *juiz* solucionar o conflito, cabendo duas alternativas possíveis em sede de decisão acautelatória: *deferimento* ou *indeferimento* do pedido para obrigar a *clínica* a manipular e utilizar o material genético de forma *post mortem*.

A partir da análise documental do caso judicial, chega-se na decisão tomada para a solução do conflito judicial. Na busca pela solução de um problema existente, é fundamental que os aplicadores do Direito considerem as diferentes alternativas judiciais envolvidas e resolvam o conflito considerando as *fontes do Direito*⁶.

No presente caso, o *juiz* deferiu a liminar fundamentando a sua decisão com os seguintes artigos: 1.791, 1.314, 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil e 226 da Constituição Federal. Utilizou os referidos artigos para sustentar a ideia de que a *autora*, na condição de sucessora, poderia utilizar o material genético do *depositante*, sendo ele transferido à *autora* para o exercício de um direito próprio. Para caracterizar a medida antecipatória, concluiu que o *fumus boni iuris* estava respaldado pela anuência dos familiares em externarem a vontade do *depositante*

⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 50 p.

de ter um filho enquanto vivo com a *autora* da ação. Quanto ao *periculum in mora*, considerou como indicativo da urgência do provimento jurisdicional o relatório médico que evidenciou a diminuição da perspectiva de sucesso no procedimento com o passar do tempo.

A decisão tomada pelo juiz envolve diferentes aspectos: médicos, bioéticos e jurídicos. Logo, a partir dos dados da análise casuística, pretende-se, nos próximos itens, realizar um estudo sobre os três aspectos envolvidos no caso, bem como estabelecer a interferência das diferentes consequências envolvidas na decisão tomada pelo *juiz*, e, por fim, correlacionar o Direito, a Bioética e a Medicina em uma proposta interdisciplinar.

2 A BIOÉTICA, A MEDICINA E O DIREITO NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM A PARTIR DO ESTUDO CASUÍSTICO

A complexidade do caso em estudo emerge pela presença de diversos aspectos teóricos e práticos envolvidos na situação objeto, e demonstra que a problemática ganha relevância de forma real. O estudo de caso deve compor a análise da questão em três diferentes interfaces: Medicina, Bioética e Direito.

No estudo, a interface da Medicina é necessária para se compreender os procedimentos técnicos adotados para a realização da técnica de RHA, desde o momento do início até a conclusão, e os conceitos técnicos empregados nestes procedimentos.

A interface da Bioética é essencial porque quando surgem problemas complexos no âmbito de assistência à saúde, ela pode auxiliar o profissional responsável, refletindo, balizando e indicando as diferentes alternativas, e as suas consequências.

O Direito, nesse cenário, é desafiado a compreender fatores técnicos envolvendo a RHA e a estabelecer *modelos jurídicos* ou *modelos prescritivos* que garantam a segurança jurídica das partes envolvidas.

2.1 ASPECTOS MÉDICOS

Os aspectos médicos envolvidos no estudo do caso são: A.1) Reprodução humana assistida e infertilidade: conceitos técnicos essenciais na perspectiva médica; A.2) Aconselhamento para depósito de material genético em caso de tratamento com radioterápicos e quimioterápicos; A.3) Criopreservação de material genético.

2.1.1 Reprodução humana assistida e infertilidade: conceitos técnicos essenciais na perspectiva médica

A RHA, indicada pelo médico do casal, corresponde a um conjunto de técnicas em que uma equipe multidisciplinar acompanha os processos de desenvolvimento folicular, detecção e indução da postura ovular, facilitação ou mesmo realização do encontro dos gametas. Esse procedimento pode ser realizado de duas maneiras: inseminação artificial ou fertilização *in vitro*. No primeiro caso, o sêmen é depositado diretamente no interior do útero da mulher, onde a fecundação ocorrerá no organismo da mulher, ou seja, *in vivo*. A fertilização *in vitro*, por outro lado, ocorre em laboratório, e o embrião formado é depositado no útero da mulher. Além dessas distinções, faz-se importante diferenciar a RHA em homóloga e heteróloga. A primeira ocorre quando o material utilizado provém do casal que procura auxílio, enquanto que a segunda utiliza material de doador anônimo.

A *autora* apresentava alterações ginecológicas indefinidas, sendo diagnosticada com quadro de infertilidade primária, onde o relatório médico apontava que somente ela era infértil, caracterizando a infertilidade conjugal. Esse diagnóstico foi baseado, entre outros fatores e exames realizados, na idade da mulher – 38 anos na época dos fatos –, uma vez que, com o avançar da idade, ocorre uma redução fisiológica na quantidade e na qualidade dos óvulos femininos.

No caso, foi utilizada a técnica de fertilização *in vitro* homóloga, tendo em vista que o material disponível era da *autora* e do *depositante*, e não havia possibilidade de nova coleta.

2.1.2 Aconselhamento para depósito de material genético em caso de tratamento com radioterápicos e quimioterápicos

Todo esforço deve ser feito para encaminhar pacientes com câncer para a criopreservação de sêmen antes de se iniciar a quimioterapia e radioterapia. Todo paciente em idade fértil deve ser orientado a coletar material genético (sêmen ou óvulos), em virtude da possibilidade de infertilidade após o uso dessas substâncias ou de radiação ionizante. Uma preocupação no manejo dos pacientes com câncer é que até 90% deles terão azoospermia (ausência total de espermatozoides no sêmen) poucas semanas após o início da quimioterapia, e

apenas 20 a 50% reassumem a espermatogênese dois a três anos após o término do tratamento⁷.

Segundo Schuffner e colaboradores, é importante salientar que mesmo com sêmen criopreservado por longo período é possível conseguir-se uma gravidez viável. É importante oferecer aos pacientes que serão submetidos à quimio e/ou radioterapia esta possibilidade, embora eles possam não estar pensando em se tornar pais naquele momento. Essas orientações são aconselhadas e devem sempre ser trazidas pelo médico oncologista, que deverá orientar o paciente a procurar atendimento especializado em fertilidade mesmo após o término do tratamento⁸. No caso em estudo, houve o aconselhamento adequado para o que o *depositante* procedesse a coleta e criopreservação de seu material genético.

2.1.3 Criopreservação de material genético

A criopreservação de sêmen permite ao paciente portador de neoplasia tornar-se pai, até mesmo se submetido a tratamentos agressivos, como quimioterapia e radioterapia, ainda que os espermatozoides permaneçam congelados por longo período. A criopreservação de sêmen deve ser, portanto, parte de uma rotina no manejo terapêutico para preservar a fertilidade em homens jovens com doenças neoplásicas.

Esse procedimento de criopreservação de espermatozoides é uma indicação padrão dos médicos oncologistas, tendo em vista que as terapias de combate da doença podem ter como resultado a oligozoospermia ou a azoospermia, dependendo da espécie e da extensão do tumor, e também da quimioterapia empregada a porcentagem de infertilidade é capaz de chegar a até 90%⁹.

No caso, após o diagnóstico de melanoma cutâneo invasivo, um tipo de câncer extremamente agressivo e de rápida progressão, com mau prognóstico e baixa expectativa de sobrevida, houve a indicação médica para coleta do material genético. O *depositante* o fez imediatamente, armazenando o mesmo em um banco de sêmen. Mesmo sendo submetido à radioterapia, as células malignas do melanoma (tumor primário) disseminaram-se por meio da corrente

⁷ Kreuser ED, Harsch U, Hetzel D, Schreml W. *Chronic gonadal toxicity in patients with testicular cancer after chemotherapy*. Eur J Cancer Clin Oncol 1986; 232:289-94.

⁸ Schuffner A, Stockler S, Costa S, Centa L. *Long-term cryopreserved semen results in a live birth twelve years later*. J Urol 2004; 171:358.

⁹ Disponível em: <<http://www.pro-criar.com.br/tratamentos/auto-preservacao-espermatozoides>>. Acesso em: 21 jun. 2014.

sanguínea, gerando novas lesões a distância (metástases) nos ossos, causando piora importante da dor. O intenso consumo dos tecidos muscular e adiposo, com a conseqüente perda involuntária de peso, a anemia, a fraqueza e as demais alterações fisiológicas, metabólicas e imunológicas que caracterizam a síndrome anorexia-caquexia neoplásica (SAC), agravou-se, evidenciando a franca progressão da doença, tornando, assim, inviável a manutenção da vida do *depositante*, que veio a óbito nove meses após a descoberta do tumor primário melanocítico e a coleta do material genético.

2.2 ASPECTOS BIOÉTICOS

A Bioética é compreendida como um novo campo científico que agrupa os conhecimentos biológicos com os saberes humanísticos, a fim de possibilitar uma sociedade eticamente adequada¹⁰. A necessidade de um campo científico capaz de ajustar os diferentes conhecimentos da realidade biológica com os ensinamentos das ciências humanas emergiu em decorrência das inovações tecnológicas na prática da assistência da saúde.

Especificamente, o século XX foi marcado pelas discussões éticas e jurídicas acerca dos limites da ciência, em vista do avanço tecnológico e das implicações do uso da tecnologia científica no campo da saúde. Essas discussões resultaram na necessidade de uma ciência capaz de olhar os problemas éticos de forma *abrangente e interfacetada*, o que norteou o surgimento da Bioética¹¹.

Nos dias atuais, há a contribuição de José Roberto Goldim ao publicar o artigo “Bioética: origens e complexidade”. Nesse artigo, o autor define a visão integradora da Bioética a partir das definições da Bioética Profunda de Potter, compreendendo-a como um espaço que permite uma reflexão complexa, interdisciplinar e compartilhada sobre adequação das ações envolvendo a vida e o viver¹².

Goldim esclarece que a reflexão sobre a vida se dá principalmente dentro de uma visão biológica e o viver na perspectiva de estar no mundo, ou seja, de poder se relacionar com as pessoas. Este modelo proposto por Goldim visa a integrar, por meio do diálogo, os diferentes referenciais teóricos possíveis, como os princípios, os direitos humanos, as virtudes e a alteridade, incluindo também a experiência de casos relacionáveis.

¹⁰ POTTER, V. R. *Global Bioethics: Building on the Leopold Legacy*. East Lansing, 1988.

¹¹ GOLDIM, J. R. Bioética: origens e complexidade. *Revista HCPA*, 2006; 26(2): 86-92.

¹² Idem.

Considerando a visão *integradora, multifacetada e interdisciplinar*, os aspectos bioéticos envolvidos no caso dizem respeito às condutas tomadas no processo de decisão que desencadeou o problema jurídico, e se às justificativas utilizadas para a solução do problema são eticamente adequadas. A análise se dá a partir das seguintes categorias: (B.1) A inexistência de um processo de consentimento informado; (B.2) O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) eticamente adequado; (B.3) A necessidade de uma reflexão por meio do Modelo de Bioética Complexa.

2.2.1 A inexistência do processo de consentimento informado

O consentimento informado é um direito moral dos pacientes que gera obrigações deontológicas, bioéticas e jurídicas para com os médicos na prática de sua profissão. Trata-se, especificadamente, de uma decisão tomada por uma pessoa capaz, após um processo esclarecido e deliberativo, que tem o objetivo de informar ao paciente a natureza do tratamento, as suas consequências e os seus riscos¹³.

Ao se analisar a decisão do caso que possibilitou o nascimento do *bebê* por meio da técnica de RHA *post mortem*, nota-se que inexistiu um processo válido de consentimento informado. Isto porque não foi transmitida nenhuma informação aos participantes do procedimento quanto à destinação do material genético do *depositante* em caso de óbito¹⁴.

¹³ CLOTET, J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 13. Segundo Clotet, o consentimento informado é um direito moral dos pacientes e uma obrigação moral para os médicos e profissionais da área médica prestadores da assistência.

¹⁴ BRASIL. Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Processo Judicial nº 0027862-73.2010.8.16.001. Justifica-se esta afirmação com relatório da decisão acautelatória:

“[...] A mulher pretende compelir a clínica a submetê-la a procedimento de inseminação artificial com sêmen congelado de seu falecido marido. Argumenta que essa era a vontade do esposo e que tem autorização da família do falecido para concretizá-la, ao que se opõe a clínica sob o argumento de que o termo assinado pelo falecido quando da coleta do sêmen não consta disposição a respeito da destinação do material após seu óbito. Invoca fundamentos de fato e de direito em prol de sua pretensão e, afirmando o *periculum in mora*, pede antecipação de tutela [...].

[...] Citada, ofereceu a ré a contestação de fls. 70/79, alegando: que nunca houve negativa de realização da inseminação, que todas as atividades, mesmo benéficas, estão limitadas a regulamentação pelo Direito; que somente opôs ao pedido da autora a condição de que o procedimento fosse realizado dentro da ética e da legalidade que, pela impossibilidade de manifestar o esposo da autora o destino que deveria ser dado a seu material genético, o suprimento dessa omissão deveria ser judicial; que deseja cumprir a liminar, embora não haja obrigação de fazer a inseminação, pois somente contratou com o falecido o depósito do material genético, que não existindo senão contrato do depósito, somente haveria lide se tivesse se recusado a devolver o material genético, que nunca foi solicitado; que

A forma correta de se obter o consentimento informado é por meio de um processo, que consiste na relação médico/paciente e na maneira que a informação é transmitida. Para que haja uma decisão válida, a informação fornecida, além de clara e suficiente, deve ser igualmente não tendenciosa. O importante é possibilitar que o indivíduo tenha acesso a informações relevantes para a sua tomada de decisão¹⁵.

O processo de consentimento informado e o dever de informar na prática médica da RHA estão determinados na Diretriz nº 3 dos Princípios Gerais da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, possuindo quatro elementos necessários para a sua validade¹⁶, quais sejam: o fornecimento de informações, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento¹⁷.

O fornecimento de informação consiste em conhecer os riscos, os benefícios, os desconfortos e as implicações econômicas que o procedimento pode gerar. A compreensão ocorre quando o indivíduo se apropria da informação. No que toca à voluntariedade, cabe explicar que a mesma se dá ao longo da tomada de decisões por uma pessoa, com a minimização de qualquer forma de constrangimento ou coerção. Já o consentimento é a escolha voluntária feita pelo indivíduo, livre de coerção do médico ou de outros profissionais de saúde, de seus familiares, de amigos ou da própria sociedade¹⁸.

Após o processo de consentimento informado, o médico deve elaborar o TCLE, e não um contrato, com nome de termo de responsabilidade para congelamento de sêmen, como no caso.

2.2.2 O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) eticamente adequado

O TCLE é o documento que contém, de forma descritiva, os procedimentos, riscos e benefícios da terapêutica fornecida ao paciente durante o processo de informação, devidamente assinado, cumprindo, assim, com o seu dever ético

somente realizará o procedimento por meio de autorização. Ao final, postulou fosse reconhecida a inexistência da lide e a isenção do ônus da sucumbência, juntando os documentos de fls. 80/86. [...]”

¹⁵ GOLDIM, J. R. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. *Revista AMRIGS*, 2002; 46 (3,4): 109-116.

¹⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.013/2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁷ GOLDIM, J. R. Consentimento informado. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br/consinf.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

¹⁸ Idem.

de informar. Já o termo de responsabilidade para o congelamento de sêmen é um contrato formulado em que o depositante apenas preenche os seus dados pessoais e o assina, constituindo um típico contrato de adesão¹⁹.

Na análise do item B1 relativo aos aspectos bioéticos, verificou-se a inexistência dos quatro elementos válidos do processo de consentimento informado, que deveria ter sido realizado pela *clínica* – o fornecimento de informações, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento – e, por consequência, a falta de um TCLE adequado.

Do ponto de vista jurídico, o TCLE realizado após um consentimento informado válido está previsto no art. 15 do Código Civil, em especial pela interpretação do Enunciado nº 533 da Justiça Federal, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, devendo a autonomia do paciente ser observada²⁰.

O prestador do serviço médico tem a responsabilidade de informar o paciente sobre o serviço que lhe será prestado de forma clara e específica. A conduta ética resulta do princípio da boa-fé objetiva nas relações de confiança. O descumprimento de tal preceito legal implica sanções não apenas de natureza civil, mas também de natureza penal e administrativa²¹.

Após o processo de consentimento informado, o médico deve elaborar o TCLE. No caso em estudo, o mesmo não foi elaborado, mas um típico contrato de adesão assinado pelas partes, e denominado pela *clínica* de “Termo para Congelamento de Sêmen”.

O contrato de adesão é o contrato redigido somente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo. São sujeitos do contrato de adesão: o contratado no polo ativo, que será o que estabelece o conteúdo das condições preestabelecidas e, nas relações de consumo, será o fornecedor de serviço; o contratante no polo passivo, que será quem adere às cláusulas preestabelecidas pelo outro, aquele que ficará “subordinado

¹⁹ FERNANDES, C. F.; PITHAN, L. H. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista do HCPA & Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 27, p. 78-82, 2007.

²⁰ “Enunciado nº 533: O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos.” (Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2014)

²¹ GOLDIM, J. R. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. *Revista AMRIGS*, 2002; 46(3,4): 109-16.

às condições gerais de contratação estabelecidas pelo predisponente, devendo aceitá-las ou rechaçá-las”²².

Ao se analisar, portanto, as condutas e as circunstâncias envolvidas no caso, nota-se que o processo de consentimento informado e o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido são elementos essenciais, não só adstritos à bioética e à ética, mas também constituem um dever legal que não foi cumprido pela *clínica* e que não pode ser ignorado pelo intérprete da lei.

A falta de cumprimento do dever legal e ético de prestar a informação dificulta a análise do problema e demonstra a necessidade de uma abordagem analítica que considere o problema ético, e de uma abordagem dialética que envolva os diferentes referenciais teóricos e casos relacionados, razão pela qual se faz necessária uma abordagem por meio do Modelo de Bioética Complexa.

2.2.3 A necessidade de uma reflexão por meio do Modelo de Bioética Complexa

O Modelo de Bioética Complexa (MBC) é utilizado na resolução de problemas bioéticos no Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA)²³. A interface da Bioética com o Direito visa, especialmente, a uma perspectiva integrada e compartilhada, possibilitando um espaço interdisciplinar de discussão para resolução de problemas complexos. A Bioética é inerentemente complexa, tendo em vista que trata de questões éticas que estão inseridas em um mundo plural e multicultural, que tem como objetivo tratar dos problemas da humanidade e do seu meio ambiente, como afirma Potter²⁴.

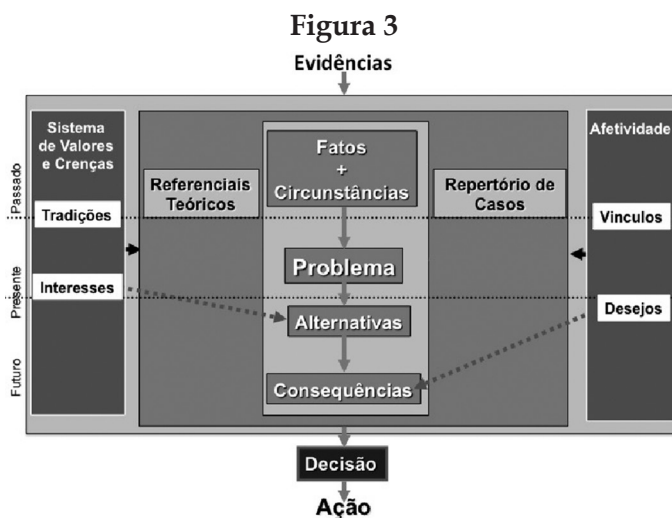
²² MANDELBAUM, R. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 158.

²³ GOLDIM, J. R.; PASQUALINI GENRO, Bruna; MAGALHÃES FRANCESCONI, C. F. Bioética clínica: vinte anos de experiência no Hospital de Clínicas de Porto Alegre. *Revista da AMRIGS*, 2014; 58(1): 83-88. Desde 1993, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre (HCPA) realiza atividades na área de Bioética Clínica, quando foi criado o Programa de Atenção aos Problemas de Bioética, primeiro Comitê de Bioética Clínica a ser constituído no Brasil. Em 2009 foi criado o Serviço de Bioética do HCPA, que ampliou as atividades já desenvolvidas e permitiu o registro, pelos próprios consultores, das informações relacionadas às consultorias de Bioética Clínica diretamente no prontuário dos pacientes. Atualmente, este serviço desempenha dois tipos de consultoria: por demandas assistenciais e proativas.

²⁴ Jahr F. *Wissenschaft von Leben und Sittenlehre*. Die Mittelschule Zeitschrift für das gesamte mittlere Schulwes. 1926;40:604-5. O termo bioética (*Bio-Ethik*) foi utilizado primeiramente na Alemanha, no ano de 1926. No artigo, o autor afirmava o “imperativo bioético”: “Respeita cada ser vivo em princípio como uma finalidade em si e trata-o como tal na medida do possível”. Entretanto, o nascimento da Bioética como campo de estudo teve o seu início marcado pela obra de Van Rensselaer Potter e sua

Escolhe-se o MBC, pois ele parte da ideia de que a ética se insere na realidade e não apenas a ela se aplica, apresentando um panorama mais abrangente e integrador dos problemas atuais da Bioética²⁵. Com fundamento nesse modelo, propõe-se um estudo aberto, composto de disciplinas que se inter-relacionam por meio de trocas de conhecimento.

O Modelo de Bioética Complexa²⁶ é estruturado da seguinte maneira (Figura 3):



Fonte: José Roberto Goldim.

Nota-se que os elementos básicos que devem estar presentes são: o problema ou conflito que desencadeia a necessidade de uma reflexão bioética; as informações que servem para identificar os fatos e as circunstâncias; o referencial teórico e o repertório de casos que podem ampliar a compreensão das circunstâncias envolvida, além do sistema de crenças e da afetividade²⁷.

notória definição de Bioética. Potter, em 1970, introduziu na língua inglesa o vocábulo Bioética, a partir do artigo intitulado *Bioethics, the science of survival*. Esse artigo foi transformado em um dos Capítulos de sua clássica obra *Bioethics Bridge To The Future*, publicada em 1971.

²⁵ GOLDIM, J. R. Bioética: origens e complexidade. *Revista HCPA*, 2006; 26(2): 86-92.

²⁶ Figura 3. Esquema do Modelo de Bioética Complexa para tomada de decisão. Fonte: José Roberto Goldim.

²⁷ GOLDIM, J. R. Bioética: origens e complexidade. *Revista HCPA*, 2006; 26(2): 86-92.

Segundo Goldim, a abordagem do problema no MBC reside no presente. Os fatos, as circunstâncias, o referencial teórico e o repertório de casos são trazidos do passado recente ou remoto. As alternativas e as suas respectivas consequências são antevisões do futuro, ou seja, projeções previsíveis²⁸.

Em vista dos elementos da Bioética, propõe-se o estudo do problema na perspectiva do Modelo de Bioética Complexa como alternativa de desenvolver uma reflexão interdisciplinar, compartilhada e profunda²⁹.

No Modelo da Bioética Complexa, a abordagem analítica de um problema ético engloba os fatos, as suas circunstâncias e a formulação de diferentes alternativas com as suas respectivas consequências. Por outro lado, a abordagem dialética envolve os diferentes referenciais teóricos e os casos relacionados que se assemelham à situação em questão. Os fatos e as circunstâncias delimitarão a situação real que está sendo abordada. A descrição dos fatos envolve as evidências e informações disponíveis, enquanto que as circunstâncias detalham o fato em si, permitindo avaliar as suas peculiaridades e características próprias de cada situação. Nessa situação, devem ser considerados os diferentes aspectos morais, legais, religiosos, sociais, econômicos, culturais, psicológicos, biológicos, assistenciais e científicos. O levantamento das diferentes alternativas e as suas consequências é fundamental para orientar a decisão final da ação.

Em vista dos elementos do modelo, estuda-se o caso na perspectiva do Modelo de Bioética Complexa. O primeiro passo para a aplicação do MBC é identificar os fatos e as circunstâncias. Os fatos dizem respeito à existência de material genético deixado pelo *depositante* em vida e criopreservado em uma *clínica*. As circunstâncias são divididas em duas: (A) a morte do *depositante*; e (B) a inexistência de TCLE com a destinação do material genético em caso de óbito.

Considerando os fatos e as circunstâncias, o problema central do caso reside em saber se a *autora* do processo judicial poderia utilizar o material genético coletado em um procedimento de RHA *post mortem*.

No caso analisado, para se chegar a uma decisão eticamente adequada, é necessária à valoração das circunstâncias reais e a utilização dos referenciais da

²⁸ Idem.

²⁹ A primeira jurista a utilizar o Modelo de Bioética Complexa em uma obra para construção de dogmática jurídica foi Márcia Santana Fernandes (FERNANDES, Márcia Fernandes. Uma abordagem jurídica e bioética sobre as patentes envolvendo células-tronco humanas. In: ALVES, Cristiane Avancini et al. *Bioética e responsabilidade*. Org. Judith Martins-Costa e Leticia Ludwig Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 237.

Bioética Complexa. Os referenciais que servem como bases para as justificativas e para a argumentação são: os princípios, os direitos humanos, as virtudes e a alteridade.

A valoração dos princípios bioéticos³⁰ visa à seguinte interpretação sistemática: (A) o princípio da justiça faz-se necessário, pois a ideia de justiça igual, equitativa e apropriada na sociedade determina que a existência da liminar que possibilitou a RHA *post mortem* sem consentimento do *depositante* viabiliza outras pretensões a casos relacionáveis, sendo um precedente jurisprudencial³¹; (B) o princípio da beneficência é aplicado, cabendo a pergunta se a decisão tomada foi realmente benéfica para as partes envolvidas, principalmente pela questão da paternidade afastada de plano, visto que a ação médica e jurídica deve buscar a decisão mais justa sob a perspectiva da ética; (C) o princípio da não maleficência tem relevância, pois é norteador da prática médica, devendo o profissional da área da saúde não causar danos à parte envolvida ou à sua integridade³²; a não maleficência pode ser entendida como parte da beneficência, pois, ao evitar o mal, faz-se o bem³³; (D) o princípio do respeito à autonomia parte da noção de respeito às pessoas enquanto indivíduos que buscam a realização de seus objetivos. Logo, ganha relevância a sua aplicabilidade no sentido de possibilitar a seguinte reflexão: Foi respeitada a autonomia do *depositante* considerando a inexistência de sua expressão de vontade?

A consideração do segundo referencial teórico refere-se aos direitos humanos³⁴, que estabelecem garantias individuais, coletivas e transpessoais. No

³⁰ O referencial teórico dos princípios é baseado na noção de deveres *prima facie*, ou seja, são obrigações que se devem cumprir, a menos que entre em conflito, numa situação particular, com outro dever de igual ou maior porte. Beauchamp e Childress propuseram, portanto, quatro princípios básicos: a autonomia, a beneficência, a não maleficência e a justiça.

³¹ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J; F. *The Principles of biomedical ethics*. 1. ed. New York: Oxford, 1978. O autor explica que se emprega o princípio da justiça com uma ideia de justiça distributiva, a qual se relaciona com uma distribuição igual, equitativa e apropriada na sociedade.

³² Idem. O autor explica que o princípio da não maleficência determina que os médicos não causem danos morais ou mal às pessoas e é dotado de larga tradição na área médica, na medida em que tem suas origens no juramento hipocrático seguido por todos os médicos. Assim, se apresenta como um princípio de relevância na prática moral já que serve como orientação efetiva dos profissionais da saúde.

³³ FRANKENA, W. K. *Ética*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

³⁴ Os direitos humanos estabelecem garantias individuais, coletivas e transpessoais. Nos direitos individuais estão o direito à vida, à privacidade, à liberdade e a não discriminação de povos, raça, sexo, religião, dentre outras. Os direitos coletivos dizem respeito a garantias de todos à saúde, à educação e à assistência social. Os direitos transpessoais referem-se à questões de direito ambiental, de ordem

caso em estudo, destaca-se o direito à privacidade e à autonomia, tendo em vista que o processo de consentimento não foi realizado nos termos que prescreve a Resolução CFM nº 2.013/2013. Assim, soma-se aos imperativos bioéticos a referência deontológica do CFM – a Resolução nº 1.358/1992 –, que normatizava as condutas médicas no âmbito das práticas de RHA na época dos fatos³⁵.

No item V, 3, da Resolução CFM nº 1.358/1992³⁶, há a regra que prevê que no momento da criopreservação os cônjuges ou companheiros deverão expressar a sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado ao material genético criopreservado em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Do ponto de vista do referencial competente às virtudes³⁷, deve-se verificar que elas são a base das condutas para a realização dos direitos e para aplicação dos princípios. As virtudes são consideradas na Bioética Complexa disposições ou hábitos realizados de acordo com os princípios, as normas ou os ideais morais³⁸. Nesse aspecto, em especial, nota-se a influência do pensamento aristotélico no tratamento das virtudes na área médica. Isto porque algumas virtudes possuem importância na prática dos profissionais da saúde: a compaixão, o discernimento, a confiabilidade, a integralidade e a conscienciosidade (*conscientiousness*)³⁹. Assim, é possível questionar: A realização do procedimento nos moldes dos fatos

global e de solidariedade. Desta forma, o referencial teórico dos Direitos Humanos busca analisar as questões a partir da perspectiva jurídica. Esse referencial teórico foi consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Unesco, ao reconhecer a interligação existente entre a ética e os direitos humanos no domínio específico da Bioética.

³⁵ Destaca-se que a Resolução CFM nº 1.358/1992 foi revogada pela Resolução CFM nº 1.957/2010, sendo esta revogada também pela atual Resolução nº 2.013/2013. Todas as versões mantiveram o texto sobre a necessidade de constar no TCLE o destino dado ao material genético em caso de morte do depositante.

³⁶ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.358/1992 Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/1.358/1992.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2014: “V. 3 – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 3. No momento da criopreservação os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, quer em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

³⁷ O referencial teórico das virtudes dá base para comportamentos individuais esperados e tidos como adequados, ou seja, é uma proposta baseada em características próprias do indivíduo.

³⁸ BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *The Principles of biomedical ethics*. 1. ed. New York: Oxford, 1978.

³⁹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 2. ed. Brasília: EDUNB, 1992. Para o filósofo, conscienciosidade indica um sentido relativamente alto de responsabilidade moral e orientação.

e das circunstâncias envolvidos respeitaria o discernimento, a confiabilidade, a integridade e a conscienciosidade do *depositante*?

Em relação ao referencial da alteridade⁴⁰, o mesmo possibilita a unidade entre os princípios, as virtudes e os direitos humanos, na medida em que busca a noção de corresponsabilidade ética entre as partes⁴¹. A alteridade é fundamental para a compreensão que o olhar do outro sobre o problema legitima a pessoa e a ressignifica enquanto pertencente. Entender essa perspectiva é compreender que a alteridade efetivamente torna as pessoas corresponsáveis e estabelece uma copresença ética na relação capaz de dar unidade aos outros referenciais, de forma que ressignifica a relação entre profissionais da saúde e pacientes, juízes e partes. Assim, a alteridade torna possível a inclusão da perspectiva do outro e reconhece a corresponsabilidade da relação. Logo, considerar a vontade do *depositante* mesmo após a sua morte é incluí-lo na discussão sobre a utilização de seu material.

Dentro do MBC, além dos referenciais teóricos, existem os casos relacionáveis que ocupam o mesmo espaço de lógica racional. O uso de casos relacionáveis permite a compreensão do passado de uma situação semelhante com atuais formatos. No âmbito jurídico, os casos relacionáveis são denominados de jurisprudências e são as decisões reiteradas que compõe as *fontes do Direito*. A utilização da fonte jurisprudencial visa a relacionar um caso presente com um caso do passado recente ou do passado remoto.

Em relação ao objeto do estudo, inexistem jurisprudências brasileiras com casos relacionáveis, sendo o objeto desse trabalho a primeira decisão judicial envolvendo RHA com material genético utilizado de forma *post mortem*. Entretanto, existe um caso francês conhecido por *Parplaix v. CECOS*⁴².

⁴⁰ O referencial teórico da alteridade parte do pressuposto da primazia do direito do outro e pela correspondente obrigação a esse respeito.

⁴¹ GOLDIM, J. R. Bioética complexa: uma abordagem abrangente para o processo de tomada de decisão. *Revista AMRIGS*, 2006; 53(1): 58-63.

⁴² Winnipeg Free Press Newspaper Archive: July 12, 1984, p. 14. Na década de 80, na França, Alain Parplaix descobriu que possui câncer nos testículos quando vivia um relacionamento com Corinne; entretanto, antes de iniciar o tratamento químico, congelou seu material genético com o objetivo de usar futuramente. Nesse período o casal casou civilmente e, posteriormente, Parplaix faleceu. Corinne e os pais de Parplaix solicitaram ao centro de criopreservação do sêmen o uso do material depositado, porém tal pedido foi negado. Corinne ingressou com processo judicial solicitando o material genético. Ao final, o pedido foi julgado procedente, no entanto o procedimento não obteve êxito.

A questão do caso *Parpalaix v. CECOS* teve uma abordagem diferente da empregada pelo juiz do caso estudado. Os magistrados do Tribunal francês decidiram que o material genético constituía a expressão do direito fundamental de liberdade (*the genetic expression of the fundamental liberty*), e não um item comercial (*commercial item*). Nessa lógica, fundamentaram a decisão, que permitiu *Corinne* retirar o material do banco de criopreservação, com o intuito de provar que existiu vontade de *Parpalaix* para tal ato e não que o material poderia ser retirado por *Corinne* como herdeira⁴³.

No que competem as alternativas dentro da estrutura do MBC, as mesmas evidenciam as possíveis soluções ao caso e são, assim, projeções do futuro. Em relação ao caso, as alternativas devem ser analisadas em momentos diferentes. Isto é, duas eram as alternativas possíveis, em sede de decisão liminar: deferimento e indeferimento; e três em sede de sentença à época dos fatos e circunstâncias: procedência, improcedência ou parcial procedência do pedido.

Quanto às consequências, também são projeções futuras, e, no caso, conforme a alternativa adotada as consequências variariam, tendo em vista que o deferimento levaria a realização do procedimento e a possibilidade do nascimento do *bebê*.

É por isso que a Bioética é uma reflexão complexa, compartilhada e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver. Quando analisadas ações do caso sob a noção do viver, consegue-se identificar, após a reflexão do MBC, que o *depositante* do material genético e a *autora* receberam a indicação do médico para procurarem os serviços de uma *clínica* especializada em RHA. Logo, estavam pensando no viver, porque o viver está relacionado com a vida relacional, com estar no mundo, ambos desejavam ter o filho e procuraram os meios para tanto, porém o plano familiar foi interrompido em seu curso por questões relativas à manutenção da vida do *depositante*. Assim, a partir do momento que descobriram que o *depositante* apresentava lesões cancerígenas, por meio dos exames para a realização da RHA, o planejamento familiar obteve um novo contexto. Saiu, pois, do plano do viver para o plano da vida, vida no sentido biológico de estar vivo.

A reflexão ética e legal sobre uso do material genético na RHA compreende uma série de facetas que exigem considerações interdisciplinares frente às diferentes áreas do saber. É possível perceber que o caso em estudo é complexo,

⁴³ Winnipeg Free Press Newspaper Archive: July 12, 1984, p. 14.

pois envolve várias partes – a *clínica, o casal, a família e o juiz* – no processo de tomada de decisão sobre a ação de utilizar (ou não) o material genético coletado. Ocorre que, normalmente, são as partes que devem decidir sobre as questões relativas à vida e ao viver. Entretanto, em um caso como este, em que outras pessoas participam desse processo, a Bioética Complexa serve como um campo do saber que baliza, reflete e busca justificativas eticamente adequadas para as ações envolvidas.

2.3 ASPECTOS JURÍDICOS

[...] Podem os sucessores, ante o contido nos arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, pretender autorizar a utilização do esperma congelado. [...] Prefere-se entrever, no tratamento da matéria sob o aspecto sucessório, simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão de um aceitável direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais forte do que o direito de fazer cumprir, eventualmente transferindo por sucessão [...)].⁴⁴

No trecho *supra*, o *juiz* interpreta as regras previstas no Código Civil destinadas a normatizar o Direito das Sucessões, e um artigo específico que trata dos direitos e deveres dos condôminos, em vista da *lacuna jurídica*.

Uma das características das inovações tecnológicas na área da saúde é a capacidade de, *a priori*, antecipar o debate sobre os seus impactos, e, *a posteriori*, causar ao Direito a falta de normatização sobre os mesmos, ou seja, a *lacuna jurídica*.

A questão decidida no processo judicial foi *a priori* antecipada em 2004 pela Comissão sobre Acesso e Uso do Genoma Humano do Ministério da Saúde (GHC)⁴⁵. Entretanto, a previsibilidade dos impactos no uso da tecnologia

⁴⁴ BRASIL. Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Processo Judicial nº 0027862-73.2010.8.16.001, que tramitou no Foro supracitado. Parte retirada da fundamentação da decisão liminar que deferiu o pedido da autora de determinar que a clínica realizasse o procedimento de RHA.

⁴⁵ Entre os trabalhos realizados pela CGH, destaca-se a elaboração de uma nota técnica a qual ressalta que a falta de legislação regulamentando a utilização das técnicas de reprodução assistida causa problemas jurídicos específicos, principalmente em relação ao uso indisciplinado do material genético

de reprodução não foi suficiente para que o Congresso Nacional, *a posteriori*, incluísse na pauta legislativa os 15 projetos de lei que regulamentam a matéria.

Considerando esta *lacuna jurídica* e a análise dos aspectos médicos e bioéticos envolvidos no caso, se faz necessária a correlação dos pontos estudados por meio de uma abordagem específica dos aspectos jurídicos. A análise desses aspectos se dá a partir das seguintes categorias: (C.1) O fundamento da decisão; (C.2) A *lacuna jurídica* e a forma de resolução utilizada pelo *juiz* da decisão; (C.3) A necessidade de um *modelo jurídico prescritivo*.

2.3.1 O fundamento da decisão para uso do material genético do depositante

[...] O caráter personalíssimo do direito ao próprio corpo e, pois, ao próprio material genético, parece não impedir que se aborde o tema na óptica do direito sucessório. [...].⁴⁶

O trecho *supra* foi retirado dos autos do caso em estudo quando o *juiz* do processo judicial, ao fundamentar a decisão liminar que deu deferimento ao pedido da *autora*, aborda a possibilidade de utilização do material genético do *depositante* sob a ótica do Direito das Sucessões.

O Direito das Sucessões é parte do Direito Civil e estabelece normas sobre a transmissão *mortis causa* de acervo patrimonial, ou seja, tal direito está atrelado ao evento da morte e visa a regular os direitos patrimoniais em decorrência da substituição de titulares, tendo como princípio elementar a ordem pública, a fim de resguardar a segurança jurídica entre as partes envolvidas⁴⁷.

Nessa lógica, poderia o material genético do *depositante* ser considerado acervo patrimonial e, assim, ser transmitido à *autora* pelo evento da morte?

Do ponto de vista da Bioética e do seu senso de humanidade, que é inerente e fundamental a ela, não é eticamente adequado *coisificar* o material genético.

sem consentimento prévio (Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/nota_RA.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014).

⁴⁶ BRASIL. Foro Central da Comarca de Curitiba/PR. Processo Judicial nº 0027862-73.2010.8.16.001, que tramitou no Foro supracitado. Parte retirada da fundamentação da decisão liminar que deferiu o pedido da *autora* de determinar que a *clínica* realizasse o procedimento de RHA.

⁴⁷ CAHALI, F. J.; HIRONAKA, G. M. F. N. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 432.

Isto porque tratar o material genético como acervo patrimonial transmitido como direito próprio por sucessão é tratá-lo como bem patrimonial.

Pensar na perspectiva da Bioética é pensar de forma solidária, é assumir uma postura íntegra frente ao outro e, conseqüentemente, frente à sociedade e à natureza. Logo, hoje, podemos entender a Bioética conforme os apontamentos de Goldim como uma reflexão compartilhada, complexa e interdisciplinar sobre a adequação das ações que envolvem a vida e o viver.

José Roque Junges⁴⁸ entende que o material genético não é pessoa em sentido pleno, como também não é ainda um bebê recém-nascido. Entretanto, o nascimento não representaria uma solução de continuidade no processo vital. Isto é, na perspectiva do autor, o direito não se adquire pelo fato de nascer vivo, mas enquanto ser humano. Assim, o material genético não possui vida humana plena, mas é um fato inegável que é um componente da vida humana.

Há ainda a defesa, feita pelo autor, de que o material genético, desde o primeiro momento, tem *personidade* (estruturas antropológicas para se tornar pessoa), mas ainda não possui *personalidade* (as estruturas ainda não foram levadas à expressão, enquanto sujeito)⁴⁹.

É interessante notar que, em relação à RHA, são utilizadas expressões próprias que possuem um sentido técnico, como: congelamento, estoque, doação, seleção, controle de qualidade, armazenamento, depuração, entre outras, a significar uma suposta tendência à *coisificar* o material genético.

Entretanto, mesmo que essas expressões sejam tendenciosas a *coisificar* o material genético, quando se fala em material com potencial humano, não se busca uma concepção de bem de propriedade com base no instituto civil, pois o material genético humano criopreservado não é um objeto posto em um negócio jurídico patrimonial, mas sim parte de um processo de RHA onde se configura um negócio jurídico existencial realizado pelo casal.

A justificativa empregada pelo *juiz* do caso nos permite refletir sobre questões complexas relacionadas diretamente à vida desde a sua concepção; ao nascer e morrer; aos valores existenciais; às relações jurídicas (patrimoniais, de pessoas e de personalidade); de quem é pessoa e quais os seus deveres e as suas responsabilidades enquanto tal; e sobre o método para integração de uma *lacuna jurídica*.

⁴⁸ JUNGES, J. R. *Bioética: perspectivas e desafios*. 1. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, v. 1, 1999. 322 p.

⁴⁹ *Idem*.

2.3.2 A lacuna jurídica e a decisão

Na medida acautelatória proferida no processo judicial, o *juiz* sustentou a ideia de que a *autora*, na condição de sucessora, poderia utilizar o material genético do *depositante*. Para fundamentar a sua decisão, usou os artigos que fazem parte da codificação do Direito das Sucessões (1.829, II, 1.836, 1.837, 1.845, 1.791, parágrafo único) do Código Civil, em vista da configuração da *lacuna jurídica* em matéria de RHA.

A *lacuna jurídica* refere-se a um estado incompleto do sistema jurídico. Em especial, verifica-se a sua existência quando uma exigência de direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem jurídica. O problema da incompletude faz emergir uma questão que deveria ser valorada pelo intérprete da lei: Há como integrá-las ao ordenamento jurídico?

Constatada a *lacuna jurídica*, deve o intérprete adotar um dos métodos de integração de lacunas: heterintegração e autointegração. A primeira se opera por meio da utilização de outros ordenamentos jurídicos ou na utilização das *fontes de Direito* diferentes da dominante⁵⁰. A segunda se opera quando o intérprete recorre ao próprio sistema, no âmbito da fonte dominante⁵¹.

No presente estudo, seria um típico caso do intérprete utilizar o método de autointegração, recorrendo ao nosso sistema normativo, utilizando em analogia⁵² as normas do Código Civil relativas aos direitos de personalidade, em especial o art. 14, que trata da possibilidade de disposição do próprio corpo após a morte para fins científicos; as normas da Lei de Transplantes, principalmente a que veda a comercialização de órgãos; a norma de natureza administrativa – Resolução CFM nº 1.358/1992 à época dos fatos –, que estabelecia a vedação do

⁵⁰ Elementos que compõem a heterintegração: direito natural, costumes, jurisprudência e doutrina.

⁵¹ Os elementos que compõem a autointegração: analogia, princípios gerais de direito e mandado de injunção.

⁵² A analogia trata-se da norma inclusiva do ordenamento jurídico e é o procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante. Para utilizá-la deve-se: (1) constatar-se, por comparação, que há uma semelhança entre fatos ou atos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista uma decisão jurídica procurada; (2) considerar que o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

procedimento sem consentimento e a Lei de Biossegurança, em especial o § 3º do art. 5º, que proíbe a comercialização de material genético⁵³.

Objetivamente, o *juiz* não buscou esse método para a solução do conflito, e com as suas próprias palavras preferiu *entrever no tratamento da matéria sob o aspecto sucessório*. A partir desta adoção por parte do intérprete do caso questiona-se: Seria juridicamente possível a transferência do material genético do *depositante* à *autora* por meio de sucessão? E, ainda, é possível reconhecer esta transferência sucessória como direito subjetivo da *autora* no exercício de um direito próprio?

O Direito das Sucessões integra os artigos do Código Civil e é direito constitucional garantido. Entretanto, este instituto opera sobre estruturas jurídicas objetivadas que visam à transferência do patrimônio que pertenciam ao autor da herança, de modo que a interpretação dos seus dispositivos deve estar dentro dos limites daquilo que a vinculação textual e contextual permite. Ou seja, a interpretação está limitada a transferência de bens materiais ou coisas de natureza patrimonial.

O emprego do termo “depósito” pode levar à confusão, tendo em vista que as partes do corpo humano não são considerados bens patrimoniais no Brasil. Especificamente, no ato da pessoa natural depositar material genético de seu corpo não há patrimonialidade (tal material não pode ser quantificado economicamente e não pode ser suscetível de apropriação), nem circulação interpatriomonal de riqueza, pois este ato se qualifica em um negócio jurídico de caráter existencial. Logo, embora exista a presença de acordo (elemento estrutural) no ato, inexistente patrimônio (elemento funcional).

Consequentemente a esta qualificação existencial seria juridicamente impossível a transferência do material genético do *depositante* à *autora* por meio de sucessão, e não há a possibilidade de se reconhecer esta transferência sucessória como direito subjetivo da *autora* no exercício de um direito próprio, pois este material genético não é passível de apropriação, em razão de sua natureza e sua finalidade extrapatrimonial.

⁵³ A interpretação deste dispositivo poderia levar à seguinte consideração: a impossibilidade de o material genético possuir qualquer relação patrimonial e ter seu uso vinculado à possíveis direitos sucessórios, na medida em que a finalidade do uso de material genético na pesquisa visa fins não lucrativos e fins altruístas.

2.3.3. A necessidade de um modelo prescritivo

“When I use a word”, Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, “it means just what I choose it to mean – neither more nor less”.

“The question is”, said Alice, “whether you can make words mean so many different things”.

“The question is”, said Humpty Dumpty, “which is to be master – that’s all”.

(Alice Through the Looking Glass, Chapter six, 1871)⁵⁴

O trecho *supra* corresponde a um dos diálogos mais rico da literatura infantil, escrito por Lewis Carroll, quando a protagonista da história, Alice, questiona o significado da palavra “glória” utilizada pelo personagem Humpty Dumpty para descrever o que a esperava atrás das pedras do muro pelo qual ela tentava ultrapassar. Humpty Dumpty, desdenhoso, diz à personagem que ela não teria como saber realmente o significado de glória, ao menos que ele lhe dissesse. Alice retruca ao ouvir as palavras audaciosas do personagem dizendo que glória possui um significado próprio. Para responder à objeção de Alice, o personagem diz a ela que quando *usa uma palavra, ele escolhe o que ela significa*. A resposta dada pelo personagem tem duas importantes considerações: a primeira é que ele possui liberdade para dar o significado que quiser às palavras que usa; e a segunda é que ele tem competência para isso, conforme as suas palavras *“which is to be master”*.

Essa ideia de liberdade e competência transpassa a obra literária de Carrol e ingressa no ordenamento jurídico, em especial quando se trata de aspectos metodológicos para solução de uma *lacuna jurídica*. A rigor, demonstrou-se no item *supra* quais os métodos de integração que poderiam ser utilizados para integrar uma *lacuna jurídica*. Entretanto, os métodos de integração não são vinculantes, isto é, existe liberdade para o intérprete do caso analisar e resolver a lacuna de acordo com as posições jurídicas que, por competência, acredita ser mais adequada.

⁵⁴ Tradução livre: “Quando eu uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty em um tom bastante desdenhoso, “ela significa exatamente o que quero que signifique: nem mais nem menos”. “A questão é”, disse Alice, “se pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes”. “A questão”, disse Humpty Dumpty, “é saber quem manda – só isto”.

O afastamento da vinculação ao método dada pelo sistema normativo pressupõe que o intérprete tenha um pensamento estruturado em técnicas de lógica jurídica, e isto, conseqüentemente, requer que ele tenha capacidade para distinguir, deduzir e correlacionar. O que de fato não aconteceu na decisão que analisamos até aqui.

Miguel Reale é assertivo ao dizer: “Não se pode, em suma, recusar eficácia às estruturas normativas objetivadas no processo concreto da história, sob pena de periclitar o valor de certeza jurídica, ao sabor de interpretações que refletem, não raro, posições variáveis e incertas”⁵⁵.

O valor da certeza jurídica de que nosso material genético não será apropriado e utilizado sem nosso consentimento por constituir bem extrapatrimonial incapaz de ser reconhecido como direito subjetivo transmitido por sucessão parecia ser posição fixada no Direito brasileiro até a interpretação subjetivista dada pelo *juiz* deste caso.

A interpretação subjetivista ocorre quando o intérprete atribui significados às expressões normativas sem que tais significados tenham uma justificação racional, revelando uma prática arbitrária, que apresenta como norma jurídica uma visão distorcida da experiência jurídica em que está inserido.

Essa forma de interpretação coloca sob risco o valor inerente e essencial ao Estado Democrático de Direito: a segurança jurídica, pois o que parecia óbvio e seguro juridicamente – o material genético não ser um patrimônio – recebeu uma interpretação que compromete o sistema jurídico e merece ser afastada por meio de um *modelo jurídico prescritivo*⁵⁶.

Miguel Reale sugere um modelo cogente que busca reduzir as lacunas jurídicas quando existe um problema na modelagem da experiência jurídica: o *modelo jurídico prescritivo*. Esclarece o autor que, quando articuladas em uma estrutura, as normas se expressam em modelos consistentes em estruturas normativas, podendo agregar normas providas de uma ou mais fontes. Em síntese, é modelagem da experiência jurídica feita por meio de normas (legais, jurisprudenciais, costumeiras e negociais)⁵⁷.

⁵⁵ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 110.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Idem.

No caso em análise, o *modelo prescritivo* necessário é o realizado por meio da modelagem legal, estabelecida na posição democraticamente adotada pelo legislador e dotada de força objetiva e positiva de obrigatoriedade para limitar à interpretação subjetivista em caso envolvendo RHA.

Portanto, deve-se elaborar um *modelo prescritivo* que considere as estruturas normativas, que ordene os fatos segundo valores, em uma qualificação tipológica de comportamentos futuros ligados às consequências envolvendo as técnicas de reprodução humana assistida, a fim de restaurar a segurança jurídica. Isto porque a norma é uma cristalização do fato somado ao valor, mas o Direito parte das normas, devendo ser afastado o modelo jurídico criado pelo *juiz* do caso, visto que tal modelo estabiliza conflitos morais e amplia incertezas de forma arbitrária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto central deste artigo consistiu em averiguar os aspectos médicos, bioéticos e jurídicos do uso de material genético, no cenário normativo brasileiro, em um procedimento de reprodução humana assistida *post mortem*. O estudo concentrou-se em uma análise casuística capaz de generalizar o problema relativo ao uso do material genético, a fim de estabelecer limites éticos e legais.

A partir do caso analisado, verificou-se que a problemática ganha relevância não apenas de forma hipotética, mas de forma real. O estudo possibilitou a análise da questão em três diferentes interfaces: Medicina, Bioética e Direito.

A interface médica do caso contribuiu para a compreensão dos procedimentos técnicos adotados para realização da reprodução assistida, desde o momento do início até a conclusão. Distinguiram-se as diferentes terminologias médicas em matéria de RHA, bem como se constatou que o procedimento de criopreservação de espermatozoides é uma indicação padrão dos médicos oncologistas, quando há utilização de radioterapias, tendo em vista que as radioterapias podem causar a infertilidade.

No que toca a interface da Bioética, distinguiu-se o processo de consentimento e o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), sendo ampliada a discussão para o campo das condutas e das suas respectivas justificativas éticas. Verificou-se que não houve um processo de consentimento informado no caso, justo porque as partes não foram informadas sobre a destinação do material em caso de morte de um dos depositantes, bem como inexistiu um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), pois o contrato de adesão

assinado pelo paciente denominado pela *clínica* de termo de responsabilidade para congelamento de seu material biológico não se equipara com Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), já que ambos são institutos distintos, possuem efeitos jurídicos diversos e natureza jurídica incomparável.

Assim, utilizou-se o Modelo de Bioética Complexa, sendo possível refletir de forma analítica e dialética. Analítica, sobre os fatos, as circunstâncias envolvidas, o problema, as alternativas e as suas possíveis consequências; e dialética, por possibilitar a reflexão em diferentes perspectivas por meio dos referenciais teóricos adotados e do repertório de casos.

A reflexão, por meio do modelo do MBC, auxiliou no entendimento sobre o processo de tomada decisão do caso. Percebeu-se que este processo envolvia várias partes – *clínica, depositante, autora e juiz* – e que a decisão do casal que procurou as técnicas de RHA estava relacionada ao viver, no sentido de relações e projeções futuras. Porém, essas projeções (planejamento familiar) foram interrompidas pela descoberta do câncer, quando o depositante ingressou no contexto das decisões relativas à vida, no sentido biológico de manter-se vivo. Logo, o MBC permitiu a reflexão complexa, interdisciplinar e compartilhada sobre adequação das ações no caso envolvendo a vida e o viver.

Do ponto de vista jurídico, foram exploradas questões referentes à transferência do material genético humano na forma de sucessão. Percebeu-se que o ordenamento jurídico possibilita o suprimento judicial em prol de um determinado direito⁵⁸. Entretanto, no caso analisado, a fundamentação utilizada pelo intérprete da norma não visou uma adequação ética e legal no uso do material genético humano em processos de reprodução assistida, de forma que o mesmo, ao transferir o material genético para autora, atribui categoria de direitos patrimoniais a um bem da personalidade de cunho extrapatrimonial originado de um negócio jurídico existencial.

Conquanto, é possível concluir que o estudo de caso realizado ampliou a discussão para campo dos Direitos das Sucessões e, por meio da pesquisa empírica, através das referências jurídicas, obtiveram-se os seguintes resultados: (1) o problema ocasionado pelo uso de material genético em uma técnica de RHA está relacionado à *lacuna jurídica* existente; (2) essa lacuna dá margem para uma interpretação subjetivista, cabendo ao intérprete da norma valorar qual critério deve utilizar; e (3) a falta de critérios vinculantes para o intérprete gera

⁵⁸ Art. 5º, inciso XXXV, CFRB/1988; arts. 67, inciso III, 464, 1.519, 1.553, 1.648 e 1.650 do Código Civil.

uma liberdade para quem tem competência, e essa atuação em caso de *lacuna jurídica* torna possíveis decisões que desconsideram a experiência jurídica.

Distinguindo-se das normas feitas tal como uma “colcha de retalhos”, que possibilitam interpretações subjetivistas, necessita-se de um *modelo prescritivo* que limite a possibilidade de interpretação desprendida da experiência jurídica, a fim de restaurar a segurança jurídica sobre o uso do material genético. O presente artigo contribui para a criação de um *modelo prescritivo*, pois a análise feita aqui comporta a observação do plano jurídico brasileiro e as suas estruturas normativas, éticas e sociais.

REFERÊNCIAS

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *The Principles of biomedical ethics*. 1. ed. New York: Oxford, 1978.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

_____. Conselho Federal Medicina. Resolução nº 1.957/2010. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Lei de Biossegurança. Lei nº 11.105/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>.

_____. Lei de Transplantes. Lei nº 9.434. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm>.

CAHALI, F. J.; HIRONAKA, G. M. F. N. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CLOTET J.; FRANCISCONI, C. F.; GOLDIM, J. R. *Consentimento informado e sua prática na assistência e pesquisa no Brasil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 287 p.

FERNANDES, C. F.; PITHAN, L. H. O consentimento informado na assistência médica e o contrato de adesão: uma perspectiva jurídica e bioética. *Revista do HCPA & Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 27, p. 78-82, 2007.

FERNANDES, Márcia Fernandes. Uma abordagem jurídica e bioética sobre as patentes envolvendo células-tronco humanas. In: ALVES, Cristiane Avancini et al. *Bioética e*

responsabilidade. Org. Judith Martins-Costa e Leticia Ludwing Möller. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GHENTE. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/nota_RA.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2014.

GOLDIM, J. R. O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia. *Revista AMRIGS*, 2002;46(3,4):109-16.

_____. Bioética: origens e complexidade. *Revista HCPA*, 2006; 26(2): 86-92.

JUNGES, J. R. *Bioética: perspectivas e desafios*. 1. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, v. 1, 1999. 322 p.

CARROLL, Lewis. *Alice Through the Looking Glass*. Macmillan: UK, 1871.

MANDELBAUM, R. *Contratos de adesão e contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 861 p.

MORIN, E. *Ciência com consciência*. Portugal: Publicações Europa-América, 1982.

POTTER, V. R. *Global Bioethics: Building on the Leopold Legacy*. East Lansing, 1988.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. Para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. xxiv, 391 p.

WINNIPEG Free Press Newspaper Archive: July 12, p. 14, 1984.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Trad. Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

OS JUÍZES BRASILEIROS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AMBIENTAL

BRAZILIAN JUDGES AND JURISDICTIONAL CONTROL LAWS OF ENVIRONMENTAL CONVENTIONALITY

Lídio Modesto da Silva Filho¹

Juiz de Direito (TJMT)

RESUMO: Neste trabalho, é abordado o controle da convencionalidade no Brasil, com releitura de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal e por outros órgãos do Poder Judiciário. Será abordada a incipiência de controle da convencionalidade sendo realizada no Brasil por juízes e tribunais, com enfoque na área de direitos humanos e do meio ambiente. Embora o Brasil seja signatário de inúmeros mecanismos internacionais de proteção do meio ambiente, verifica-se uma escassez de decisões lançando mão destas ferreamentas e sendo utilizadas como paradigmas de controle de normas infra-

constitucionais. Casos concretos são expostos no trabalho, demonstrando a preocupação por parte de Magistrados com os compromissos assumidos pelo Brasil no tocante aos tratados afetos aos direitos humanos e ao meio ambiente. Considerando que recomendações são utilizadas pelos órgãos internacionais e também pelo Conselho Nacional de Justiça, com êxito nestas medidas, sugere-se, ao final, que o CNJ implemente uma proposta de diretriz de *lege lata* e recomende ao Magistrado brasileiro que realize o controle judicial da convencionalidade em sua atuação, proporcionando uma harmonização do

¹ Mestrando em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso - UFMT. Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Pós-Graduado *Lato Sensu* em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ. MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Extensão em Direito Eleitoral, pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Extensão em Direito Eletrônico, pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.

ordenamento doméstico com os mecanismos internacionais de proteção do meio ambiente, que já estão integrados ao nosso sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Controle da convencionalidade ambiental; Conselho Nacional de Justiça; proposta de diretriz *de lege lata* pelo CNJ; harmonização do ordenamento doméstico com mecanismos internacionais de proteção do meio ambiente.

ABSTRACT: *This work analyses the Control of Conventionality in Brazil, with rereading of cases decided by the Supreme Court and other organs of the judiciary. Will be approached incipient control of conventionality held in Brazil by judges and courts, focusing on the area of human rights and environment. Although Brazil is a signatory to numerous international mechanisms of protection of the environment, there is a shortage of decisions by making use of these tools and paradigms used as control standards. Concrete cases are exposed in this article, demonstrating the concern of magistrates with the commitments made by Brazil in relation to the effects of human rights and environmental treaties. Considering that whenever the recommendations are used by international agencies and also by the National Council of Justice it's a success, it is suggested that the NCJ implement a guideline proposal de lege lata and recommend the brazilian magistrate to use the Judicial Control Conventionality in his operation, providing a harmonization of domestic laws with international mechanisms for the protection of the environment, which are already integrated into our legal system.*

KEYWORDS: *Control of environmental conventionality; National Council of Justice; guideline proposal de lege lata by CNJ; harmonization of domestic laws with international mechanisms for protecting the environment.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: casos selecionados; 2 Perspectivas quanto à aplicabilidade do controle de convencionalidade ambiental pelos juízes e tribunais nacionais; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Jurisdictional control laws of conventionality by the Supreme Court: selected cases; 2 Perspectives on the applicability of jurisdictional control laws of environmental conventionality by brazilian judges and courts; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

É conveniente destacar que o tema está sendo abordado sem a mínima pretensão de que seja esgotado, sobretudo pelo fato de tratar-se de assunto jurídico que vem sendo construído ao longo da história; todavia, tem-se o propósito de, em linhas superficiais, tratar do surgimento do controle de convencionalidade no Brasil e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal e outros Tribunais neste país, com demonstração de casos

concretos, assim como é abordada a insipiência da aplicabilidade do controle de convencionalidade na seara ambiental pelos juízes e tribunais brasileiros, não obstante a Corte Interamericana de Direitos Humanos já haver consignado, no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*², que é dever do Poder Judiciário exercer o controle de convencionalidade quando da aplicação do direito.

O caso *Almonacid Arellano vs. Chile* revela-se importante neste trabalho não somente pela manifestação da Corte em assentar o dever dos Estados em realizar o controle de convencionalidade de suas leis, mas também por ser um caso efetivo de controle de convencionalidade de âmbito externo e que demonstra a sistemática do controle. Em suma, o caso trata de petição encaminhada em 1998 à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual sustentava a responsabilização da República do Chile sob alegação de esta violar o direito de acesso à justiça em desrespeito aos arts. 1º, 8º e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, pois teria decretado o arquivamento definitivo do processo do assassinato de Luis Alfredo Almonacid Arellano, em razão da aplicação da anistia implementada pelo Decreto-Lei nº 2.191, de 1978.

O caso relata que Almonacid Arellano era vinculado ao Partido Comunista do Chile e, por este motivo, teria sido retirado de sua residência na presença de seus familiares por um grupo de policiais que o agrediu e o teria assassinado com um tiro de arma de fogo.

Ao ser submetido o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2006, esta decidiu que o Decreto-Lei chileno nº 2.191 era incompatível com a Convenção Interamericana e que houve violação das obrigações de respeitar os direitos e as liberdades reconhecidos no Pacto de San José da Costa Rica, bem como não permitiu ao acusado o acesso ao devido processo legal. Reconheceu, ainda, a Corte que o Chile não concedeu a Almonacid Arellano o direito à proteção judicial quando estava sofrendo violação de direito fundamental.

Em razão do julgamento relativo a *Almonacid Arellano vs. Chile*, que estabeleceu, em seu texto, o dever dos Estados em aplicar o controle de convencionalidade de suas leis, serão abordados casos que foram analisados por Cortes brasileiras.

Ao final, espera-se que se possa concluir pelo reconhecimento positivo desse processo de aplicação do controle de convencionalidade, inclusive demonstrar a possibilidade de o Conselho Nacional de Justiça – CNJ formular

² Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (Caso 12.057), J. 26.09.2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 05 maio 2014.

proposta de uma diretriz *de lege lata* quanto à aplicação do controle de convencionalidade pelos juízes e tribunais brasileiros quando da realização de seu mister, recomendando uma nova postura do aplicador do Direito no Brasil.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CASOS SELECIONADOS

O controle de convencionalidade das leis no Brasil é uma teoria desenvolvida pioneiramente por Valerio Mazzuoli³ quando da defesa de sua tese doutoral, em 4 de novembro de 2008, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e, posteriormente, por meio da sua obra *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, publicada em 2009, importando destacar que, no Brasil, o tema ainda é trazido à baila com pouca frequência na doutrina.

O estudo será dividido com a classificação do controle de convencionalidade em âmbito interno, doméstico, desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal e por Tribunais Estaduais, com citação de casos exemplificativos e, em âmbito internacional, quando o controle é feito por uma Corte Internacional, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, optando-se apenas por citar o exemplo do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em razão de a proposta deste trabalho ter como escopo a atuação de juízes brasileiros. Salienta-se que este caso é relevante porque, segundo Néstor Pedro Sagues⁴, é considerado o caso que inaugura a doutrina do controle de convencionalidade no continente americano.

A melhor compreensão do instituto dar-se-á por meio de leitura de alguns casos concretos que servem de paradigma para sua evolução.

Conforme assinalado acima, convém destacar que, quanto ao controle de convencionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete última da Convenção Americana, da qual o Brasil é signatário, consignou que o Poder Judiciário interno *deve* exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” em sua atuação, sendo que Mazzuoli⁵ chama atenção para a redação imperativa do texto.

³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 23.

⁴ SAGUES, Néstor Pedro apud MAZZUOLI. Op. cit., p. 85.

⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Loc. cit., p. 86.

Ao falar em controle de convencionalidade, Mazzuoli⁶ propõe a existência dos controles *difuso* e *concentrado* de convencionalidade exercitados pelo Poder Judiciário interno.

Afirma ainda que a produção normativa doméstica passa a ter um duplo limite vertical material, sendo o primeiro a Constituição e os tratados de direitos humanos e o segundo os demais tratados internacionais comuns vigentes no País, que teriam *status* de supralegalidade. Diz ainda haver nova técnica judicial de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos.

Entende que, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, o Brasil passou a contar com um novo tipo de controle das normas infraconstitucionais – o controle de convencionalidade das leis.

Para Mazzuoli, a *Constituição Federal (no caso do direito brasileiro atual)* deixou de ser o único paradigma de controle das normas de direito interno. Para o autor, agora também são paradigmas de controle da produção normativa doméstica e de sua aplicação os tratados internacionais de direitos humanos (controle difuso e concentrado de convencionalidade), bem assim os instrumentos internacionais comuns (controle de supralegalidade), no que se pode dizer existir (doravante) uma nova pirâmide formal do direito entre nós.

Verifica-se uma alteração na Pirâmide de Kelsen, que anteriormente era composta apenas pelas leis ordinárias na base e pela Lei Maior no topo. Agora, toda lei que for contrária aos tratados de direitos humanos passa a ser desprovida de validade.

Diz Mazzuoli⁷ que,

nessa nova pirâmide jurídica ora existente, a Constituição e os tratados de direitos humanos – quer ou não tenham sido aprovados com *quorum* qualificado no Congresso Nacional – estão no topo, os tratados internacionais comuns estão no primeiro degrau abaixo desse topo e, finalmente, as demais leis e espécies normativas domésticas estão abaixo desses tratados internacionais comuns (sendo, por isso, mais que infraconstitucionais, também *infraconvencionais*).

⁶ Ibid., p. 10 et seq.

⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 165.

Ao falar sobre uma nova técnica judicial de compatibilização vertical, verifica-se que o controle de convencionalidade exercido pelos tribunais e Magistrados brasileiros deve, também, seguir o padrão interpretativo definido pela Corte Americana, intérprete última da Convenção Americana, inclusive o realizando sem provocação de nenhuma parte, ou seja, *ex officio* e, caso o Poder Judiciário se negue a controlar a convencionalidade pela via difusa, enseja motivação para ser responsabilizado internacionalmente⁸.

De fácil percepção que a tese defendida por Mazzuoli de que os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada, conforme consta no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, teriam *status* constitucional e, diferentemente, para o Supremo Tribunal Federal, teriam o *status* de supralegalidade. Para Mazzuoli, os demais tratados comuns que não dizem respeito aos direitos humanos é que teriam *status* de supralegalidade, e, para o Supremo Tribunal Federal, teriam valor legal⁹.

A posição ora definida pelo STF ocorreu em 2006, no julgamento do RE 466.343-1/SP¹⁰, que tratava da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia, tendo ficado assentado o posicionamento de que os tratados de direito humanos seriam supralegais, estando abaixo da Constituição e acima da legislação infraconstitucional, bem como ficou definido que os demais tratados internacionais comuns teriam *status* de lei.

A tese do Ministro Celso de Mello, vencida por cinco votos a quatro, sustentava o valor constitucional dos tratados de direitos humanos, como defende Mazzuoli; todavia, este julgado ocorreu em sede de controle difuso em um recurso extraordinário, não em uma ação direto de inconstitucionalidade – ADIn, de modo que está em aberto a discussão e, em havendo mudança na composição da Corte Suprema, e, sendo possível nova oportunidade de discussão, o cenário pode ser outro.

Serão abordados, neste ponto, casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal em que houve exercício do controle de convencionalidade pela Corte.

⁸ Ibid., p. 87.

⁹ Ibid., p. 154 et seq.

¹⁰ STF, Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluzo, Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

1.1 CASO “GOMES LUND VS. BRASIL” (CASO DA GUERRILHA DO ARAGUAIA)

A Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979¹¹, estabeleceu, em seu art. 1º, que era concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, tivessem cometido crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, a militares, entre outros, sendo que considerou crimes conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Neste período, houve a Guerrilha do Araguaia, um movimento político realizado por pessoas ligadas a um partido comunista contrário ao regime militar que predominava na época, sendo que houve o desaparecimento forçado de pessoas, e os crimes praticados durante o período jamais foram investigados ou julgados.

Contra esta lei houve interposição perante o Supremo Tribunal Federal de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 153¹², questionando a compatibilidade da lei com a Constituição Federal brasileira.

Ao julgar a ADPF, o Supremo desconsidera compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e valida a Lei de Anistia, em evidente ausência de exercício do controle de convencionalidade da lei em relação ao disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O caso é encaminhado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH e leva o nome de caso *Gomes Lund vs. Brasil*¹³, sendo que a Corte Interamericana decidiu pela invalidação da lei de anistia brasileira, exercendo o controle da convencionalidade diante da inércia da atuação do Judiciário doméstico, assim como já havia decidido de forma análoga no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, tendo, inclusive, manifestado expressamente

¹¹ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 03 ago. 2014.

¹² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

¹³ Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, J. 24.11.2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/>. Acesso em: 05 maio 2014.

pela incompatibilidade da lei brasileira com a Convenção Americana, e ainda advertido o Estado, conforme a seguir:

O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*).

A Corte brasileira desconsiderou a jurisprudência internacional e não analisou a Lei de Anistia em consonância com o que estabelece a Convenção Americana. Nesta esteira de pensar, afiançou Flávia Piovesan¹⁴:

À luz da experiência brasileira, conclui-se que: (a) não há incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana dos parâmetros protetivos internacionais pelo STF; (b) há uma tensão intragovernamental a respeito da política de Estado em prol da memória, verdade e justiça; e (c) há a afronta aos direitos à verdade e à justiça.

Ao ratificar instrumentos internacionais, o Estado assume compromissos perante a comunidade internacional que se traduzem em benefício das pessoas protegidas, sendo que passa a haver uma interação entre o direito internacional e o direito interno. Flávia Piovesan¹⁵ traça as seguintes considerações em relação a essa interação e os compromissos assumidos:

Em face dessa interação, o Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 84.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 379.

de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional.

Oportuno consignar que fica destacada a contestável atuação praticada pela Corte brasileira ao não exercer o controle de convencionalidade quando teve a oportunidade de demonstrar o compromisso com a busca pela verdade e com a realização da justiça.

1.2 CASO DAS RINHAS DE GALO

Clifford Geertz¹⁶ afirma que na Indonésia, mais precisamente em Bali, as brigas de galos são parte do estilo de vida balinês e descreve essa paixão:

Colocam ainda pimenta malagueta pelo bico adentro e no ânus para excitá-los. Eles são banhados com a mesma preparação cerimonial de água morna, ervas medicinais, flores e cebolas com a qual as crianças são banhadas e, quando se trata de um galo premiado, tantas vezes quanto as crianças. Suas cristas são cortadas, sua plumagem preparada, sua esporas aparadas e suas pernas massageadas, e eles são inspecionados à procura de manchas com a mesma concentração de um mercador de diamantes. [...] Nós todos somos loucos por galos.

A loucura tem, porém, algumas dimensões menos visíveis, pois, embora seja verdade que os galos são expressões simbólicas ou ampliações da personalidade do seu proprietário, o ego masculino narcisista em termos esopianos, eles também representam expressões – e bem mais imediatas – daquilo que os balineses veem como a inversão direta, estética, moral e metafísica da condição humana: a animalidade.

Embora faça parte da cultura balinesa, as brigas de galo são ilegais em Bali desde que foi proclamada a República.

Da mesma maneira que em Bali, as brigas de galo ocorriam no Brasil e ainda há notícias de ocorrerem na clandestinidade, exatamente em razão da paixão existente pelo homem em relação a essa prática.

¹⁶ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008. p. 186 et seq.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de julgar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei nº 2.895/1998 (ADIn 1856)¹⁷, do Rio de Janeiro, quando foi declarada a inconstitucionalidade da lei que regulava a briga de galos combatentes no Estado, sendo que a ementa do julgado ficou vazada nos seguintes termos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Briga de galos (Lei fluminense nº 2.895/1998). Legislação estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa. Diploma legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga. Crime ambiental (Lei nº 9.605/1998, art. 32). Meio ambiente. Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225). Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade. Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. Proteção constitucional da fauna (CF, art. 225, § 1º, VII). Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural. Reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual impugnada. Ação direta procedente. Legislação estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes. Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna. Inconstitucionalidade. A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou

¹⁷ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1856/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitarem todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga (*gallus-gallus*). Magistério da doutrina. Alegação de inépcia da petição inicial. Não se revela inepta a petição inicial que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a consequente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (STF, ADIn 1856/RJ, Lei fluminense nº 2.895/98, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, J. 26.05.2011)

A ação foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, e a inconstitucionalidade da lei fluminense que autorizava a realização de competições entre galos combatentes foi declarada por unanimidade pela Corte, que acompanhou o voto do Ministro Celso de Mello, sendo afastada a tese de que as brigas de galos combatentes seriam qualificadas como atividade desportiva, prática cultural ou expressão folclórica.

Em seu voto, o ministro asseverou que as brigas de galo são uma prática que o ordenamento jurídico brasileiro considera ilícita e criminosa, por tratar-se de evidente prática de crueldade com os animais, e, ao tratar do que estabelece a Constituição Federal quanto à proteção ambiental, deixou a seguinte consideração:

Vê-se daí que o constituinte objetivou, com a proteção da fauna, e com a vedação, entre outras, de práticas que submetam os animais a crueldade, assegurar a efetividade do direito fundamental à preservação da integridade do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural [...].

E prossegue em sua fundamentação:

A preocupação com o meio ambiente – que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras – tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade.

Entre os vários fundamentos ambientalistas que serviram de base para decidir o caso, invocou-se o direito internacional buscando sustentáculo na Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972) e nas Conclusões da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio/92.

Embora não seja evidenciada a terminologia sendo empregada no corpo do texto, a decisão trata-se de claro controle da convencionalidade da lei fluminense nesta atuação do Supremo Tribunal Federal.

1.3 CASO DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS

Outra decisão relevante para este estudo e que houve o efetivo controle da convencionalidade foi na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

nº 101¹⁸, em que se deliberou acerca de matéria ambiental afeta à importação de pneus usados no Brasil, à reciclagem e à ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente, que ocasiona desequilíbrio a este.

A ADPF foi ajuizada em razão de inúmeras decisões de juízes federais de várias unidades da federação e de diversos Tribunais Regionais Federais que estavam a permitir a importação de pneus usados e remoldados, em evidente afronta aos preceitos constitucionais de proteção à saúde e ao meio ambiente.

Na peça de ingresso¹⁹, o arguente alegou que a Convenção da Basileia entrou em vigor em 05.05.1992 e nela reconheceu-se que

a maneira mais eficaz de proteger a saúde humana e o ambiente dos perigos causados [pelos resíduos perigosos] é reduzir a sua produção ao mínimo, em termos de quantidade e ou potencial de perigo, [bem como] [...] qualquer Estado tem o direito soberano de proibir a entrada ou eliminação de resíduos perigosos estrangeiros e outros resíduos no seu território.

A ementa do julgado do STF ficou vazada nos seguintes termos:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental: adequação. Observância do princípio da subsidiariedade. Arts. 170, 196 e 225 da Constituição da República. Constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados. Reciclagem de pneus usados: ausência de eliminação total de seus efeitos nocivos à saúde e ao meio ambiente equilibrado. Afronta aos princípios constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Coisa julgada com conteúdo executado ou exaurido: impossibilidade de alteração. Decisões judiciais com conteúdo indeterminado no tempo: proibição de novos efeitos a partir do julgamento. Arguição julgada parcialmente procedente. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos

¹⁸ STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº ADPF 101/DF, Relª Min. Carmen Lúcia, J. 24.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 05 maio 2014.

¹⁹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, Relatório, p. 3.

fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio - OMC, a partir de 20.06.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser

observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação, é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário nº 202.313, Relator Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário nº 203.954, Relator Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 07.02.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal *ad hoc*, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e

cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto, tornam-se focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, I e VI, e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada parcialmente procedente. (ADPF 101/DF, Rel^a Min. Cármen Lúcia, J. 24.06.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em: 05 maio 2014)

Em sua decisão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da legislação que proíbe a importação de pneus usados, demonstrando direcionamento à garantia de um peso maior às questões inerentes à saúde e à preservação ambiental que aos argumentos dos interessados que afirmaram tratar-se de afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer²⁰, ao tratarem do caso e reconhecerem o acerto da decisão e a forma exemplar da atuação da Corte Constitucional, afirmaram que:

Os prejuízos trazidos à saúde pública e à proteção do ambiente pela importação de pneus usados foram bem apontados na decisão do STF, notadamente em relação ao fato de, além do expressivo passivo ambiental produzido anualmente no Brasil, a importação de milhões de pneus usados, sem que o País disponha de processo tecnológico de destinação final ambientalmente segura e eficaz dos resíduos sólidos gerados, acaba por ocasionar inestimável degradação ecológica. Tal se dá em razão de que os métodos ora adotados não decompõem esses resíduos, mas apenas os transformam, por incineração, resultando na emissão de substâncias extremamente tóxicas e mutagênicas, que causam severos efeitos negativos à saúde e ao ambiente.

De forma didática, a Ministra Cármen Lúcia elaborou breve histórico da legislação sobre a matéria envolvida na ADPF 101 e afirmou que a *arguição fere, especificamente, três preceitos constitucionais fundamentais, a saber, o direito à saúde e, conexo a ele, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225, da Constituição brasileira)*, tendo citado várias normas que foram utilizadas para o deslinde da causa, sendo que destaque alguns exemplos a seguir, exatamente como disposto pela Relatora:

Em 1980, o Congresso dos Estados Unidos da América aprovou o *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act - CERCLA* ou *Superfund* para combater os danos causados pelos resíduos perigosos que são jogados fora ou abandonados, sem controle por qualquer órgão ou empresa e, ainda, para estabelecer o respectivo fundo para financiar medidas rápidas e processos de descontaminação. O

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 341.

objetivo, então, foi “desenvolver atividades de saúde pública especificamente associadas à exposição, real ou potencial, a agentes perigosos emitidos ao ambiente”. (Fonte: Portal Saúde do Governo Federal)

Em 1981, o *Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente* promoveu reunião de *Peritos em Legislação Ambiental em Montevideú*, preocupados com o transporte de resíduos tóxicos e poluentes entre países e idealizou o que viria a ser a *Convenção da Basileia*. (grifos nossos)

Em 16.06.1992, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo nº 34, pelo qual se aprovou o texto da *Convenção da Basileia*, e, em 15.10.1992, o Brasil depositou sua carta de adesão, que passou a vigorar em 30.12.1992.

Em 1982, foi celebrada em Montego Bay, na Jamaica, a *Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos do Mar*, pela qual se declarou que a maior parte dos poluentes marítimos é originária dos continentes, donde a declaração da necessidade de se estabelecerem regras, padrões e ações para prevenir a degradação do ambiente marinho. (grifos nossos)

Em 04.08.1987, foi publicado o *Relatório Nosso Futuro Comum, ou Relatório Brundtland, resultado de estudos promovidos pela Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – UNCED* e chefiados pela Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland, no qual se difundiu o termo “*desenvolvimento sustentável*” como “*o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades*”. (grifos nossos)

Entre 3 a 14 de junho de 1992, realizou-se, no Rio de Janeiro, a *Conferência da ONU em Meio Ambiente e Desenvolvimento – UNCED* ou Eco-92, na qual se discutiu não apenas o meio ambiente, mas a economia e suas consequências sobre o meio ambiente. Desse encontro

resultaram alguns documentos: a) A Carta da Terra; b) três convenções (Biodiversidade, Desertificação e Mudanças Climáticas); c) a declaração de princípios sobre florestas; d) a Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento; e e) a Agenda 21 (base para que cada Estado elabore seu plano de preservação do meio ambiente). Ali foram confirmadas as diretivas da Conferência de Estocolmo, 1972, além da validação de outros conceitos, como o desenvolvimento sustentável e o princípio poluidor-pagador. (grifos nossos)

Em 1998, foi adotada a *Convenção de Rotterdam* ou *Convenção PIC sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas*, assinado por mais de 75 países, para reduzir riscos associados ao uso de pesticidas e produtos químicos perigosos das atividades industriais. *Por ela se permite que países signatários, como o Brasil, deliberem sobre quais produtos químicos perigosos poderão ser importados em seu território e quais serão proibidos, por apresentarem riscos ao meio ambiente e à saúde humana.* A *Convenção PIC*, a *Convenção da Basileia sobre Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Tóxicos* e a *Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes – POP* constituem a base das normas internacionais que regulam a produção, o transporte internacional e o comércio de certas substâncias químicas consideradas tóxicas ou prejudiciais à saúde e ao meio ambiente. (grifos nossos)

Em 24.02.2004, entrou em vigor, no Brasil, a *Convenção de Rotterdam sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de certas Substâncias Químicas*.

O processo de descarte dos pneus importados causa severos efeitos negativos à saúde e polui o meio ambiente, uma vez que são emitidas substâncias extremamente tóxicas e mutagênicas, o que foi considerado pelo Supremo Tribunal Federal para invocar instrumentos internacionais de proteção

de direitos humanos e ambientais para decidir pela constitucionalidade da legislação que proíbe a importação de pneus usados.

Embora tenhamos os julgados acima como exemplo, conforme entendimento de Mazzuoli, a aplicação de tratados ambientais é sempre em sentido *lato*, não *strito sensu*.

Com a demonstração de apenas três exemplos acima, verifica-se que há a aplicabilidade do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, nominar o mecanismo corretamente. O que se observa é um equívoco terminológico sobre o assunto ou omissão de reconhecimento da ferramenta de controle de produção normativa ou jurisdicional da norma doméstica.

2 PERSPECTIVAS QUANTO À APLICABILIDADE DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE AMBIENTAL PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS NACIONAIS

Ainda que Mazzuoli²¹ afirme que possui claro propósito de fazer chegar suas ideias ao Poder Judiciário, ao qual imputa a responsabilidade maior de controlar a convencionalidade das leis dentro do Estado, conforme decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos desde 2006, bem como reconheça que os Magistrados brasileiros já controlam a convencionalidade das leis nas sentenças e acórdãos que proferem, percebe-se que, efetivamente, ainda há escassez de decisões neste sentido em nosso País, sobretudo quando relacionados ao meio ambiente.

Juízes timidamente aplicam os tratados e convenções aos quais o Brasil aderiu, sendo que menos da metade de Tribunais de Justiça e muito menos os Tribunais Regionais Federais possuem varas especializadas de meio ambiente ou de direito agrário.

Basicamente as decisões dos Magistrados das varas ambientais fundam-se na Constituição Federal, na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938/1981, na Lei Ambiental – Lei nº 9.605/1998, no Código Ambiental, quando as questões versam sobre fixação de limites em reservas e APPs e em Códigos Estaduais do Meio Ambiente.

²¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Op. cit., p. 9.

Além das normas básicas, o que mais é utilizado pelos juízes brasileiros é o Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934), o Código Florestal (Lei nº 4.771/1965), a Lei de Proteção à Fauna, conhecida por Código de Caça (Lei nº 5.197/1967), o Código de Pesca (Decreto-Lei nº 221/1967), Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/1979), Lei das Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental (Lei nº 6.902/1981), as Medidas para Proteção das Florestas nas Nascentes dos Rios (Lei nº 7.754/1989), Lei de Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde (Lei nº 8.080/1990), a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997), o regramento de Zoneamento Ecológico-Econômico do Brasil (Decreto nº 4.297/2002), o regramento de Gestão de Florestas Públicas para Produção Sustentável (Lei nº 11.284/2006).

Pela legislação básica, e mais, até pelas demais normas, é possível ver que a atuação dos Magistrados é restrita, devendo ser mais abrangente e os Magistrados e tribunais agirem com uma perspectiva mais proativa, atual e humanizada, em harmonia com o que os tratados internacionais de proteção prescrevem e de acordo com o padrão de interpretação destes tratados realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, realizando o controle de convencionalidade em seus trabalhos.

Pérez Luño²², em sua obra *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*, cita a célebre máxima de Montesquieu, quando este indica em sua obra, *O espírito das leis*, a atuação de um juiz adstrito ao rigor de uma lei como um sujeito autômato que se limita a aplicar as consequências jurídicas previstas nas normas legais aos fatos. Segue a célebre frase: “A boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor das mesmas”.

Ronald Dworkin²³ afirma, em sua obra *A justiça de toga*, que os juízes não devem limitar sua tarefa na mera identificação das normas aplicáveis a cada processo. De modo especial, naqueles casos em que dessa aplicação derivariam consequências abertamente injustas ou ineficazes devem remeter-se aos princípios nos quais se inserem os grandes valores morais e políticos da comunidade, para propiciar uma sentença justa.

²² LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65.

²³ DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3.

Nesta obra, Dworkin narra o caso do Juiz Oliver Wendell Holmes, do Tribunal Supremo americano, que convidou um jovem para lhe acompanhar até seu carro e, como agradecimento do breve convívio, o jovem disse ao Magistrado: “Faça justiça, Magistrado”. Teve imediatamente como resposta a seguinte afirmação: “Este não é meu trabalho”.

Dworkin reprova o Magistrado que não tenha como missão a obrigação de se fazer justiça.

Ainda que os tratados internacionais de meio ambiente estejam à disposição dos juízes brasileiros, estes ou não os conhecem, ou simplesmente não os aplicam, perdendo a oportunidade de se tomar a medida mais justa quando utilizada norma de direito internacional com caráter mais protetivo.

Este comportamento revela a passividade dos juízes e tribunais brasileiros em proteger os direitos humanos e o meio ambiente, incluindo o Conselho Nacional de Justiça, que possui, como uma de suas funções, o aperfeiçoamento do Judiciário de todo o território nacional, estando um passo atrás em relação ao sistema internacional; todavia, há tribunais no Brasil com julgados com efetivo exercício do controle da convencionalidade sendo realizado por Magistrados, emergindo como uma nova tendência a servir de diretriz para os julgadores brasileiros.

2.1 O INCIPIENTE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO AMBIENTAL PELOS JUÍZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS

Apesar do acanhado número de decisões brasileiras em sintonia com o que estabelecem os tratados internacionais de proteção do meio ambiente, a perspectiva de um novo tempo já está ocorrendo por diversos fatores, sobretudo pela compreensão de alguns Magistrados no enfrentamento de desafios e percepção da necessidade de haver uma tomada de consciência ambiental para utilizar-se o que se tem de forma sustentável e garantir a possibilidade de usufruto também para as gerações futuras.

Não obstante a incipiência de Magistrados controlando a convencionalidade em suas atuações, há casos que merecem consideração, como os que adiante seguem.

2.1.1 Caso da Carbonífera Treviso – Julgamento do TRF 4/SC

Mazzuoli²⁴ afirma, em sua obra *Direito dos tratados*:

Inicialmente, cabe destacar a dificuldade do Poder Judiciário pátrio (especialmente instâncias ordinárias) em lidar com a aplicação dos atos internacionais quando não se alega qualquer proteção convencional na exordial, e pela análise do caso concreto entende-se que o juiz deveria conhecer e aplicar o tratado. Ora, quando um tratado se integra à ordem jurídica nacional, passa a compor o acervo normativo pátrio, devendo então o Judiciário aplicá-lo tal como se lei interna fosse, ainda que não alegado pelas partes: *jura novit curia*.

Ainda que haja essa dificuldade salientada pelo doutrinador e, como salientado em linhas anteriores, que existe uma escassez de julgados com base em tratados internacionais, merece destaque o caso ocorrido em Santa Catarina, em que a empresa carbonífera Treviso S/A foi condenada juntamente com a União, porque solidariamente responsável, a recuperar as áreas dos imóveis onde eram mantidas atividades mineradoras, em razão de degradação ocorrida pela extração de minérios encerrada anteriormente a 1972.

Houve recurso de agravo de instrumento²⁵ contra a decisão prolatada em ação civil pública do Juízo da 1ª Vara e Juizado Especial Federal Criminal Adjunto da Subseção de Criciúma, Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina, visando à imediata execução da sentença que determinou a reparação dos danos ambientais provocados pela atividade de mineração.

O Juiz Federal Roger Raupp Rios, relator do voto-vista, entendeu aplicáveis, no caso concreto, princípios de direitos humanos consagrados em diversos instrumentos internacionais, incorporados ao Direito brasileiro, tendo citado como exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 29) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 30), de modo que fez valer o *direito fundamental ao ambiente*, diante de tamanha degradação, determinando

²⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 493.

²⁵ BRASIL. TRF 4ª R., AI 2007.04.00.041445-7/SC, Recorrente: União Federal, Recorrido: Ministério Público Federal, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Porto Alegre, 17 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=2759534>. Acesso em: 05 maio 2014.

a reparação dos danos ambientais provocados pela atividade de mineração realizada no sul do Estado de Santa Catarina.

O relator do voto-vista entendeu que a União tinha responsabilidade em recuperar as áreas exploradas e degradadas anteriormente ao ano de 1972, referindo-se expressamente a instrumentos internacionais de direitos humanos, em homenagem a uma interpretação mais favorável aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, fazendo expresso destaque para a seara ambiental, entendendo que o ambiente saudável e equilibrado constitui-se em um dos direitos humanos e fundamentais mais urgentes na atualidade, consignando: “No caso concreto, cuida-se de um dos direitos humanos e fundamentais mais urgentes na atualidade: o ambiente saudável e equilibrado”.

Segue trecho de sua decisão:

Voto pelo desprovimento deste agravo de instrumento. Assim o faço valendo-me da fundamentação exarada no AI 2007.04.00.039575-0, que segue abaixo. [...]

O segundo, de ordem substancial, refere-se ao princípio hermenêutico da interpretação mais favorável aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. [...]

Este procedimento não só cumpre corretamente o definido pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às relações entre os obrigados solidários, como também, e o que é mais importante, concretiza o núcleo do título judicial exequendo, fruto da atuação conjunta do Juízo de Primeiro Grau, deste Tribunal Regional e do Superior Tribunal de Justiça: fazer valer o direito fundamental ao ambiente, em situação de tamanha degradação.

Com efeito, *está consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, incorporados ao Direito brasileiro, o princípio da interpretação mais favorável a estes direitos. Exemplos disso são a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 29) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 30). No caso concreto, cuida-se de um dos direitos humanos e fundamentais mais urgentes na atualidade: o ambiente saudável e equilibrado. O direito processual, mormente quando se trata de execução de sentença objetivando concretizar direito de tão*

importante magnitude, deve atender sua missão: fazer prevalecer o direito material reconhecido. (grifos nossos)

Assim ficou ementado o acórdão:

Direito ambiental. Execução. Dever de recuperação de área degradada. Responsabilidade da União. Provimento judicial condenatório em ação civil pública. Interpretação mais favorável aos direitos humanos e fundamentais. Princípio hermenêutico consagrado no direito internacional dos direitos humanos e aplicável em matéria ambiental. Função instrumental do direito processual. 1. Na presente execução de sentença, a União responde pelo dever de recuperação de área ambiental degradada, conforme deflui dos termos do provimento judicial exequendo, de acordo com o teor da sentença proferida na ação civil pública e dos recursos de apelação e especial interpostos. 2. Incidência do princípio hermenêutico da interpretação mais favorável aos direitos humanos e aos direitos fundamentais, consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos, incorporados ao direito brasileiro, tais como Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 29) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 30). 3. Hipótese de um dos direitos humanos e fundamentais mais urgentes na atualidade: o ambiente saudável e equilibrado. 4. O direito processual, mormente quando se trata de execução de sentença objetivando concretizar direito de tão importante magnitude, deve atender sua função instrumental, que é fazer prevalecer o direito material reconhecido. 5. Ausentes condições de reais de cumprimento da obrigação pelas empresas carboníferas, a responsabilidade da União pela recuperação ambiental não prejudica posterior recuperação do dispendido. Procedimento que não só cumpre corretamente o definido pelo Superior Tribunal de Justiça quanto às relações entre os obrigados solidários, como também, e o que é mais importante, concretiza o núcleo do título judicial exequendo, fruto

da atuação conjunta do Juízo de Primeiro Grau, deste Tribunal Regional e do Superior Tribunal de Justiça: fazer valer o direito fundamental ao ambiente, em situação de tamanha degradação e com impacto imenso para as áreas e comunidades atingidas. 6. Recurso desprovido. (grifos nossos)

O exemplo do julgamento de Santa Catarina revela total controle de convencionalidade judicial no exercício da função dos Magistrados, quando definiram o caso utilizando-se do ordenamento doméstico em compatibilidade com os instrumentos internacional de proteção do meio ambiente.

2.1.2 Caso da propaganda de tabaco - Julgamento do TRF 4/RS

Ainda que escassas as decisões em que há o controle da convencionalidade no Brasil, bem como não haja recomendação por parte do CNJ neste sentido, há Magistrados e tribunais que atuam com missão de garante dos direitos fundamentais dos indivíduos, conferindo efetividade aos direitos fundados em instrumentos internacionais que este país já aderiu.

Quando o Ministro Celso de Mello proferiu voto divergente no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP²⁶, registrou, na ocasião, seu posicionamento em relação à missão dos juízes, conforme a seguir:

[...] convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

O juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados nos direitos das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de

²⁶ BRASIL. STF, RE 466.343-1/SP, Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos, Rel. Min. César Peluso, DJE 104, Ementário n. 2363-6, p. 1106-1330, dez. 2008.

atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos Magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana.

Nesta esteira de pensamento, destaca-se outro caso relevante de controle de convencionalidade sendo exercido em no Brasil, com a compatibilização normativa sido verificada com convenções de direito ambiental, quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.046270-5/RS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²⁷, que tratou da defesa dos indivíduos e da família em face da propaganda do tabaco, relacionando o problema diretamente ao malefício aos direitos à vida, à saúde e ao ambiente.

Adiante segue trecho do voto do relator do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.046270-5/RS do TRF/4, o Juiz Federal Roger Raupp Rios:

Assentada a adequação e a necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito também está, no caso, satisfeita. A defesa do indivíduo e da família em face da propaganda do tabaco, por meio de advertências quanto ao malefício decorrente do consumo, é um objetivo constitucional que se relaciona diretamente aos direitos à vida, à saúde e ao

²⁷ BRASIL. TRF 4ª R., AI 2008.04.00.046270-5/RS, Recorrente: Sindicato da Indústria do Fumo no Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, Rel. Juiz Roger Raupp Rios, Porto Alegre, 31 de março de 2009. Disponível em: <http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2756946&hash=383efa336a79f65950568014d6bf8f03>. Acesso em: 05 maio 2014.

ambiente, apresentando forte carga valorativa em seu favor. O exercício da liberdade de expressão do discurso publicitário, por sua vez, também é um princípio constitucional valioso. A Constituição, diante disso, admitiu a liberdade de expressão publicitária com restrições, visando a advertir o indivíduo e a família dos malefícios do tabaco. Esta tomada de posição revela, portanto, já no texto original da Constituição, a preocupação e a valorização da vida, da saúde e do ambiente em face do discurso publicitário tabagista, pois é este que a Constituição restringe.

[...]

Nesta linha, a propósito, deve-se invocar a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, adotada pelos Países-membros da OMS e assinada pelo Brasil em junho de 2003 (promulgada pelo Decreto nº 5.658, de janeiro de 2006²⁸).

Independentemente da posição que se tomar quanto à qualificação jurídica dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em face dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição, estes fazem parte do chamado “bloco de constitucionalidade” (somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados, na dicção de Celso Lafer, citado no Habeas Corpus nº 90.450-5, Rel. Min. Celso de Mello, onde esta questão foi examinada na jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal Federal).

Daí que, além do próprio texto constitucional restringir, de forma qualificada e substancial, a propaganda do tabaco, com a inclusão de advertência, disposições oriundas da aludida *Convenção-Quadro* reforçam a conclusão pela possibilidade da adoção das imagens ora discutidas. (grifos nossos)

²⁸ BRASIL. Decreto-Lei nº 5.652, de 2 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção-Quadro sobre Controle do Uso do Tabaco, adotada pelos Países-membros da Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5658.htm>. Acesso em: 20 ago. 2014.

A Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco faz parte de estratégia internacional para proteger a saúde pública global, de iniciativa da Organização Mundial da Saúde - OMC, visando a tomar o compromisso dos Estados signatários na implementação de medidas de restrição ao consumo de cigarros e realizarem iniciativas para diminuir o consumo com a proibição de propaganda de produtos relacionados ao tabaco, controlando o mercado destes produtos, realizando campanhas educativas, dentre as várias outras medidas.

A ementa do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.046270-5/RS do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ficou vazada nos seguintes termos:

Direito constitucional. Direito administrativo. Direito à saúde. Liberdade de expressão. Publicidade. Advertências escritas e por imagens em maços, embalagens e material publicitário de derivados de tabaco. Constituição da República, art. 220, §§ 3º e 4º. Lei nº 9.294/1996. Resolução RDC Anvisa nº 54/2008. Advertência e caráter informativo das imagens e frases. Dever de informação e de proteção à saúde. Liberdade de decidir pelo cidadão e advertência provocadora de repulsa. Autonomia privada. Ausência de preconceito, falsidade e mentira nas imagens. Metáforas contundentes. Inexistência de ofensa a sentimento religioso, de preconceito e de discriminação contra idosos. Dignidade humana. Inexistência de contrapropaganda e de sanção administrativa. Proporcionalidade. Direito internacional dos direitos humanos. Convenção-Quadro para o combate do tabaco. 1. O comando constitucional (art. 220, § 3º, II, e § 4º) determina a adoção de medidas de defesa de propaganda de produtos nocivos e que essa defesa dar-se-á por dois meios: (a) restrições legais à propaganda e (b) advertência sobre os malefícios decorrentes do uso do produto. O desenvolvimento legislativo da norma constitucional (Lei nº 9.294/1996) impôs restrições legais à publicidade quanto: (a) à modalidade de propaganda (só é permitida a propaganda através de cartazes, pôsteres e painéis), (b) a limitação dos espaços onde podem ser afixados (art. 3º, *caput*), (c) à

observância de certos princípios (arrolados nos seis incisos do § 1º do aludido art. 3º) e (d) pela introdução de advertência sobre os malefícios do produto (§ 2º).

2. A Constituição, no art. 220, § 3º, II, e § 4º, determina que as restrições e advertências em face da propaganda dos produtos fumígenos devem ser veiculadas por meio de lei formal. A Lei nº 9.294/1996, por sua vez, atende a essa determinação. Elas estabelecem que a propaganda conterà advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, acompanhada de imagem ou figura ilustrativa do sentido da mensagem. A Resolução RDC Anvisa nº 54/2008 não desbordou da legislação requerida pela norma constitucional, cabendo à Administração a escolha das imagens e das frases de advertência que melhor cumprem a missão de restringir a propaganda do tabaco.

3. A legislação distingue entre embalagens e maços de produtos fumígenos, de um lado, e de propaganda do tabaco, do outro, não incidindo o § 4º do art. 220 da Constituição da República na hipótese de embalagens e maços.

4. A norma constitucional, ao impor à Administração e à Legislação a tarefa de desenvolver políticas públicas de advertência admite a utilização de imagens e frases com conteúdo negativo e desestimulador do tabagismo. Compreensão que decorre, inclusive, de interpretação literal, podendo a política pública ir além do fornecimento de conteúdo informativo desprovido de carga valorativa negativa (entendido como fornecer elementos científicos e técnicos). Advertir, mesmo em seu sentido denotativo, é termo que indica aviso, informação, carregados de intenção de prevenir, admoestar quanto aos efeitos nocivos de um produto, carregando, portanto, um sentido de desestímulo, desencorajamento. No caso do tabaco, este sentido, que no mínimo aponta para o desencorajamento, vai mais longe: trata-se de qualificação de nocividade à saúde e ao ambiente de determinado produto, realizada de

modo explícito pela ordem constitucional. 5. O conteúdo material do dever de advertir que a Constituição impõe ao Estado, diante da propaganda do tabaco, expressa-se por meio de legislação interventiva da liberdade de veicular propaganda do tabaco e da respectiva regulamentação e concretização administrativas, configurando verdadeiro direito fundamental de terceira geração, titularizado pela comunidade, à prestação de natureza normativa, objetivando a proteção e a promoção do direito à saúde e ao ambiente. 6. A introdução de elementos capazes de provocar repulsa não é atitude anti-informativa nem contrária às condições para que o indivíduo possa deliberar de forma livre e autônoma, uma vez que o influxo das emoções e sentimentos, no processo de tomada de decisões, é dimensão ínsita e constituinte da dinâmica humana. O estado-da-arte nos estudos da neurociência acerca da tomada de decisões aponta para o aumento da precisão e da eficiência decisórias decorrente do influxo de emoções e sentimentos. 7. A utilização de imagens e de frases aptas a transmitir forte conteúdo emocional não significa impedimento ou bloqueio de decisão posterior do cidadão quanto ao consumo de produtos fumígenos, cuidando-se da consideração de fatores constituintes do processo decisório humano, cujo esquecimento implicaria desenvolvimento imperfeito da política pública. 8. Não há caráter preconceituoso ou mentiroso nas imagens e advertências, mas sim a utilização de metáforas contundentes, resultantes de estudo criterioso, com o objetivo de concretizar a norma constitucional que determina ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas que advirtam acerca do uso de produtos fumígenos. 9. Inexistência de conteúdo ofensivo a sentimento religioso em face de uma das imagens utilizadas e da devoção católica ao Sagrado Coração de Jesus, dados os objetivos da política pública, a não demonstração da associação

alegada e os próprios sentidos da aludida devoção. 10. Não convence a alegação de que uma das imagens é preconceituosa, tendo pretensamente colocado o idoso como manifestação de horror. O que a imagem está claramente apontando como fenômeno horrível é o envelhecimento precoce causado pelo consumo do cigarro, não qualificando como horrível o fenômeno biológico do envelhecimento natural e coetâneo ao avanço etário. Não há, portanto, nem intenção nem resultado discriminatório contra idosos. 11. Não há violação à dignidade humana. A dignidade humana é ferida quando há falta de respeito e consideração, bem como quando o ser humano é utilizado como meio para a consecução de finalidades estatais alheias ao sujeito. A representação em questão, inegavelmente forte e impactante, objetiva proteger a gestante e o feto dos malefícios do tabaco, promovendo a saúde pública, ao invés de utilizá-los para alcançar um objetivo a estes alheio. 12. A obrigação de aposição de imagens e frases de advertência não é contrapropaganda, mas concretização do dever fundamental de proteção que cumpre ao Estado em face da saúde pública, com limitação constitucionalmente autorizada à liberdade de iniciativa comercial por parte das indústrias do tabaco. 13. Não vinga a alegação de que houve imposição de sanção administrativa sem o devido processo legal. A aposição das imagens e frases decorre do desenvolvimento de política pública requerida pela Constituição e não da aplicação de sanção por violação a dever jurídico. 14. A veiculação obrigatória das imagens e frases discutidas atende aos requisitos da proporcionalidade, dada a adequação da medida visando à advertência constitucional, a necessidade da utilização de advertência forte e vigorosa em face dos efeitos do tabagismo e a ponderação dos direitos e bens constitucionais veiculada pela Constituição ao determinar ao Poder Público o desenvolvimento de

política pública advertindo os malefícios do produto.
15. *Incorporação ao ordenamento jurídico nacional da Convenção-Quadro para o Combate do Tabaco, no leque dos instrumentos jurídicos internacionais de proteção de direitos humanos.* (grifos nossos)

Mais uma vez é visto o exemplo de Magistrados controlando a convencionalidade no exercício de suas funções, revelando um avanço na atuação de julgar, encontrando juízes compromissados com a proteção dos direitos humanos e com o meio ambiente, embora é sabido que ainda há um grande caminho a ser percorrido.

2.1.3 Caso da cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade - Julgamento do Tribunal Superior do Trabalho

O mais recente caso de decisão em que há o controle da convencionalidade de forma expressa no Brasil foi no Recurso de Revista nº 1072-72.2011.5.02.0384²⁹ do Tribunal Superior do Trabalho - TST, em setembro de 2014, que, à unanimidade, reconheceu a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade em favor de um trabalhador.

Ao fundamentar a decisão do caso, a 7ª Turma do TST considerou que normas infraconstitucionais como a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT não se coadunam com princípios e regras constantes do texto constitucional e de normas inseridas no ordenamento jurídico pátrio como as Convenções Internacionais da OIT nºs 148 e 155, as quais foram promulgadas pelos Decretos nºs 93.413/1986 e 1.254/1994.

A ementa do recurso ficou assim redigida:

Recurso de revista. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Possibilidade. Prevalência das normas constitucionais e supralegais sobre a CLT. Jurisprudência consolidada do STF quanto ao efeito paralisante das normas internas em descompasso

²⁹ BRASIL. TST, RR 1072-72.2011.5.02.0384, Recorrente: Amsted Maxion Fundação e Equipamentos Ferroviários S.A., Recorrido: Ivanildo Bandeira, Rel. Min. Cláudio Brandão, Brasília, 24 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?sessionId=A40464948A6F929F756858ED41CD3057.tst32?conscsjt=&numeroTst=1072&digitoTst=72&anoTst=2011&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0384&consulta=Consultar>>. Acesso em: 24 out. 2014.

com os tratados internacionais de direitos humanos. Incompatibilidade material. Convenções n^os 148 e 155 da OIT. Normas de direito social. Controle de convencionalidade. Nova forma de verificação de compatibilidade das normas integrantes do ordenamento jurídico. A previsão contida no art. 193, § 2^o, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 7^o, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais n^os 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do art. 193, § 2^o, da CLT. Recurso de revista de que se

conhece e a que se nega provimento. (TST, 1072-72.2011.5.02.0384, 7ª T., Rel. Cláudio Brandão, DEJT 03.10.2014)

Com essa decisão, verifica-se um exemplo de Magistrados controlando a convencionalidade no exercício de suas funções de forma expressa e distinta das anteriores, interagindo o direito interno com o direito internacional, beneficiando a pessoa que merece a proteção estatal.

2.2 O CNJ E UMA PROPOSTA DE DIRETRIZ DE LEGE LATA

Reputa-se conveniente a abordagem da atuação do Conselho Nacional de Justiça, de acordo com o tema aqui mencionado, em razão do relevo deste e da missão imposta aos Magistrados, que deve dar efetividade a direito que se funda em tratado internacional de que o Brasil seja signatário, realizando o controle de convencionalidade.

Sabe-se que ao Conselho Nacional de Justiça compete controlar a função administrativa e financeira do Poder Judiciário brasileiro, assim como exigir o cumprimento dos deveres funcionais das atividades dos Magistrados e dos tribunais.

Não deve o CNJ arvorar-se pelas atuações jurisdicionais dos Magistrados e dos tribunais, pois estaria alargando a competência que lhe fora atribuída pela Constituição Federal.

Não obstante esta clareza na forma de atuação, Antônio Peleja³⁰ afirma que, com o julgamento da Adecon nº 12 (Ação Declaratória de Constitucionalidade), criou-se a possibilidade de o CNJ, um órgão administrativo, manejar o *controle de constitucionalidade administrativo (político) repressivo*.

Para o autor, *trata-se de instrumento singular, incomum e inusitado – poder normativo primário – que possibilita um órgão (CNJ) que possui atuação administrativa e financeira possa exarar ato que tem o condão de invalidar e, por via indireta, declarar a inconstitucionalidade de norma, exercendo o controle de constitucionalidade das leis, de cunho abstrato (concentrado)*.

Embora o CNJ entenda que está apenas afastando a incidência e aplicação de uma lei a determinado caso concreto, na verdade o que se verifica é uma

³⁰ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 225.

irradiação dos efeitos da decisão para todo o Poder Judiciário do Brasil em outros casos idênticos.

O que se entende de positivo e de absoluta possibilidade de uso pelo CNJ é o mecanismo da *recomendação*.

Há exemplos concretos que fazem parte do acervo de pesquisa de Peleja em sua obra, que demonstram o que assevera.

2.2.1 Procedimento de Controle Administrativo nº 2007.10.00.001564-8

Este procedimento tratou de pedido de extinção de cargos de Juízes Auxiliares de Segunda Instância do Tribunal de Justiça de Mato Grosso, criados pela Lei Estadual nº 8.006/2003.

O CNJ determinou a exclusão de dois artigos da resolução que regulamentava a lei e determinou que o Tribunal observasse a forma de convocação de substitutos do quadro de juizes de direito para atuarem no TJ, mediante “recomendação” ao Tribunal.

Peleja³¹ informa que o TJMT, ao pedir esclarecimento de como proceder em relação ao julgado do CNJ, este fez a seguinte observação, demonstrando que efetivamente exerce o controle de constitucionalidade de normas:

[...] O pedido de esclarecimentos, neste caso, tem por claro e útil propósito prevenir qualquer infidelidade no cumprimento da decisão do CNJ, efetivamente omissa quanto ao destino dos juizes substitutos de segundo grau do TJMT. Toda a polêmica que dividiu o Plenário ao meio *concentrou-se na validade ou não de lei previsora dos respectivos cargos. Vitoriosa a tese de invalidade do diploma legal por inconstitucionalidade formal (disciplinamento de matéria reservada a lei complementar de caráter nacional)*. (grifos no original)

Ao final, o CNJ define que a lei estadual não deve ser observada, por entender ser ela inconstitucional, e *recomenda* ao TJMT que encaminhe à Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso proposta de projeto de lei extinguindo os cargos de juiz de direito substituto de segundo grau, criados por lei estadual.

³¹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. Op. cit., p. 226.

2.2.2 Procedimento de Controle Administrativo nº 488/2008 - CNJ

Este PCA tratou do auxílio-moradia concedido a juízes, tendo sido determinada a extinção do auxílio, embora houvesse lei estadual definidora do benefício.

Ressalte-se que ao Supremo Tribunal Federal deveria ser endereçada a ação própria para definir se a lei estatual deveria ou não ser sacada do mundo jurídico, afinal é este o guardião da Constituição Federal.

2.2.3 Resolução nº 07/2005 - CNJ: veda a prática de nepotismo no Judiciário

Esta Resolução foi criada para impedir e limitar a contratação de parentes no Poder Judiciário, embora houvesse várias leis estaduais que permitiam essa modalidade de contratação.

Peleja destaca que o CNJ, um órgão federal de natureza administrativo-disciplinar, sem qualquer atribuição jurisdicional-constitucional acerca do controle de constitucionalidade, extirpou do mundo jurídico normas regularmente válidas e aprovadas por poderes legislativos de Estados-membros, ferindo o pacto federativo.

Claro que a prática do nepotismo deveria deixar de existir, tanto que, após esta medida no Poder Judiciário, outros poderes também adotaram a moralizadora postura.

Evidente que deve o Conselho Nacional de Justiça apenas lançar mão de práticas legais para decidir casos que aportam no órgão.

Deveria se valer de ato válido para fazer cessar a odiosa prática, como se utilizar da bem aceita e suficiente “recomendação”.

2.2.4 Recomendação nº 49 - CNJ, Protocolo de Istambul

O Conselho Nacional de Justiça vem, seja por recomendações, seja por resoluções, influenciando o sistema jurídico brasileiro.

Muito recentemente, o CNJ fez a Recomendação nº 49, de 1º de abril de 2014, disciplinando a atuação de Magistrados. A recomendação trata da necessidade de observância, pelos Magistrados brasileiros, das normas – princípios e regras – do chamado Protocolo de Istambul, da Organização das Nações Unidas – ONU.

Trata-se de um protocolo de natureza *soft law*, que institui um manual para a investigação e documentação eficazes da tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, para os Estados-membros.

Com essa recomendação, abrem-se as portas para que o CNJ possa indicar aos juízes e tribunais brasileiros a direção a ser seguida, recomendando uma atuação mais humanizada, com ênfase para os direitos humanos e à preservação do meio ambiente, em sintonia com os mecanismos internacionais de proteção, dos quais o Brasil já é signatário, realizando o controle de convencionalidade das normas domésticas com estes institutos.

A Corte de São José da Costa Rica entende que não é somente dela o *dever de controlar a compatibilidade vertical das normas domésticas* com os preceitos decorrentes de tratados internacionais, mas também da jurisdição interna dos Estados que ratificaram os referidos tratados, já tendo feito recomendação neste sentido.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, um órgão da OEA, fiscaliza os Estados-membros e faz “recomendações” quanto às respectivas atuações.

O objetivo principal da Comissão é promover o cumprimento e a proteção dos direitos humanos fundamentais na América, por meio de recomendações aos governos estatais prevendo a adoção de medidas adequadas.

Caso não sejam cumpridas as recomendações formuladas pela Comissão, de acordo com seu novo estatuto adotado em 2001, o fato é submetido ao crivo da Corte Interamericana.

Essas considerações são apenas para demonstrar que o CNJ também realiza recomendações que influenciam diretamente a atividade jurídica brasileira e, se faz recomendação de uma norma *soft law*, deveria, muito mais recomendar que Magistrados brasileiros cumprissem normas *hard law*, como vários tratados que o Brasil já assumiu o compromisso de cumprir.

Há a necessidade de o CNJ fazer valer, por meio de “recomendação” aos juízes que realizem o controle de convencionalidade em matéria ambiental no âmbito interno, em relação aos tratados de meio ambiente, dos quais o Brasil é signatário. O Conselho pode fazer isso, pois se pode o mais, pode o menos. Seguem nominados alguns objetos de recomendações passíveis de serem realizadas pelo CNJ:

Convenção sobre as Mudanças Climáticas, ocorrida em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, denominada de ECO-92.

Protocolo de Kyoto, de 1997, quando houve alterações em relação às metas propostas no Rio de Janeiro, como a de diminuir a emissão de gases de dióxido de carbono pelos países mais industrializados.

Declaração sobre as Florestas, que objetiva a necessidade de preservação das florestas existentes no planeta.

Convenção sobre a Diversidade Biológica, que estabelece um elo entre preservação e produção econômica a partir da extração de elementos naturais, como matéria-prima para as indústrias.

Agenda 21: tem como foco o desenvolvimento sustentável, cujas metas devem ser implementadas ao longo deste século, bem como estabelece medidas de cunho social, mormente para os excluídos, como a comunidade indígena. Trata, ainda, de questões afetas à preservação da água e do ar.

Imperioso destacar, mais uma vez, o que ficou assentado pelo Ministro Celso de Melo em seu voto no Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP³², em relação à missão do Magistrado quanto aos mecanismos internacionais:

[...] convém insistir na asserção de que o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário.

O juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados nos direitos das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de

³² BRASIL. STF, RE 466.343-1/SP, Recorrente: Banco Bradesco S/A, Recorrido: Luciano Cardoso Santos, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE 104, Ementário n. 2363-6, p. 1106-1330, dez. 2008.

atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos Magistrados [...].

A relação entre o Poder Judiciário e o direito internacional, sobretudo no ramo de direitos humanos e de direito ambiental, deveria ser mais estreita, diante do fato de os tratados estarem integrados à ordem jurídica nacional, compondo o acervo normativo pátrio.

Nesta esteira de raciocínio, verifica-se que deveria o CNJ “recomendar” aos juízes brasileiros que controlassem a compatibilidade vertical das normas domésticas e aplicassem normas de direito internacional de meio ambiente. Mais um exemplo relevante seria o Protocolo de San Salvador, que corrige a falta existente no Pacto de San José da Costa Rica e trata do Meio Ambiente, com destaque para o direito da solidariedade, o qual garante um ambiente seguro, sadio e equilibrado.

Cançado Trindade³³ assim se manifestou em relação aos avanços de proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, embora reconheça haver um longo caminho a ser trilhado:

Os avanços logrados nas últimas décadas pelos sistemas de proteção internacional dos domínios dos direitos humanos e do meio ambiente não hão, porém, de fazermos esquecer de que resta ainda um longo caminho a percorrer na busca da realização de seus propósitos. Há que continuar a fazer ver aos Estados que é do interesse e para o benefício de suas populações que ratifiquem em número cada vez maior os tratados de proteção, a aceitem inclusive os instrumentos e cláusulas facultativos, de modo a alcançar a universalidade de sua vigência. Às ratificações hão de seguir-se às indispensáveis medidas nacionais de implementação, de modo a assegurar a plena eficácia dos instrumentos

³³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente*. Paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 225.

internacionais de proteção, interagindo com o ordenamento jurídico interno, movidos, este e aquele, pelas mesmas necessidades de proteção.

Não obstante sejam escassas as decisões que se sustentam em instrumentos internacionais, há necessidade de uma tomada de consciência geral para a proteção dos direitos humanos e do meio ambiente, sendo que o Poder Judiciário deve exercer forte papel nesta atuação geral, devendo, o Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão censor e orientador da Justiça brasileira, fazer coro a essa ação conjunta mundial e, ao menos, implementar uma proposta de diretriz *de lege lata* e recomendar aos Magistrados e tribunais brasileiros que realizem o controle judicial da convencionalidade em suas atuações, aplicando os mecanismos internacionais de proteção do meio ambiente como se lei interna fosse.

CONCLUSÃO

O Brasil, embora tenha ativa participação em fóruns internacionais de debates sobre proteção de direitos humanos e de meio ambiente, não atua, de forma eficiente, no adimplemento das obrigações livremente pactuadas.

Ainda que os tratados internacionais sejam fontes de direito estatal, não vêm sendo devidamente aplicados pelos órgãos que exercem a função jurisdicional no Brasil, sendo que o descumprimento dos deveres assumidos pelo País certamente lhe irá causar consequências em âmbito jurídico internacional.

O Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de realizar o controle da convencionalidade, invalidando a Lei de Anistia, e cumprir sua obrigação internacional voluntariamente contraída.

A Constituição Federal de 1988 oportunizou a entrada do Direito Internacional no Brasil, seguindo a tendência do mundo inteiro, promovendo a abertura de um diálogo com outras jurisdições.

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais, que agora servem de paradigma para a produção normativa interna.

A Corte de São José da Costa Rica manifestou-se de forma imperativa no sentido de os Estados que ratificaram tratados internacionais também realizarem o controle da compatibilidade vertical das normas domésticas com os preceitos decorrentes destes tratados.

Pelo que se verificou acima, o Brasil vem exercendo o controle de convencionalidade, ainda que timidamente, mas por parte apenas de uns poucos

Magistrados, sem que houvesse orientação neste sentido ou que fosse o tema expressamente tratado.

É claro que ainda é um desafio os juízes brasileiros aplicarem o conteúdo dos tratados internacionais em suas atuações, embora deveriam também fazer uso deles como ferramentas de interpretação do direito interno.

O CNJ deveria implementar uma proposta de diretriz *de lege lata* e recomendar aos Magistrados e tribunais brasileiros que realizem o controle judicial da convencionalidade em suas atuações, proporcionando uma harmonização do ordenamento doméstico com os mecanismos internacionais de proteção do meio ambiente, que já estão integrados ao sistema jurídico pátrio.

Inúmeros são os desafios para que se efetive este novo formato de atuação, embora uma nova perspectiva possa surgir, caso o CNJ implemente essa diretriz e influencie positivamente a magistratura brasileira, porquanto lhes iria permitir formular a interpretação do dispositivo que mais se ajuste às questões ambientais, contribuindo para maior homogeneidade de sua aplicação, além de salvaguardar a posição do País frente às suas obrigações internacionais.

REFERÊNCIAS

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente. Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Direito dos tratados*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Ana Luisa Zago de. O caso Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Liberdades*, n. 8, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2011.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei de Anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Org.). *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A DISCIPLINA DOS AGRAVOS NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE DISCIPLINE OF MOTIONS IN DESIGN OF THE NEW BRAZILIAN CIVIL POCEDURE CODE

Marco Félix Jobim¹

Professor Adjunto dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação *Lato e Stricto Sensu*
(Mestrado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Fabrizio de Farias Carvalho²

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar o projeto de lei atualmente em tramitação no Congresso Nacional (Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 166/2010) que pretende a edição de um novo Código de Processo Civil, fazendo um comparativo com a ordem atual e a sistemática proposta para a impugnação de decisões interlocutórias nos juízos de primeira instância e nos Tribunais – a disciplina dos agravos atual e projetada. Abordar-se-á as inovações apresentadas, como a extinção do agravo regimental e o

sistema de preclusões, as alterações nas hipóteses de cabimento e processamento do agravo de instrumento, a regulamentação da impugnação das decisões monocráticas nos Tribunais por meio do agravo interno e a criação do agravo extraordinário em sede de recursos especial e extraordinário, ponderando, por fim, o impacto e os reflexos do novo CPC para a celeridade e efetividade do processo, exigências da sociedade pós-moderna do século XXI.

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil; agravos; novo CPC.

¹ Doutor em Direito pela PUC/RS. Mestre em Direito pela Ulbra. Advogado.

² Minter PUCRS/FSA. Advogado.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the project law pending in Congress (Substitute House of Representatives n° 166/2010) which aims to issue a new Code of Civil Procedure, making a comparison with the current order and the systematic proposal for the the appeal of interlocutory decisions in the lower courts and in the courts – the current and projected discipline of motions. Innovations presented, as the extinction of the retained motion of the system and debarments, changes in assumptions and processing of the appropriateness of an instrument motion, challenging the regulation of monocratic court decisions through internal motion and will address up-creation of extraordinary motion in seat features special and extraordinary, pondering, finally, the impact and the consequences of the new CPC for the speed and effectiveness of the process requirements of the postmodern society of XXI century.*

KEYWORDS: *Procedural law; interlocutory appeal; new CPC.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A extinção do agravo retido; 2 O novo agravo de instrumento; 3 O agravo interno; 4 O agravo extraordinário; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The extinction of retained motion; 2 The new instrument motion; 3 The internal motion; 4 The extraodinay motion; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

É sabido que o mundo vive hoje sob os influxos do que a doutrina convencionou chamar de *pós-modernidade*³, na qual conceitos são desconstruídos e incertezas criadas. Época de reconstrução de paradigmas. As alterações são sentidas em todas as áreas: social, política, econômica e cultural⁴.

No campo jurídico, esta mudança de paradigmas é sentida com uma nova onda de “direitos” judicializados, de novas demandas levadas ao Poder Judiciário, a quem só resta apresentar soluções, tendo em vista a proibição do *nom liquet*. Ao lado dos novos direitos, não se busca apenas a solução (sentença),

³ Para melhor compreensão do que se quer expor, recomenda-se: CHEVALIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴ Para ver como a pós-modernidade ingressa nas respectivas áreas, leia-se: JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

mas que essa solução seja apresentada de forma tempestiva⁵ e efetiva. Vive-se em uma *sociedade da pressa*.

Para fazer frente às novas exigências, o direito passa a sofrer os influxos do fenômeno da constitucionalização de todos os seus ramos. A constituição, como um sistema aberto de regras e princípios, irradia os seus efeitos em todo o ordenamento jurídico e passa a se exigir uma releitura das demais áreas.

Dessa forma, além de condicionar a aplicação e interpretação de todo o direito infraconstitucional à concretização e realização dos direitos fundamentais, cabendo ao Estado-juiz a utilização da melhor técnica processual para atingir tal fim, o Estado-legislador passa a ter a obrigação de propiciar ao indivíduo um sistema procedimental capaz de tornar efetiva a proteção a estes direitos, com a edição de normas de direito material protetivas e procedimentais (prestações normativas), vinculando, ainda, o Estado-administrador a uma atuação positiva para concretizar os direitos fundamentais, como, por exemplo, otimizando a administração da Justiça no momento de alocar recursos ao Poder Judiciário (prestações fáticas).

E é neste quadro que se encontra em tramitação no Congresso Nacional o projeto de um novo Código de Processo Civil, originariamente apresentado pelo Senador José Sarney (PLS 166/2010) em junho de 2010, discutido na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei nº 8.046/2010 e devolvido ao Senado para análise como Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD 166/2010). Assim, o texto utilizado para embasar o presente estudo é o do substitutivo⁶ aprovado pelo plenário da Câmara no dia 26.03.2014 e remetido ao Senado para apreciação, onde se encontra até o fechamento da edição desta obra. Informe-se, ainda, que o texto utilizado será aqui nominado de projeto do novo Código de Processo Civil - PNCPC, para fazer a devida distinção do atual CPC, aqui também abreviado como CPC/1973, e do Código de Processo Civil de 1939 - CPC/1939.

A comissão⁷ formada para apresentar um projeto de novo CPC, presidida pelo Ministro do STJ Luiz Fux, tendo como relatora a Professora Dra. Teresa

⁵ Ler sobre o tema: JOBIM, Marco Félix. *Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁶ Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/152304.pdf>>. Acesso: 26 set 2014.

⁷ Sobre a comissão formada, já tivemos a oportunidade de se manifestar: JOBIM, Marco Félix. A tempestividade do processo no projeto de lei do novo Código de Processo Civil brasileiro e a comissão

Arruda Alvim Wambier, contando com integrantes como Adroaldo Furtado Fabrício, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, José Miguel Garcia Medina e José Roberto dos Santos Bedaque, no afã de corresponder aos anseios sociais já citados, identificou como um dos principais gargalos do processo civil pátrio o intrincado sistema recursal, ressaltando que a tão almejada efetividade e celeridade processuais devem passar necessariamente pela reforma dos meios de impugnação das decisões judiciais, tanto nas hipóteses de cabimento quanto no processamento, simplificando-o.

Nesta esteira, o presente estudo se propõe a analisar, sem pretensão de exaurimento, a proposta do novo CPC para a sistemática de impugnação das decisões interlocutórias, lançando luz sobre a disciplina dos agravos por ora apresentada pelo Congresso Nacional, traçando um paralelo com o Código Buzaid e verificando a sua aptidão para oferecer aos jurisdicionados o que se alvitra: um processo compatível com o Estado Democrático de Direito, que possibilite à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos ameaçados ou violados.

1 A EXTINÇÃO DO AGRAVO RETIDO

O novo Código de Processo Civil projetado, em busca de um processo simplificado e tempestivo, como aponta a exposição de motivos⁸, prevê a extinção do agravo na forma retida, em uma clara tentativa de aproximação com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, que permeia o processo trabalhista e o procedimento sumário dos Juizados Especiais brasileiro.

Com a reforma processual implementada na última década, entre outras, pela Lei nº 11.287/2005, o agravo interno passou a ser a regra⁹, como prevê o art. 522 do CPC/1973. Na prática, entretanto, a tentativa do legislador de diminuir o número de agravos que afogava os Tribunais não surtiu o efeito desejado, uma vez que o agravo de instrumento – tido como exceção – contava com uma “cláusula de abertura” para a interposição, permitindo o seu manejo no caso de decisões “susceptíveis de causar à parte lesão grave e de difícil reparação” – para a parte, decisões contrárias sempre serão lesivas aos seus interesses.

de juristas nomeada para sua elaboração: quem ficou de fora? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 4, v. 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2011.

⁸ Exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2014.

⁹ Sobre a temática, importante ler: MACEDO, Elaine Harzheim; VIAFORE, Daniele. *A decisão monocrática e a numerosidade no PROCESSO CIVIL brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Sobre o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier, à época da “reforma do agravo”, em 2005, traçando um comparativo entre o CPC/1973 reformado e o sistema anterior (CPC/1939), já vaticinava:

Os agravos de instrumento, no sistema revogado, só cabiam nos casos expressamente previstos em lei, diferentemente do sistema atual, que faz com que caiba este recurso, com se verá adiante, de toda e qualquer decisão, desde que não seja sentença.¹⁰

A sistemática implementada em 2005 confere ao Tribunal, na figura do relator do recurso, quando não for caso de impugnação por instrumento, a sua conversão em agravo retido. Entretanto, não obstante a previsão de irrecorribilidade desta decisão de conversão, sempre caberá pedido de reconsideração dirigido ao relator ou mesmo mandado de segurança, considerando que o ato judicial em tela é irrecorrível¹¹, o que acabou por trazer outros incidentes processuais para análise do Tribunal.

Sobre o tema, José Rogério Cruz e Tucci, mesmo antes de 2005, mas já com a regra de retenção do agravo em vigor¹², fez pertinente observação:

Tudo leva a crer que, em tal hipótese, isto é, de conversão *ope iudicis* do agravo de instrumento em agravo retido, *sempre* haverá recurso dirigido à câmara ou turma, circunstância essa que, longe de acelerar, redundará em verdadeiro entrave ao procedimento recursal.¹³

Dessa forma, para a processualista paranaense, uma solução apontada para a redução do número de agravos nos Tribunais seria instituir uma limitação *ope*

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70.

¹¹ Na doutrina, Teresa Arruda Alvim Wambier é enfática ao preconizar que “como esta decisão é irrecorrível, somente sendo ‘passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar (art. 527, parágrafo único), entendemos que, pelas razões expostas no item 6.1 acima, é admissível mandado de segurança contra a decisão que, incorretamente, determina a conversão de agravo de instrumento em agravo retido” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 436).

¹² O agravo retido passou a ser admitido implicitamente como regra com o advento da Lei nº 10.352/2001, prevendo que somente em casos de urgência o agravo deveria ser imediatamente processado. Somente com a Lei nº 11.187/2005, todavia, o agravo retido expressamente se transformou em regra, e o instrumental como exceção.

¹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 117.

legis para o cabimento do agravo por meio de instrumento, prevendo o legislador decisões interlocutórias irrecorríveis, as quais poderiam ser discutidas, sim, conjuntamente, mas em sede de apelação. Em estudo que tratou sobre a reforma do agravo de 2005, e tecendo fundamentada crítica à “ampla recorribilidade das decisões interlocutórias” que vigora até o presente momento, Teresa Wambier já vaticinava:

Poderia ter optado, o legislador da Reforma, por ter *restringido* o campo de cabimento do recurso de agravo a *algumas* interlocutórias, já que se comentava não ser conveniente que toda e qualquer interlocutória fosse recorrível como era no regime anterior e continua sendo no sistema atual.¹⁴

De outro norte, segundo Eduardo Peña, Giuseppe Chiovenda defendia que um processo justo passava necessariamente pela oralidade, o que permitiria ao juiz um contato direto entre as partes e lhe possibilitava uma “apreensão imediata do litígio, em sua versão original e autêntica”¹⁵. Nesta senda, na lição do Professor Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁶, para assegurar efetividade ao princípio da oralidade, intimamente ligado ao da concentração dos atos processuais, faz-se premente a não interrupção da marcha processual por recursos aviados pelas partes contra decisões de questões incidentes, não importando a fundamentação (ou falta dela), adotando-se a o *princípio da irrecorribilidade em separado* das decisões interlocutórias.

Com efeito, o sistema vigente no CPC/1939 adotou um meio termo entre a irrecorribilidade das decisões interlocutórias do processo oral, defendida por Chiovenda, e a ampla recorribilidade vigente na atual sistemática (CPC/1973)¹⁷, adotando, assim, um sistema de recorribilidade restrita, em outras palavras, “permitindo a impugnabilidade das decisões incidentes nos casos taxativamente

¹⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 102.

¹⁵ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *O recurso de agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Forense, v. 1, 2005. p. 68.

¹⁷ Alfredo Buzaid, que capitaneou a edição do CPC/1973, expressamente admitiu no anteprojeto que o processo oral e a irrecorribilidade das decisões interlocutórias foram mitigados. Exposição de motivos do anteprojeto do CPC/1973, p. 19. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 2 set. 2014.

indicados no texto legal¹⁸. Essa era a conclusão a que se chegava da leitura do art. 842 do CPC/1939, ou seja, somente era admitido agravo por instrumento nos casos taxativamente indicados pelo Código ou por alguma lei extravagante.

O CPC/1939 ainda previa o *agravo no auto do processo*, que muito se assemelhava ao que se tem hoje quanto ao agravo retido, cuja função precípua era evitar a preclusão de matérias decididas incidentalmente, cuja análise, por não se encontrarem no rol daquelas impugnáveis via agravo de instrumento, era diferida para o momento do julgamento de um eventual recurso de apelação. E, ao que tudo indica, foi no CPC de 1939 que o legislador buscou inspiração para regulamentar a disciplina da impugnação das decisões interlocutórias no novo Código de Processo Civil projetado.

Com a inaptidão do agravo retido para reduzir a quantidade de agravos nos Tribunais, como dito em linhas anteriores, o PNCPC traz de volta o regime de recorribilidade restrita dos atos judiciais que resolvem questões incidentes, estabelecendo, *numerus clausus*, as hipóteses em que se admite recurso e prevendo a forma instrumental para a insurreição, como veremos no capítulo destinado ao agravo de instrumento.

Dessa forma, abraçando a ideia já ventilada por Teresa Wambier em 2005, e o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, o PNCPC prevê que não comportam recurso as decisões que não se encontrem no rol do art. 1.028 do PNCPC ou em alguma lei que expressamente preveja a possibilidade recursal.

No caso de decisão irrecorrível, como dito supra, o PNCPC prevê que as mesmas poderão ser discutidas em sede de eventual apelação, como se infere do art. 1.022, *in verbis*:

Art. 1.022. Da sentença, cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, têm de ser impugnadas em apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. Sendo suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em quinze dias, manifestar-se a respeito delas.

¹⁸ PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *O recurso de agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 46.

Logo, caso haja a necessidade de se impugnar decisão proferida na pendência do processo e contra a qual não esteja previsto agravo de instrumento (no CPC ou lei extravagante), deverá se fazer em preliminares do recurso de apelação ou respectivas contrarrazões, transferindo a análise para o órgão *ad quem*, observando-se a necessidade de se protestar previamente, sob pena de preclusão, como se verá no item a seguir.

1.1 SISTEMA DE PRECLUSÕES

Com a extinção do agravo retido, outra questão surge à tona: o sistema de preclusões¹⁹ no PNCP. *A priori*, com a possibilidade de revolvimento de toda a matéria debatida na fase de conhecimento em sede de apelação, autorizada pelo já citado § 1º do art. 1.022, não mais se operaria a preclusão na etapa cognitiva do processo, o que, em última análise, acabaria representando, de uma só vez, um grave atentado à ordenação do processo, ao devido processo legal, à celeridade, à duração razoável e à efetividade do processo²⁰, andando na contramão dos escopos da comissão responsável pela elaboração do PNCP.

A preclusão desempenha fundamental papel na ordenação e no devido processo legal, “garantindo seu avanço contínuo e evitando agires desordenados, que comprometeriam seus resultados”²¹. Na lição de Fredie Didier Júnior²², a ideia que subjaz à preclusão é a de que o procedimento não deve ser interrompido ou embaraçado, mas caminhar sempre avante, de forma ordenada e proba, sendo vedadas atuações extemporâneas, contraditórias (maliciosas) ou repetitivas.

De outro norte, não pairam dúvidas quanto à importância do instituto da preclusão para a celeridade, razoável duração²³ e efetividade do processo²⁴, que,

¹⁹ Para uma maior compreensão do sistema de preclusões, salutar a leitura integral da obra: RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²⁰ Sobre os fundamentos e princípios informadores do instituto da preclusão, consultar: ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²¹ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 59.

²² DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, v. I, 2014. p. 317.

²³ Sobre a relação entre tempo e processo, bem como celeridade (e a sua diferença para a tempestividade) e duração razoável do processo, ler, por todos: JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

²⁴ Sobre a efetividade do processo, ler BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Temas de direito processual. 6. sér. São Paulo: Saraiva, 1997.

somada à justiça na prestação jurisdicional, tem-se o tripé de sustentação para um processo qualificado²⁵.

E é seguindo este mesmo raciocínio que

a preclusão – como instituto hábil a organizar o procedimento e impor limites à atuação das partes, coibindo abusos – é talvez um dos mais antigos e difundidos instrumentos de combate à demora excessiva da prestação jurisdicional, diante da evidência de que a inexistência de limites à atuação das partes e do juiz e de um esquema predeterminado e ordenado contribuiria apenas para acrescentar ao processo desnecessárias e fastidiosas delongas.²⁶

Não obstante os importantes papéis já apresentados, a preclusão ainda se revela competente para, coibindo contradições e tumultos no iter processual, militar contra a deslealdade e surpresa processual. Como leciona Fredie Didier Júnior²⁷, “a preclusão não serve somente à ordem, à segurança e à celeridade do processo”, nem pode ser tratada apenas como sua mola propulsora, tem também “fundamentos éticos-políticos, na medida em que busca preservar a boa-fé e a lealdade no itinerário processual”, apresentando-se como técnica a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade e da proteção à boa-fé.

Dessa forma, qualquer mitigação ao instituto em comento deve ser pensada com cautela. Neste sentido, o PNCPC, aprovado na Câmara dos Deputados, buscando resguardar tão importante instituto para o direito processual, acrescentou o § 2º do art. 1.022 ao projeto aprovado no Senado, contendo a seguinte redação:

Art. 1.022. [...]

§ 1º [...]

§ 2º A impugnação prevista no § 1º pressupõe a prévia apresentação de protesto específico contra a decisão no primeiro momento que couber à parte falar nos autos,

²⁵ BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁶ ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71.

²⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, v. I, 2014. p. 317.

sob pena de preclusão; as razões do protesto têm de ser apresentadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação, nos termos do § 1º.

Portanto, apesar da extinção do agravo na forma retida, que se presta para evitar a preclusão, continua sendo necessária a manifestação, na primeira oportunidade possível, da parte insatisfeita com a decisão interlocutória, caso deseje, em eventual apelação, apresentar impugnação. Por esta razão, Cássio Scarpinella Bueno²⁸ adverte que aparecerão vozes, não sem razão, defendendo que a extinção do agravo retido foi “mais nominal do que substancial”.

Todavia, o *protesto antipreclusivo* previsto no art. 1.022, § 2º, do PNCPC – que muito se assemelha ao adotado no processo trabalhista – se distancia do agravo retido quanto ao seu processamento. Ao que parece, o projeto almejou – e conseguiu – simplificar o ato processual pelo qual se obsta a preclusão das matérias decididas incidentalmente em primeiro grau de jurisdição. Se atualmente é necessário, sob pena de não conhecimento, no ato de interposição do agravo retido – não importando se oralmente ou por petição –, a individualização da decisão hostilizada, bem como a exposição das razões que fundamentam a insurgência, no PNCPC o detalhamento da decisão, o alegado prejuízo e as razões que se funda a pretensão recursal deverão ser ventiladas apenas em preliminares de apelação ou respectivas contrarrazões.

Ademais, na atual sistemática, segundo o art. 523, § 2º, se for o caso de interposição por petição nos autos, o agravado ainda será intimado para, em dez dias, contrarrazoar, podendo o juiz “reformular sua decisão”. Caso seja oral a forma de interposição do retido, da mesma forma serão as contrarrazões. No PNCPC não há juízo de retratação e o recorrido só se manifestará em sede de apelação, se for o caso.

Nota-se, portanto, que de fato houve uma simplificação no procedimento, evitando idas e vindas desnecessárias do processo, mantendo-se, dessa forma, a coerência com a proposta de um novo código que descomplicará procedimentos, “reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal”²⁹ em nome da celeridade processual. Outrossim, considerando que a ideia de simplificação e efetividade sempre encontra limites no valor da segurança

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 482.

²⁹ Exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 3 set. 2014.

jurídica, como já defendido, pode-se afirmar que as alterações trazidas e aqui abordadas mantêm intacto o sistema de preclusões, não trazendo efeitos negativos quanto à segurança que deve permear o processo.

2 O NOVO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Como já antecipado no capítulo anterior, o PNCPC ressuscitou a sistemática da recorribilidade restrita das decisões interlocutórias que vigia no CPC/1939, limitando as hipóteses de cabimento do agravo na modalidade instrumental às decisões taxativamente enumeradas, pondo fim à ampla recorribilidade tolerada pelo CPC/1973, onde qualquer decisão interlocutória pode ser atacável por agravo tão somente a demonstração do potencial lesivo que a decisão comporta.

Com a medida, já idealizada por Teresa Wambier³⁰ em 2005, o legislador aparentemente buscou reduzir a grande quantidade de agravos que assolam os Tribunais pátrios, retirando do relator a atribuição para decidir se era caso de retenção do agravo ou se admitia o mesmo por instrumento ao instituir previsão *ope legis* para o seu cabimento, direcionando o ataque das outras decisões incidentes, que não as listadas, para o momento de eventual apelação.

Entretanto, ao listar as decisões impugnáveis mediante agravo de instrumento, percebeu-se grande desencontro de ideias da doutrina, do anteprojeto original apresentado pelo Senado e do atual Substitutivo da Câmara dos Deputados.

No Projeto de Lei do Senado n^o 166/2010, em sua versão original apresentada pelo Senador José Sarney em junho de 2010, o art. 929 elencava quatro decisões passíveis de agravo de instrumento, a saber: as que versarem sobre tutelas de urgência e evidência; as que versarem sobre o mérito da causa; as proferidas na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução; e em outros casos expressamente referidos no CPC ou na lei. As demais eram irrecorríveis em separado, podendo ser debatidas em sede de recurso de apelação.

Entretanto, após inúmeras manifestações e sugestões da sociedade civil organizada durante o processo legislativo, assim como emendas apresentadas pelos próprios parlamentares, contrárias à limitação feita no projeto original e receosas quanto à reduzida quantidade de decisões agraváveis³¹, o texto final do

³⁰ Cf. Capítulo 1.

³¹ Para exemplificar, um relatório elaborado por especialistas em processo civil convidados pelo Professor Ives Gandra da Silva Martins, presidente do Conselho Superior de Direito da Federação do

Senado, aprovado em dezembro de 2010 e remetido à Câmara dos Deputados para revisão, já contava com dez decisões interlocutórias agraváveis pela forma instrumental.

Com mais três anos de revisão legislativa, e muitas sugestões e emendas aprovadas depois, o texto substitutivo aprovado pela Câmara em março de 2014, e atualmente debatido pelo Senado, já conta com uma lista de vinte decisões passíveis de agravo por instrumento (até o fechamento desta obra), com possibilidade de surgirem novas hipóteses até a aprovação do texto final que será remetido para sanção presidencial.

2.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO

A redação do PNCPC que se encontra em discussão no Senado Federal apresenta, no art. 1.028, um rol de decisões interlocutórias que podem ser atacadas por agravo de instrumento, quais sejam:

- I - conceder, negar, modificar ou revogar a tutela antecipada;
- II - versar sobre o mérito da causa;
- III - rejeitar a alegação de convenção de arbitragem;
- IV - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - negar o pedido de gratuidade da justiça ou acolher o pedido de sua revogação;
- VI - determinar a exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - excluir litisconsorte;
- VIII - indeferir o pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admitir ou não admitir a intervenção de terceiros;
- X - versar sobre competência;
- XI - determinar a abertura de procedimento de avaria grossa;

Comércio, Bens e Serviços de São Paulo (Fecomércio-SP), enviado ao relator da reforma na Câmara dos Deputados, apontou a limitação das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento como “uma das mais graves” do projeto, por “ofender o direito constitucional do acesso à Justiça”.

- XII - indeferir a petição inicial da reconvenção ou a julgar liminarmente improcedente;
- XIII - redistribuir o ônus da prova nos termos do art. 380, § 1º;
- XIV - converter a ação individual em ação coletiva;
- XV - alterar o valor da causa antes da sentença;
- XVI - decidir o requerimento de distinção na hipótese do art. 1.050, § 13, inciso I;
- XVII - tenha sido proferida na fase de liquidação ou de cumprimento de sentença e nos processos de execução e de inventário;
- XVIII - resolver o requerimento previsto no art. 990, § 4º;
- XIX - indeferir prova pericial;
- XX - não homologar ou recusar aplicação a negócio processual celebrado pelas partes.

Além das elencadas, o *caput* do art. 1.028 também deixa a salvo o manejo do agravo de instrumento em outros casos expressamente previstos no CPC ou em leis esparsas, com é o caso do agravo interponível contra a decisão quanto ao efeito dos embargos à execução ou contra ato do juiz que defere ou indefere o parcelamento de débito executado, previstos respectivamente nos arts. 935, § 6º, e 932, § 6º, do NCPC projetado.

Considerando a opção do legislador pela remoção da chamada “cláusula de abertura” do atual art. 522, que permite a recorribilidade de qualquer decisão interlocutória, desde que demonstrada a sua potencialidade para causar à parte lesão grave e de difícil reparação, como já defendido *supra*, acredita-se que o rol trazido pelo projeto é taxativo, *numerus clausus*, resgatando, dessa forma, a sistemática adotada pelo CPC/1939 e claramente objetivando a limitação do número destes recursos em tramitação nos Tribunais.

Entretanto, tendo em vista a abundância de decisões que podem ser impugnadas por agravo de instrumento, ficando difícil até mesmo de se imaginar interlocutórias que não estejam neste rol, acredita-se que a adoção da irrecorribilidade imediata de algumas poucas decisões estatisticamente insignificantes não representará um alívio aos julgadores. Não obstante,

mesmo quando se verificar alguma decisão que não conste da lista do art. 1.028, sucedâneos recursais, como o mandado de segurança ou alguma ação cautelar, sempre estarão à disposição das partes, levando para apreciação do Tribunal a mesma matéria, apenas por via diversa.

2.2 FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO

A necessidade de formação de instrumento autônomo para tramitação perante o órgão julgador permanece inalterada no projeto do novo CPC, assim como a instrução da petição dirigida diretamente ao Tribunal com documentos obrigatórios e outros que a parte reputar úteis ao conhecimento da matéria.

A novidade fica por conta da inclusão, entre os documentos indispensáveis ao conhecimento do recurso, da petição inicial do processo originário, da contestação e da petição que tenha originado a decisão atacada, somando-se às já exigíveis cópias da decisão agravada, certidão de intimação e procurações outorgadas aos advogados do agravante e agravado, claramente visando a uma melhor compreensão da matéria pelo Tribunal, que não tem acesso aos autos originários. Ressalve-se que, quando se tratar de autos eletrônicos, a juntada destas peças fica dispensada (art. 1.030, § 5º, do PNCPC).

Na linha da simplificação dos procedimentos assumida pela comissão responsável pela elaboração do anteprojeto, a certidão de intimação pode ser suprimida por outro documento oficial que comprove a tempestividade do recurso (a exemplo da publicação no Diário da Justiça), e a inexistência de qualquer documento obrigatório poderá ser atestada pelo cartório ou por simples declaração do advogado do agravante, sob a sua responsabilidade pessoal (art. 1.030, II e § 6º, do PNCPC), impedindo o não conhecimento do recurso por este motivo.

Fiel à proposta de simplificação dos instrumentos e rechaçando qualquer formalismo exagerado, harmonizando-se com o que a doutrina chamou de fase instrumentalista³², o PNCPC relativiza a rigidez que cercava o recurso em pauta e passa a admitir a correção do instrumento quando presente algum vício na forma ou ausente documento indispensável.

³² Na lição de Marco Félix Jobim, nesta fase o processo deixa de ser um fim em si mesmo, “deixa de se preocupar somente com seus pressupostos internos e ganha contornos sociais, políticos e jurídicos” (JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 122).

Como prevê o art. 1.030, § 3º, do PNCPC, antes de inadmitir o recurso, como é a atual sistemática nos casos de se constatar alguma falha na forma, o relator deverá conceder o prazo de cinco dias para que o recorrente sane o vício ou complemente a documentação exigível (art. 945, parágrafo único, do PNCPC). Rechaça-se, desse modo, ainda que de forma mitigada, a nefasta prática da *jurisprudência defensiva* pelos Tribunais, que, segundo Humberto Gomes de Barros, cada vez mais se busca “impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos”³³.

Entretanto, nos casos de processos não eletrônicos, fica mantida a necessidade de se informar no juízo *a quo* a interposição do agravo no prazo de três dias, sob pena de inadmissão do agravo, franqueando ao julgador de 1º grau o juízo de retratação. No caso de autos eletrônicos, entende-se desnecessária a diligência.

Outra inovação do PNCPC foi a ampliação das formas de interposição do agravo de instrumento. O CPC/1973 prevê apenas o protocolo da petição diretamente no Tribunal competente ou postagem no correio sob registro com aviso de recebimento, ou, ainda, interposta por outra forma prevista na lei local. No CPC projetado são acrescentadas as possibilidades de interposição, no prazo do recurso – que foi ampliado para 15 dias – por protocolo na própria comarca, seção ou subseção judiciárias, e ainda por transmissão de dados tipo *fac-símile*, nos termos da lei, nesse caso havendo a necessidade de posterior protocolo físico da petição inicial e documentos que a instruem.

2.3 PROCESSAMENTO

Quanto ao processamento do agravo de instrumento no competente Tribunal, o PNCPC não trouxe significativas modificações, repetindo no art. 1.032 boa parte da sistemática vigente, mas inovando quanto à força vinculativa da jurisprudência, sobretudo dos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), para o julgamento monocrático de improcedência *prima facie* do agravo nas hipóteses elencadas no art. 945, IV, do PNCPC.

Uma vez recebido o recurso no Tribunal e imediatamente distribuído, o relator poderá adotar uma das seguintes providências: a) não conhecer do recurso

³³ MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 13 set. 2014.

inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida; b) negar provimento ao recurso que contrarie: b.1) súmula do STF, do STJ ou do próprio Tribunal; b.2) acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos; b.3) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; c) atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão; d) ordenará a intimação do agravado pessoalmente e por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou, pelo Diário da Justiça ou por carta dirigida ao seu advogado, com aviso de recebimento, para que responda no prazo de quinze dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso; e) determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de quinze dias.

Por fim, segundo previsão do art. 1.033, adotadas as providências *supra*, o relator solicitará dia para julgamento do recurso em prazo não superior a um mês da intimação do agravado.

3 O AGRAVO INTERNO

Até o momento preocupou-se em abordar as espécies de agravo cabíveis em primeiro grau de jurisdição – retido e por instrumento. No entanto, Humberto Theodoro Júnior adverte que não é somente a decisão interlocutória do juiz de primeira instância que desafia esse tipo de recurso, “também nos Tribunais Superiores há situações em que se verificam decisões interlocutórias com previsão, no Código, do cabimento de agravo”³⁴.

Advirta-se, contudo, que, apesar da previsão legal de decisões monocráticas sobre questões incidentais nos Tribunais, a regra é a *colegialidade das decisões*, o que lhes confere maior legitimidade. Na lição de Fredie Didier Júnior,

os Tribunais são, normalmente, estruturados para emitir decisões colegiadas, com vistas a obter, com maior grau de probabilidade, o acerto e a justiça do julgamento final. Ademais, a “colegialidade é também um importante fator de busca da legitimidade do Judiciário, ou seja, de persuasão do jurisdicionado de

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 610.

que a sua causa foi julgada por uma junta de juízes, que discutiram a matéria procurando em conjunto encontrar a solução mais justa”.³⁵

Dessa forma, o CPC/1973, ao passo que concede poderes ao relator para, monocraticamente, proferir decisões em alguns casos, também encerra meio de impugnação a estas decisões, que na verdade apenas se presta para levar à análise do colegiado a matéria decidida de forma singular, sem prejuízo da possibilidade de retratação pelo próprio relator.

O atual CPC não nomina o agravo cabível contra as decisões singulares no âmbito dos Tribunais, cabendo à doutrina e jurisprudência fazê-lo, que, para diferenciá-lo das demais espécies estudadas, é chamado majoritariamente de agravo interno³⁶. No CPC/1973, o “agravo em cinco dias para o órgão competente” tem previsão nos casos de inadmissão dos embargos infringentes (art. 532), contra decisão do relator que não conhecer do agravo em recurso extraordinário ou especial³⁷ (art. 545) e nos casos de decisão que nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º).

O PNCPC pretende, de uma só vez, acabar com uma série de críticas endereçadas ao atual modelo.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, v. III, 2014. p. 163-64.

³⁶ Ressalte-se, por oportuno, que o agravo interno não é o mesmo agravo regimental. Na lição de Rafael de Oliveira Guimarães, “o agravo interno é o recurso cabível somente contra decisões monocráticas extintivas de recurso”, previsto no CPC, já o “agravo regimental é recurso, com base no art. 39 da Lei nº 8.038/1990, que visa impugnar todas as outras decisões monocráticas nos Tribunais onde a lei não preveja expressamente outro recurso”, concluindo que este é o “genuinamente previsto nos regimentos internos e tem manejo permitido onde a lei não tenha previsão de um recurso”. Apesar das diferenças apontadas, o citado autor admite a fungibilidade entre os dois agravos (GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Os agravos interno e regimental*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 165-66). Eduardo Talamini defende a irrelevância da discussão sobre a nomenclatura, sendo certo que a função do agravo interposto no âmbito interno do Tribunal é de levar ao colegiado uma decisão individualmente tomada, seja com o nome de interno, seja com o de regimental (TALAMINI, Eduardo. *Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno)*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2002. p. 184).

³⁷ Os agravos utilizados para “destrancar” recurso especial e recurso extraordinário não admitidos na origem e as suas modificações no PNCPC serão abordados no Capítulo 4.

Inicialmente, percebe-se a intenção do legislador de sistematizar o ordenamento ao unificar os agravos interpostos no âmbito interno dos Tribunais, pondo fim à discussão sobre diferenças – se é que existem – entre os agravos interno e regimental, assim como as suas hipóteses de cabimento – se somente em grau recursal ou em processos de competência originária. Dessa forma, pela dicção do novel art. 1.034 e sob o mesmo título de agravo interno, em sintonia com a doutrina majoritária³⁸, têm-se abrangidos os três agravos atualmente previstos, ou seja, os contidos nos arts. 532, 545 e 557, § 1º, como se vê: “Art. 1.034. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do Tribunal”.

O prazo para interposição também muda, passando dos cinco dias no atual Código para quinze dias no PNCPC, conforme a regra geral do art. 1.016, § 5º. Assim, contra qualquer decisão proferida monocraticamente pelo relator em processos de competência dos Tribunais, seja originária, seja recursal, caberá o agravo interno ao órgão colegiado no prazo de quinze dias.

Outras falhas apontadas na sistemática do agravo interno no atual CPC são a ausência de previsão legal de contraditório e da publicidade. Atualmente, o procedimento do recurso em tela é lacunoso: depois de interposto o recurso, é facultado ao relator o juízo de retratação e, caso entenda manter a decisão hostilizada, deverá apresentar o recurso em mesa para julgamento, proferindo o seu voto.

De uma interpretação literal depreende-se facilmente a inexistência de contraditório e publicidade na espécie tratada. Teresa Wambier adverte que da descrição sucinta do procedimento “infere-se que não haveria *contraditório*, já que não se alude à possibilidade do agravado responder, tampouco há *publicidade*, já que a lei menciona dever o relator pôr *em mesa* o recurso, e não em pauta”³⁹.

Entretanto, como já dito, o CPC projetado pretende sanar os problemas apontados pela doutrina. Quanto à falta de contraditório e publicidade, importante e acertada mudança trouxe o § 2º do art. 1.034, que surge com a seguinte redação:

³⁸ Rafael de Oliveira Guimarães cita como defensores do *nomen juris* de agravo interno Carreira Alvim, Athos Gusmão Carneiro e João Batista Lopes (GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Os agravos interno e regimental*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 193).

³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 552.

Art. 1.034. [...]

[...]

§ 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre recurso no prazo de quinze dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

Dessa forma, pelo texto aprovado pela Câmara dos Deputados como substitutivo ao projeto original, depois de interposto o agravo interno, o agravo deverá ser intimado para se manifestar no mesmo prazo de interposição (quinze dias) e, não havendo retratação do relator, enviará o recurso para julgamento pelo órgão colegiado, com a prévia inclusão em pauta.

Continuando com as inovações na regulamentação do agravo interno, agora único recurso cabível contra decisões interlocutórias nos âmbitos dos Tribunais, o § 3º do art. 1.034 veda que o relator, ao apreciá-lo, se limite à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgá-lo improcedente, impondo também aqui a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

E finalizando o capítulo que trata do agravo interno, os §§ 4º e 5º mantêm com mínimas alterações o atual regime de sanção ao agravante (art. 557, § 2º, do CPC/1973), importante instrumento de desestímulo à utilização de recursos meramente protelatórios. Nos casos de recurso manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o agravante será condenado “a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor da causa atualizado”, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao “depósito prévio do valor da multa, à exceção do beneficiário de gratuidade da justiça e da Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final”.

4 O AGRAVO EXTRAORDINÁRIO

No Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, em sua versão aprovada em dezembro de 2012 e remetida à Câmara dos Deputados para revisão, havia a previsão de um novo recurso, o agravo de admissão, que, em verdade, era equivalente ao agravo do art. 544 do CPC/1973. Todavia, no substitutivo da Câmara, aprovado em março de 2014, o recurso foi substituído pelo *agravo extraordinário* e outras funções foram lhe agregadas.

Ressalte-se que não se trata do citado agravo do art. 544, interposto contra qualquer decisão de inadmissão dos recursos especial e extraordinário, prevista

no art. 542, § 1º, uma vez que o código projetado retirou do Tribunal *a quo* o juízo de admissibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores, os quais, segundo o novel ordenamento, depois de interpostos e transcorrido o prazo de quinze dias para contrarrazões, serão “remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade” (art. 1.043, parágrafo único).

Dessa forma, com a extinção do juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal de origem, o agravo extraordinário passa a ser admitido em outras hipóteses, mas com um processamento semelhante ao atual agravo nos próprios autos do art. 544, como se verá a seguir.

4.1 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Se, atualmente, o agravo nos autos do art. 544 é manejado contra a decisão do Tribunal *a quo* que nega seguimento a recurso especial ou recurso extraordinário, no PNCPC o *agravo extraordinário* possui outras funções e passa a ser utilizado para também atacar decisões monocráticas em sede de recursos aos Tribunais Superiores, mas apenas aquelas taxativamente elencadas.

Segundo o art. 1.055 do Código projetado, caberá agravo extraordinário contra decisão do presidente ou vice-presidente do Tribunal que: I - indeferir pedido, formulado com base nos arts. 1.048, § 6º, ou 1.049, § 2º, de inadmissão de recurso especial ou extraordinário intempestivo; II - inadmitir, com base no art. 1.053, inciso I, recurso especial ou extraordinário sob o fundamento de que o acórdão recorrido coincide com a orientação do Tribunal Superior; III - inadmitir recurso extraordinário, com base no art. 1.048, § 8º, sob o fundamento de que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão constitucional debatida.

Na primeira hipótese, sempre que o STF reconhecer a repercussão geral em recurso extraordinário, determinará a suspensão de todos os outros processos em tramitação no território nacional que tratem da mesma matéria até a manifestação final daquele Tribunal (art. 1.048, § 5º, do PNCPC). Da mesma forma, quando se tratar de recursos repetitivos, o Tribunal de origem selecionará alguns deles que representarão a controvérsia, com remessa aos Tribunais Superiores, suspendendo-se o processamento de todos os processos pendentes sobre o tema, individuais ou coletivos, que tramitem no estado ou na região, conforme o caso (art. 1.049, § 1º), até manifestação final superior. Poderá o interessado, entretanto, nos dois casos, requerer ao Tribunal de origem que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita recurso extraordinário ou

recurso especial que tenham sido interpostos intempestivamente (art. 1.048, § 6º, e art. 1.049, § 2º), ouvindo-se o recorrente no prazo de cinco dias. Assim, indeferido este pedido, caberá agravo extraordinário. Ressalte-se que o agravante deverá demonstrar expressamente, sob pena de não conhecimento do agravo extraordinário, a alegada intempestividade (art. 1.055, § 1º, I).

No segundo caso, ainda na disciplina dos recursos repetitivos, depois da manifestação definitiva dos Tribunais Superiores sobre a matéria, o presidente ou vice-presidente do Tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Tribunal Superior (art. 1053, I). Neste caso também caberá agravo extraordinário, tendo o agravante o ônus de demonstrar, também sob pena de não conhecimento, a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado ou a superação da tese (art. 1.055, § 1º, II, *a*).

E, na terceira hipótese, negada a repercussão geral pelo STF, o presidente ou vice-presidente do Tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica (art. 1.048, § 8º). Esta decisão do Tribunal de origem também será impugnável por agravo extraordinário, devendo o agravante demonstrar a existência de distinção entre o caso em análise e o precedente invocado ou a superação da tese que embasou a decisão denegatória de seguimento conforme preceitua o art. 1.055, § 1º, II, *b*, do CPC projetado.

4.2 PROCESSAMENTO

Complementando a disciplina do agravo extraordinário, o PNCPC prevê nos parágrafos seguintes do art. 1.055 que a sua interposição deve se dar mediante petição dirigida diretamente ao presidente ou vice-presidente do Tribunal de origem. Após a interposição, o agravado será intimado para apresentar manifestação no prazo de quinze dias. Transcorrido o prazo de resposta, o agravo será remetido ao Tribunal Superior competente, independentemente do pagamento de custas e despesas postais.

Fica mantida a necessidade de interposição de um agravo para cada decisão denegatória no caso de interposição simultânea de recurso extraordinário e especial, havendo possibilidade de julgamento do agravo “conjuntamente com o recurso especial ou extraordinário, assegurada, neste caso, sustentação oral, observando-se, ainda, o disposto no regimento interno do Tribunal respectivo” (art. 1.055, § 5º).

No caso de apenas um agravo extraordinário interposto, este será remetido ao Tribunal competente. Todavia, quando a interposição for dupla, primeiramente se remeterá os autos para apreciação pelo STJ. Somente depois de “concluído o julgamento do agravo extraordinário pelo Superior Tribunal de Justiça e, se for o caso, do recurso especial, independentemente de pedido os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do agravo extraordinário a ele dirigido, salvo se estiver prejudicado” (art. 1.055, § 8º).

Considerando que quanto ao processamento e julgamento não se tem modificações substanciais, que ficaram a cargo da exclusão do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinário e especial pelo Tribunal de origem, a inovação fica por conta da nomeação como agravo extraordinário e alteração das hipóteses de cabimento, exaustivamente enumeradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que um novo Código de Processo Civil se faz premente, sobretudo porque o atual, de 1973, já demonstrava sinais de insuficiência para as demandas pós-modernas do século XXI desde a sua reforma, iniciada na década de 1990.

Na parte analisada pelo presente estudo, os elogios se dirigem à simplificação das formas, extinguindo anomalias, como o agravo retido, bastando para a não preclusão da matéria simples protesto, unificando procedimentos de impugnação de decisões interlocutórias no âmbito dos Tribunais sob o *numen juris* de agravo interno, admitindo-se a correção de vícios formais no agravo de instrumento após a sua interposição e criando o agravo extraordinário para alguns casos de inadmissão dos recursos extraordinário e especial.

No que pertine à pretensão de redução do número de recursos em tramitação, ou seja, o desafogo dos Tribunais, verificou-se que as alterações propostas ainda não se revelam eficazes para o enfrentamento do problema. Na disciplina do agravo de instrumento, por exemplo, apesar de taxativamente listadas as hipóteses de sua interposição, as vinte decisões que ainda comportam o recurso certamente continuam sendo responsáveis pela esmagadora maioria de impugnações manejadas, concluindo-se pela ineficácia na medida neste sentido, subsistindo um problema que permeia o sistema jurídico brasileiro: a reduzida autonomia dos juízes de primeiro grau.

Entretanto, não pode ser completamente mal vista a iniciativa de um novo CPC, sobretudo quanto ao subsistema recursal, que, se não veio para reduzir

o abarrotamento dos Tribunais – e de fato não é essa a sua função –, ao menos simplificou procedimentos, como de fato também propôs desde o início a comissão de juristas formada para apresentar o projeto.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Efetividade do processo e técnica processual*. Temas de direito processual. 6. sér. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Projetos de novo Código de Processo Civil: comparados e anotados*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARPENA, Márcio Louzada. Da execução das decisões de pagar quantia pela técnica diferenciada. Disponível em: <<http://www.carpenna.com.br/v2/7.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2014.

CHEVALIER, Jacques. *O estado pós-moderno*. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 16. ed. Salvador: JusPodivm, v. I, 2014.

_____. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, v. III, 2014.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Os agravos interno e regimental*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

JOBIM, Marco Félix. A tempestividade do processo no projeto de lei do novo Código de Processo Civil brasileiro e a comissão de juristas nomeada para sua elaboração: quem ficou de fora? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 4, v. 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2011.

_____. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim; VIAFORE, Daniele. *A decisão monocrática e a numerosidade no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. *O recurso de agravo como meio de impugnação das decisões interlocutórias de primeiro grau*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROCHA, Raquel Heck Mariano da. *Preclusão no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Forense, v. 1, 2005.

TALAMINI, Eduardo. Decisões individualmente proferidas por integrantes dos Tribunais: legitimidade e controle (agravo interno). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR., Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lineamentos da nova reforma do CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O RISCO ALIMENTAR NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE DO QUADRO EPIDÊMICO DA DIABETES À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA PROMOÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL EM PROL DA SAÚDE PÚBLICA

THE RISK NOWADAYS: AN ANALYSIS OF THE DIABETES EPIDEMIC FRAMEWORK IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES TO PROMOTE ENVIRONMENTAL PROTECTION IN FAVOR OF PUBLIC HEALTH

Maria Claudia Crespo Brauner¹

Doutora em Direito pela Université de Rennes I – França

Karina Morgana Furlan²

Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul – UCS

RESUMO: À luz dos princípios constitucionais, em que se incluem as dimensões de direitos fundamentais, mais especificamente os direitos sociais de segunda dimensão, como saúde e educação, bem como por meio da teoria do risco, é analisado o problema da segurança alimentar no Brasil. Partindo-se do excessivo consumo de aditivos químicos na alimentação moderna, e sua influência no desencadeamento de doenças multifatoriais, como a diabetes,

avalia-se o impacto acentuado que esse tipo de patologia gera em economias jovens, mais expostas à lógica capitalista do mercado. Tal problemática poderá ser enfrentada por meio da consciência do risco socioambiental e das escolhas alimentares da população, promovendo-se uma cultura voltada à saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde; saúde alimentar; risco sanitário e diabetes.

¹ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Montreal I - Canadá. Coordenadora do Mestrado em Direito e Justiça Social da FURG/RS. Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS). Pesquisadora Produtividade do CNPq. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande/RS, Brasil. Av. Itália KM 8, Cx. Postal 474, Rio Grande.

² Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Escola dos Juízes Federais – Esmafe. Advogada. Universidade de Caxias do Sul – UCS, Av. Getúlio Vargas, 1130, Caxias do Sul/RS, Brasil.

ABSTRACT: *In light of constitutional principles, which include the dimensions of fundamental rights, specifically the social rights of the second dimension, such as health and education, as well as through the theory of risk, analyzes the problem of food security in Brazil. Starting with the excessive consumption of chemical additives in the modern diet, and its influence in triggering multifactorial diseases such as diabetes, assesses the dramatic impact that this type of condition generates in young economies more exposed to capitalist market logic. Such issues can be addressed through awareness of environmental risk and food choices of the population, promoting a culture focused on health.*

KEYWORDS: *Right to health; food security; diabetes and health risk.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Saúde socioambiental: o problema da diabetes; 2 Influências do mercado na saúde alimentar coletiva; 3 O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado: o papel do Estado; 4 A necessária consciência e prevenção do risco; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Environmental health: the problem of diabetes; 2 Market Influences on collective health food; 3 The fundamental right to a balanced environment: the role of the state; 4 The necessary awareness and risk prevention; Concluding remarks; References.*

INTRODUÇÃO

A necessidade do desenvolvimento sustentável coloca o ser humano no centro dos objetivos para o alcance do equilíbrio da vida, estando entre suas metas a qualidade de vida e o desenvolvimento pleno das potencialidades humanas. Tal perspectiva demonstra a necessidade de assegurar as condições mínimas de nutrição e de saúde para uma vida digna e possível ao ser humano.

No entanto, observa-se que o crescente quadro das doenças crônicas não transmissíveis – DCNT, doenças multifatoriais determinadas ou agravadas por fatores externos que, na maioria das vezes, referem-se a agentes comportamentais do indivíduo, como a diabetes, vem crescendo vertiginosamente na sociedade contemporânea, o que distancia o indivíduo, bem como a coletividade desse objetivo de sustentabilidade. Identifica-se como fator de contribuição o consumo da alimentação moderna, impregnada de aditivos químicos. Tais alimentos, ou seja, compostos químicos, ainda demandam estudos mais aprofundados acerca de seus efeitos, que, a curto ou longo prazo, possam vir causar à saúde humana.

Aponta a Organização Mundial de Saúde que existem hoje mais de 220 milhões de pessoas com diabetes no mundo, mais de 3,4 milhões de pessoas

morreram no ano de 2004, sendo que mais de 80% dessas mortes foram registradas em países em desenvolvimento, como o Brasil. Salienta a OMS que o índice de portadores de diabetes chegará a precedentes epidêmicos até 2030, estimando-se a duplicação desse número. Projeta-se que esse impacto será mais pontual em economias jovens, mais expostas à lógica capitalista, onde o aumento epidêmico poderá chegar a 150%³.

Desse modo, percebe-se como alarmante o quadro já estabelecido, bem como a complexidade que pode alcançar, comprometendo não somente a massa hoje já adoecida, mas as famílias envolvidas, o sistema público de saúde, como também as gerações futuras, ante a predisposição que esse tipo de patologia cria em relação a outras doenças. Portanto, o alcance da projeção dos índices epidêmicos apontados, principalmente nas economias em desenvolvimento, demonstra que se trata de um problema socioambiental de saúde, pois, quando não causa a morte prematura do sujeito, origina grande impacto em sua qualidade de vida, gerando efeitos econômicos negativos à sociedade como um todo, em total desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1 SAÚDE SOCIOAMBIENTAL: O PROBLEMA DA DIABETES

Partindo-se das garantias constitucionais, embasadas nos direitos fundamentais, mais especificamente o direito fundamental à saúde, toda a regulamentação legislativa existente e as políticas públicas vigentes vêm demonstrando que o sistema instituído não está alcançando seus objetivos, haja vista o crescente quadro das patologias crônicas não transmissíveis - DCNT, as quais se estabelecem por meio de pré-disposições salientadas por maus hábitos do indivíduo, ou propriamente instituídas por esses maus hábitos.

Os índices de crescimento dessas patologias aumentam vertiginosamente no contexto nacional, pois as doenças crônicas não transmissíveis, como as cardiovasculares, neoplásicas, respiratórias, diabéticas e doenças músculo-esqueléticas, respondem hoje pela maior parte da parcela dos óbitos no território nacional⁴.

Conforme aponta a Organização Mundial de Saúde, as doenças não transmissíveis, como as doenças cardíacas, derrames, diabetes e o câncer, agora

³ Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://onu.org.br/novo-relatorio-da-oms-traz-informacoes-sobre-estatisticas-de-saude-em-todo-o-mundo/>>. Acesso em: 20 maio 2013.

⁴ Ministério da Saúde: dados estatísticos no Brasil. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=31877&janela=1>. Acesso em: 11 jul. 2013.

compõem dois terços de todas as mortes no mundo, devido ao envelhecimento da população e à propagação de fatores de risco associados à globalização e à urbanização. Ressalva a OMS que o controle dos fatores de risco, como o sedentarismo, a má alimentação e o uso excessivo de álcool, é de extrema urgência⁵.

O número de pessoas com pressão alta, diabetes e obesidade está drasticamente aumentando em todo o mundo. O relatório sobre “Estatísticas da Saúde Mundial 2012”, lançado pela Organização Mundial de Saúde (OMS) com base em dados de 194 países, menciona que cerca de 10% da população mundial vive com diabetes. Essa patologia, se não for tratada, pode ocasionar doenças cardiovasculares, cegueira e insuficiência renal. O aumento da obesidade também é destacado no documento como um grande risco para a saúde e impulsionadora da patologia diabética. “Em todas as regiões do mundo, a obesidade duplicou entre 1980 e 2008”, conforme dados do Departamento de Estatísticas de Saúde e Informática da OMS. “Hoje, meio bilhão de pessoas – 12% da população mundial – são consideradas obesas”⁶.

Menciona a Organização Mundial de Saúde que existem mais de 220 milhões de pessoas com diabetes no mundo. Estima-se que, como resultado de excesso de açúcar no sangue, mais de 3,4 milhões de pessoas morreram no ano de 2004, sendo que mais de 80% das mortes por diabetes são registradas em países de renda baixa e rendimento médio. Quase metade dessas mortes refere-se a pessoas com menos de 70 anos. As pessoas estão morrendo mais cedo, mas não por causas naturais, mas sim por fatores socioambientais⁷.

Essa é uma premente realidade que direciona a atenção da OMS a países em desenvolvimento como o Brasil, uma vez que os índices de crescimento das patologias multifatoriais estão mais acelerados nesse tipo de economia. Entre as doenças que mais matam, incapacitam e internam no Brasil, encontra-se a patologia da diabetes⁸. Segundo os índices indicados no *site* do Ministério da Saúde nos anos de 2000 a 2010, a diabetes foi responsável por mais de 470 mil

⁵ Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://onu.org.br/novo-relatorio-da-oms-traz-informacoes-sobre-estatisticas-de-saude-em-todo-o-mundo/>>. Acesso em: 20 maio 2013.

⁶ Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/hipertensao-diabetes-e-obesidade-estao-em-drastica-ascensao-no-mundo-diz-relatorio-da-oms/>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

⁷ Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://www.who.int/en/>>. Acesso em: 20 maio 2013.

⁸ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 91.

mortes em todo o Brasil, sendo que o número de diabéticos saltou de 35,2 mil para 54,8 mil, e a taxa de mortalidade avançou de 20,8 para 28,7 mortes por 100 mil habitantes. As mulheres são as principais vítimas: em 2010, foram 30,8 mil óbitos de mulheres, contra 24 mil de homens. Em 2000, eram 20 mil mulheres, enquanto 14 mil homens morreram de diabetes. Em 2010, a faixa etária que apresentou a maior parte das mortes ficou acima dos 80 anos de idade, na qual ocorreram 15,7 mil falecimentos. Porém, esse número mais que dobrou, já que em 2000 foram 6,8 mil mortes de idosos diabéticos com mais de 80 anos. Além disso, a maior concentração de óbitos pela doença foi constatada na população menos escolarizada; em 2010, foram 24 mil mortes de diabéticos com escolaridade de até três anos. Segundo a Pesquisa de Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico (Vigitel 2011), realizada pelo Ministério da Saúde, a prevalência da ocorrência média de diabetes na população adulta, acima de 18 anos, é de 5,6%⁹.

Dados mais recentes são apontados em pesquisa realizada no ano de 2013 pelo Ministério da Saúde, no entanto, referem-se, tão somente, aos índices de obesidade da população: mais da metade dos brasileiros está acima do peso. A pesquisa realizada também pelo Vigitel – 2012 mostra que 51% da população adulta, acima de 18 anos, está acima do peso ideal. Em 2006, esse índice era de 43%. Entre os homens, o excesso de peso é maior: atinge 54% e entre as mulheres alcança o percentual de 48%¹⁰.

Realidade que se torna mais preocupante ao se considerar as demais doenças que resultam desse quadro – diabetes e obesidade –, considerando que 80% dos diabéticos estão propensos a morrer de doenças cardiovasculares e que 50% dos homens e 30% das mulheres diabéticas têm mais chances de morte súbita¹¹, bem como o risco de insuficiência cardíaca é de duas a três vezes maior entre diabéticos, e os derrames são duas vezes mais frequentes em diabéticos hipertensos.

⁹ Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/8145/162/acoes-do-ms-interrompem-alta-nas-internacoes-pela-doenca.html>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹⁰ Ministério da Saúde: Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/12926/162/mais-da-metade-da-populacao-brasileira-tem-excesso-de-peso.html>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

¹¹ Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://onu.org.br/novo-relatorio-da-oms-traz-informacoes-sobre-estatisticas-de-saude-em-todo-o-mundo/>>. Acesso em: 20 maio 2013.

Sobretudo, percebe-se que o Brasil enfrenta uma transição nutricional negativa: o arroz com feijão, a alimentação diária do brasileiro, vem sendo substituída por alimentos processados, industrializados, com excesso de gorduras, e não saudáveis. O equivalente a 61,3% da população brasileira, nos anos de 2008/2009, consumiu açúcar em demasia¹². Apenas 22,7% da população brasileira ingere a porção diária recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), de cinco ou mais porções de frutas e hortaliças ao dia. Outro indicador que preocupa é o consumo excessivo de gordura saturada, sendo que 31,5% da população não dispensa a carne gordurosa e mais da metade da população 53,8% consome leite integral regularmente. Os refrigerantes também têm consumidores fieis, sendo que 26% dos brasileiros tomam esse tipo de bebida ao menos cinco vezes por semana¹³.

Ainda há pouca conscientização acerca da diabetes e de seus condicionantes ambientais, seja em nível clínico, seja em nível de saúde pública. Essa omissão torna-se mais significativa na medida em que atinge indivíduos mais pobres, desprovidos de conhecimentos básicos, quanto mais de orientações acerca de patologias multifatoriais. Tal quadro acarreta na piora da qualidade de vida de milhões de pessoas que não possuem acesso à informação direcionadora, embasada e segura. Faz-se urgente considerar as proporções continentais do País e a projeção de crescimento que a epidemia diabética pode alcançar. Conforme apontam as pesquisas da OMS, estima-se a duplicação dos índices de diabetes até o ano de 2030, sendo que esse aumento será de aproximadamente 150% em países como o Brasil¹⁴. Tais projeções podem gerar um desconcerto socioeconômico nacional, sendo até mesmo questão de difícil resolução junto à estrutura do Sistema Único de Saúde¹⁵.

Dos atendimentos que o Sistema Único de Saúde realiza, 80% poderiam ser evitados, resolvidos por meio de métodos educativos e elucidativos, sendo que

¹² Ministério da Saúde. Dados estatísticos no Brasil. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/index.cfm?portal=pagina.visualizarNoticia&codConteudo=2679&codModuloArea=162&chamada=dia-nacional-alerta-para-risco-da-obesidade>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹³ Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/12926/162/mais-da-metade-da-populacao-brasileira-tem-excesso-de-peso.html>>. Acesso em: 29 ago. 2013.

¹⁴ SOTERO, Raimundo. Papel da educação do tratamento do diabético. In: LYRA, Ruy; CAVALCANTI, Ney (Org.). *Diabetes mellitus*. 2º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006. p. 223.

¹⁵ SOTERO, Raimundo. Papel da educação do tratamento do diabético. In: LYRA, Ruy; CAVALCANTI, Ney (Org.). *Diabetes mellitus*. 2º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006. p. 225.

10 milhões de brasileiros padecem da doença da miséria e da “desinformação”. Não sabem que possuem direito à saúde, à dignidade humana, desconhecem o que seria o Sistema Único de Saúde, suas políticas públicas, políticas sanitárias e diretrizes assistenciais¹⁶. Esse número de desinformados impacta diretamente no processo de medicalização da vida, sendo que as doenças crônicas não transmissíveis – DCNT correspondem hoje por cerca de 75% das despesas do SUS com assistência hospitalar¹⁷.

Atualmente a bioquímica revela que o cérebro necessita ingerir glicose para nutrir-se; no entanto, o grande problema é a ingestão dessa glicose por meio do consumo exagerado de açúcar refinado – industrializado –, e não pela via dos alimentos *in natura*. Durante o processo de refino do açúcar, inúmeros produtos químicos são utilizados para que ele fique com boa aparência, branco e arenoso. Isso faz o vegetal perder todas as suas fibras, minerais, proteínas e demais nutrientes, sobrando apenas um produto químico que é tão somente a caloria vazia¹⁸, a qual não serve como alimento, mas serve simplesmente para poluir o organismo humano. Entretanto, tornar-se dependente dessa química é muito simples, pois a absorção de açúcar pelo organismo é extremamente rápida, alcançando o cérebro em instantes, onde, juntamente com a insulina, libera triptofano, que se converte em serotonina, a qual possui ação tranquilizante e calmante, conhecida como o “hormônio da felicidade”.

Estudos mostram que as pessoas que sofrem de um desequilíbrio no sistema serotonina/noradrenalina têm uma disfunção alimentar ligada a distúrbios psiquiátricos. A serotonina também interfere no estado de humor e na sonolência; quando há uma diminuição dessa substância no cérebro, a pessoa sente necessidade de ingerir açúcar¹⁹. Isso deixa o indivíduo sentindo-se pior do que antes, procurando mais alimentos açucarados para melhorar seu humor, criando um ciclo vicioso de desejo de comer doce e um processo de dependência

¹⁶ PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 92.

¹⁷ Ministério da Saúde. Dados estatísticos no Brasil. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=31877&janela=1>. Acesso em: 11 jul. 2013.

¹⁸ PUPPIN, Sérgio. É cardiologista e nutrólogo, professor do curso de geriatria e gerontologia da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro, membro da Academia de Ciências de Nova York e autor dos livros *Doenças cardiovasculares, verdades e mitos* e *Ovo, o mito do colesterol*. Autor do prefácio do livro *Açúcar: o perigo doce*. São Paulo: Alaúde, 2010. p. 13-6.

¹⁹ RODRIGUES, Tânia; JUNIOR, Lancha. Doces em excesso nunca são bons. In: *Especialistas do bemstar: nutrição e metabologia*. Internet. Disponível em: <http://bemstar.globo.com/>. Acesso em: 10 ago. 2011.

química, que cria uma necessidade compulsiva e um contínuo quadro de humor instável²⁰⁻²¹.

A diabetes é uma doença crônica que aparece quando o pâncreas não produz insulina em quantidade suficiente ou quando o corpo efetivamente não usa a insulina produzida. Sendo a insulina o hormônio responsável pela regulação do açúcar no sangue, seu descontrole é a hiperglicemia, ou seja, o aumento de açúcar no sangue, o que resulta em graves danos a muitos órgãos e sistemas do corpo humano²². No entanto, os estudos epidemiológicos para elucidar a história natural e a patogênese do diabetes baseiam-se em apenas em um único fator, a hiperglicemia, apesar da grande variedade de manifestações clínicas e condições associadas à diabetes. A hiperglicemia sozinha não responde a todas as questões, sendo que, nas últimas décadas, foram acumuladas evidências de que numerosos mecanismos etiologicamente diferentes, como genéticos, ambientais e imunológicos, podem ter um importante papel na patogênese, no curso clínico e no aparecimento das complicações do estado diabético.

Aponta Laércio J. Franco “como possível fator determinante ao quadro diabético o processo de glicação de proteínas”²³, o que está diretamente relacionado com o consumo excessivo de açúcares refinados. Esse fato relaciona-se diretamente com a cultura do consumo, disseminada pelas mídias de mercado, à nova alimentação industrializada, evidenciando que a associação entre estilo

²⁰ MACKEITH, Gillian. *Você é o que você come!*: o poder da alimentação natural. Trad. Jussara Simões. 11. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 94.

²¹ Nesse sentido, é interessante apontar o estudo do jornalista Denis Russo Burgierman, ao analisar as semelhanças existentes entre a farinha de trigo, o açúcar branco e a cocaína. Menciona que os três criam, no organismo humano, um processo de dependência química, uma vez que possuem o mesmo tipo de refino em seu processo de produção, são levados à extração do último componente químico presente no vegetal. Deste modo, possuem também efeito parecido no corpo humano, pois ocasionam uma descarga de energia em minutos que se esvai rapidamente, vindo o corpo a querer mais, pois esses componentes químicos, destituídos de suas partes nutritivas – as fibras do vegetal –, são absorvidos pelo corpo humano como um ralo, possuindo um efeito eletrificante que manda sinais para o organismo inteiro acelerando rapidamente o metabolismo. Ou seja, instala-se o mesmo processo bioquímico ocasionado pela cocaína, que cria a dependência pela droga. O consumidor exposto a esse tipo de alimentação patológica ficará cada vez mais envolto nesse conjunto viciante de dependência química.

²² Organização Mundial de Saúde. Disponível em: <<http://www.who.int/en/>>. Acesso em: 20 maio 2013.

²³ FRANCO, Laércio Joel. Genética do diabetes. In: LYRA, Ruy; CAVALCANTI, Ney (Org.). *Diabetes mellitus*. 1º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006. p. 61-2.

de vida e o aumento dos índices de diabetes implicam a incidência de uma doença de etiologia ambiental²⁴.

2 INFLUÊNCIAS DO MERCADO NA SAÚDE ALIMENTAR COLETIVA

A cultura de consumo está se massificando rapidamente, impulsionada pela lógica do mercado capitalista, a qual parece não encontrar barreiras à exploração de novos nichos, como as novas bandeiras de sustentabilidade e do ecologicamente correto, embasadas sob preceitos nobres como a garantia da saúde e o equilíbrio da vida. Em muitas instâncias, a vida passa a ser um negócio rentável para alguns atores sociais que objetivam tão somente o lucro a qualquer preço, principalmente quando versa sobre o interesse de grandes companhias internacionais²⁵.

A humanidade, durante milhares de anos, nutriu-se de alimentos provindos única e exclusivamente da natureza – *in natura*. Esses alimentos foram responsáveis pela evolução do homem ao longo dos tempos, o que se contrapõe à dieta que ganhou espaço nos últimos mil anos de existência da humanidade, mais pontualmente nos últimos quatrocentos anos, a partir do momento em que o homem extraiu o açúcar da natureza por meio de processos de extremo refino. Nesse sentido, aponta Robert C. Atkins que a mudança mais impactante dos últimos tempos na alimentação do homem moderno refere-se ao consumo de açúcar refinado, uma vez que o consumo anual desse químico passou de dois quilos por pessoa para oitenta quilos em apenas onze gerações. Essa transformação pode ser a mais drástica mudança dietética na evolução da humanidade nos últimos cinquenta milhões de anos²⁶.

O consumo do açúcar disseminou-se no mercado, mais pontualmente, a partir do século XIX, com o surgimento da indústria dos refrigerantes, hoje os principais transportadores de açúcar para o corpo humano. A humanidade não era exposta a esse tipo de alimento, “não alimento”; a ciência ainda desconhece todas as patologias que podem ser fruto da alimentação moderna, bem como as que dela podem provir. Quadro temerário aliado à maciça indução ao consumo, que, ao que tudo indica, proporciona um desarranjo cerebral no indivíduo,

²⁴ AGUIAR, Marcos José Burle de; SILVA, Saulo Cavalcanti da. Genética do diabetes. In: LYRA, Ruy; CAVALCANTI, Ney (Org.). *Diabetes mellitus*. 1º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006. p. 75.

²⁵ GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética: bioética e ciência – Até onde avançar sem agredir*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p. 99-110.

²⁶ ATKINS, Robert. C. *A dieta revolucionária do doutor Atkins*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977. p. 61.

criando um processo químico de pré-disposição a determinados compostos, o que resulta em um processo de duplo desajuste, considerando que o indivíduo está exposto ao contínuo direcionamento psicológico induzido pelas mídias publicitárias e a dissidência química propiciada por esse tipo de alimentação moderna.

O açúcar refinado é um produto concentrado que o organismo não necessita, ao contrário, o rejeita, devido aos transtornos que causa à química do corpo humano. O vício em açúcar branco resulta numa condição superácida no organismo, que descalcifica e desmineraliza o corpo, o organismo passa a ter falta de cálcio, magnésio, zinco, selênio, entre outros nutrientes protetores do organismo²⁷. O corpo humano não nasceu para lidar com o excesso desse tipo de alimento processado, industrializado, destituído de nutrientes, que tão somente servem para poluí-lo. “Alimento” esse que impregna, aos alimentos que dele derivam, grandes quantidades de aditivos e conservantes químicos, podendo, na verdade, ser chamado de um “não-alimento”, considerando que é calamitoso à saúde²⁸, pois passa por um longo processo de refino que o destitui de qualquer nutriente ao corpo humano. O processamento químico empregado à cana de açúcar altera suas substâncias originais e as proporções naturais de nutrientes nela contida; ademais, emprega outros químicos no seu processo de industrialização na busca de maior durabilidade ao produto.

O baixo consumo de alimentos *in natura*, como cereais, tubérculos e leguminosas, é reflexo de uma má alimentação estimulada pela alimentação moderna introduzida por meio do mercado de alimentos industrializados. E essa alimentação é adotada em grande escala pela população brasileira, que atualmente prefere refeições condimentadas, ricas em gorduras, sal e açúcares, com pouco ou nenhum teor nutritivo, porém abundante em aditivos químicos. Esses hábitos distanciam o indivíduo cada vez mais da nutrição do seu organismo, da possibilidade de um conjunto integrativo de qualidade de vida e garantia da saúde. Esse fato pode ser caracterizado como um processo de uniformização social preocupante, vez que versa sobre bens essenciais de consumo alimentar que agem diretamente na saúde da população.

²⁷ CHEMELLO, Emiliano; PANDOLFO, Felipe G. Açúcar, vício moderno e perigoso. In: *Núcleo de Apoio ao Ensino da Química*, Departamento de Física e Química da Universidade de Caxias do Sul. Internet. Disponível em: <http://hermes.ucs.br/ccet/defq/naeq/material_didatico/textos_interativos_02.htm>. Acesso em: 22 jan. 2013.

²⁸ MACKELTH, Gillian. *Você é o que você come!*: o poder da alimentação natural. Trad. Jussara Simões. 11. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 25.

Nesse sentido, é a lição de Gilles Lipovetsky ao discorrer sobre a publicidade: desde os anos 50, vê-se, na publicidade, uma máquina de uniformização capaz de conduzir a população a uma “felicidade conformista”, materialista e mercantil, que se dá através das mídias massificadoras transportadas pelos jornais, rádio, cinema e televisão, que impulsionam a uniformização dos gostos e das atitudes, mesmo os simples gestos cotidianos tendem a homogeneizar-se²⁹. Ideologia consumista introjetada, na visão de Milton Santos³⁰, através de três grandes tendências errôneas: uma que versa sobre a produção acelerada e artificial de necessidades contínuas, o mercado do efêmero, do vazio, da criação das necessidades artificiais; outra que trata sobre a incorporação limitada de modos de vida tidos como racionais, como corretos, diretivos e excelentes, ou seja, a perda da singularidade do indivíduo a produção de autômatos; e uma terceira que aborda a produção ilimitada de carência e escassez³¹, total utopia em relação ao premente contexto ambiental de escassez dos recursos naturais e da urgente necessidade de equilíbrio sustentável dos recursos naturais.

Essa realidade se percebe mais presente em economias em desenvolvimento, considerando que a cultura dos países subdesenvolvidos está mais exposta à exploração imposta pelas mídias de consumo, em que a produção não é regida pelas necessidades sociais, mas pelas necessidades do mercado, vez que possuem maior amplitude de gerência ante a falta de solidificação das políticas internas. Isso constrói uma nova forma de visão, uma nova religião, a religião da mercadoria, do consumo, que ganha mais seguidores a cada dia, face à “idolatria fascinada” que gera³².

“Atualmente, na cadeia de produção, a autonomia da produção cedeu lugar à ditadura do consumo”³³, campo fértil ao mercado capitalista, pois produz o consumidor antes mesmo de produzir o produto. As políticas neoliberais

²⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal: ética, mídia e empresa*. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2004. p. 68.

³⁰ Milton de Almeida Santos é geógrafo e livre pensador brasileiro. Ele “diz que a maior coragem, nos dias atuais, é pensar”. Doutor *honoris causa* em vários países, ganhador do prêmio Vautrin Lud, em 1994 (prêmio Nobel da geografia), professor em diversos países; autor de cerca de 40 livros e membro da Comissão de Justiça e Paz de São Paulo.

³¹ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 129.

³² PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 92.

³³ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 48.

tendem a mercantilizar tudo, inclusive o corpo humano e as práticas médicas, ao sujeitá-las à lógica da produtividade e do lucro econômico. Portanto, “a saúde ambiental apresenta um desafio ao impacto da cultura de nosso tempo”³⁴. Essa lógica não se aplica de forma diferente em relação aos alimentos, sopesando que bens de consumo de natureza primária garantem campo fértil, estável e rentável ao mercado. O emprego cada vez maior de novas biotecnologias na alimentação garante maior durabilidade à dieta industrializada, gerando maiores lucros ao setor, considerando que as perdas passam a ser menores.

Entretanto, o mercado de alimentos industrializados no Brasil não costuma divulgar, em suas rotulagens, grande parte dos compostos químicos utilizados no seu processo de industrialização, ou divulga determinados compostos com nomes alternativos, como no caso do açúcar, ao utilizar nomes como sacarose, frutose, dextrose, xarope de milho, maltodextrina, xarope dourado, entre outros³⁵. Nomes que fogem ao senso comum da população. Nesse sentido, há pouco tempo foram promulgadas novas leis na Inglaterra: a Government Food Standards Agency, objetivando impedir que os fabricantes de alimentos processados confundam o consumidor com descrições imprecisas e dissimuladas nas rotulagens³⁶.

Conduta duplamente desleal quando somada à exploração dos novos conceitos holísticos empregados à área da saúde, que visam à busca da qualidade de vida em uma conjuntura ampliativa, integrando o conceito de preservação e garantia da saúde. A lógica do mercado, de forma arbitrária, vem adotando uma postura beneficente, utilizando-se dessa nova tendência, que, sobretudo, é positiva, pois embasada em ideologias nobres. No entanto, a beneficência que vem sendo adotada pelas grandes corporações de mercado possui uma tênue bruma de altruísmo a qual encobre interesses mercadológicos, pois, em tempos de necessária consciência ambiental, basta um *slogan* de sustentabilidade para elevarem-se as margens do lucro. São criadas novas necessidades pelo mercado, novas praticidades, novas precisões, que prometem trazer qualidade de vida à atribulada rotina moderna; no entanto, direcionam a população ao consumo de alimentos que, na verdade, não sustentam a ideologia que prometem.

³⁴ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 311.

³⁵ MACKEITH, Gillian. *Você é o que você come! : o poder da alimentação natural*. Trad. Jussara Simões. 11. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 26.

³⁶ MACKEITH, Gillian. Op. cit., p. 176/177.

O conceito ambiental está em moda; o ecologicamente correto vende, pois sustentado sob toda a estrutura evolucionista dos conceitos e conquistas socioambientais, edificados internacionalmente pela geração dos direitos sociais, embasados nos preceitos humanistas que buscaram garantir dignidade à vida. Explicitamente, em pouco tempo muitos produtos passaram a adotar a rotulagem da sustentabilidade, do orgânico ou do bio³⁷ “alguma coisa”, pois as bandeiras da sustentabilidade, do equilíbrio e da qualidade de vida estão em moda, bem como já estiveram em moda as bandeiras publicitárias dos *diets* e dos *lights*.

Não existe mais esfera social que não gere interesse ao mercado; a voracidade especulativa abrange todas as esferas populacionais, todas as classes sociais são consumidoras. Existem produtos, gêneros alimentícios industrializados, quimicamente modificados, que alcançam o poder aquisitivo de toda a gama populacional. Em um primeiro momento, o homem moderno é classificado como consumidor da nova dieta prática da vida moderna, que abandona a comida natural/caseira e adota o sanduíche industrializado e a bolachinha açucarada; em um segundo momento, é classificado como doente, tornando-se paciente e, conseqüentemente, novamente consumidor, mas agora dos tratamentos, terapias e medicamentos fornecidos por essa mesma lógica de mercado – o que transforma o corpo humano no alvo dos problemas do consumo.

Nesse sentido, oportuno mencionar o entendimento do sociólogo Zygmunt Bauman, ao apontar, sem meias palavras, que o sistema capitalista é um sistema “parasitário”, e, como todo parasita, pode prosperar por certo tempo, desde que encontre um organismo ainda vivo que lhe forneça alimento; no entanto, não pode fazer isso sem prejudicar o hospedeiro, destruindo as condições de sua prosperidade e existência, portanto, extirpa sua própria sobrevivência, mas antes mata seu meio de sustento³⁸.

Como medida preventiva e de controle, faz-se necessário promover programas de melhoria da qualidade ambiental, bem como fazer pesquisas epidemiológicas para conhecer o efeito de diferentes fontes contaminadoras sobre saúde. Esse fato abre perspectivas para um programa de pesquisas interdisciplinares para analisar os efeitos conjuntos da exposição a diferentes

³⁷ Radical de origem grega que significa “vida”.

³⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 8/9.

riscos ambientais, inclusive pesquisas epidemiológicas acerca da exposição prolongada a diferentes níveis de substâncias contaminadoras³⁹.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO: O PAPEL DO ESTADO

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é hoje parte determinante ao conceito de saúde, não sendo possível dissociar os conceitos de saúde e de ambiente, vez que se interconectam em vários pontos, para não dizer em todos os aspectos relacionados com o equilíbrio da saúde socioambiental. Isso porque, à medida que o tempo passa, as preocupações com o ambiente adquirem cada vez maior importância perante a presença de uma série de novos problemas globais, como as novas biotecnologias impregnadas à vida moderna, as quais passam a danificar a vida humana de uma maneira alarmante, e que logo pode vir a tornar-se irreversível⁴⁰.

A necessidade do alcance de um quadro de sustentabilidade à manutenção da vida como um todo colocou o ser humano no centro dos objetivos, propondo, entre suas metas, a qualidade de vida e o desenvolvimento de suas próprias potencialidades, sendo, para tanto, necessário assegurar condições mínimas de nutrição e de saúde para que a vida se propicie de uma forma sadia, produtiva e prazerosa⁴¹. Portanto, reconheceu o constituinte o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, essencial à garantia da vida humana, consagrando-o no art. 225⁴², sendo apenas a sede organizacional socioambiental desse direito essencial, uma vez que se encontra presente no decorrer de todo o texto constitucional ora como direito reflexo na busca de proteção à saúde, ora como preceito normativo de apoio à sua efetividade⁴³.

³⁹ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 314.

⁴⁰ CAPRA, Fritjot. *A teia da vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 23.

⁴¹ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 311/312.

⁴² Constituição Federal: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

⁴³ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

Nesse ínterim, qualquer óbice, proveniente de conduta omissiva ou comissiva de particulares ou do Estado, ao alargamento do direito à garantia da vida, deve ser afastado pelo ente estatal, pois o objetivo maior que compete ao Poder Público é a garantia da tutela socioambiental que viabiliza a garantia da saúde e a própria manutenção digna da vida. Esses deveres retiram do Estado a possibilidade de decisão sobre a especulação de mercado e oportunidade de ação, obrigando-o à adequação permanente sobre as medidas de proteção que se fizerem necessárias à garantia da supremacia da saúde e da vida⁴⁴ – principalmente no que tange ao dever de controle, produção, comercialização e emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco a saúde/vida e a sua qualidade, preservando a qualidade socioambiental às presentes e às futuras gerações.

Compete ao Estado promover medidas que assegurem proteção e efetivação da legislação ambiental contra possibilidades de retrocesso em virtude de interpretação da lei de maneira menos rigorosa ou mais flexível, mas devendo buscar continuamente um nível sempre maior de proteção, para o fim de manter e propiciar o equilíbrio ambiental. Desse modo, compete ao Estado, conforme as diretrizes constitucionais preestabelecidas – art. 170, VI⁴⁵, e art. 225⁴⁶, § 1º, V, da Constituição Federal –, a gestão dos riscos socioambientais, devendo delimitar diretrizes e consolidar medidas operacionais necessárias à garantia da viabilidade da vida às presentes, bem como às futuras gerações, mediante os reflexos que se darão de tais medidas hoje adotadas.

Contudo, o presente contexto socioeconômico demonstra realidade diversa da expressa na carta constitucional, sendo que a atual economia interna é controlada pelo modelo capitalista de mercado. “A degradação do ambiente é

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres do Estado: a garantia de retrocesso em matéria socioambiental. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Org.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educs, 2008. p. 11.

⁴⁵ Constituição Federal: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]”.

⁴⁶ Constituição Federal: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...]”.

causada pela interação do poder político, econômico e cultural com a variação demográfica⁴⁷. A política econômica interna passou a ser regida pela lógica capitalista, uma vez que as grandes corporações estão impregnando a consciência social com um massificado conceito ideológico a ser seguido, como um novo símbolo social que resulta em uma nova realidade socioeconômica, onde os atores sociais passam a ser as empresas globais⁴⁸. A cada dia surgem novos desafios relacionados à saúde, sendo que a competitividade econômica imposta por esse tipo de política pressiona severamente os países em desenvolvimento, resultando em desajustes sociais, pois nações subdesenvolvidas estão mais propensas a impactos socioambientais, como os que nascem da exploração mercadológica e das novas biotecnologias impregnadas à vida moderna⁴⁹.

Com a prevalência do interesse econômico sob os interesses sociais, o homem acaba por ser considerado um elemento residual, o que da mesma forma ocorre com o território, com o Estado-nação e a solidariedade social⁵⁰. Nesse ínterim, surge uma questão pontual: como poderemos controlar a dinâmica do poder político e econômico que regem a origem do perigo, ou seja, do risco socioambiental em saúde pública?

Destaca Norberto Bobbio, nesse mesmo sentido, ao discorrer sobre a ilusão jurídico-institucional existente nos sistemas políticos do século passado, que, naquele momento, bastava procurar remédios eficazes para controlar o sistema político dominante, para controlar o sistema de poder da sociedade como um todo. Hoje, essa realidade não é mais possível; estamos cada vez mais conscientes de que o sistema político é um subsistema do sistema global e que o controle do primeiro não implica o controle do segundo⁵¹.

Observa-se propriamente um sistema de responsabilidade organizada instituído pelo próprio poder político direcionado mediante interesses econômicos, conforme aponta Goldblatt ao analisar a obra de Beck: a

⁴⁷ GOLDBLATT, David. A sociologia de risco: Ulrich Beck. In: GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Trad. Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. (quinto capítulo).

⁴⁸ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 67.

⁴⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. Saúde socioambiental: perspectivas jurídicas e bioéticas para um novo paradigma da saúde. In: *II Congresso Internacional Florense de Direito e Ambiente - Preparatório para Rio+20*. Caxias do Sul: Plenum, 2012.

⁵⁰ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 147.

⁵¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 151.

“irresponsabilidade organizada denota um encadeamento de mecanismos culturais e institucionais pelos quais as elites políticas e econômicas encobrem efetivamente as origens e conseqüências dos riscos e dos perigos catastróficos da recente industrialização”. Sistema político e econômico controlador e dissimulado, pois desvia e controla as manifestações sociais que esses riscos provocam, induzindo a sociedade a uma falsa segurança.

Assim, o que é posto em questão é um labirinto elaborado concebido de acordo com princípios, não de falta de compromisso ou irresponsabilidade, mas de compromisso e irresponsabilidade simultâneas: mais precisamente, compromisso como irresponsabilidade organizada.⁵²

Nesse mesmo sentido, Yvette Veyret menciona que, estando o risco presente em toda parte nas atuais sociedades, “prevalece um sentimento de insegurança que parece alimentado pelo próprio progresso da segurança, pelo desenvolvimento das ciências e de técnicas cada vez mais sofisticadas”⁵³. A “mesma prosperidade material que cria a possibilidade de existirem formas contemporâneas de política de ambiente é paradoxalmente o seu maior opositor”. “Hoje em dia a política não é nada mais que a gestão dos riscos”, e o risco tornou-se um dos fundamentos de análise da política global⁵⁴. Portanto, o sistema político das sociedades dominadas pela lógica capitalista não é neutro, mas estruturalmente tendencioso à atribuição de poder a interesses dominantes e problemáticos do ponto de vista ecológico⁵⁵.

Provém dessa lógica de interesses o antagonismo existente na atual “sociedade de risco entre a natureza dos riscos e perigos produzidos pelo recente industrialismo e as relações de definição dominantes que são as leis, instituições e capacidades que estruturam a identificação e avaliação dos problemas e riscos ecológicos”. Nasce, assim, a “matriz legal, epistemológica e cultural segundo a

⁵² GOLDBLATT, David. A sociologia de risco: Ulrich Beck. In: GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Trad. Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. (quinto capítulo).

⁵³ VEYRET, Yvette (Org.). *Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Contexto, 2007. p. 14.

⁵⁴ VEYRET, Yvette (Org.). Op. cit., p. 29.

⁵⁵ GOLDBLATT, David. A sociologia de risco: Ulrich Beck. In: GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Trad. Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. (quinto capítulo).

qual se conduz a política do ambiente”⁵⁶, que, entretanto, deveria estruturar-se sob os interesses garantidores do bem comum.

“Não há direito sem obrigação e não há nem direito nem obrigação sem uma norma de conduta”⁵⁷, sem a presença do Estado, sem as garantias constitucionais asseguradas por meio de políticas públicas empregadas, em primeiro momento, coercitivamente e adequadamente, pois ainda necessárias. Tão logo, sem a garantia dos direitos sociais, os direitos contidos nas declarações formais caem no vazio das esferas abstratas ou perdem o fio institucional de contato com a realidade concreta, aquela que deve propiciar em termos de eficácia a fruição completa das liberdades humanas⁵⁸. O ideal da democracia plena é substituído pela construção de uma democracia globalizada de mercado⁵⁹, induzida pelos meios de comunicação, como a televisão que degrada o espaço público, simplificando abertamente o debate político, o *show* substitui a ideologia, a imagem, as ideias, as frases, o poder de argumentação. O militante é substituído por um telecidadão distraído e passivo à indução que lhe é sugerida; “pobre democracia espetacular, pobre cidadão”⁶⁰. Como defensor da saúde, não pode o Estado condicionar-se a discursos vagos no que tange a políticas públicas concernentes à garantia da vida, sendo por si mesma condição primária para o desenvolvimento de qualquer regime democrático. Não pode a vida ser alocada em segundo plano por distorções ideológicas que têm como escopo disfarçar interesses egoísticos⁶¹.

Sob a ótica individual, o problema explicitado pode ainda não ser uma realidade muito presente diante da falta de acesso à informação segura e consistente ao senso comum, vez que se parte da premissa de que todo alimento disponibilizado ao consumo tenha passado pela fiscalização de normas rígidas que visem a garantir sua qualidade e segurança. No entanto, diante dos novos riscos existentes, como a iminente ameaça epidemiológica da diabetes, necessário se faz digressões ainda mais aprofundadas acerca de sua estruturação, até

⁵⁶ GOLDBLATT, David. Op. cit.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 8.

⁵⁸ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 532.

⁵⁹ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 61.

⁶⁰ LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfoses da cultura liberal: ética, mídia e empresa*. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2004. p. 82.

⁶¹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

porque, a cada dia, torna-se mais banal o processo social de medicalização da vida⁶², sobretudo o que torna o debate público sobre as formas de intervenção na saúde humana imprescindível nas sociedades democráticas e pluralistas⁶³.

4 A NECESSÁRIA CONSCIÊNCIA E PREVENÇÃO DO RISCO

Na sociedade moderna, os riscos são onipresentes ao indivíduo, à sociedade civil, aos encarregados da tomada de decisões, aos políticos, ou seja, a toda coletividade, atingindo todas as esferas da vida. Um processo potencialmente perigoso pode ser definido como um risco para as populações afetadas “a partir do momento em que se torna previsível, a partir do momento em que é vislumbrado esquematicamente, seja porque emite sinais prévios, seja em razão da repetição do processo que permite o estabelecimento de uma frequência”. É o que ocorre com a projeção epidêmica da patologia da diabetes, conforme apontam as pesquisas da OMS.

A ciência estatística, desde que suficiente e fundamentada em dados homogêneos e seguros, ocupa um lugar de destaque na definição do risco⁶⁴. No entanto, mesmo que persistam dúvidas científicas sobre os riscos provocados por uma atividade, processo ou produto, devem ser adotadas as medidas necessárias destinadas a evitar a concretização de lesões ao meio ambiente ou à saúde pública⁶⁵, pois, uma vez consumada a lesão ambiental, sua possível reparação é sempre incerta e onerosa.

No entanto, os sistemas tradicionais de direito não possuem soluções imediatas para maior parte dos casos concretos concernentes aos novos direitos provindos das novas tecnologias/biotecnologias. Tão logo, deve-se apelar aos valores e princípios que estão acima de qualquer avanço científico para

⁶² BRAUNER, Maria Claudia Crespo; FURLAN, Karina Morgana. Saúde socioambiental: perspectivas jurídicas e bioéticas para um novo paradigma da saúde. In: *II Congresso Internacional Florense de Direito e Ambiente* – Preparatório para Rio+20. Caxias do Sul: Plenum, 2012.

⁶³ BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008. p. 175.

⁶⁴ VEYRET, Yvette (Org.). *Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz. 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Contexto, 2007. p. 29.

⁶⁵ NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio de precaução no direito ambiental brasileiro. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. *Estado de direito ambiental* – Tendências. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 189.

resolução de questões dessa natureza⁶⁶, uma vez que o princípio é o instrumento apropriado para situações de incerteza, como as que surgem do avanço científico, pois possibilita a solução mais adequada da questão, considerando que é mais maleável à necessária adequação ao caso concreto⁶⁷.

O que se observa na aplicação do princípio da prevenção, sopesando que o risco vislumbrado certamente ocorrerá, pois os índices de crescimento da população de obesos no País, bem como o índice de crescimento de diabéticos, já apontam a concretização do alcance dos índices epidêmicos apontados pela OMS no que tange à projeção da doença nos países em desenvolvimento.

O direito ambiental deve sempre orientar-se mais por uma atuação de “antecipação” e “cautela”, objetivando evitar a ocorrência de potenciais danos⁶⁸ vislumbrados ou já comprovados. Nesse sentido, o princípio da precaução é apontado como um reforço ao princípio da prevenção, “sendo que seu fundamento seria, igualmente, a dificuldade ou impossibilidade de reparação da maioria dos danos ao meio ambiente, distinguindo-se do princípio da prevenção por aplicar-se especificamente em situações de incerteza científica”⁶⁹.

Édis Milaré prefere “adotar princípio da prevenção como fórmula simplificadora, uma vez que prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba precaução, de caráter possivelmente específico”⁷⁰ – considerando que “o princípio da prevenção se dá em relação ao perigo concreto, enquanto, em se tratando da precaução, a prevenção é dirigida ao perigo abstrato”⁷¹. A precaução surge como uma orientação preventiva para os casos incertos. Assim, conforme a necessidade explicitada pelo caso concreto, esse princípio tem o condão de orientar ainda mais a responsabilidade civil para uma “função de prevenção”, superando a dimensão meramente reparatória. Sopesando que “o enfoque preventivo deve prevalecer no que respeita aos danos graves e irreversíveis, sobretudo aqueles que podem se produzir a longo prazo e comprometer o bem

⁶⁶ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 47.

⁶⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. Trad. Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

⁶⁸ NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. Op. cit., p. 198.

⁶⁹ NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. Op. cit., p. 199.

⁷⁰ MILARÉ, Édis. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 60.

⁷¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 62.

estar das gerações futuras, em relação aos quais a reparação não tem verdadeiro sentido, por ser praticamente irrealizável⁷²: esse é o caso dos danos que se debruçam sobre a garantia da vida e de sua qualidade.

Neste sentido, e tendo em conta o contexto de riscos e incertezas no qual se inserem as sociedades contemporâneas, pode-se sustentar que a implementação do princípio de prevenção, bem como a sua amplitude em um contexto de incerteza – precaução – e a efetividade do direito ambiental como um todo, “depende de uma profunda revisão dos valores e comportamentos predominantes nas sociedades ocidentais contemporâneas”, e uma mudança da postura ética em face do meio ambiente, de modo a considerar, pelo menos, os conceitos de “desenvolvimento sustentável” e “responsabilidade intergeracional” como necessários à manutenção da vida com dignidade⁷³.

O conflito ambiental coloca em jogo a construção de paradigmas alternativos de desenvolvimento⁷⁴. Os riscos estão sujeitos à definição e elaboração social, sendo fundamental a mobilização do conhecimento com vistas a descrever e avaliar o risco⁷⁵. “Correr perigo é uma coisa, mas saber que se está em perigo é completamente diferente. Saber que se está em perigo e sentir-se completamente impotente para alterar o curso dos acontecimentos que causam esse perigo é ainda outra coisa”⁷⁶, sobretudo quando determinado risco impõe-se sobre questões garantidoras da vida. Também ao analisar a obra de Beck, aponta Goldblatt que “os conflitos políticos versam cada vez mais sobre a posse e a articulação do conhecimento”⁷⁷. Ademais, pontua que a solução a esse tipo de domínio apresenta-se através dos novos movimentos sociais, uma

⁷² NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio de precaução no direito ambiental brasileiro. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. *Estado de direito ambiental - Tendências*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 212.

⁷³ NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio de precaução no direito ambiental brasileiro. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. *Estado de direito ambiental - Tendências*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 224.

⁷⁴ LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 67.

⁷⁵ GOLDBLATT, David. A sociologia de risco: Ulrich Beck. In: GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Trad. Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. (quinto capítulo).

⁷⁶ GOLDBLATT, David. Op. cit.

⁷⁷ GOLDBLATT, David. Op. cit.

vez que demonstram esses movimentos o resultado da busca de identidade e compromissos sociais e pessoais numa cultura que perdeu as tradições⁷⁸.

O desenvolvimento do direito social à educação parece medida assertiva, ou seja, a disseminação do conhecimento em linguagem clara e acessível, não somente em um contexto fechado, concernente à educação básica, muitas vezes insuficiente ou de difícil acesso a toda população, mas por meio do necessário estabelecimento de uma conversação básica entre ciência e senso comum. Trata-se da promoção do conhecimento acessível viabilizado por meio do desenvolvimento dos valores sociais do indivíduo, mediante o desenvolvimento e a empregabilidade do conceito de cidadania, estruturando a consciência e possibilitando a localização do indivíduo no mundo, em um processo constituído de baixo para cima, em que a busca da classificação competitiva do mercado deixe de ser uma meta, permitindo que preocupações de ordem social, cultural e moral possam prevalecer, possibilitando o equilíbrio da saúde socioambiental⁷⁹.

Nesse norte, são as palavras de Norberto Bobbio ao afirmar que os direitos do homem derivam de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política – Estado/cidadão –, relação que vem paulatinamente a ser encarada do ponto de vista dos direitos do cidadão, não mais como súditos, como outrora, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correlação com a visão individualista da sociedade, mas partindo-se de baixo, em oposição à concepção orgânica tradicional⁸⁰. Esse fato demonstra que a diretriz correta a ser tomada é a construção da consciência ética da humanidade, adotando-se, insofismavelmente, o valor da vida humana como valor-eixo⁸¹.

Nesse contexto, é necessária a reflexão acerca da passividade social produzida pela indução do mercado capitalista introjetada mediante a conduta apelativa das mídias publicitárias aliadas a conceitos retrógrados da ciência dogmatizada e reducionista, e a uma falsa ideia de assistencialismo de mercado. Esse assistencialismo, quando necessário, é de responsabilidade do Estado, mediante políticas públicas concernentes à esfera sanitária e às diretrizes do

⁷⁸ GOLDBLATT, David. Op. cit.

⁷⁹ SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 154.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 4.

⁸¹ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 47.

Sistema Único de Saúde. Não pode o Estado abster-se, tampouco permitir que as bandeiras publicitárias, regidas pela política de mercado, valham-se da falta, ou da brecha da legislação, ou mesmo das garantias constitucionais como medida de exploração.

De todo o exposto, pode-se perceber, frente ao problema explicitado, a necessidade de promoção de outros meios de resolução da questão. Somente a solução médica não se fará eficaz à solução de um problema de etiologia ambiental. Portanto, necessário o desenvolvimento de outros aspectos importantes para maior aproximação de resolubilidade do risco. A legitimação e a força desses novos valores ambientalistas “dependem da formação de novas consciências coletivas, da constituição de outros atores sociais e da condução de ações políticas através de novas estratégias de poder em sociedades com democracias imperfeitas”⁸². “A tecnologização da vida está colocando em questão o conhecimento da vida e as práticas no campo da saúde, abrindo novos espaços de reflexão filosófica, de elaboração teórica, de produções tecnológicas e de estratégias sociais”. Nesse contexto, a saúde ambiental define um novo campo de relações interdisciplinares, forjando uma nova ética da vida, bem como um conceito renovado de saúde”⁸³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente incidência dos índices de diabetes é fator preponderante ao processo de medicalização da vida, uma vez que muitas questões que não fazem parte da esfera dos problemas tratados pela medicina são transformadas em problemas médicos, em razão da inadequação de diversos fatores socioambientais. Tais condicionantes estão diretamente associadas à deterioração das condições sociais nas quais se produzem e propagam novas epidemias e doenças de etiologia ambiental.

Fatores provenientes de diferentes ordens terminam por apresentarem-se como doenças, tornam-se patologias, hábitos, transtornos, distúrbios que acabam por disfarçar grandes questões políticas, sociais, culturais e afetivas que afligem a vida moderna. Eles geram a falsa impressão de que o indivíduo simplesmente foi acometido pela doença, sem observar quais fatores realmente o conduziram a ela. Nesse processo, social indutivo, imposto pela lógica do

⁸² LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 71.

⁸³ LEFF, Enrique. Op. cit., p. 317/318.

mercado global, gera-se sofrimento ao indivíduo, à sua família e à sociedade, sendo estes responsabilizados pelos problemas que nascem dessa ordem ou, propriamente, dessa desordem, enquanto que governos, autoridades e profissionais são eximidos de suas responsabilidades.

Os números apontados nas pesquisas e a realidade socioeconômica presente no País evidenciam que, se medidas mais diretivas acerca de políticas sanitárias e programas socioeducativos não forem tomadas, a realidade da saúde coletiva da população brasileira se tornará cada vez mais comprometida frente ao emaranhado de toda a complexidade que circunda a patologia da diabetes. Tal situação pode resultar em um processo epidemiológico irreversível, considerando a projeção estabelecida e a atual cultura consumista imposta a todos os nichos de mercado, sobretudo a bens essenciais que se destinam ao consumo alimentar e que deveriam garantir a vida e sua qualidade.

Para que se efetive um possível controle sobre o crescimento da obesidade e as patologias multifatoriais a ela ligada, como a diabetes, é necessário que o Estado promova a implementação de medidas de prevenção epidemiológica, que propicie a precaução e o controle desse quadro patológico, objetivando a garantia da vida às presentes e futuras gerações. Devem ser promovidas ações capazes de diminuir e acautelar maiores riscos à saúde socioambiental mediante políticas e medidas socioeducativas, bem como a elaboração de políticas públicas mais diretivas ao âmbito sanitário, no que tange ao controle da produção e comercialização de alimentos, desde sua fabricação até o seu consumo, que, direta ou indiretamente, estão relacionados aos índices mencionados, possibilitando a harmonização entre o desenvolvimento econômico e a preservação da vida.

Necessário produzir o conhecimento, sobretudo a consciência do risco, seja a consciência da gama dos malefícios que a alimentação industrializada traz à saúde. Que a população seja conscientizada mediante a promoção de uma cultura voltada à saúde, sendo que as medidas preventivas devem possuir maior eficácia, pois o indivíduo informado se tornará seu próprio agente de saúde, consciente de seu papel de cidadão. Pois, talvez, mais importante do que a produção normativa ou legislativa seja o incentivo à educação interdisciplinar, por meio de medidas diretivas que propiciem a aproximação do conhecimento científico com o senso comum, incentivando e possibilitando a divulgação da informação e, sobretudo, a consciência coletiva e o esperado equilíbrio socioambiental em saúde.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Marcos José Burle de; SILVA, Saulo Cavalcanti da. Genética do Diabetes. In: LYRA, Ruy; CAVALCANTI, Ney (Org.). *Diabetes mellitus*. 1º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006.
- ATKINS, Robert. C. *A dieta revolucionária do doutor Atkins*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.
- BAUMAN, Zygmunt. *Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão (Org.). *Direitos fundamentais e biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.
- _____; FURLAN, Karina Morgana. Saúde socioambiental: perspectivas jurídicas e bioéticas para um novo paradigma da saúde. In: *II Congresso Internacional Florense de Direito e Ambiente – Preparatório para Rio+20*. Caxias do Sul: Plenum, 2012.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CAVALCANTI, Ney. *Diabetes mellitus*. 2º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006.
- CHEMELLO, Emiliano; PANDOLFO, Felipe G. Açúcar, vício moderno e perigoso. In: *Núcleo de Apoio ao Ensino da Química*. Departamento de Física e Química da Universidade de Caxias do Sul, Internet. Disponível em: <http://hermes.ucs.br/ccet/defq/naeq/material_didatico/textos_interativos_02.htm>.
- FRANCO, Laércio Joel. Genética do diabetes. In: LYRA, Ruy; CAVALCANTI, Ney (Org.). *Diabetes mellitus*. 1º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006.
- GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética: bioética e ciência – Até onde avançar sem agredir*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- GOLDBLATT, David. A sociologia de risco: Ulrich Beck. In: GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Trad. Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Trad. Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis: Vozes, 2001.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

LIPOVETSKY, Gilles. *Metamorfozes da cultura liberal: ética, mídia e empresa*. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria geral do direito ambiental*. Trad. Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACKEITH, Gillian. *Você é o que você come! : o poder da alimentação natural*. 11. reimp. Trad. Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MILARÉ, Édís. Princípios fundamentais do direito do ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 87, n. 756, 1998.

MINISTÉRIO da Saúde: dados estatísticos no Brasil. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=31877&janela=1>.

NOGUEIRA, Ana Carolina Casagrande. O conteúdo jurídico do princípio de precaução no direito ambiental brasileiro. In: LEITE, J. R. M.; FERREIRA, H. S. *Estado de direito ambiental – Tendências*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ORGANIZAÇÃO Mundial de Saúde: Disponível em: <<http://onu.org.br/novo-relatorio-da-oms-traz-informacoes-sobre-estatisticas-de-saude-em-todo-o-mundo/>>.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 2002.

PUPPIN, Sérgio. É cardiologista e nutrólogo, professor do curso de geriatria e gerontologia da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro, membro da Academia de Ciências de Nova York e autor dos livros *Doenças cardiovasculares, verdades e mitos* e *Ovo, o mito do colesterol*. Autor do prefácio do livro *Açúcar: o perigo doce*. São Paulo: Alaúde, 2010.

RODRIGUES, Tânia; JUNIOR, Lancha. Doces em excesso nunca são bons. In: *Especialistas da bem-estar: nutrição e metabologia*. Internet: Disponível em: <http://bemstar.globo.com/>.

SANTOS, Milton. *Por uma nova globalização: do pensamento único a consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre os deveres do Estado: a garantia de retrocesso em matéria socioambiental. In: AUGUSTIN, Sérgio; STEINMETZ, Wilson (Org.). *Direito constitucional do ambiente: teoria e aplicação*. Caxias do Sul: Educus, 2008.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. *O direito "in vitro": da bioética ao biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOTERO, Raimundo. Papel da educação do tratamento do diabético. In: LYRA, Ruy; CAVALCANTI, Ney (Org.). *Diabetes mellitus*. 2º fascículo. Rio de Janeiro: Lantus, 2006.

VEYRET, Yvette (Org.). *Os riscos: o homem com agressor e vítima do meio ambiente*. Trad. Dilson Ferreira da Cruz. 1. ed. 1. reimp. São Paulo: Contexto, 2007.

O CENÁRIO INTERNACIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL: A DEMOCRACIA E A CRISE ECONÔMICA

THE INTERNATIONAL SCENARIO OF A FUNDAMENTAL RIGHT: DEMOCRACY AND ECONOMIC CRISIS

Matheus Felipe de Castro¹

Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Vinicius Almada Mozetic²

Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC

RESUMO: O presente artigo tem por tema o direito fundamental à democracia e suas relações com a economia, em tempos de crise financeira mundializada. O problema gira em torno de saber se é possível a efetivação dos direitos fundamentais de quaisquer gerações num ambiente de ausência de democracia, localizada esta como uma espécie de “direito fundamental condição” ou “direito fundamental pressuposto”. A hipótese central é que a crise econômica vem mostrando os limites do modo capitalista de produção para promover a efetividade

dos direitos fundamentais, embora eles sejam metas traçadas dentro dos marcos políticos e ideológicos deste sistema, exatamente porque a crise tem abalado os pressupostos de uma democracia política e econômica possível. O tema justifica-se na medida em que vivemos a maior crise econômica depois de 1929, objetivando-se, com isso, prever situações e blindar a democracia brasileira contra desacumulações democráticas derivadas de fatores econômicos. Para tanto, partindo do referencial teórico da filosofia da práxis e de um método indutivo, buscar-se-á

¹ Professor Adjunto do Departamento de Direito da mesma Instituição, Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Advogado em Florianópolis.

² Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS.

colher elementos concretos que possam colaborar na construção de um pensamento sobre a temática, contribuindo para a construção das instituições democráticas brasileiras e a efetivação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; democracia; relações privadas; crise econômica; efetividade.

ABSTRACT: *The theme of this article is the fundamental right to democracy and its relations with the private sphere, in times of economic crisis. The issue revolves around whether it is possible the realization of fundamental rights of all generations in an environment of lack of democracy, is located as a kind of “fundamental right condition” or “fundamental right assumption”. The central hypothesis is that the economic crisis has shown the limits of the capitalist system to promote the effectiveness of fundamental rights, though they are targets set within the frameworks of this political and ideological system, precisely because the crisis has shaken the assumptions of a political democracy and economically as possible. The theme is justified insofar as we live in the greatest economic crisis after 1929, aiming to thereby provide shielding situations and Brazilian democracy against democratic returns derived from economic factors. For this purpose, considering the theoretical philosophy of praxis and an inductive method, seeking will reap concrete elements that can assist in building a thought on the subject, helping to build democratic institutions in Brazil and the enforcement of fundamental rights.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; democracy; private relations; economic crisis; effectiveness.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A democracia e o sistema econômico dos modernos; 2 A democracia e a crise econômica nos EUA e na Zona do Euro; Considerações quase finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Democracy and modern’s economic system; 2 Democracy and economic crisis in the USA and the Eurozone; Considerations almost final; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por tema o direito fundamental à democracia e suas relações com a economia mundializada, principalmente diante da grave crise econômico-financeira que abateu o mundo capitalista desenvolvido a partir do biênio 2007/2008, nos EUA, crise essa iniciada de uma bolha especulativa surgida no setor imobiliário norte-americano, que concedia créditos fáceis, sem quaisquer garantias reais (*sub prime*) e que se espalhou posteriormente por toda a Europa, atingindo profundamente a Zona do Euro e debilitando economias antes consideradas sólidas e sem risco.

O problema do artigo questiona se seria possível a efetivação dos direitos fundamentais de quaisquer gerações (direitos fundamentais políticos, sociais, econômicos e ambientais) num ambiente de ausência de democracia efetiva, entendida esta como uma espécie de “direito fundamental condição” ou “direito fundamental pressuposto” e que, na perspectiva do presente trabalho, foi profundamente abalada com a crise financeira mundial.

A hipótese central é que a crise econômica vem mostrando os limites do sistema capitalista para promover a efetividade dos direitos fundamentais, embora eles sejam metas traçadas dentro dos marcos políticos e ideológicos deste sistema, exatamente porque a crise tem abalado os pressupostos de uma democracia política e econômica possível.

O tema justifica-se na medida em que se vive a maior crise econômica depois de 1929, numa quadra histórica onde o Brasil iniciou uma sólida recuperação de seu potencial produtivo, com valorização de seus mercados internos, em busca da superação do subdesenvolvimento e da dependência, objetivando-se, com isso, prever situações e blindar a democracia contra desaccumulações derivadas de fatores econômicos internos ou externos.

Para tanto, partindo do referencial teórico da *filosofia da práxis* e de um método indutivo, buscar-se-á colher elementos concretos que possam colaborar na construção de um pensamento sobre a temática, contribuindo para a construção das instituições democráticas brasileiras e a efetivação dos direitos fundamentais, num ambiente de participação democrática nas esferas de poder político, social e, principalmente, econômico.

1 A DEMOCRACIA E O SISTEMA ECONÔMICO DOS MODERNOS

A democracia é, em si mesma, um direito fundamental: não parece haver dúvida desse fato, embora ela seja muitas vezes citada simplesmente como um pressuposto de realização dos direitos fundamentais. Ora, a participação efetiva do povo no poder, de forma direta ou indireta, abstraindo-se situações nas quais este mesmo povo não passa de um “pedestal puramente passivo” por sobre o qual se levantam as estruturas de poder pertencentes a poucos elementos sociais³ é um direito essencial buscado desde a Antiguidade Clássica pelos povos ocidentais, porque ela parece ser o melhor cenário para o desenvolvimento das capacidades humanas em sociedade.

³ MARX, K. *O 18 brumário e cartas a Kugelmann*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. p. 15.

Desde a Constituição da Primeira República Francesa, a maioria dos Estados modernos declara a soberania popular um fundamento pressuposto em suas Constituições⁴. Todo Estado é a concentração e organização de um poder social de fato, nem sempre declarado ou oficial, e desde a Revolução Francesa e as revoluções burguesas que lhe seguiram os passos, o povo foi guindado, ao menos retoricamente, como o detentor ou a fonte desse mesmo poder.

Ocorre que, para além dos textos legais e das retóricas políticas, em grande parte desses mesmos Estados “modernos” e ocidentais, não é raro observar formas autocráticas de exercício do poder⁵, sendo verdadeiramente raros aqueles casos em que vigore uma autêntica *res publica*, dotada de instrumentos eficientes de representatividade e participação popular que garantam ao povo a *determinação de última instância* do sistema, como concebido pela filosofia política mais tradicional da modernidade que conceituou o governo representativo como aquele em que:

O povo inteiro, ou pelo menos parte dele, exercite, por intermédio de deputados periodicamente eleitos por ele, o poder do controle supremo, que deve existir em algum lugar em todas as constituições. Este poder supremo deve ser mantido em toda sua perfeição. O povo deve ser amo e senhor, sempre que quiser, de todas as atividades do governo.⁶

Ao contrário, nas democracias atuais, proliferam teorias e práticas que substituem a democracia pelo constitucionalismo (que deveria ser apenas uma derivação subordinada a ela) em que o poder de definição de última instância tem sido transferido para instâncias governamentais pretensamente legitimadas pelo voto popular (Legislativo e Executivo) ou nem mesmo legitimadas (Judiciário), perfazendo um fenômeno de esvaziamento da democracia em que uma “multidão criança” demandaria sempre um novo tutor de plantão para administrar os seus interesses⁷.

⁴ CERQUEIRA, M. *A constituição na história: origem e reforma*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 145.

⁵ FERNANDES, F. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006. p. 337.

⁶ MILL, J. S. *Considerações sobre o governo representativo*. 1. ed. Brasília: UNB, 1981. p. 47.

⁷ LOSURDO, D. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. 1. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004. p. 61.

Esse fato é facilmente percebido quando a maioria das populações localizadas nos Estados modernos e ocidentais tem manifestado profundo descontentamento com a política liberal e com os políticos, o que indicia uma profunda crise de representatividade que os Estados de modelo burguês e as suas formas de organização política têm sofrido nos últimos tempos, ou mesmo o esgotamento dessa forma de organização social fundada na democracia representativa, sem a correlata construção de instrumentos de participação política que pudessem oferecer alternativas reais a esse descontentamento⁸.

Evidentemente, a democracia não nasceu pronta e acabada, nem foi concebida em sua integralidade na Antiguidade Clássica. Ela é um processo em construção, e o que se concebeu como “democrático” no passado provavelmente perdeu o seu sentido, surgindo novas formas de organização que se adaptaram ao momento político-econômico hodierno⁹, sendo justo afirmar que a democracia, como ideal de ampla participação do povo no poder, ainda esteja sendo construída pelas lutas dos povos e pelas suas conquistas sociais.

O grave problema é que essa crise de representatividade dos instrumentos de exercício da democracia moderna e a transferência cada vez maior da definição dos rumos da coletividade para poucos órgãos de poder aparentam ser apenas a parte mais superficial de um problema mais profundo que quase sempre parece ficar ocultado sob a aparência das coisas: o poder econômico, quase nunca citado, parece cada vez mais se consolidar como o definidor das diretrizes políticas e da direção efetiva da vida moderna, em que a política e os políticos seriam apenas a *longa manus* mais visível desse poder.

O embate teórico da “liberdade dos modernos” em contraposição à “liberdade dos antigos”, maturado por Benjamin Constant em sua polêmica com os modelos democráticos diretos defendidos por J. J. Rousseau, expressa muito bem o elemento econômico subjacente ao debate político travado, fornecendo elementos conceituais importantes para a compreensão dessa tensão. O contratualista francês concebia um tipo de democracia direta que em muito se aproximava da forma antiga dos gregos clássicos do que propriamente dos tempos modernos, com ampla participação popular direta nos negócios do Estado.

⁸ MEZZAROBBA, O. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 83.

⁹ ELEY, G. *Forjando a democracia: a história da esquerda na Europa, 1850-2000*. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005. p. 42.

Constant, em contraposição a Rousseau, apontaria que a democracia que o homem moderno conhece e quer seria muito diferente daquela conhecida pelos antigos gregos. E que essa democracia antiga seria absolutamente impossível com a modernidade, em que a liberdade haveria deixado seu conteúdo político para abraçar um conteúdo econômico. Segundo ele, a liberdade dos antigos consistiria em:

Exercer de forma coletiva, porém direta, distintos aspectos do conjunto da soberania, em deliberar, em praça pública, sobre as guerras e a paz, em concluir alianças com os estrangeiros, em votar as leis, em pronunciar sentenças, em examinar as contas, os atos, a gestão dos Magistrados, em fazê-los comparecer diante do povo, acusar-lhes, condenar-lhes ou absolver-lhes [...]. Todas as atividades privadas estavam submetidas a uma severa vigilância, nada se deixava à independência individual, em relação com as opiniões, nem com a indústria, nem, sobretudo, com a religião [...]. Assim, entre os antigos, o indivíduo soberano em quase tudo que se refira ao público era um escravo em todas as questões privadas.¹⁰

Ou seja, para Constant, a liberdade dos antigos consistia exatamente na dedicação absoluta aos atos de Estado ou de governo, talvez porque sua retaguarda econômica ficasse garantida pelo trabalho dos escravos. Já a liberdade dos modernos seria essencialmente diversa da dos antigos: o cidadão grego, senhor de escravos, que podia dedicar sua vida à política, teria cedido espaço ao burguês moderno, ao *homo economicus*, que, inversamente ao homem grego, dedicaria sua vida às relações privadas, econômicas, precisando delegar a administração da coisa pública a uma casta de burocratas especializados na administração pública para que ele, liberto desse “incômodo”, pudesse se dedicar aos seus interesses egoístas da acumulação da riqueza abstrata. Daí a afirmação de Constant de que a liberdade dos modernos consistiria numa liberdade comercial, individual e privada:

Nossa liberdade deve consistir no gozo pacífico da independência privada [...] O objetivo dos antigos era

¹⁰ CONSTANT, B. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In: CONSTANT, B. *Escritos políticos*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. p. 260.

a repartição do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria; a isso chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança do gozo privado e chamam liberdade às garantias concedidas pelas instituições a esse gozo [...]. Na classe de liberdade que nos corresponde, ela nos resulta mais preciosa quanto mais tempo livre o exercício de nossa liberdade política nos deixe para o exercício de nossos assuntos privados.¹¹

O discurso de Constant interessa na medida em que ele não dissimula o tipo de liberdade que a modernidade (*rectius*: o capitalismo) demandaria para a consolidação de suas instituições sociais. Ele se preocupa com um tipo de poder político que seria garantidor das liberdades da vida privada, porque esse seria o melhor sistema para uma sociedade fundada na indústria e no comércio. Isso colocaria o Estado, em última instância, como gestor dos interesses privados do homem burguês, o que pressupõe, inclusive, que ele se estruture não como instrumento da burguesia, mas como aparelho equidistante dos interesses individuais imediatos da sociedade civil.

Ora, a democracia grega era muito restrita, pois era a democracia dos homens, não das mulheres, dos proprietários, não dos escravos, e isso era, inclusive, reconhecido por Constant, quando ironizava: “Se não fosse pela população escrava de Atenas, os vinte mil cidadãos atenienses não teriam podido deliberar diariamente na praça pública”¹².

Na Idade Média, não se podia falar em democracia como regime político. Divididos os territórios europeus em feudos, com uma forma de organização social hermética, hierarquizada e fundada no imobilismo social derivado do imobilismo da propriedade privada, cada feudo constituía-se num poder político total unitário.

Já a democracia que ressurgiu no Ocidente, desde as grandes revoluções burguesas, tenta se legitimar como a democracia da *universalidade* dos cidadãos (homens e mulheres, brancos e negros, jovens e idosos, todos iguais e livres entre si) transmudados na forma política do *povo* integrante de uma *nação*. Mas vamos encontrar um enorme fosso entre o discurso político mais geral e as instituições que se consolidam para efetivar essa nova forma de democracia

¹¹ CONSTANT, B. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Op. cit., p. 268 e 281.

¹² CONSTANT, B. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Op. cit., p. 265.

da modernidade. Um discurso *trágico*, de estilo grego, para uma *pragmática* moderna, de estilo burguês.

Nesse sentido e somente nesse sentido, a democracia liberal burguesa vai se consolidando com um discurso universalista, de ampla participação do povo, mas com uma prática restritiva em que, nesse contexto “democracia só pode significar o regime que não interfere nos contratos firmados por pessoas livres”¹³, ou seja, um regime por meio do qual o livre mercado garantiria, como sua decorrência necessária, a liberdade individual, como resultado do entrecruzamento dos interesses individuais num regime de livre concorrência.

Mas, se, por um lado, a democracia pragmática concebida pela burguesia seria essa democracia representativa, liberal, enxuta, garantidora do mínimo existencial à livre reprodução do capital, muitas pressões foram exercidas nas lutas dos povos pela sua ampliação. O ideal grego de democracia sobreviveu e se ressignificou na modernidade na luta dos trabalhadores por direitos sociais, na luta das minorias por inclusão político-social e em tantas outras batalhas pontuais ou gerais que pressionaram a democracia liberal a uma constante expansão que a tornou uma democracia com relativa participação do povo não burguês nas decisões de Estado.

O advento do Estado de bem-estar social pressionou a filosofia política a ampliar seus conceitos e a ocultar o discurso indissimulado dos autores liberais que, a modelo de Constant, sempre conceberam a democracia moderna como um regime meramente garantidor dos negócios privados. O próprio Estado, sempre em busca de novos discursos legitimadores, apropriou-se ele mesmo do discurso democrático das lutas dos trabalhadores, arrogando-se o grande defensor dos direitos mais amplos das massas trabalhadoras e excluídas da sociedade.

Essas lutas recuperaram a mística da democracia grega e o horizonte da ampla participação da maioria dos cidadãos no poder de Estado. Concebeu-se a democracia não somente como um direito de votar e ser votado, mas como um processo de ampla participação popular na política. A democracia que se forjou no pós-guerra foi uma democracia política, econômica, social e também ambiental, em que se acreditou, sinceramente, numa ampla participação do povo na administração do Estado.

¹³ SAFATLE, V. Contra a democracia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 fev. 2013, p. A2.

Essa ampla participação do povo na administração do Estado, na verdade, não foi uma participação propriamente dita, mas uma *pressão*. Uma pressão popular contra-hegemônica que se exerceu por meio das reivindicações sociais e minoritárias e que acabou por levar a uma maior participação na riqueza social (*redistribuição*), com constituição de um Estado de bem-estar social. Direitos fundamentais econômicos e sociais (Estado previdência) e a garantia de um meio ambiente equilibrado e saudável tornaram-se o ambiente necessário para uma ampla participação de todos, e não somente de alguns poucos elementos sociais.

2 A DEMOCRACIA E A CRISE ECONÔMICA NOS EUA E NA ZONA DO EURO

Esse tipo de democracia ampla e participativa, que não é uma “coisa” pronta e acabada, mas um *processo* em construção permanente, em que um povo territorializado teria a definição de última instância nas questões mais fundamentais de seu destino, tem sofrido todo tipo de ataques com a crise econômica mundial que se iniciou nos EUA em 2007/2008 e que agora se alastra pela Zona do Euro, revelando o fato de que a crise nunca é somente um evento de ordem econômica, mas também política e social.

Trata-se de uma crise econômica porque é uma crise financeira, que abalou os mercados financeiros mundiais e as finanças estatais. Desde o final dos anos 1970, profundas transformações institucionais provocadas nos mercados financeiros dos EUA e do Reino Unido, nos governos de Ronald Reagan e Margareth Thatcher, somados ao fim da divisão mundial bipolarizada representada pela Guerra Fria, forçaram o capitalismo a uma transição gradual em suas formas de atuação que resultaram numa forma de reprodução econômica sobredeterminada pela livre circulação de ativos financeiros baseados nos capitais portadores de juros e nos capitais fictícios.

Traduzindo, embora o velho esquema produtivo do capitalismo, baseado na produção de mercadorias por intermédio do encontro de capital e trabalho, ainda seja mantido como base do sistema, as necessidades da acumulação levaram a um deslocamento da produção para o setor financeiro, proporcionando maior velocidade nas trocas e nas transações sobre títulos jurídicos representativos do valor (ou seja, não sobre mercadorias dotadas de valor de uso + valor de troca), mas papéis dotados somente de valor de troca, portanto com caráter meramente jurídico-abstrato.

Foi esse esquema de troca fundado na circulação pura e simples de papéis “podres” que levou à formação da bolha especulativa que, sem sustentação na economia real, produtiva, ao explodir, arrastou consigo as economias norteamericana e europeia, gerando desemprego e grandes desacumulações de direitos sociais secularmente conquistados pelas lutas dos povos daquelas nações por ampliações democráticas.

Crise política porque as medidas que vêm sendo tomadas para conter a crise têm afetado profundamente a relação participativa do povo no poder de decisão dos Estados. As medidas que vêm sendo adotadas principalmente na Europa para conter a crise têm sido ditadas pelo mantra neoliberal, ou seja: desregulamentação, desoneração de custos sociais (ou seja, desoneração de *direitos* sociais), austeridade fiscal, reformulação estrutural do Estado, enfim, o exato oposto das medidas anticíclicas apregoadas pelo keynesianismo do Estado de bem-estar social.

Crise social porque vem gerando desemprego em massa nos EUA e na Europa, fazendo os mais pobres arcarem com os maiores prejuízos da crise, que vem sendo socializada com os povos daquelas nações. O aumento das cargas tributárias indiretas, que afetam os consumidores e os mais fragilizados nas relações de poder social e econômico, encontra correlação com a transferência massiva de grandes somas de dinheiro, via bancos centrais, para a iniciativa privada, com os Estados atuando pesadamente como *lenders of last resort*, ou seja, emprestadores de última instância, o que não significa outra coisa que o Estado recolher tributariamente ativos ao seu povo para transferi-los aos principais agentes causadores da crise, *socializando* as perdas da crise¹⁴.

A relação entre crise econômica e crise política é direta, como se pode observar. E na medida em que a crise econômica leva à conclusão de que não há dinheiro suficiente para arcar com os custos da democracia, os direitos sociais precisam ser desregulamentados, entregues para a iniciativa privada (transmutação de *direitos* em *mercadorias*, fornecidas e consumidas em regime de mercado pela iniciativa privada), eis que o Estado já não conseguiria arcar com seus custos, embora continue transferindo elevadas somas para a iniciativa privada, sob o esquema acima mencionado.

Trata-se de um realismo político nu e cru. O Estado, nos momentos de crise, é chamado a atuar como instrumento redistribuidor às avessas. Um Robin

¹⁴ LORDON, F. O dia em que o Fed se tornou socialista. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 15, p. 12, out. 2008.

Hood que retira dos pobres para entregar aos ricos, com a finalidade de salvar o sistema capitalista, e não as pessoas, que podem até mesmo ser sacrificadas em prol dessa finalidade maior, de longo prazo.

É evidente que esse esquema não funciona em momentos de calma política, social e econômica, ou seja, enquanto a ordem econômica nacional ou internacional esteja em funcionamento equilibrado. Nesses momentos, em geral, os Estados nacionais assumem uma posição também mais equilibrada e equidistante das classes sociais e dos diversos grupos de interesses realmente existentes, para poder manter o princípio da nacionalidade coesa. Desde o final da Segunda Grande Guerra, o capitalismo havia conseguido, inclusive nos EUA, atingir um estágio que se denominou “Era de Ouro” ou *anos dourados do capitalismo norte-americano*¹⁵, em que a conciliação dos diversos interesses de classes havia encontrado correspondência, o que gerou um período de prosperidade e bem-estar para “todos”.

No entanto, o equilíbrio do capitalismo democrático que vinha sendo mantido desde o pós-guerra, que vinha sendo abalado por sucessivos ataques do neoliberalismo, agora, com a crise, foi colocado em cheque, o que não é bom, porque ocasiona profundo desacumulação de direitos sociais conquistados historicamente pelos povos. Ou seja, sairemos da crise piores do que entramos, com as democracias ocidentais fragilizadas.

A crise econômico-financeira que se iniciou em 2007/2008 revelou que soberano não é o Estado nem o seu povo, mas o mercado financeiro, que vem impondo a sua vontade incontestável aos povos e aos Estados, uma espécie de Estado de Exceção Econômico Permanente¹⁶, que vem a atuar para salvar o sistema econômico e o poder das finanças, sepultando direitos humanos e fundamentais de povos e nações inteiras.

Os povos europeus e estadunidenses cada vez mais vão tendo a sensação de que seus governantes não administram para eles, mas para os interesses dos organismos financeiros internacionais, o que diminui, evidentemente, os laços de coesão sociais, ainda mais diante de índices preocupantes de desemprego em massa.

¹⁵ HOBBSAWM, E. *Era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 253.

¹⁶ BERCOVICI, G. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 307.

As exigências impostas pela salvaguarda dos mercados têm sido intrinsecamente diferentes das exigências do jogo democrático e das necessidades do povo. Basta ver os casos da Grécia, Itália e Espanha¹⁷, que tiveram governos trocados rapidamente para satisfazer os interesses do mercado, com assunção de governos tecnocráticos com a finalidade de implementar políticas de “saneamento” das contas públicas, o que não deixa de ser um eufemismo para manifestar a desregulamentação de direitos sociais.

Como se pode observar, a questão da tensão constante entre democracia e capitalismo precisa ser recuperada porque essa tensão jamais foi resolvida e provavelmente jamais o será. Na teoria política contemporânea, existe uma tendência sempre renovada a identificar o liberalismo com a democracia, o que não encontra correspondência histórica com os fatos nem sequer com a teoria liberal dos séculos XVIII. Foi nos séculos XIX e XX que, por pressão das lutas sociais, os Estados modernos passaram a adotar cada vez mais formas democráticas como forma, inclusive, de realizar concessões mantenedoras do próprio sistema.

Essa visão precisa ser recuperada, eis que o Estado sempre busca construir e reconstruir sua autolegitimação¹⁸, apropriando-se de discursos contra-hegemônicos, ressignificando-os e transformando-os em formas de autolegitimação, ou seja, formas de legitimação do exercício do seu próprio poder. Os direitos humanos podem ser classificados como um rol de lutas contra-hegemônicas das minorias sociais que arrancaram ao Estado concessões, reconhecimentos sociais, que jamais haveriam sido concedidos sem luta, eis que eles sempre possuem um elevado custo para o Estado.

Os direitos humanos, por isso mesmo, não se confundem com os assim chamados “direitos fundamentais”, ou seja, aquele rol de direitos que são reconhecidos pelos Estados em suas constituições como válidos. Então, os direitos humanos estão no rol das conquistas sociais impostas ao Estado mediante luta, reivindicação, ocupação de posições políticas importantes, enquanto os direitos fundamentais podem ser considerados uma apropriação discursiva dos direitos humanos e sua transformação em teorias de legitimação do poder estatal, ao

¹⁷ SEPÚLVEDA, L. O gato de Felipe Gonzáles. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 61, p. 06, ago. 2012.

¹⁸ ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 181.

mesmo tempo em que fundam os marcos básicos de um sistema social, político e econômico.

É por isso mesmo que, desde o fim dos anos 1960, três soluções (ou engenharias) sucessivas pretenderam superar a contradição entre democracia política e capitalismo de mercado, legitimando o Estado capitalista como essencialmente democrático, mediante a criação de instrumentos de capitalização estatal para a realização de direitos sociais: a primeira foi a inflação; a segunda, o endividamento público; a terceira, o endividamento privado.

Quando, nos anos 1960, o capitalismo democrático dos anos dourados da economia estadunidense entrou em crise e evidenciou a contradição básica existente entre democracia e mercado, várias nações lançaram mão do então chamado “imposto inflacionário” como forma de garantir que o próprio povo nacional financiasse os direitos sociais que haviam conquistado perante o Estado. A inflação galopante, principalmente no Brasil, permitia ao Estado capitalizações indiretas de divisas que, a pretexto de garantir direitos, financiavam, na verdade, as políticas governamentais de crescimento econômico conservador e sem redistribuição de renda. A velha teoria do “bolo” que deveria crescer para ser, ao final, dividido – divisão essa que nunca se efetivou na realidade.

Ora, diante de uma crise orçamentária sem precedentes, como manter o aparato do *Welfare State* ou da sombra dele, mantendo o emprego e o bem-estar social conquistados? A solução era o recurso à impressão de moeda indiscriminadamente, o que levou, inclusive, ao fim do padrão dólar-ouro e adoção do padrão dólar-flutuante. Com isso, conseguiu-se manter por um tempo razoável o aparato de um Estado de bem-estar (entendido como uma democracia política, social e econômica) possível. Nesse momento, o pacto social fundamentava-se no seguinte pressuposto: a classe trabalhadora aceitaria os pressupostos da economia de mercado, e o Estado manteria os salários elevados e o sistema social-previdenciário.

No início dos anos 1970, com a queda relativa da taxa de lucros mundial e o decréscimo no ritmo do crescimento, o recurso à impressão de moeda e a inflação foi colocada em cheque. O desemprego em massa levou a inflação a se transformar numa espécie de “demônio” incontrolável. O advento do neoliberalismo, com seus ataques sem precedentes ao setor produtivo, ao emprego, aos sindicatos e a todas as conquistas sociais do pós-guerra, surgiu nesse momento colocando-se como fórmula mágica para solucionar o problema inflacionário e todas as demais “mazelas” do gigantismo keynesiano do

Estado. Novas políticas econômicas são implementadas a partir desse modelo, provocando processos deflacionários, com contenção do ritmo do crescimento e consequente desemprego em massa.

O recurso ao endividamento público surgiu como alternativa para a manutenção de algum Estado de bem-estar social, como aconteceu na era Reagan, nos EUA, embora Margareth Thatcher, no Reino Unido, tenha preferido uma queda de braço mais violenta com os fortes sindicatos ingleses, provocando processos acelerados de desregulamentação de direitos sociais.

O neoliberalismo inaugurou o recurso ao endividamento público junto ao mercado financeiro, como o “canto da sereia” de que, pagando eternos juros aos especuladores financeiros internacionais, os Estados conseguiriam manter os aparatos da democracia política, econômica e social até então montados. Os Estados conseguiriam, com isso, manter parte desses aparatos, privatizando outra boa parte e afundando-se em dívidas internas e externas que abalariam as suas capacidades financeiras, tornando-os cada vez mais fracos diante dos mercados.

A partir do governo Clinton, nos EUA, inicia-se uma nova fase, a fase do endividamento privado, coroamento do neoliberalismo. Com o Estado enfraquecido financeiramente, o governo não tomaria mais capital emprestado para financiar a igualdade de acesso à moradia decente ou para investir na formação de trabalhadores: os próprios indivíduos, os cidadãos, eram convidados a contrair empréstimos por sua própria conta e risco, seja para pagar os estudos, seja para se instalar em bairros menos pobres.

A transferência da responsabilidade coletiva e estatal pela implementação dos direitos sociais se completaria com a definitiva transferência para a responsabilidade pessoal, individual, com os outrora direitos retornando à situação do liberalismo clássico, ou seja, como mercadorias que devem ser compradas no mercado.

As famílias dos EUA começaram a recorrer aos cartões de crédito e a uma interminável dívida que sempre demandaria ser prorrogada mediante o pagamento de altíssimas taxas de juros para as instituições financeiras. Num primeiro momento, a facilidade de acesso ao crédito para a manutenção do *american way of life* agradou a muitos, concedendo uma sensação de progresso e independência do indivíduo perante o Estado. O acesso fácil ao crédito *subprime* nos EUA, por exemplo, criou uma bolha especulativa sem precedentes, que, ao

explodir, daria início à presente crise que ora se vivencia e assola toda a Zona do Euro com recessão e desemprego.

Portanto, foi esse sistema colocado em cheque em 2008, quando explodiu a crise econômica nos EUA, evidenciando que a unidade entre capitalismo e liberdade econômica nem sempre é sinônimo de capitalismo com liberdade política, ou seja, democracia, como queria um autor como Friedman, que sustentava “que um sistema de liberdade econômica é condição necessária à liberdade política”¹⁹. E nesse sentido, Constant parece ter sido muito mais realista do que seus contemporâneos neoliberais, embora Hayek jamais tenha sustentado a necessária interpenetração de capitalismo e democracia, ao contrário, afirmando textualmente que a democracia seria um empecilho ao livre desenvolvimento das forças de mercado:

Aumenta cada vez mais a convicção de que, se quisermos resultados, devemos libertar as autoridades responsáveis dos grilhões representados pelas normas democráticas [...] Não temos, contudo, a intenção de converter a democracia em fetiche [...] A democracia é, em essência, um meio, um instrumento utilitário para salvaguardar a paz interna e a liberdade individual. E, como tal, não é de modo algum, perfeita ou infalível.²⁰

E agora, José? Para tentar salvar o mercado financeiro que ameaçava ruir diante da explosão da bolha, os Estados nacionais (leia-se: os contribuintes) foram chamados a realizar espetaculares empréstimos aos bancos e corporações privadas, evitando a bancarrota geral, aumentando novamente o déficit público e impossibilitando a realização de programas sociais que concretizam direitos fundamentais sociais historicamente conquistados. Ou seja, as finanças estatais, recolhidas tributariamente ao povo e que a ele deveriam retornar em forma de direitos concretos, foram desviadas para salvar o capitalismo (sistema) da voracidade dos capitalistas individualmente considerados.

Os grandes bancos e organismos financeiros internacionais exigiam ser salvos sob pena de uma *débâcle* no sistema financeiro, que arrastaria a poupança de milhões de investidores, ocasionando caos generalizado. Por isso mesmo, os Estados da Zona do Euro têm realizado cortes financeiros gigantescos nos

¹⁹ FRIEDMAN, M. *Capitalismo e liberdade*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. p. 13.

²⁰ HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990. p. 81-84.

aparatos da democracia política, social e econômica, cortando “na carne do povo”, para repassar valores fantásticos para os bancos em crise, o que levou as economias mais frágeis da União Europeia à beira da falência (Grécia, Portugal, Espanha e em menor grau a Itália), obrigando os Estados financeiramente mais consolidados (Alemanha e França, principalmente) ao seu socorro.

O povo é quem está pagando a fatura da crise, com desemprego, fome e pobreza generalizada, ou seja, com cortes espetaculares de direitos fundamentais sociais que, em última instância, levam à diminuição da capacidade de gozo das liberdades civis, visto que umas são inseparáveis das outras. Nesse cenário, constata-se que, nesta crise, não é só a economia que está em risco, mais muito maior intensidade a democracia e os direitos fundamentais dos povos, tudo em prol da manutenção do lucro dos conglomerados financeiros e do poder das finanças que circulam nas bolhas especulativas globalizadas.

Nesse cenário, fortalecer os Estados nacionais sob poder efetivo do povo e em seu interesse real em face do poder dos mercados financeiros internacionais parece ser o caminho mais curto para o fortalecimento das democracias e dos direitos fundamentais essenciais conquistados no século XX e colocados em xeque neste século XXI.

CONSIDERAÇÕES QUASE FINAIS

Qual é o horizonte dos direitos fundamentais? Que funções eles ainda podem cumprir na atualidade? Essas são perguntas importantes na medida em que os direitos fundamentais foram prometidos pela Modernidade como a realização em ato das liberdades civis que, em seu entrecruzamento num regime de efetividade dos interesses individuais, acabaria, enfim, por realizar o bem comum ou geral.

Diante da crise econômica, as instituições da democracia burguesa foram obrigadas a recuar (Itália, Espanha e Grécia), desmontando parcialmente seus sistemas de efetivação de direitos fundamentais sociais, evidenciando o caráter bastante pragmático dos Estados em construir sistemas de autolegitimação sociais baseados em maior ou menor extensão na maior ou menor capacidade de investimento de suas receitas orçamentárias em sistemas de concessão aos trabalhadores e trabalhadoras.

Destarte, o discurso da força normativa dos direitos fundamentais perdeu energia diante de uma realidade aparentemente mais potente. As relações reais de poder que permeiam a economia da globalização financeirizada mostraram

que, em tempos de crise real, elas é que comandam as relações do povo com o Estado.

A crise obrigou os juristas a reconhecer a fratura exposta da sua “ciência”, a relatividade de suas verdades absolutas. Os direitos fundamentais perderam um pouco de sua aura, na medida em que de fundamentos ontológicos da constituição estatal, da dignidade humana transposta ao terreno da política e do Estado, acabaram se revelando discursos construídos historicamente pelos Estados para sua autolegitimação.

O sistema de direitos humanos, conquistados pelas lutas sociais do povo durante séculos, foi relativamente deixado de lado diante da crise. O capital (e sua crise) demonstrou os limites, o teto dos direitos fundamentais enquanto direitos da sociedade burguesa. O capital se impôs como realidade insuperável para os direitos fundamentais, que, na verdade, decorrem da sua própria lógica, mediante os discursos bastante reveladores da “reserva do possível”, que, com cunho absolutamente pragmático, deixam transparecer os limites que os Estados modernos possuem para efetivar um sistema de inclusão social ampla e abrangente.

Sem recursos financeiros, os Estados estão permitindo e até patrocinando o desmonte regressivo dos seus sistemas de direitos fundamentais. Direitos difusos e coletivos estão sendo deixados à sorte do livre mercado. Os direitos sociais e econômicos estão sendo abandonados sob a retórica da reserva do possível (discurso que quer dizer: não temos mais dinheiro para patrocinar os direitos fundamentais de segunda e terceira gerações) e os direitos políticos escancaradamente rasgados, como foram na Grécia, berço da democracia clássica, que precisou sucumbir diante das imposições do Banco Central Europeu e de suas reformas estruturais.

Qual o horizonte dos direitos fundamentais? Que papel eles ainda podem jogar nesse cenário? Mais que respostas prontas, só o tribunal da história será capaz de responder a essas e outras perguntas, porque, como sentenciava Goethe, “todas as teorias são cinzentas para conter a árvore verde da vida”.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, V. R. P. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BERCOVICI, G. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CERQUEIRA, M. *A constituição na história: origem e reforma*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CONSTANT, B. De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. In: CONSTANT, B. *Escritos políticos*. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ELEY, G. *Forjando a democracia: a história da esquerda na Europa, 1850-2000*. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2005.

FERNANDES, F. *A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2006.

FRIEDMAN, M. *Capitalismo e liberdade*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

HAYEK, F. A. *O caminho da servidão*. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOBBSBAWM, E. *Era dos extremos*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

LORDON, F. O dia em que o Fed se tornou socialista. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 15, out. 2008.

LOSURDO, D. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. 1. ed. Rio de Janeiro: UFRJ, 2004.

MARX, K. *O 18 brumário e cartas a Kugelmann*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MEZZAROBBA, O. *Introdução ao direito partidário brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MILL, J. S. *Considerações sobre o governo representativo*. 1. ed. Brasília: UNB, 1981.

SAFATLE, V. Contra a democracia. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 fev. 2013. A2.

SEPÚLVEDA, L. O gato de Felipe Gonzáles. *Le Monde Diplomatique Brasil*, São Paulo, 61, ago. 2012.

LIMITES À RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEGUNDO OS TRIBUNAIS SUPERIORES

OUTSOURCING AND ACCOUNTABILITY SUBSIDIARY OF PUBLIC ADMINISTRATION SECOND SUPERIOR COURTS

Nilton Carlos de Almeida Coutinho¹

Procurador do Estado de São Paulo, com atuação perante os Tribunais Superiores em Brasília

RESUMO: A terceirização de serviços tem se tornado uma prática cada vez mais disseminada na economia e sociedade atual, sendo utilizada tanto no setor privado quanto no setor público. O presente trabalho tem como campo de estudo a responsabilidade da Administração Pública (tomadora do serviço) nas hipóteses em que tenha havido o inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador, nas terceirizações por ela realizadas. Objetiva, assim, analisar a evolução da jurisprudência pátria em relação ao tema “responsabilidade civil” e os seus limites, com destaque para a terceirização no âmbito da Administração Pública. Para tanto,

realizou-se uma pesquisa histórico-bibliográfica em relação ao tema ora analisado, com base na literatura nacional, com ênfase nos julgamentos proferidos após o julgamento da ADC 16/DF e alteração da Súmula nº 331 do TST. Ao final, o autor apresenta as suas conclusões em relação à responsabilidade da Administração (e os seus limites) na hipótese de contratação de serviços terceirizados.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização; responsabilidade; Administração Pública; culpa *in vigilando*.

ABSTRACT: *The outsourcing of services has become an increasingly widespread practice in today's society and economy,*

¹ Coordenador do Grupo Trabalhista da PGE/SP em Brasília. Mestre em Direito pelo Cesumar/PR. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor junto ao Departamento de Direito - área de concentração Direito do Trabalho - da UNB - Universidade de Brasília. Afiliação acadêmica ou profissional: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Procuradoria do Estado de São Paulo em Brasília, Brasília/DF, Brasil.

both private sector as being used in the public sector. The present work is the responsibility field of study Public Administration (borrower) service in cases where there has been a breach of labor obligations by the employer in sourcing undertaken by it. Objective thus analyze the evolution of the homeland jurisprudence on the topic "liability" and its limits, especially for outsourcing in Public Administration. To do so, we performed a search-historical literature on the topic now analyzed, based on national literature, with emphasis on judgments rendered after the trial of ADC 16/DF and change the Scoresheet nº 331 TST. At the end, the author presents his conclusions regarding the responsibility of the Directors (and their limits) in the case of hiring outsourced services.

KEYWORDS: *Outsourcing; accountability; Public Administration; blame in vigilando.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da terceirização nos setores público e privado; 2 Responsabilidade civil e terceirização; 3 Das especificidades em relação à Administração Pública; 4 Do entendimento jurisprudencial sobre o tema; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Outsourcing in the public and private sectors; 2 Liability and outsourcing; 3 Of specific regarding Public Administration; 4 Of understanding on the theme jurisprudence; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil constitui-se como um dos temas mais instigantes na órbita jurídica. Isso porque, cotidianamente, o ser humano pratica atos e omissões que podem trazer consequências danosas para outras pessoas. Nessas hipóteses, surge a discussão acerca da possibilidade (ou não) de se atribuir a uma pessoa (ou ente) a responsabilidade por algum dano sofrido, bem como os limites da indenização subsequente.

Do mesmo modo, há hipóteses em que alguém pode ser responsabilizado por danos causados por terceiras pessoas. É a chamada responsabilidade por ato de outrem. Nesta linha, ganha destaque a questão atinente à responsabilidade da Administração Pública em decorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo prestador de serviços, nas hipóteses de serviços terceirizados.

Tal tema é relevante não apenas em razão de seus desdobramentos práticos, mas, principalmente, em razão das nuances e peculiaridades que envolvem o tema, quando afeto aos princípios que regem a Administração Pública. A terceirização tem se tornado um instituto cada vez mais comum no mercado e o direito deve estar atento aos seus desdobramentos e limites.

1 DA TERCEIRIZAÇÃO NOS SETORES PÚBLICO E PRIVADO

A terceirização é uma técnica administrativa de desconcentração produtiva, na qual o trabalhador presta serviços a um tomador de serviços, apesar de possuir contrato de trabalho com uma empresa interveniente ou fornecedora. Trata-se de um instituto que vem se ampliando no universo econômico em razão de vários fatores.

Um dos argumentos em defesa da terceirização refere-se à possibilidade de maior especialização do trabalho desempenhado, permitindo o aumento da qualidade e a melhor administração do tempo da empresa tomadora do serviço, a qual poderá concentrar as suas forças em sua atividade-fim. Neste aspecto, considera-se atividade-fim toda aquela que se encontra diretamente relacionada aos objetivos da empresa, incluindo a produção de bens ou serviços, a sua comercialização, etc. É a atividade central da empresa, geralmente constante do seu contrato social (Martins, 2007, p. 136).

Dessa forma, a terceirização possibilita uma desconcentração produtiva, por meio da qual a empresa prestadora de determinado serviço pode concentrar os seus esforços em uma atividade determinada (Robortella, 1999, p. 33).

Segundo tal raciocínio, a terceirização passou a ser largamente utilizada em diversos setores e, inclusive, pela Administração Pública. Contudo, em razão dos princípios que regem a Administração Pública e das peculiaridades que envolvem as contratações por ela realizadas, a terceirização no setor público possui características próprias que a diferenciam da terceirização realizada no setor privado.

Tais características foram, paulatinamente, sendo observadas pelos julgadores, os quais passaram a diferenciar situações de terceirização realizadas nos setores privados ou públicos. Isso porque a Administração Pública se submete a princípios e regras inexistentes no âmbito privado, nos quais o fim de lucro costuma encontrar-se sempre presente.

Não há até o momento uma legislação específica regulamentando o instituto da terceirização. Contudo, em razão da grande quantidade de ações trabalhistas relacionadas à terceirização, o TST (Tribunal Superior do Trabalho) editou uma súmula tratando especificamente da terceirização, estabelecendo diretrizes e posicionamentos relacionados aos aspectos jurídicos de tal instituto. Trata-se da Súmula nº 331, a qual encontra-se, atualmente, composta dos seguintes itens:

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Tratam-se de seis itens que foram sendo inseridos e aperfeiçoados ao longo dos anos, visando a dar ao tema o tratamento jurídico correto.

Assim, conforme se observará nos próximos capítulos, a responsabilidade civil em relação ao tema “terceirização” é tratada de forma diversa, a depender da natureza jurídica do ente tomador do serviço, de tal forma que o tratamento no âmbito público é diferente daquele existente no âmbito privado.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E TERCEIRIZAÇÃO

A responsabilidade civil, no âmbito do direito privado, vem tratada no Código Civil. Segundo dispõe o art. 927 do referido código, aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, caracterizada a ocorrência de ato ilícito, surge a obrigação de indenizar. Nesta linha, o referido art. 186 estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Do mesmo modo, o art. 187 do Código Civil esclarece que também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

O Código Civil estabeleceu, ainda, que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Trata-se, como se vê, de hipótese de responsabilidade objetiva legalmente prevista.

No âmbito administrativo, a responsabilidade civil da Administração Pública vem prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Importante rememorar, no que se refere à responsabilidade civil do Estado, que esta evoluiu muito ao longo dos séculos. Assim, se inicialmente defendia-se a total irresponsabilidade do Estado, com base no absolutismo monárquico, sob o fundamento de que “*The King can do no wrong*”, tem-se que, hoje, o Estado responde “por suas ações e omissões, quando infringirem a ordem jurídica e lesarem terceiros” (Justen Filho, 2005, p. 791).

A primeira teoria permitindo a responsabilidade do Estado foi a teoria subjetiva, na qual, segundo Stoco (2007, p. 996-997), a obrigação de ressarcir incumbe àquele que por ato culposo ou doloso cause um dano a outrem ou

deixe de impedir a sua ocorrência quando a isso estivesse obrigado. Para que surja o dever de indenizar, faz-se necessária a presença dos seguintes elementos: dano, conduta lesiva e nexo de causalidade entre eles. Em se tratando de responsabilidade subjetiva, faz-se indispensável, também, a comprovação da culpa do agente ou, no caso da responsabilidade civil do Estado, da culpa do serviço.

Em um momento posterior, a responsabilidade do Estado evoluiu para o que se convencionou chamar de teoria da culpa administrativa (também denominada "*faute du service*"), de inspiração francesa. Segundo esta teoria, haverá a denominada culpa do serviço ou falta do serviço quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.

Por fim, há, em sede de responsabilidade civil, a teoria da responsabilidade objetiva com base no risco, a qual subdivide-se em duas:

A primeira é a teoria da responsabilidade objetiva com base no risco administrativo. Para essa teoria a responsabilidade exige a presença dos seguintes requisitos: ocorrência do dano, ação ou omissão administrativa, existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Já a segunda denomina-se teoria da responsabilidade objetiva com base no risco integral e difere-se da primeira em razão de não admitir a existência de causas excludentes da responsabilidade estatal. Observe-se que, nestas hipóteses, não há discussão acerca da ocorrência de culpa por parte do responsável ou de terceiros a ele subordinadas.

A teoria da responsabilidade objetiva do Estado, com base no risco administrativo, é adotada no Brasil desde 1946 de tal forma que a responsabilidade do Estado pode ser afastada por meio de causas excludentes, tais como a força maior, o caso fortuito ou a culpa exclusiva da vítima.

Atualmente, a responsabilidade objetiva encontra-se prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, de tal forma que o Estado responde pelos danos que os seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sem necessidade de comprovação da culpa dos agentes públicos.

Assim, tem-se que a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público – em relação às condutas comissivas – deve ser vista sob a ótica da teoria da responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo. Deste modo, para o reconhecimento de tal responsabilidade há de se observar a presença dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

Na hipótese de conduta omissiva, não há unanimidade na doutrina e jurisprudência. Para uns, haveria responsabilidade objetiva do ente estatal, de tal modo que o Estado responderia independentemente da existência de culpa por parte de seus agentes. Para outros, caso o prejuízo surja de conduta omissiva nos casos em que há o dever legal de agir, adotar-se-ia a teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, sendo necessário, portanto, a comprovação de culpa para que surja a obrigação de indenizar.

Com relação à responsabilidade civil em questões relacionadas a serviços terceirizados, o entendimento adotado pelo Judiciário tem variado segundo a natureza do tomador do serviço (ente de natureza pública ou privada).

Assim, na hipótese de terceirizações no âmbito privado, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial; contudo, na hipótese de o tomador de serviço ser um ente público, a situação será um pouco diferente em razão das peculiaridades relacionadas à contratação no setor público e aos princípios que orientam a sua atuação. É o que se passará a expor.

3 DAS ESPECIFICIDADES EM RELAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública, no desempenho de suas funções, sujeita-se a regime jurídico diverso dos entes de direito privado. Isso porque, sendo ela responsável pela gestão de interesses pertencentes à coletividade, deve ela pautar-se por princípios específicos que deverão nortear sua atuação, visando ao adequado desempenho de suas funções.

Deste modo, os poderes e prerrogativas conferidos à Administração Pública têm como objetivo permitir que esta desempenhe a contento o papel para o qual fora ela criada, qual seja: a satisfação do interesse público. Registre-se, por oportuno, que a doutrina costuma classificar o interesse público em duas espécies distintas, a saber: interesse público primário e secundário. O primeiro pode ser identificado com o interesse da sociedade, significando valorização da justiça, da segurança e do bem-estar. Já o segundo é aquele no qual se objetiva o interesse da Administração Pública, enquanto ente estatal, ou seja, visa-se a consecução dos objetivos do governo.

Do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deriva o princípio da indisponibilidade do interesse público, o que se justifica em razão do fato de o meio ambiente constituir-se como um “bem público de uso comum do povo” (Benjamin, 1993, p. 71). Assim, a denominada “indisponibilidade do interesse público” se justifica em função da natureza dos bens tutelados pelo ente estatal, de tal modo que, por se tratarem de bens pertencentes a toda a sociedade, não se encontram sujeitos à livre disposição de quem quer que seja, pois se trata de bem de uso comum do povo, possuindo caráter indisponível.

Além destes, a doutrina costuma fazer menção a uma série de outros princípios inerentes à Administração Pública e independentemente de sua positivação. São os chamados princípios implícitos. Carvalho Filho (2007, p. 26-31) inclui entre os princípios implícitos a autotutela, a continuidade dos serviços públicos, a segurança jurídica, a razoabilidade e a proporcionalidade. Di Pietro (2005, p. 89), por sua vez, enumera os seguintes princípios inerentes à Administração Pública: presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, razoabilidade e proporcionalidade, e segurança jurídica.

A par destes princípios basilares da Administração Pública, encontra-se, também, no art. 37 da Constituição Federal um rol de princípios explícitos que deverão ser obedecidos pela Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. São eles os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O princípio da legalidade encontra-se previsto em nossa Constituição Federal e constitui-se como um importante instrumento na defesa dos cidadãos, conferindo-lhes segurança jurídica e protegendo-os contra excessos praticados pelo Poder Público. França (2000, p. 168) ensina que toda a atuação da Administração Pública deve ter como meta a realização dos objetivos definidos em lei, ou seja: “Deve ser orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones do regime jurídico administrativo”.

Já o princípio da legalidade comporta diferentes interpretações. Para alguns, o princípio da impessoalidade está relacionado ao princípio da finalidade, qual seja: a busca da satisfação do interesse público. Para outros, tal princípio estaria relacionado ao princípio da isonomia, na medida em que objetiva a igualdade de tratamento pela Administração em relação aos cidadãos que se encontrem na mesma situação jurídica. Por fim, há quem relacione o referido

princípio à estreita ligação da impessoalidade com a imputação, em razão dos atos praticados pelos agentes públicos serem imputados ao Poder Público.

O princípio da moralidade tem como objetivo orientar a atuação dos agentes públicos, abrangendo os princípios da lealdade e boa-fé, bem como a probidade administrativa.

Ainda com relação ao princípio da moralidade, Barboza (2002, p. 117) ensina que a aplicação de tal princípio deve levar em consideração “os objetivos sociais fixados na Constituição, que caracterizam o Estado brasileiro como Estado Social e Democrático e de Direito, volta à realização efetiva da democracia, que não se realiza sem um atuar positivo do Estado com vistas à redução das desigualdades”. E a autora arremata: “A moralidade administrativa funciona como um instrumento a ser utilizado pela Administração Pública a fim de orientá-la e modo a realizar as finalidades estatais, bem como com vistas ao bom atendimento da população” (Barboza, 2002, p. 119).

Com relação ao princípio da publicidade, tem-se que, em uma primeira análise, é possível relacionar-se o referido princípio à transparência na gestão pública, garantindo a legalidade e a moralidade dos atos administrativos. Sob uma segunda ótica, é possível dizer-se que ele se encontra diretamente ligado à possibilidade de controle dos atos da Administração Pública pelos administrados, os quais são, em última análise, os verdadeiros titulares do poder outorgado a ela. Neste sentido, o princípio da publicidade possui suma importância como orientador da atuação da Administração Pública. Isso porque, em razão do fato de seus atos se relacionarem a questões que repercutirão sobre toda a comunidade, os administrados têm o direito de ter conhecimento acerca das decisões proferidas pela Administração.

Conforme magistério de Di Pietro (2005, p. 89), os atos praticados pela Administração devem ser amplamente divulgados, ressalvadas as hipóteses em que a lei autoriza o sigilo. Tal publicidade permite um melhor controle do poder estatal e da moralidade administrativa, razão pela qual muitos autores afirmam que tal princípio constitui-se como requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo.

Por fim, tem-se o princípio da eficiência, o qual foi inserido em nossa Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1988. Tal princípio teve como objetivo ressaltar a ideia de que os agentes públicos devem atuar de forma idônea e racional, de modo a atingir a satisfação dos interesses da

coletividade. Nesse sentido, a moralidade administrativa se encontra relacionada ao dever de probidade que deve nortear a atuação estatal.

Os princípios da Administração Pública possuem uma função fundamental, consistente em orientar a sua atuação em prol da coletividade.

Observa-se, assim, que a função administrativa do Estado submete-se a um especial regime jurídico (denominado regime jurídico de direito público), o qual a diferencia da atuação dos entes de direito privado.

Assim, em razão destas e outras características e peculiaridades inerentes à Administração Pública, o Poder Judiciário tratou a terceirização de forma diversa, a depender de quem seja o tomador dos serviços.

4 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDÊNCIAL SOBRE O TEMA

A terceirização surgiu como uma alternativa visando à busca de novas formas de prestação de serviços. Trata-se de uma estratégia de modificação nas relações de trabalho utilizada pelas empresas com o objetivo de manterem a competitividade e produzir bens e serviços com preços favoráveis no mercado, diminuindo-se o custo do trabalho (Manus, 2002, p. 124).

Contudo, apesar da existência de poucas normas tratando acerca do instituto da terceirização, a jurisprudência brasileira tem evoluído muito em relação ao referido tema, sendo certo que o Enunciado nº 331 do TST constitui-se como a súmula mais importante daquele Tribunal em relação à terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

Do mesmo modo, em razão das questões jurídicas relacionadas ao tema, muitos são os acórdãos e as decisões proferidas pelo Poder Judiciário acerca desta questão, sendo relevante tratar de algumas dessas questões e aspectos relacionados.

4.1 TERCEIRIZAÇÃO E VÍNCULO EMPREGATÍCIO

O item I do citado Enunciado nº 331 do TST esclarece que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

Assim, uma vez configurada situação de terceirização ilícita, por meio do desempenho de trabalho em atividade-fim da empresa, há de reconhecer-se vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços. Isso porque

tal modalidade de terceirização fragiliza as relações de trabalho, tornando o trabalhador mero “produto” de um empreendimento, o qual, repassado a outra empresa para utilização na sua atividade-fim, certamente não usufrui dos mesmos salários e demais vantagens pagas aos empregados de referida tomadora e, para protegê-lo, o reconhecimento do vínculo empregatício é medida indissociável. Sobre o tema, veja-se Processos nºs TST RR-12-81.2013.5.04.0661 e TST-ARR-3070100-61.2008.5.09.0651.

Segundo Manus (2002, p. 126), a justificativa para tal posicionamento jurisprudencial reside na obrigação da tomadora de serviços em zelar pela escolha de empresa idônea como prestadora de serviço, fiscalizando a regularidade da relação entre esta e os seus empregados.

Importante observar que a atuação em serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador; desde que inexistente, a pessoalidade e a subordinação direta constituem-se como hipóteses de terceirização lícita, expressamente prevista no item III da Súmula nº 331 do TST. Tratam-se, em suma, de atividades secundárias que não constituem o objeto central da empresa, possuindo natureza meramente instrumental, de apoio ou complementar (Martins, 2007, p. 136).

Com relação à inexistência de pessoalidade e subordinação direta, relembre-se que ambas constituem-se como elementos da relação empregatícia. Assim, a relação jurídica pactuada é *intuitu personae*, demonstrando a sua infungibilidade em relação ao trabalhador (Godinho, 2013, p. 283). Com relação à subordinação jurídica, observa-se que esta refere-se a um estado de dependência real do trabalhador e do direito do empregador de comandar, de dar ordens (Nascimento, 2011, p. 378). Contudo, o referido autor prefere definir subordinação como “uma situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da sua autodeterminação par o fim de transferir o poder de direção sobre a sua atividade ao empregador e sob a autorresponsabilidade deste” (Nascimento, 2011, p. 379).

Para nós, a questão da licitude e dos efeitos da terceirização deve ser decidida pela Justiça do Trabalho, exclusivamente com base nos princípios e nas regras que norteiam esse ramo do Direito, de forma a interpretá-las e, eventualmente, aplicá-las de modo a não esvaziar o seu sentido ou a negar vigência e eficácia às normas trabalhistas, que disciplinam a prestação do trabalho subordinado, com a aniquilação do próprio núcleo essencial do Direito do Trabalho, consistente no princípio da proteção do trabalhador, a parte hipossuficiente da relação de

emprego, e as próprias figuras do empregado e do empregador. Assim, em observância à Súmula nº 331, itens I e III, do TST, consagrou-se o entendimento de que a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípuas e essenciais.

Deste modo, a terceirização ilícita de mão de obra acarretará o reconhecimento do vínculo de emprego desses trabalhadores terceirizados diretamente com os tomadores de seus serviços. Tal solução, contudo, será diversa na hipótese de a terceirização ter sido realizada pela Administração Pública.

4.2 CONTRATAÇÃO IRREGULAR PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização constitui-se como uma estratégia de administração de empresas, que tem por objetivo organizar e estabelecer métodos gerenciais para a atividade empresarial. Consiste na possibilidade de contratação de terceiro para realizar atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa, podendo evoluir a produção de bens e serviços (Martins, 2007, p. 23).

Ocorre que, segundo estabelece nossa Constituição Federal, em seu art. 37, 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. Deste modo, para que surja um vínculo de emprego com a Administração Pública exige-se a aprovação prévia em concurso público. Neste aspecto, o § 2º do citado artigo esclarece que a não observância desta regra implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Tem-se, assim, que a regra estabelecida no Enunciado nº 331, I, do TST, no sentido de que a contratação irregular gera vínculo diretamente com o tomador dos serviços, não pode ser aplicada nos casos relacionados à contratação irregular de trabalhador pela Administração Pública, em razão de expressa disposição constitucional. Ademais, a aplicação de tal regra às hipóteses de contratações realizadas pela Administração Pública violaria todo o sistema sobre o qual o regime jurídico de direito público foi edificado, colocando as normas de direito do trabalho acima do regramento constitucional de direito público.

Neste aspecto, consoante assevera Martins (2007, p. 148) os princípios do direito do trabalho (e, em especial, o princípio da primazia da realidade) não podem prevalecer diante da regra de ordem pública contida no inciso II do art. 37 da CF.

Deste modo, foi criado um inciso específico, no sentido de que não haverá o surgimento de vínculo de emprego entre o trabalhador e qualquer órgão da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, mesmo na hipótese de contratação ilegal. Com efeito, estabelece o item II da referida súmula: “A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988)”. Segundo Delgado (2013, p. 456), tal proibição decorre da especificidade da situação existente no âmbito da Administração Pública, por força da regra estabelecida no art. 37, II, da CF/1988. Assim, mesmo na hipótese de contratação irregular de trabalhador, por meio do instituto da terceirização, não haverá o surgimento de vínculo de emprego do trabalhador com a Administração Pública.

Acrescente-se, ainda, a orientação firmada por meio da Súmula nº 363 do TST, no sentido de que a contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Deste modo, observa-se que, mesmo na hipótese de terceirização irregular, não haverá o surgimento de vínculo empregatício entre o trabalhador e o ente público. Neste sentido, é pacífica a jurisprudência:

I - RECURSOS DE REVISTA DOS RECLAMADOS - MATÉRIA COMUM - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONTRATO NULO - “A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”. Inteligência da Súmula nº 363 do TST. Recursos de revista conhecidos e providos. (Processo nº TST-RR-1284-77.2010.5.04.0027)

Neste aspecto, registre-se que, no julgamento do Processo nº TST-RR 20500-68.2009.5.04.0541, decidiu-se conforme preconizado pela referida Súmula nº 363 do TST, excluindo-se do valor devido pelo reclamado qualquer parcela de natureza trabalhista diferente da contraprestação pactuada e dos valores referentes ao depósito do FGTS.

Observe-se, ainda, que, segundo estabelece o art. 37, II, da Constituição da República, a exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos para a investidura em cargos e empregos públicos aplica-se não apenas aos entes da Administração Pública que ostentam personalidade jurídica de direito público, mas também àqueles que possuem personalidade jurídica de direito privado – tais como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado. Assim, em quaisquer dessas hipóteses, não será possível o reconhecimento de vínculo de emprego do empregador com a Administração Pública direta ou indireta, ainda que declarada a ilicitude da terceirização. Logo, a terceirização ilícita não tem o condão de produzir o efeito de reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração Pública, em razão da vedação expressa do art. 37, II e § 2º. Contudo, tal circunstância dá ensejo à responsabilização subsidiária da tomadora de serviços pelas verbas inadimplidas pela prestadora de serviços. Sobre o tema, conforme os Processos nºs TST-ARR-727-10.2011.5.01.0037 e TST-ARR-170800-65.2008.5.04.0771.

4.3 DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O item IV da Súmula nº 331 do TST (em sua redação original) aplicava-se tanto às hipóteses de terceirização contratada por entes privados quanto por entes públicos, deixando claro que “o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações”.

Contudo, após o julgamento da ADC 16/DF, o TST acabou mudando o seu entendimento, limitando a aplicação do referido item às hipóteses em que a terceirização ocorreu no setor privado, criando um item específico para tratar da terceirização envolvendo os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta. Assim, segundo dispõe o item V da referida Súmula nº 331 do TST, tais entes respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da

Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Como se vê, a responsabilização do ente público tomador de serviços foi condicionada à sua omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço. Tal diferenciação deve-se, entre outros fatores, ao fato de que, no setor público, em regra, as obras, os serviços, as compras e as alienações devem ser contratados mediante processo de licitação pública no qual se assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento e exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI, da CF).

Por fim, observe-se que o novo item V foi expresso no sentido de que “a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”. Assim, conforme assevera Delgado (2013, p. 471), a responsabilidade subsidiária da Administração Pública só estaria presente na hipótese de comprovação de ocorrência de culpa *in vigilando*.

Neste sentido, encontram-se diversos julgados no sentido de que a inadimplência das obrigações trabalhistas por parte do empregador não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, consoante dispõe o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 24 de novembro de 2010 (no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/DF). Assim, foi acrescentado o item V à Súmula nº 331 do TST, no sentido de que os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Neste aspecto, registre-se que, no julgamento do Processo nº RR-0100300-58.2007.5.02.0061, concluiu-se no sentido de que, no referido feito, não ficara evidenciada a culpa *in vigilando* do órgão público contratante, de tal forma que a Corte Regional teria mantido a condenação subsidiária do ente público tomador dos serviços em razão do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela prestadora dos serviços, real empregadora. Assim, deu-se provimento ao recurso de revista da Administração Pública, de modo a afastar a sua responsabilidade subsidiária, nos exatos termos do que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADC 16/DF e do item V da Súmula nº 331 do TST.

Com relação ao tema em discussão na ADC 16/DF, observe-se que o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 é claro no sentido de que, nas hipóteses de licitação, o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. O mesmo artigo, em seu § 1º, consoante relembra Gasparini (2012, p. 819), estabelece que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis, razão pela qual é possível encontrar-se inúmeros julgados no sentido de que, não caracterizada a conduta culposa da tomadora dos serviços no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/1993 (haja vista a decisão proferida pelo STF na ADC 16/DF, que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) não subsiste a condenação do recorrente como responsável subsidiário (cf. Processo nº RR-0005800-57.2008.5.02.0063). Assim, nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST (com a redação aprovada pela Resolução nº 174/2011), a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

4.4 CULPA IN VIGILANDO E RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Conforme mencionado, a alteração nos itens do Enunciado nº 331 do TST ocorreu em razão da decisão preferida no julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (ADC 16/DF) perante o STF, tendo-se considerado o art. 71 da Lei nº 8.666/1993 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Com o referido julgamento, o STF firmou o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, viável se torna a responsabilização do ente público pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria.

Desse modo, a alteração nos itens da Súmula nº 331 do TST teve como objetivo ajustar a jurisprudência daquele Tribunal à decisão do STF sobre o tema, o qual concluiu que apenas na hipótese da ocorrência de culpa *in eligendo*, *in vigilando* ou, ainda, *in omittendo* restará configurada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas ao trabalhador terceirizado.

Com relação à responsabilidade estatal na hipótese de danos decorrentes de condutas omissivas, defende-se nesta tese que a mesma deve ser analisada sob a ótica da responsabilidade subjetiva. Aliás, conforme já mencionado, a teoria da *faute du service* (também denominada de teoria da culpa anônima) atribui a responsabilidade ao ente estatal em razão de uma omissão por parte deste, sem que haja a necessidade de se comprovar uma atuação específica por parte do agente público. Fala-se, deste modo, em uma culpa anônima, uma vez que não é necessária a identificação de uma culpa individual para que surja a responsabilidade do Estado.

Assim, somente ficando comprovado que a ação negligente do Poder Público (ou de seus agentes) deu causa ao prejuízo experimentado pelo trabalhador será possível discutir-se acerca de eventual responsabilidade do Estado por danos decorrentes de condutas omissivas.

Assim, tem-se que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, a sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos.

Tal responsabilidade só estará presente se caracterizada a culpa *in vigilando*, lembrando que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, consoante entendimento sedimentado por meio do Enunciado nº 331 do TST.

A propósito, no julgamento do Processo nº RR-0083000-82.2007.5.02.0029, a 7ª Turma do TST entendeu que “a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas para a entidade pública”. Importante observar, ainda, que a Corte Suprema, ao julgar a referida ADC 16, concluiu que continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária ao ente público quando constatada, no caso concreto, a violação do dever de licitar e de fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, fazendo menção ao disposto no item V da Súmula nº 331 do TST.

Tem-se, desta forma, que não é possível imputar-se responsabilidade objetiva ao ente público, devendo tal responsabilidade subsistir apenas na hipótese de restar provada, no caso concreto, a ocorrência de conduta culposa apta a possibilitar a responsabilização do ente público.

Cite-se, também, o Processo nº RR-0252600-43.2007.5.02.0016 da 7ª Turma do TST, sob a relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, no qual entendeu-se que, nos termos do item V da Súmula nº 331 do TST, editado à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF, nos casos de terceirização de serviços, os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta responderão subsidiariamente pelas dívidas trabalhistas das empresas prestadoras, quando forem negligentes em relação ao dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais e legais da contratada. Observe-se que, no caso em análise, segundo constou do acórdão, “o quadro fático delineado no acórdão regional não evidencia a culpa *in vigilando* do ente público”, razão pela qual o recurso por ele interposto foi provido.

Conclui-se, assim, que o TST tem firmado o entendimento no sentido de que a simples inadimplência da empresa contratada não transfere, automaticamente, a responsabilidade pelas verbas trabalhistas à entidade pública, conforme assevera o item V da Súmula nº 331 do TST.

Nesta mesma linha, cite-se o Processo nº RR-0001853-17.2010.5.02.0033, de relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing, no qual deu-se provimento ao recurso de revista da Administração Pública em razão da não configuração da sua responsabilidade subsidiária. Assim, segundo o entendimento da 7ª Turma do TST, tem-se que, para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva, no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas, a teor do disposto na Lei nº 8.666/1993. O mesmo acórdão ainda esclarece que tal entendimento foi esposado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual, na decisão proferida no julgamento do ADC 16, ao declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, asseverou que apenas quando houver constatação da culpa *in vigilando*, ou seja, da omissão culposa da Administração Pública em relação à fiscalização do cumprimento dos encargos sociais, haverá a responsabilidade do ente contratante.

Assim, segundo concluíram os Ministros do TST, não tendo o Tribunal Regional identificado concretamente (mas, apenas, de forma genérica) que o recorrente foi omisso quanto ao seu dever de fiscalizar o cumprimento do contrato por parte da prestadora de serviços, não há falar em responsabilidade subsidiária. Logo, tendo o STF, no julgamento da ADC 16, considerado constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, de modo a permitir-se o afastamento da responsabilidade subsidiária a ele atribuída pelas obrigações trabalhistas

inadimplidas pela empresa contratada, conclui-se que o reconhecimento de tal responsabilidade afronta o disposto no referido dispositivo.

Do mesmo modo, observa-se que nos casos em que a Corte local não deixou expresso, com base nos fatos e provas dos autos, a quebra do dever de fiscalização que incumbe à Administração Pública, o ente público não pode ser responsabilizado subsidiariamente pela dívida trabalhista. Incide a Súmula nº 331, V, do TST (neste sentido, *vide*: Processo nº RR-0248800-60.2007.5.02.0063).

4.5 DA IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO ENTE PÚBLICO

Conforme constou do item V do Enunciado nº 331 do TST, tem-se que a responsabilidade subsidiária do ente público (nos mesmos moldes do item IV do Enunciado nº 331) será possível apenas quando evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Logo, para que seja autorizada a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada conforme o disposto na Lei nº 8.666/1993, deve ser demonstrada a sua conduta omissiva no que se refere à fiscalização do cumprimento das obrigações relativas aos encargos trabalhistas (Processo nº RR-0001853-17.2010.5.02.0033). Logo, caso não haja tal comprovação, o ente público estará eximido da referida responsabilidade e, em consequência, será excluído da lide por ilegitimidade de parte (neste aspecto, cf. Processo nº RR-0078000-33.2008.5.02.0008).

Ocorre que, não obstante as explicações apresentadas *supra*, e a clareza das decisões, dos acórdãos e das súmulas mencionados, ainda é possível encontrar-se diversos julgados nos quais a responsabilização do ente público tem ocorrido de forma objetiva. Tais decisões destacam o disposto no art. 37, § 6º, segundo o qual “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” Assim, com o objetivo de caracterizar o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes públicos e o prejuízo sofrido pelo empregado, e, conseqüentemente, permitir a responsabilização do ente público, vários argumentos costumam ser utilizados.

Um destes argumentos utilizados para a tentativa de caracterização da culpa *in vigilando* refere-se ao disposto no art. 58 da Lei nº 8.666/1993, segundo o qual o regime jurídico dos contratos administrativos instituídos pela referida lei confere à Administração uma série de prerrogativas em relação a tais contratos. Entre elas citam-se as seguintes: I - modificar tais contratos de forma unilateral, de modo a permitir a sua melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitadas os direitos do contratado; II - rescindir tais contratos, também de forma unilateral, nos casos previstos em lei²; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente (nos casos de serviços essenciais) bens, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Como base no supradescrito, entende-se que, estando a fiscalização do contrato administrativo inserida como uma prerrogativa do ente público, deve ele ser responsabilizado na hipótese de falta em tal fiscalização. Tal pensamento é corroborado pelo disposto no art. 67 da mesma Lei nº 8.666/1993, segundo o qual a execução do contrato administrativo deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração Pública especialmente designado. Permite-se, ainda, nesta hipótese, a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a tal atribuição. Importante destacar que, segundo o § 1º do referido artigo, o representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato,

² São eles: não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; lentidão do cumprimento do contrato, que torne impossível a conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração; subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato; desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores; cometimento reiterado de faltas na execução do contrato; decretação de falência ou instauração de insolvência civil da empresa; dissolução da sociedade ou falecimento do contratado; alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato; razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato; e ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

determinando o que for necessário à regularização das faltas ou dos defeitos observados.

Contudo, esta e outras decisões neste sentido pecam por não esclarecerem qual a conduta efetivamente praticada pela Administração Pública ou por seus agentes, apta a caracterizar a ocorrência de falha na fiscalização ou na regularização de eventuais faltas ou defeitos observados.

No julgamento do Processo nº TST-RR-261000-86.2009.5.02.0077, o Relator mencionou que o legislador infraconstitucional conferiu à Administração Pública a prerrogativa de fiscalizar a execução dos contratos administrativos resultantes de certame licitatório. Deste modo, na condição de tomadora de serviços, cabe à Administração Pública fiscalizar, de forma atenta e permanente, o desempenho da empresa contratante.

Ocorre que, em face da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16/DF, dotada de eficácia vinculante, tem-se que não se mostra juridicamente possível se reconhecer a responsabilidade objetiva do Poder Público quando arregimenta mão de obra, mediante prestadores de serviços, em razão do inadimplemento da empresa contratada, ante a inexistência de ato do agente público a causar prejuízo a terceiros.

Deste modo, sempre que um órgão da Justiça do Trabalho concluir pela responsabilização da Administração Pública, de forma subsidiária, sem que, entretanto, tenha-se demonstrado qual a conduta apta a configurar a ocorrência de culpa *in vigilando*, a sua revisão é medida que se impõe.

Nesta linha, vejam-se os Processos nºs RR-0000397-71.2011.5.15.0118, RR-0130100-76.2009.5.02.0089 e RR-0083000-82.2007.5.02.0029, nos quais concluiu-se que, ao reconhecer a responsabilidade objetiva da Administração Pública, com suporte no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o Tribunal Regional de origem dissentiu da orientação emanada da Suprema Corte, razão pela qual – nos casos supramencionados – os recursos de revista do ente público foram conhecidos e providos, de modo a afastar a responsabilidade do ente público.

Assim, diante do apresentado *supra*, tem-se que eventual condenação subsidiária da Fazenda Pública fundamentada apenas na presunção de culpa pelo mero inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas pela tomadora de serviço ou na responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Carta Magna ofende o disposto no art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o qual foi declarado constitucional no julgamento da ADC 16. Contudo, o STF não excluiu a possibilidade de a Justiça do Trabalho responsabilizar o sujeito

público tomador de serviços quando constatada a culpa *in eligendo* e *in vigilando* (Processo nº RR-0000403-34.2011.5.15.0068).

Nesta linha, observe-se que a OJ 191 do TST, a qual preceitua que, diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

Assim, com base nesse entendimento, concluiu-se que não há como ser imputada à Administração Pública nenhuma responsabilidade (seja solidária ou subsidiária), quando, no caso concreto, o dono da obra não for uma empresa construtora ou incorporadora, ou o contrato de empreitada tratar-se de construção civil (cf. Processo nº RR-0159700-31.2009.5.15.0009).

Deste modo, conclui-se que, para que haja a possibilidade de responsabilização do ente público, é imprescindível que haja prova efetiva acerca da ocorrência da citada culpa *in vigilando*, sob pena de atribuir-se ao ente público responsabilidade de forma objetiva, o que contraria o entendimento consolidado por meio do item V do Enunciado nº 331 do TST. Repita-se: a responsabilidade do ente público nas hipóteses de terceirização não é objetiva, devendo ficar configurada a ocorrência de culpa. Nesta linha surge uma outra questão: A quem cabe o ônus da prova em relação à ocorrência de culpa?

4.6 DO ÔNUS DA PROVA

A regra de julgamento fundada no ônus da prova traduz-se em um importante instrumento para que a jurisdição cumpra a sua função de declarar o direito no caso concreto e eliminar os conflitos intersubjetivos, contribuindo para a pacificação social (Pacífico, 2000, p. 170).

Assim, a discussão acerca da responsabilidade pelo ônus da prova ganha relevância em razão das consequências jurídicas dela advindas.

No julgamento da ADC 16, ao concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, o STF acolheu a tese da inviabilidade da aplicação da responsabilidade objetiva à Administração Pública pelas verbas trabalhistas decorrentes de contrato de prestação de serviços firmado na forma da Lei nº 8.666/1993. Por outro lado, também resultou destacado que aludido dispositivo não impede o reconhecimento da responsabilidade do ente público, ainda que configurada a citada culpa *in vigilando*. E, para sua caracterização,

deverão ser levadas em conta as peculiaridades fáticas do caso concreto, além de normas, regras e princípios do ordenamento jurídico.

No julgamento do Processo nº TST-RR-181-04.2011.5.02.0044, o Relator entendeu que, na hipótese dos autos, depreende-se das premissas fáticas consignadas na r. sentença, as quais não foram alteradas pelo Tribunal Regional, que há registro expresso quanto à existência de culpa da segunda reclamada – Fazenda Pública do Estado de São Paulo –, o que, por si só, é suficiente a ensejar a sua responsabilidade subsidiária. Assim, por unanimidade, conheceu-se do recurso de revista, por contrariedade à Súmula nº 331, IV e V, e, no mérito, foi-lhe dado provimento para restabelecer a r. sentença quanto à condenação da segunda reclamada – Fazenda Pública do Estado de São Paulo –, de forma subsidiária, pelos créditos trabalhistas deferidos à autora.

Observe-se que, embora a questão acerca da necessidade de demonstração da ocorrência de culpa por parte da Administração seja aceita pela maioria da doutrina e jurisprudência, ainda existe discussão acerca da parte sobre a qual recairá tal ônus. Ademais, observe-se que, no julgamento da ADC 16, o STF não examinou, tampouco definiu, de quem seria o ônus da prova quanto à demonstração da conduta culposa da Administração.

Segundo estabelece o art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Contudo, há hipóteses nas quais tal ônus pode sofrer alterações. Neste aspecto, Lopes (2002, p. 44) entende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer nas hipóteses em que as peculiaridades do fato (relacionadas à normalidade, probabilidade e verossimilhança) façam presumir a culpa do réu; caberá a este provar a não ocorrência de culpa, de modo a ilidir a presunção em favor da vítima.

No julgamento do citado Processo nº TST-RR-181-04.2011.5.02.0044, destacou-se que a discussão tem como tema central a existência de fiscalização do ente público (e não sobre a suficiência, legitimidade ou validade dessa fiscalização). Nesse caso, apenas a Administração Pública tem condições de provar a ausência de fato constitutivo do direito do reclamante, ou seja, somente ela dispõe de meios para demonstrar que fiscalizou efetivamente a empresa contratada.

A referida decisão ainda mencionou que não se pode olvidar que o empregado é parte hipossuficiente da relação jurídica de trabalho e, assim,

desprovida de condições de realizar determinadas provas, a exemplo da demonstração de eventual ausência de fiscalização por parte do ente público nos contratos de prestação de serviços, fato negativo praticamente impossível de comprovação pelo trabalhador. Deste modo, o ônus da prova, neste aspecto, recairia sobre o ente público tomador do serviço. Os defensores deste entendimento também utilizam como justificativa o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro admite, em determinadas circunstâncias, que seja aplicada em favor do hipossuficiente da relação jurídica a inversão do ônus da prova. Nessa trilha, fazem uma analogia com o disposto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), o qual elenca entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Interessante observar que a supracitada norma, embora discipline relações de natureza civil, demonstra a intenção do legislador de estabelecer proteção ao hipossuficiente na defesa do seu direito. Firmadas as proposições até aqui delineadas, conclui-se que há responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando caracterizada a sua omissão culposa em função de descumprimento de normas de observância obrigatória, sendo seu o ônus de demonstrar o cumprimento da lei.

No mesmo sentido, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho entendeu competir à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização. Tal decisão foi baseada no fato de que: a) a existência e fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante; b) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (arts. 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/1993); e c) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tem acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova (cf. Processo nº RR-214140-57.2007.5.12.0032).

Mas também é possível citar-se acórdãos em outro sentido. Neste aspecto, observe-se que a 3ª Turma do TST concluiu que o item V da Súmula nº 331 do TST assenta o entendimento de que a responsabilidade supletiva, em casos de terceirização de serviços, só pode ser atribuída à Administração Pública quando evidenciada a culpa *in vigilando*. Assim, não sendo possível verificar a conduta culposa do ente público (uma vez que não houve comprovação da ausência de fiscalização do contrato de prestação dos serviços, não sendo apontados elementos concretos que identificariam a omissão fiscalizadora do contratante),

a improcedência do pedido de responsabilização subsidiária é medida que se impõe (cf. Processo nº AIRR-0000949-66.2011.5.02.0031).

Registre-se, ainda, que tal inversão só será possível nas hipóteses de verossimilhança e normalidade das alegações do réu, o que, salvo melhor juízo, não existe nas hipóteses de responsabilidade subsidiária. Assim, não é possível presumir-se que normalmente ou cotidianamente a Administração Pública celebra contratos administrativos com empresas inidôneas e que houve falha na fiscalização por parte do ente público. Tal culpa deve ser prova e tal ônus incumbe ao autor.

Como muito bem salienta Lopes (2002, p. 50), a lei não impõe a inversão do ônus da prova nestas hipóteses, mas, sim, deixa a critério do juiz analisar cada caso e ver se a alegação é verossímil ou se há hipossuficiência e se a inversão deverá ser aplicada naquele caso.

CONCLUSÕES

A terceirização é um instituto que, muito embora ainda não tenha sido regulamentada de forma detalhada pela legislação brasileira, vem crescendo e se ampliando no mercado de trabalho e no universo econômico, em razão de vários fatores.

Um dos argumentos em defesa da terceirização refere-se à possibilidade de maior especialização do trabalho desempenhado, permitindo o aumento da qualidade e a melhor administração do tempo da empresa tomadora do serviço. Sob outra ótica também não se pode negar que a terceirização – em regra – diminui os custos operacionais do tomador de serviços, o que também incentiva a utilização de tal instituto, não obstante as críticas realizadas em relação ao enfraquecimento da proteção dos direitos trabalhistas.

A terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública, não obstante trate-se de uma prática frequente e legalmente autorizada, tem sido objeto de diversas discussões jurídicas. Neste aspecto, a responsabilização subsidiária da Administração Pública, em decorrência do inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do tomador de serviço, constituiu-se como um dos temas mais debatido no âmbito dos Tribunais Superiores.

Isso porque – no fundo – tanto o ente público tomador do serviço quanto o trabalhador acabam sendo vítimas na hipótese em que o prestador de serviços deixa de honrar os compromissos firmados.

Com relação à Administração Pública, tem-se que, em razão dos poderes e das prerrogativas a ela conferidos, bem como em razão dos princípios que lhe são inerentes e do regime de direito público ao qual a mesma encontra-se submetida, a sua responsabilização civil não pode ocorrer da mesma forma que ocorre na hipótese de o tomador do serviço ser um ente privado. Por esta razão, o Poder Judiciário tem tratado o instituto da terceirização de forma diversa, a depender do regime jurídico ao qual o tomador dos serviços esteja submetido.

No âmbito privado, tem-se que, uma vez configurada situação de terceirização ilícita, há de reconhecer-se vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços, uma vez que a ela incumbe o dever de zelar pela escolha de empresa idônea como prestadora de serviço. Ademais, a terceirização só se justifica quando implicar na contratação da prestação de serviços especializados por terceiros em atividades-meio, que permitam a concentração dos esforços da empresa tomadora em suas atividades precípuas e essenciais, razão pela qual a terceirização de atividades-fim da empresa tem sido considerada uma prática ilícita, gerando responsabilidades para o tomador do serviço, no âmbito privado.

No âmbito da Administração Pública, por força da regra estabelecida no art. 37, II, da CF/1988, tem-se que a contratação irregular de trabalhador pela Administração Pública, sem que haja a prévia aprovação em concurso público, não cria vínculo empregatício, gerando - apenas - direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas.

No caso da terceirização, firmou-se o entendimento de que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando este for entidade de direito privado.

Quando o tomador do serviço for pessoa jurídica integrante da Administração Pública direta e indireta, tem-se que a responsabilização subsidiária do ente público só ocorrerá caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora.

Tal responsabilidade encontra-se atrelada à ocorrência de culpa *in vigilando* do órgão público, a qual, entretanto, deve ficar demonstrada nos autos.

Assim, nos casos em que restar demonstrada a culpa *in vigilando* da Administração Pública, deverá este responsabilizar-se subsidiariamente pelos

encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, agiu ele de forma imprudente, negligente e imperita.

Por esta razão, tem-se que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas causado pelo empregador de trabalhadores terceirizados, contratados pela Administração Pública, após regular licitação, para lhe prestar serviços de natureza contínua, não acarreta a esta última, de forma automática e em qualquer hipótese, sua responsabilidade principal e contratual pela satisfação daqueles direitos.

Tal responsabilidade só estará presente se caracterizada a culpa *in vigilando*, lembrando que a aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada, consoante entendimento sedimentado por meio do Enunciado nº 331 do TST.

Para nós, em razão da alteração na jurisprudência dominante, tem-se que, não havendo prova inequívoca acerca de culpa *in vigilando* por parte da Administração Pública, não há que se falar em responsabilidade subsidiária. Contudo, uma vez configurada a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, esta abrangerá todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Márcia Noll. *O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Função ambiental*. Dano ambiental. Prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

FRANÇA, Vladimir Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jun. 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LIRIA, Jerônimo Souto; SARATT, Newton. *Terceirização: uma alternativa de flexibilidade empresarial*. São Paulo: Gente, 1995.

LOPES, Joao batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva 2011.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertórios de conceitos trabalhistas*. São Paulo: LTr, v. I, 2000. p. 500.

SILVA, Otávio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

SOMBRA, Thiago Luis Santos. *Reclamação Constitucional nº 7.517 e a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por débitos trabalhistas*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2011.

EM BUSCA DE UM TELOS SOCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DE JOHN RAWLS, ALASDAIR MACINTYRE E FRANCISCO DE ASSIS

IN SEARCH OF A SOCIAL TELOS: AN ANALYSIS FROM JOHN RAWLS, ALASDAIR MACINTYRE AND FRANCIS OF ASSISI

Plínio Valente Ramos Neto¹

Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor

RESUMO: O presente artigo busca refletir sobre as concepções de justiça do liberalismo, comunitarismo e franciscanismo, analisando suas propostas diante do fracasso da razão iluminista em libertar o homem do determinismo da natureza, já que criou, paradoxalmente, um novo determinismo. A primeira concepção é a justiça como princípio, vinculada ao liberalismo, onde agir justamente corresponde a agir conforme um princípio *a priori* constituído pela razão humana. A segunda concepção é a da justiça como virtude, reabilitada pelo comunitarismo de Alasdair MacIntyre, que entende que a virtude é uma condição para agir justamente. A última concepção é a da justiça como vida, exemplificada com o franciscanismo, em que ser justo é imitar a vida de Cristo. Analisa, ainda, a profunda separação

que a sociedade contemporânea faz entre o ser e o agir, e a necessidade de uma nova humanização do homem atual, promovendo o reencontro entre o ser e o agir.

PALAVRAS-CHAVE: Telos; justiça; liberalismo; comunitarismo; franciscanismo.

ABSTRACT: *This article seeks to reflect on the conceptions of justice of liberalism, communitarianism and Franciscan, analyzing their proposals before the failure of Enlightenment reason in liberating man from the determinism of nature, as created, paradoxically, a new determinism. The first concept is justice as a principle, linked to liberalism, which act justly corresponds to act in accordance with a principle a priori constituted by human reason. The second concept is that of justice as a virtue,*

¹ Procurador do Ministério Público de Contas do Estado do Piauí, Mestre em Direito - UCB, Professor da Escola de Magistratura do Estado do Piauí - Esmepi.

rehabilitated by communitarianism from Alasdair MacIntyre, who understands that virtue is a condition to act justly. The final concept is the life of justice as exemplified with the Franciscans, which to be justified is to imitate the life of Christ. It also analyzes the profound separation that contemporary society makes between being and acting, and the need for a new humanization of man today, promoting the reunion between being and acting.

KEYWORDS: *Telos; justice; liberalism; communitarianism; franciscan.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Liberalismo; 2 Comunitarismo; 3 Franciscanismo; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 Liberalism; 2 Communitarianism; 3 Franciscan; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

Diante da pretensão do iluminismo de libertar os homens do medo² por meio da dominação da natureza, a humanidade recaiu em uma nova dominação, já que “[...] a própria razão tornou-se mero instrumento auxiliar do aparato econômico que tudo abrange”, como assenta Adorno³.

Jonas retoma esse tema da escravidão que o progresso contínuo do ideal baconiano de dominação da natureza gerou na sociedade atual, algo de tal magnitude que ameaça a própria existência da humanidade⁴.

Sustenta, ainda, que a humanidade está subjugada diante do poder gerado pelo saber e que é necessário “[...] um limite, um poder sobre o poder [...]”⁵.

No âmbito da ética, Jonas explica que a razão neutralizou a natureza no sentido axiológico, para depois neutralizar o próprio homem, gerando um vácuo ético⁶. Inserido nesse contexto, Jonas dá um exemplo do grande êxito econômico, que produziu uma enorme quantidade de bens, elevando o bem-

² ADORNO, Theodor. O conceito de iluminismo. In: FLORIDO, Janice (Coord.). *Adorno*. São Paulo: Nova Cultural, 2005. p. 17.

³ *Ibidem*, p. 48.

⁴ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006. p. 235.

⁵ *Ibidem*, p. 237.

⁶ *Ibidem*, p. 65.

estar da sociedade, mas, ao mesmo tempo, gerando um risco de esgotamento de recursos naturais⁷.

Apel, da mesma forma, vê com preocupação a pretensa neutralidade valorativa da ciência, tendo em vista os efeitos imponderáveis da ação humana na natureza, resultando em um paradoxo para os tempos atuais: se, diante da possibilidade de a humanidade deixar de existir em razão das graves consequências das ações e conflitos humanos, tem-se a necessidade urgente de uma ética intersubjetivamente vinculatória baseada na responsabilidade, ao mesmo tempo há uma dificuldade para que floresça uma ética de superação de conflitos, pois a pretensão de neutralidade da ciência reduziu o discurso ético a uma mera questão de ponto de vista ou ideologia⁸.

Não foi somente a ciência que procurou desvencilhar-se da captura moral, pois desde Maquiavel já se defende o denominado realismo político, que consiste em livrar os atos políticos de qualquer avaliação ética, levando à “[...] dissociação entre a vida privada e a vida pública, ou também à fragmentação do homem real entre indivíduo e cidadão, que caracteriza a sociedade moderna”⁹. Essa fragmentação não passou despercebida por Rawls, quando, ao tratar da distinção entre razão pública e razão não pública, verificou “[...] o risco de que o discurso público se torne hipócrita: os cidadãos falarão em público de uma forma e votarão de outra”¹⁰.

Tomando como base analítica a máxima aquinate de que *agere sequitur esse* (o agir segue o ser), o presente artigo propõe-se a explorar o crescendo que há entre a concepção de justiça no liberalismo, no comunitarismo e no franciscanismo, no aspecto que vai da extrema separação entre o ser e o agir até a plena comunhão entre esses dois termos. Portanto, segue-se uma ordem das ideias (dianoemática), e não uma ordem cronológica dos fatos históricos. Com isso, pretende-se fornecer subsídios para uma reflexão sobre a urgente questão relativa à própria conservação existencial da humanidade, e sua repercussão no plano político, ético e jurídico.

⁷ Ibidem, p. 235.

⁸ APEL, Karl-Otto. *Estudos de moral moderna*. Trad. Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 126-161.

⁹ VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. 23. ed. Trad. João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 95.

¹⁰ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 254.

1 LIBERALISMO

O pensamento liberal consolidou-se como doutrina política no século XIX, não obstante utilize como pressupostos teóricos contribuições dos três séculos anteriores¹¹.

O contexto histórico, os objetivos políticos e econômicos são profundamente determinantes para a adesão do liberalismo a um conjunto básico de valores, dos quais se ressalta a primazia do indivíduo, a liberdade, a razão, a justiça e a tolerância¹².

Entre esses pressupostos básicos do liberalismo, o valor justiça representa um critério para a distribuição de bens, quaisquer que sejam. Juridicamente, a justiça é concebida como um princípio geral que pode ser desmembrado em dois outros princípios, segundo a concepção de John Rawls:

- (a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdade para todos; e
- (b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, tem de beneficiar ao máximo membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).¹³

Nessa concepção, haveria uma ordem de precedência, na qual o princípio da liberdade estaria em primeiro lugar, seguido do princípio da igualdade de oportunidades e do princípio da diferença¹⁴.

O princípio da liberdade exige uma igualdade na liberdade e, ao mesmo tempo, uma compatibilidade com as liberdades de todos os outros indivíduos.

¹¹ HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. Trad. Janaíno Marcoantonio, Mariane Janikan. São Paulo: Ática, 2010. p. 37.

¹² HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. Trad. Janaíno Marcoantonio, Mariane Janikan. São Paulo: Ática, 2010. p. 40.

¹³ RAWLS, John. *Justiça com equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 59-60.

¹⁴ *Ibidem*, p. 60.

O princípio da igualdade de oportunidades, por sua vez, tem relação com uma igualdade no acesso a cargos e posições. Por fim, o princípio da diferença tem em conta a necessidade de um padrão mínimo de igualdade social¹⁵.

A ordem de prioridade sustentada por Rawls impõe que o princípio de posição inferior somente poderá ser aplicado quando o princípio com precedência já estiver plenamente satisfeito¹⁶.

A ordem de precedência proposta e o sentido do primeiro princípio caracterizam Rawls como um pensador liberal com uma preocupação em relação a um mínimo social.

O princípio da liberdade, como foi expresso acima, deixa entrever o pressuposto filosófico de uma igualdade fundacional, significando que todos os seres humanos nascem iguais e uma igualdade formal, que impõe a garantia de que todos gozarão de um mesmo esquema de liberdades, isento de privilégios ou discriminações¹⁷. O termo “plenamente” usado no item (a) denuncia, também, uma direção no sentido de maximizar a liberdade, no aspecto conteudístico, tanto quanto possível, limitando-se pela compatibilidade com outras liberdades.

Assim, não obstante a referência à justiça social e à igualdade, o eixo do liberalismo em Rawls continua sendo a liberdade.

A liberdade, assim concebida, no aspecto ético, não conta com um *telos*. Entre os gregos, *telos* é um conceito central, significando fim ou finalidade, utilizado para avaliar as ações humanas em sua conformidade ou não com ele¹⁸. Aplicado à vida humana, ela tem seu *telos* na vida boa, podendo ser entendido apenas como finalidade transcendente, como fazia Platão, ou adicionando a esta a finalidade imanente, segundo Aristóteles¹⁹. Uma coisa segue sua finalidade imanente se ela pode ser aquilo que ela realmente é²⁰.

¹⁵ HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. Trad. Janaíno Marcoantonio, Mariane Janikan. São Paulo: Ática, 2010. p. 47.

¹⁶ RAWLS, John. Op. cit., p. 60-61.

¹⁷ HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. Trad. Janaíno Marcoantonio, Mariane Janikan. São Paulo: Ática, 2010. p. 47.

¹⁸ TELOS. In: AUDI, Robert. *Dicionário de filosofia de Crambridge*. Trad. Edwino Aloysius Royer et al. São Paulo: Paulus, 2006. p. 900.

¹⁹ TELOS. In: AUDI, Robert. Loc. cit.

²⁰ TELOS. In: AUDI, Robert. Loc. cit.

Os pensadores modernos substituíram o *telos* por noções como mecanismo e lei²¹.

Em verdade, os liberais vinculam a liberdade à razão humana, que, em si mesmo, torna-se uma força emancipadora do homem em relação à superstição e à ignorância²². Rejeitam qualquer tipo de paternalismo, qualquer autoridade que pretenda ajudar o homem a fazer suas escolhas, pois a razão é autônoma e capaz de ser um guia suficiente para que os “[...] indivíduos façam as próprias escolhas morais e, se necessário, aprendam com os próprios erros [...]”²³.

Por conseguinte, os liberais rejeitam qualquer apelo metafísico a uma finalidade transcendente para a vida humana, não havendo lugar para o *telos* nesse contexto. A respeito de princípios transcendentais, Kant os considera como um conceito sem limites de demarcação, possibilitando o abuso transcendental, isto é, a aplicação desses princípios para além de toda a experiência possível, considerado, por isso, um erro na faculdade de julgar²⁴.

É uma liberdade sem *telos*, que não possui um horizonte a ser alcançado ou desenvolvido, senão a intensificação substancial da própria liberdade. O limite que a liberdade encontra na liberdade dos outros não vem de um *telos* ou de um princípio transcendente ou imanente, mas é uma condição necessária para a própria existência da liberdade *per se*.

A ausência de um *telos* para a vida humana é coerente com a concepção de Rawls de autonomia racional, que é a capacidade intelectual e moral “[...] de formular, revisar e se empenhar na realização de uma concepção de bem, assim como de deliberar de acordo com essa concepção”²⁵.

Dessa forma, os indivíduos são livres para escolher e perseguir seus próprios projetos de vida em conformidade com seus interesses pessoais. Assim, tais projetos de vida são meros *modus vivendi*, que podem, no máximo, tornar-se um consenso sobreposto estável e duradouro²⁶, mas nunca uma *forma vitae*.

²¹ TELOS. In: AUDI, Robert. Loc. cit.

²² HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. Trad. Janaíno Marcoantonio, Mariane Janikan. São Paulo: Ática, 2010. p. 44.

²³ Ibidem, p. 45.

²⁴ Transcendental. In: CAYGILL, Howard. *Dicionário Kant*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 311.

²⁵ RAWLS, John. *Liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 86.

²⁶ Idem. *Justiça com equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 274-278.

2 COMUNITARISMO

O interesse na filosofia moral pela temática da virtude durou até o final do século XVIII, quando o kantismo e o utilitarismo, refutando qualquer noção de *telos* – o qual foi substituído pelo conceito-chave de autonomia racional – tornaram incompreensíveis qualquer discurso sobre virtude²⁷.

Surge, então, na sociedade contemporânea um pluralismo irreduzível de valores morais decorrente, segundo MacIntyre, de fragmentos de tradições morais antigas, de onde segue seu projeto de reunificação coerente dessas tradições, retomando o tema das virtudes em sua obra *Depois da virtude*, de 1988²⁸.

A temática da justiça é ampla, articulando ética, política e direito. Alasdair MacIntyre trata sobre justiça na obra *Justiça de quem? Qual racionalidade?*, de 1988, baseando-se nas tradições de Aristóteles, Aquino e Hume, explicitando a relação que elas trazem entre justiça e racionalidade prática. Dessa forma, a ênfase da obra reside no âmbito da ética, não deixando de repercutir na política, quando trata do aspecto comunitário, e no direito, ao discorrer sobre a justiça.

MacIntyre entende que o equacionamento adequado do problema da justiça depende do conceito de racionalidade subjacente no discurso ético²⁹.

O ponto de partida do autor comunitarista é a prioridade do bem sobre o justo, entendendo-se o justo definido em vista de um igualitarismo entre os desejos ou interesses.

O ponto de vista utilitarista e igualitarista seria, por conseguinte, incompatível com a teoria de justiça aristotélica, que se põe à justiça da *pólis* como medida para a justiça em concreto³⁰.

Diante disso, em se partindo da concepção liberal de justiça, seria “[...] impossível aspirar a uma unidade partindo da essencial disparidade”³¹.

²⁷ Virtudes. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). *Dicionário crítico de teologia*. Trad. Paulo Meneses et al. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2004. p. 1862.

²⁸ Virtudes. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). Loc. cit.

²⁹ IZQUIERDO, David Lourenzo. *Comunitarismo contra individualismo: uma revisão de los valores de occidente desde El pensamiento de Alasdair MacIntyre*. Pamplona: Editorial Aranzadi, SA, 2007. p. 214.

³⁰ Ibidem, p. 216.

³¹ IZQUIERDO, David Lourenzo. Loc. cit.

Para MacIntyre, a comunidade deve ter um objetivo comum em direção a um *telos*, que se torna um critério para avaliar a justiça em uma sociedade³². Assim, quanto maior a realização do *telos* comunitário, mais justa seria tal comunidade. Em relação à questão do que seria devido a cada um, a norma de confronto seria o mérito, em razão do qual as recompensas seriam distribuídas³³.

Mas em que consiste o *telos* comunitário para MacIntyre? Ele usa o termo florescimento para indicar o *telos* verdadeiro, os bens por excelência³⁴. Para explicar o que florescimento como *telos* para a vida humana, MacIntyre usa uma analogia com a vida dos golfinhos. Nessa narrativa, ele expõe as várias situações de risco à conservação da vida dos golfinhos em razão de sua vulnerabilidade; e considerando os perigos (injúrias, predações, descasos etc.) como obstáculos a um desenvolvimento natural e normal de suas vidas, entende esse desenvolvimento como orientado para alcançar certos bens particulares em diferentes tipo de atividades (caçar, comer ou cópula), constituindo partes de um bem-estar geral³⁵.

Com o mesmo sentido, MacIntyre aplica a ideia de florescimento aos seres humanos, explicando que aquilo que uma planta ou animal necessita é aquilo que é necessário para o florescimento como membro de uma espécie³⁶.

Dessa forma, o florescimento é o *telos* verdadeiro de uma comunidade, que significa “[...] o tipo de vida que é melhor para os seres humanos viver [...]”³⁷. Assim, MacIntyre expressa seu pensamento a respeito do bem e do florescimento:

O bem para os seres humanos seria o tipo de vida que fosse melhor para eles; desfrutar do que é o melhor e desabrochar, ser *eudaímon*, e o que tanto a constituição como a vida de um Estado particular expressam é um

³² IZQUIERDO, David Lourenzo. Loc. cit.

³³ IZQUIERDO, David Lourenzo. Loc. cit.

³⁴ IZQUIERDO, David Lourenzo. Loc. cit.

³⁵ MACINTYRE, Alasdair. *Dependent rational animals: why human beings need the virtues*. Duckworth, London: Open Court Publishing, Chicago and La Salle (Illinois), 1999. p. 63-64.

³⁶ Ibidem, p. 64.

³⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2010. p. 125.

juízo sobre qual modo de vida é o melhor e em que consiste o desabrochar humano.³⁸

Não há como atingir o *telos* da vida boa sem virtudes, e a justiça é uma virtude, valorizada não somente porque é condição para o *telos*, mas em si mesma³⁹.

Apesar de o merecimento ser um importante critério para o conceito de justiça aristotélica apresentado por MacIntyre, não se pode dizer que existe uma espécie de princípio de merecimento *a priori*, aplicável de forma universal a qualquer tipo de sociedade. Os tipos de merecimento variam entre diferentes pólis e, inclusive, dentro de uma mesma *pólis*⁴⁰.

Os princípios de merecimento são definidos em seu conteúdo dentro de um contexto onde há um projeto de comum acordo na pólis⁴¹.

Para agir com justiça, é necessário que se aprenda a reconhecer o princípio da justa distribuição e “[...] uma disposição a conformar-se a ele [...]”, a fim de que a prática da justiça torne-se um hábito⁴².

Nesse sentido, a justiça como virtude é algo a ser ensinado e aprendido, onde “[...] educar para a virtude implica o controle, a disciplina e a transformação dos desejos e sentimentos”⁴³. Essa educação tem por objetivo produzir uma capacidade para “[...] identificar e ordenar os bens da vida boa [...]”⁴⁴.

A aprendizagem da justiça (assim como das outras virtudes) habilita o homem a evitar os vícios, por exemplo, a pleonexia, que pode ser traduzida como mera cobiça⁴⁵, ou, como em Hobbes, “[...] o desejo de possuir mais do que a sua parte”⁴⁶.

Nesse ponto, MacIntyre faz uma reflexão sobre como a sociedade considera o crescimento econômico sem limites como um bem fundamental, e

³⁸ Ibidem, p. 45.

³⁹ Ibidem, p. 125.

⁴⁰ Ibidem, p. 118.

⁴¹ Ibidem, p. 121.

⁴² Ibidem, p. 120.

⁴³ Ibidem, p. 124.

⁴⁴ MACINTYRE, Alasdair. Loc. cit.

⁴⁵ Ibidem, p. 125.

⁴⁶ HOBBS, Tomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiásticas e civil*. Trad. João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 133.

que pôr limites a tal crescimento seria “[...] um pensamento incompatível, seja com a economia, seja com a política de sociedades peculiarmente modernas”⁴⁷, ainda que esse limite fosse fundado numa distribuição de bens conforme o merecimento⁴⁸. Em oposição a esse quadro, se

[...] uma comunidade fosse guiada por normas aristotélicas, teria não apenas de compreender a cobiça como um vício, mas também de estabelecer limites rígidos para o crescimento à medida que fosse necessário para preservar ou aumentar a distribuição de bens de acordo com o merecimento.⁴⁹

A virtude da justiça, da mesma forma que as outras, adquire-se por meio da prática (hábito) de atos justos, orientados não só pela aprendizagem dos princípios mais gerais, como também das circunstâncias relevantes, o que permite passar de casos mais simples a outros mais complexos⁵⁰. Nesse sentido, explica MacIntyre:

O que o iniciado aprende de seus instrutores é como aplicar uma regra relativamente simples; certos tipos de ação são caracterizadas como justas, outras como injustas, e o iniciado adquire a disposição de fazer o que a regra prescreve, compreendendo como identificar o âmbito relevante de atos e realizando-os habitualmente.⁵¹

Depois, vem o segundo momento da aprendizagem:

[...] em seguida, o iniciado é capaz de aprender o *logos* da justiça: como fornecer uma justificação racional para a realização de atos justos e como encontrar aplicação para essa justificação numa série de casos não-incluídos na formulação original da regra de justiça.⁵²

⁴⁷ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2010. p. 126.

⁴⁸ MACINTYRE, Alasdair. Loc. cit.

⁴⁹ Ibidem, p. 126.

⁵⁰ Ibidem, p. 128.

⁵¹ Ibidem, p. 129.

⁵² MACINTYRE, Alasdair. Loc. cit.

É importante ressaltar que tanto a operação de aplicação das regras quanto a de realizar a justificação dos julgamentos não são atividades governadas por regras, já que a habilidade de “[...] identificação dos elementos relevantes de uma situação não pode ser governada por regras”⁵³. Essa capacidade é denominada *phrónesis*, relacionada à racionalidade prática. Pensar de outro modo, a ponto de buscar sempre regras que orientem a aplicar regras, seria recair em um regresso epistêmico infinito, ou numa hierarquia infinita de regras⁵⁴. Por isso, o *phrónimos* não se utiliza de metarregras ao fazer um julgamento. Mas, então, como avaliar a adequação de um julgamento? Isso deve ser feito progressivamente, por meio de uma correção dialética, examinando os juízos retrospectivamente, como expõe MacIntyre: “Ao desenvolver tanto nossa concepção do que é bom como o hábito de julgar e agir corretamente, nenhum pode ser desenvolvido corretamente sem o outro; gradualmente aprendemos a corrigir cada um à luz do outro, caminhando dialeticamente entre eles”⁵⁵.

Para que essa dialética da correção ocorra, é necessário, em primeiro lugar, buscar uma justificação para as nossas crenças, e depois fazer um exercício de “confrontação de opiniões alternativas e opostas”⁵⁶, para que se possa verificar “[...] qual delas resiste melhor [...]”⁵⁷.

A justificação dos juízos do *phrónimos* se dá pela adequação deles à concepção do bom e melhor em determinada comunidade, e ainda que, quando tenha que julgar, não possua uma concepção clara e distinta do *telos*: seus juízos serão lapidados progressivamente pela maior compreensão das contingências e circunstâncias envolvidas no julgamento⁵⁸.

Em remate, MacIntyre sustenta que não há um critério externo à *pólis* (por exemplo, um princípio de justiça *a priori* e universal) que sirva de padrão de avaliação de justiça⁵⁹. Essa posição é uma decorrência de sua concepção de que não há uma razão universal, abrangente, absoluta e neutra, que seja fonte autônoma de princípios da razão prática. Ao contrário, sustenta que há uma

⁵³ Ibidem, p. 131.

⁵⁴ MACINTYRE, Alasdair. Loc. cit.

⁵⁵ MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Trad. Marcelo Pimenta Marques. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2010. p. 132.

⁵⁶ Ibidem, p. 133.

⁵⁷ MACINTYRE, Alasdair. Loc. cit.

⁵⁸ MACINTYRE, Alasdair. Loc. cit.

⁵⁹ Ibidem, p. 137.

diversidade de racionalidades práticas decorrentes de tradições morais rivais e, por vezes, incomensuráveis entre si. Nesse quadro conceitual, não há como sustentar conceito formal que Rawls dá à justiça, sob pena de cair na dificuldade dos liberais de tentar conciliar uma sociedade plural com uma razão unificadora.

3 FRANCISCANISMO

O ingresso do termo *monakhos* (monge) na literatura foi feito por Atanásio de Alexandria em sua obra *A vida de Antão*, a qual foi escrita logo após a morte do eremita em 356⁶⁰. Atanásio considera Antão como o pai dos monges, pois “[...] encorajava os monges e determinou vários visitantes a se tornarem monges”⁶¹.

Monakhos deriva de *monos* (único), de onde retira a significação de uma vida simples e unificada a Deus, que é Um⁶². O monaquismo em Antão foi inspirado principalmente na leitura do livro Atos dos Apóstolos, onde se narra que “[...] os fiéis vendiam seus bens e davam o dinheiro, colocando-os aos pés dos apóstolos, renunciando a eles em benefício dos necessitados [...]”⁶³. Ao ficar órfão, o próprio Antão se desfaz de seus bens em benefício dos pobres da aldeia, deixando uma pequena quantia à sua irmã⁶⁴. Um dos aspectos que mais caracteriza o monaquismo primevo é o da vida solitária, da qual já haviam tido alguma experiência os essênios, bem antes de Antão, conforme narra Flávio Josefo⁶⁵.

A vida de solidão no deserto faz de Antão o primeiro anacoreta, que significa “aquele que se retira”, fazendo disso uma modalidade de vida monástica – a anacorese – ao lado do cenobitismo, o qual segue o caminho da vida em comum⁶⁶. Essa última modalidade de vida monástica, o cenobitismo, em razão da proposta de vida em comunidade, passa a necessitar de uma regra,

⁶⁰ Monaquismo. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). *Dicionário crítico de teologia*. Trad. Paulo Meneses et al. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2004. p. 1176.

⁶¹ ATANÁSIO, Santo. *Contra os pagãos; A encanação do verbo; Apologia ao imperador Constâncio; Apologia de sua fuga; Vida e conduta de S. Antão*. São Paulo: Paulus, 2002. p. 308.

⁶² Monaquismo. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). *Dicionário crítico de teologia*. Trad. Paulo Meneses et al. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2004. p. 1176.

⁶³ ATANÁSIO, Santo. *Contra os pagãos; A encanação do verbo; Apologia ao imperador Constâncio; Apologia de sua fuga; Vida e conduta de S. Antão*. São Paulo: Paulus, 2002. p. 296.

⁶⁴ ATANÁSIO, Santo. Loc. cit.

⁶⁵ Monaquismo. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). *Dicionário crítico de teologia*. Trad. Paulo Meneses et al. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2004. p. 1176.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 1177.

que consiste em um documento que constitui e disciplina determinada ordem religiosa, como, por exemplo, a Regra de Agostinho, de 397, a Regra do Mestre antes de 530 e a Regra de Bento, de 550⁶⁷.

Do ponto de vista antropológico, o monge é “[...] aquele que vive a vida mesma, a vida tal como merece ser vivida por um homem”⁶⁸. A vida do monge é guiada por uma lógica de antecipação escatológica (antecipação do eterno no provisório), na qual o celibato separa o monge da historicidade da sucessão entre gerações; o silêncio ressalta a renúncia da intersubjetividade, em especial, a verborreia, para que o monge torne-se um melhor ouvinte de Deus; a obediência destitui o monge de sua vontade própria, para voluntariamente aderir à vontade de Deus; e a pobreza provoca uma renúncia ao direito de propriedade para declarar que maior humanidade se encontra no direito à pobreza⁶⁹.

Entre os séculos XI e XII, difunde-se, na Europa (França, Itália e Alemanha), o fenômeno complexo do monaquismo⁷⁰. O monaquismo não trata tanto de questões dogmáticas, teológicas, de fé ou de interpretação das Sagradas Escrituras, mas da vida e de um modo de viver⁷¹. Inserido nesse contexto, nasce com Francisco de Assis o movimento franciscano.

A reivindicação da pobreza no movimento franciscano não é apenas um aspecto do modo ou forma de vida, mas algo inseparável da própria vida, ou seja, elemento constitutivo de uma vida apostólica e santa, fugindo à tradição de considerar a pobreza como prática ascética e mortificadora para se alcançar a salvação⁷². Nesse sentido, a pobreza deveria ser praticada em perfeita alegria⁷³.

O ponto central do movimento monaquista não era uma questão da regra ou de professar um artigo de fé, e sim de uma possibilidade de viver de

⁶⁷ BERNARDINO, Angelo Di (Org.). *Dicionário patrístico e de antiguidades cristãs*. Trad. Cristina Andrade. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 1214-1215.

⁶⁸ BALTHASAR, Hans Urs Von (1961) apud *Monaquismo*. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). *Dicionário crítico de teologia*. Trad. Paulo Meneses et al. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2004. p. 1182.

⁶⁹ *Monaquismo*. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). *Dicionário crítico de teologia*. Trad. Paulo Meneses et al. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2004. p. 1182.

⁷⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Altíssima povertà: regole monastiche e forma di vita*. Vicenza: Neri Pozza, 2011. p. 115.

⁷¹ *Ibidem*, p. 116.

⁷² AGAMBEN, Giorgio. *Loc. cit.*

⁷³ *Ibidem*, p. 117.

um certo modo uma certa forma de vida⁷⁴. A *novitas* do movimento não era do tipo exegético ou dogmático, mas uma forma de vida na qual o direito civil seria dificilmente aplicável⁷⁵. O movimento reivindicava não uma regra ou um sistema coerente de ideias ou doutrinas, mas uma *forma vitae*⁷⁶. Mais que ler ou interpretar o evangelho, queriam vivê-lo⁷⁷.

O sintagma “forma de vida” não é, propriamente, uma invenção franciscana, pois já encontra lugar em Cícero, Sêneca e Quintiliana⁷⁸. A semântica do termo “forma” expressa a ideia de imagem, exemplo e modelo⁷⁹.

Forma de vida (*forma vitae*) significa, assim, um modo de viver que corresponde estreitamente a uma forma, paradigma ou modelo do qual não pode ser separado, distanciando-se de uma mera aplicação de uma lei geral a uma ação qualquer⁸⁰. Sobretudo, no movimento franciscano, *forma vitae* assume um sentido mais profundo e verdadeiro.

Francisco de Assis, em seu Testamento, demonstra claramente a intensa relação entre vida e forma, ao tempo em que distingue o fazer e o viver: “E depois que o Senhor me deu irmãos, ninguém me mostrou o que deveria fazer, mas o Altíssimo mesmo me revelou que eu deveria viver segundo a forma do santo Evangelho”⁸¹.

Vê-se, nesse ponto, uma oposição entre o que (*quid*) devo fazer em um sentido substancial e de conteúdo – e aquilo (*quod*) que devo viver – no plano existencial e factual⁸². Por conseguinte, a observação de preceitos ou normas atua no âmbito do “fazer” e se distingue do fato de “viver” segundo uma forma – a forma do santo Evangelho⁸³.

⁷⁴ Ibidem, p. 118.

⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

⁷⁶ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

⁷⁷ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

⁷⁸ Ibidem, p. 119.

⁷⁹ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

⁸⁰ Ibidem, p. 120.

⁸¹ TEIXEIRA, Celso Márcio (Org.). *Fontes franciscanas e clarianas*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 189.

⁸² AGAMBEN, Giorgio. *Altissima povertà: regole monastiche e forma di vita*. Vicenza: Neri Pozza, 2011. p. 120.

⁸³ Ibidem, p. 122.

O início da Regra Bulada dos franciscanos revela, ainda mais, a prioridade do viver segundo uma forma: “A Regra e vida dos Frades Menores é esta: observar o santo Evangelho de Nosso Senhor Jesus Cristo, vivendo em obediência, sem propriedade e em castidade”⁸⁴.

A regra franciscana não tinha a intenção de atribuir ao Novo Testamento um *status* normativo, pois regra e Evangelho confundem-se, sendo inaceitável o pressuposto de uma regra arquetípica (*Urregel*)⁸⁵. A regra, assim, identifica-se com a própria vida de Cristo, tomando Cristo como modelo e imagem de vida, consistindo em um programa para ser vivido⁸⁶. A grande novidade consiste em “[...] trazer da equação integral e sem resíduos entre a regra e a vida de Cristo uma transformação radical no modo de conceber tanto a vida quanto a regra”⁸⁷.

A concepção franciscana não é aquela em que uma forma ou um conjunto de normas deve ser aplicado à vida, mas trata de “[...] uma vida que, no seguimento, se torna forma, coincidindo com esta”⁸⁸. Portanto, a questão central não se refere tanto a preceitos, mas, sobretudo, ao seguimento da vida de Cristo.

A distinção entre o “fazer” e o “viver” também pode ser vista por meio da perspectiva sequencial entre o Antigo Testamento e o Novo Testamento. Enquanto que o Antigo Testamento é essencialmente prescritivo, especialmente o Livro do Deuteronômio, o Novo Testamento propõe uma adesão à pessoa de Jesus, como se percebe na tríplice pergunta de Cristo na tentativa de reparar a tríplice negação de Pedro: “Simão, filho de João, tu amas-me mais do que estes?”⁸⁹.

Na relação entre regra e vida, “[...] a vida se indetermina na regra na mesma medida em que a regra se indetermina na vida [...]”⁹⁰. Para Francisco de Assis, essa vida é viver segundo uma forma, que é aquela do *Sancti Evangelii*⁹¹.

⁸⁴ TEIXEIRA, Celso Márcio (Org.). *Fontes franciscanas e clarianas*. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 158.

⁸⁵ AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 123.

⁸⁶ Ibidem, p. 124.

⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

⁸⁸ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

⁸⁹ JOÃO 21,15. In: *Bíblia sagrada*. 5. ed. rev. Lisboa/Fátima: Difusora Bíblica, 2006. 2142 p.

⁹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Altíssima povertà: regole monastiche e forma di vita*. Vicenza: Neri Pozza, 2011. p. 125.

⁹¹ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

Em Francisco de Assis, não há somente uma identificação entre regra e vida, mas também uma tensão entre os dois elementos, porém a tensão não é a mesma que aquela que ocorre conforme o poder temporal, quando a regra é aplicada à vida⁹². Assim, a forma de vida não corresponde a um código de normas ou a uma doutrina qualquer, ao modo de um direito canônico, por exemplo, nem tão pouco à relação de poder e obediência existente no mundo⁹³. O ingresso nessa forma de vida se dá por meio de uma promessa ou um voto de viver segundo o santo Evangelho⁹⁴. A forma de vida franciscana, dificilmente, pode ser reduzida a um simples modo de vida, consistindo, na verdade, em um modo de vida qualificado pela forma, dentro da qual a vida se modula por meio de uma relação exemplar como a vida de Cristo⁹⁵. O termo “vida” no sintagma forma de vida distancia-se da vida meramente vegetativa, aquilo que os gregos denominam *Zóes*, e vai além da vida qualificada politicamente – *Biós* – para significar uma vida santa e perfeita⁹⁶.

A novidade franciscana traz pontos de contato com o direito, gerando, ao mesmo tempo, divergências com a cúria romana⁹⁷. O fundador do movimento franciscano pretendeu definir a vida de seus companheiros a partir da noção de *altíssima paupertas*, que implica a renúncia a qualquer direito, seja de propriedade ou de uso, mantendo apenas o uso de fato da coisa⁹⁸. Haveria, então, uma distinção entre uso de direito (usufruto) e o uso de fato (simples uso)⁹⁹. Ao *simplex facti usus* não corresponderia qualquer ânimo de possuir ou de apropriação, sendo, portanto, um fato tal como beber ou comer, limitado ao necessário – *usus pauper*¹⁰⁰. Esse uso de fato é irrenunciável, pois o homem tem o dever de conservar sua própria natureza, mas isso não o obriga a ter propriedade, a qual é renunciável¹⁰¹. Há, pois, a construção teórica de uma verdadeira ontologia

⁹² Ibidem, p. 127.

⁹³ AGAMBEN, Giorgio. Loc. cit.

⁹⁴ Ibidem, p. 128.

⁹⁵ Ibidem, p. 130.

⁹⁶ Ibidem, p. 131.

⁹⁷ Ibidem, p. 135.

⁹⁸ Ibidem, p. 135-136.

⁹⁹ BOAVENTURA (2005) apud AGAMBEN, Giorgio. *Altíssima povertà: regole monastiche e forma di vita*. Vicenza: Neri Pozza, 2011. p. 152.

¹⁰⁰ AGAMBEN, Giorgio. Op. cit., p. 152-155.

¹⁰¹ Ibidem, p. 151-152.

do uso¹⁰², que separa o direito de usar do simples uso, e, ainda, destituindo a propriedade do *status* de direito natural.

A *abdicatione omnis iuris* é um princípio central do movimento franciscano, que reivindica a possibilidade de uma existência humana fora do direito¹⁰³. Essa novidade franciscana, que na sociedade de hoje é algo impensável, torna-se o fundamento da forma de vida, que pretende ser intangível pelo direito. O franciscano seria, dessa forma, um *alieni juris* semelhante ao caso do *filiusfamilias* no direito romano¹⁰⁴.

De fato, a palavra pobreza é ambígua, tanto podendo ser considerado em uma conotação negativa como positiva, comportando-se, da mesma forma, a palavra riqueza¹⁰⁵. As ideias de pobreza e riqueza não são claras e distintas¹⁰⁶, não se adequando à regra da verdade de Descartes, que exige que as ideias sejam claras e distintas para que sejam consideradas verdadeiras¹⁰⁷.

Para facilitar o entendimento dos sentidos da palavra pobreza, pode-se estabelecer a seguinte tipologia:

1. Uma pobreza material negativa, que desumaniza e é combatida: a pobreza como condição social padecida;
2. Uma pobreza material positiva, que liberta e eleva: a pobreza como ideal evangélico a ser cultivado;
3. Uma pobreza espiritual negativa, que é ausência dos bens do espírito e dos verdadeiros valores humanos: a pobreza dos ricos;
4. Uma pobreza espiritual positiva, feita de humildade e confiança em Deus, que é o mais belo fruto produzido na árvore da pobreza bíblica: a riqueza dos pobres.¹⁰⁸

¹⁰² AGAMBEN, Giorgio. *Altíssima povertà: regole monastiche e forma di vita*. Vicenza: Neri Pozza, 2011. p. 162.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 136.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 138.

¹⁰⁵ CANTALAMESSA, Raniero. *A pobreza*. Trad. Maurício Ruffier. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1997. p. 9.

¹⁰⁶ CANTALAMESSA, Raniero. *Loc. cit.*

¹⁰⁷ LOEB, Louis E. O círculo cartesiano. In: COTTINGHAM, John (Org.). *Descartes*. Aparecida, São Paulo: Ideias & Letras, 2009. p. 243.

¹⁰⁸ KAVANAUGH, J. F. (1991) apud CANTALAMESSA, Raniero. *A pobreza*. Trad. Maurício Ruffier. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1997. p. 10.

A pobreza franciscana não se refere a um desprezo à matéria, pois, como afirma Etienne Gilson: “São Boaventura, São Tomás, Duns Scot, direi até São Francisco de Assis, são homens que apreciaram a matéria, respeitaram seu corpo, celebraram a alta dignidade deste e nunca quiseram separar o destino do seu corpo do de sua alma”¹⁰⁹.

Em célebre passagem, são Paulo exorta a relação do discípulo com as pessoas e as coisas, parecendo fazer uma diferença entre o simples uso externo e um atitude interior de não apropriação:

De agora em diante, os que têm mulher vivam como se não tivessem; e os que choram, como se não chorassem; os que se alegram, como se não se alegrassem; os que compram, como se não possuíssem; os que usam deste mundo, como se não usufruíssem plenamente.¹¹⁰

Todavia, não se pode entender a pobreza evangélica apenas em um sentido de atitude interior de renúncia à apropriação, mas que, ao mesmo tempo, autorizasse uma total liberdade quanto ao uso externo das coisas, apesar de a ênfase do evangelho direcionar-se para a pobreza espiritual (atitude interior de desapego em relação às pessoas, às coisas e até consigo mesmo). Na verdade, esse fato não dispensa a pobreza efetiva, pois esta é manifestação exterior daquela¹¹¹.

Tratar a pobreza como um ideal nos dias atuais, e, mais ainda, como Francisco de Assis, a altíssima pobreza como forma de vida, é, por um lado, constrangedor, diante de milhões de seres humanos que vivem a pobreza como um “[...] fato normal do cotidiano e da vida inteira [...]”¹¹².

Geralmente, quando se coloca o quadro geral da pobreza, há sempre alguém a ser apontado responsável ou culpável pelo fato de possuir riqueza e não distribuí-la, diferentemente do que prescreve Francisco de Assis aos seus irmãos frades¹¹³. O fundador dos franciscanos não entrou em conflito nem com a Igreja hierárquica, nem com os hereges, exortando aos companheiros que não

¹⁰⁹ GILSON, Étienne. *O espírito da filosofia medieval*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 230.

¹¹⁰ 1 COR 7, 29-3. In: *Bíblia sagrada*. 5. ed. rev. Lisboa/Fátima: Difusora Bíblica, 2006.

¹¹¹ Pobres. In: LÉON-DUFOUR, Xavier et al. *Vocabulário de teologia bíblica*. Trad. Fr. Simão Voigt. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 785.

¹¹² CANTALAMESSA, Raniero. *A pobreza*. Trad. Maurício Ruffier. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1997. p. 7.

¹¹³ *Ibidem*, p. 8.

julgasse ricos, mas tão somente a si mesmos, buscando a reforma da Igreja “[...] não por via de crítica, mas de santidade”¹¹⁴.

É certo que Aquino considera a justiça como uma virtude cardeal, juntamente com a prudência, a temperança e a coragem¹¹⁵. Para Aquino, a “[...] virtude humana torna bons os atos humanos e o próprio homem”¹¹⁶. Assim, se a justiça atua como retificadora das ações humanas, tornando-as boas, então, a justiça é uma virtude¹¹⁷.

Entretanto, da forma como Agamben apresenta o ideal da *altissima povertá* como propósito de vida franciscana, não seria adequado tratar a justiça simplesmente como uma virtude que permite agir corretamente; e, com maior razão, não seria sustentável tratá-la como mera subsunção entre princípios gerais ou regras e o agir humano. Vida é uma categoria existencial de um espectro bem mais amplo do que virtude ou princípio de ação. Enquanto, no Antigo Testamento, a justiça é uma questão quase legalista de fidelidade à aliança com Deus¹¹⁸, na ética cristã, o mais relevante é a imitação da vida de Cristo, a qual não corresponde a uma confusão de vidas ou a um mero mimetismo¹¹⁹.

Portanto, vivendo uma vida à imitação da vida de Cristo, o seguidor assemelha-se a Deus, tornando-se santo. Nesse ponto, percebe-se a aproximação das ideias de justiça e santidade, notadamente em Efésios 4,24¹²⁰.

CONCLUSÃO

O presente artigo foi dividido em três momentos: a justiça como princípio, a justiça como virtude e a justiça como vida. A temática foi desenvolvida tendo

¹¹⁴ CONGAR, Y. apud CANTALAMESSA, Raniero. *A pobreza*. Trad. Maurício Ruffier. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1997. p. 8.

¹¹⁵ Virtudes. In: LACOSTE, Jean-Yves (Dir.). *Dicionário crítico de teologia*. Trad. Paulo Meneses et al. São Paulo: Paulinas: Edições Loyola, 2004. p. 1861-1869.

¹¹⁶ TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Trad. Aldo Vannucchi et al. São Paulo: Edição Loyola, 2005. p. 60, VI.

¹¹⁷ TOMÁS DE AQUINO. Loc. cit.

¹¹⁸ Justiça, justiça de Deus. In: HAWTHORNE, Gerald F.; MARTIN, Ralph P. (Org.). *Dicionário de Paulo*. Edição Loyola, 2008. p. 757.

¹¹⁹ Paulo. In: SPERBER, Monique Canto (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. Trad. Ana Maria Ribeiro-Althoft, Magda França Lopes, Maria Vitória Kessler de Sá Brito e Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, v. 2, 2003. p. 308.

¹²⁰ Justiça, justiça de Deus. In: HAWTHORNE, Gerald F.; MARTIN, Ralph P. (Org.). Op. cit., p. 761.

em conta as relações imbricadas que existem entre justiça, política, ética e direito, destacando o eixo do problema na articulação entre o ser e o agir.

No primeiro momento, foi exposto que o liberalismo propõe uma concepção de justiça como um princípio da razão, que pode ser aplicado por qualquer indivíduo, comunidade ou sociedade, sem que haja necessidade de uma virtude subjetiva como condição para que se possa agir justamente. Sob esse aspecto, o liberalismo representa o extremo da separação entre o ser e o agir, em que o agir não necessita do ser. Esse mesmo agir segue sem um *telos* que o oriente para o bem comum, mas, ao contrário, é livre para buscar seu próprio interesse. Todavia, a sociedade gerada nessa perspectiva não se sente capaz de responder satisfatoriamente aos conflitos incomensuráveis do pluralismo de valores morais e às ameaças à própria existência dos seres humanos, diante de uma marcha pelo crescimento econômico que não conhece limites e não pretende retroceder.

Em um segundo momento, colocou-se o pensamento de MacIntyre, que, numa tentativa de reunificar aquilo que foi fragmentado no liberalismo, busca uma reabilitação da ética aristotélica-tomista, a partir da noção de virtude como uma condição para que se possa agir justamente, considerando a própria justiça como virtude. Sob esse prisma, tenta-se reaproximar o ser do agir, dando ao agir um *telos* que é o próprio florescimento do ser. A posição de MacIntyre em uma sociedade capitalista é algo quase contrafactual. No entanto, tem a importância de ponderar sobre os rumos que pode tomar uma sociedade sem *telos*, sem limites iminentes e sem acordo ético.

Por fim, a reivindicação de Francisco de Assis a um direito à pobreza e sua renúncia à apropriação das coisas leva não só a uma ideia de plena comunhão entre o ser o agir, mas também a uma perplexidade de diante de uma sociedade que põe a acumulação de riquezas como um bem em si mesmo. A proposta de um uso de fato despido do *animus* de apropriação conduz a uma reflexão sobre a essência da relação entre o ser humano e as coisas, que é mais bem caracterizada pela transitoriedade do que pela definitividade.

Assim, a excepcionalidade do uso de fato revela a própria essência da relação, outrora encoberta pela regra da propriedade. Por outro lado, o uso de fato analisado sob o aspecto do simples uso ou do *usus pauper* deixa clara a ideia de que há uma justa medida no próprio uso das coisas, guiada pelo princípio da necessidade.

Diante da análise exposta, resta evidente que a consideração da justiça apenas como um princípio *a priori* constituído pela razão humana é insuficiente para responder satisfatoriamente aos desafios atuais, em uma comunidade internacional com culturas diversas, que rejeita ou, ao menos, desconfia de uma razão neutra, que dita suas próprias normas, sem quaisquer considerações sobre interesses individuais. Contudo, reduzir todo o discurso epistemológico, político e ético a uma mera questão de interesses seria desconhecer que o ser humano possui inclinação a valores como a verdade, o bem e a justiça.

A REVISÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E A DECADÊNCIA À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 626489/SE

REVIEW OF SOCIAL SECURITY BENEFITS AND THE STATUTE OF LIMITATIONS IN LIGHT OF UNDERSTANDING ON TRYAL N. 626489/SE

Rafaela da F. Lima Rocha Farache¹

Procuradora Federal lotada na Procuradoria Seccional Federal em Campinas/SP

RESUMO: O prazo decadencial de dez anos para revisão dos benefícios previdenciários, norma prevista no art. 103-A da Lei nº 8.213/1991, somente tem início a partir da vigência da lei que o estabeleceu. Assim restou decidido pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 626489/SE, cujo relator foi o Ministro Roberto Barroso. Dando fim à celeuma existente desde a publicação da norma, restou pacificado o entendimento de que o fato de não haver limite temporal para futuro pedido de revisão, quando da concessão do benefício, não quer dizer que o segurado tenha direito adquirido a que tal prazo nunca venha a ser estabelecido.

PALAVRAS-CHAVE: Decadência; direito previdenciário; prazo de 10 anos; julgamento STF RE 626489/SE.

ABSTRACT: *The statute of limitations of*

ten years for revision of pension benefits, the rule laid down in Article 103-A of Law nº 8.213/91, only opened from the rule of law that established. So left decided by the Supreme Court, in the judgment of Extraordinary Appeal No. 626489/SE, whose rapporteur was Minister Roberto Barroso. Ending the existing stir since the publication of the standard, left pacified the understanding that the fact that there is no time limit for future request for revision, when the benefit is granted, does not mean that the insured has acquired rights to such term never will be established.

KEYWORDS: *The statute of limitations; social security law; period of 10 years; Trial STF RE 626489/SE.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Decadência; 2 Julgamento no RE 626489/SE; 3 A decadência para a administração previdenciária; Conclusão; Referências.

¹ Especialista em Direito Público pela UNB, Mestranda em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - Unimep.

SUMMARY: *Introduction; 1 The statute of limitations; 2 Judgment in RE-SE 626489; 3 The statute of limitations for the Social Security Administration; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca aprofundar o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento proferido recentemente, no dia 16 de outubro de 2013, sobre o prazo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários. Com tal julgado, pacificou-se o entendimento de que o prazo decadencial é aplicável aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória (MP) nº 1.523-9/1997, que o instituiu. Com efeito, ao dar provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 626489/SE², interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o Plenário do STF sedimentou que o prazo decenal para a revisão dos benefícios previdenciários passa a contar a partir da vigência da MP, ou seja, 28.05.1997.

A importância de tal *decisum* para as lides previdenciárias é ímpar. Isso porque, segundo informação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ³, na lista dos cem maiores litigantes, o INSS é autor ou réu em 22,3% dos processos⁴. Milhares dessas causas versam sobre revisão de benefícios previdenciários concedidos há mais de 10 anos e, na maior parte deles, há a alegação da decadência do direito de revisão.

Ocorre que até a presente data ainda não havia uniformidade de entendimento sobre o tema, nem na doutrina nem entre os órgãos julgadores, o que gerava séria instabilidade, permitindo decisões contraditórias pelo País, em desconformidade com a segurança jurídica. Assim, o reconhecimento da ocorrência da decadência implicará o julgamento de inúmeros processos e impedirá o ajuizamento de outros tantos.

Afigura-se interessante mostrar, portanto, os meandros da controvérsia decidida, sopesando os argumentos de ambos os lados, para, ao final, analisar o teor da decisão do STF e as razões de decidir do Ministro Relator.

² RE 62648/SE, Rel. Min. Roberto Barroso.

³ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0405201117.htm>>. Acesso em: fev. 2014.

⁴ A pesquisa levou em conta as ações ingressadas na primeira instância das justiças estaduais, Federal e do Trabalho entre janeiro e outubro do ano de 2011.

Antes de adentrar-se nos parâmetros utilizados pelo STF no mencionado julgado, faz-se necessária uma breve explanação sobre o instituto da decadência e sobre suas particularidades no que concerne à revisão dos benefícios previdenciários.

Interessante dizer que, dada a importância das questões postas, bem assim da repercussão financeira da decisão sobre os cofres públicos, foi autorizada a intervenção no Recurso Extraordinário nº 62648/SE como *amici curiae*⁵ tanto do Conselho Federal da OAB, como da União e do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Público).

1 DECADÊNCIA

Para facilitar o entendimento da questão debatida no presente ensaio, é imperioso conceituar o instituto da decadência, assim como distingui-lo da prescrição. Assim, é de se apresentar, ainda que de forma breve, o critério de distinção adotado pelo Código Civil de 2002, que adotou a teoria do Professor Agnelo Amorim Filho, que divide os direitos subjetivos em duas categorias: direitos a uma prestação e direitos protestativos, conforme se observa:

Os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: a primeira compreende aqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem, isto é, do sujeito passivo. Recebem eles, de Chiovenda, a denominação de direitos a uma prestação, e, como exemplos, poderíamos citar todos aqueles que compõem as duas numerosas classes dos direitos reais e pessoais. Nessas duas classes, há sempre um sujeito passivo obrigado a uma prestação, seja positiva (dar ou fazer), como nos direitos de crédito, seja negativa (abster-se), como nos direitos de propriedade. A segunda grande categoria é a dos denominados direitos potestativos, que compreende aqueles poderes que a lei

⁵ Descrição do verbete: “amigo da Corte”. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: *Amici curiae* (amigos da Corte). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: fev. 2014.

confere a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, sem o concurso da vontade destas. Esses poderes se exercitam e atuam mediante simples declaração de vontade, mas, em alguns casos, com a necessária intervenção do juiz. Tem todas de comum tender à produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se daquele efeito, permanecendo sujeito a sua produção. (Amorim Filho, 1997, p. 728)

Diante de exposto, pode-se dizer que a decadência e a prescrição distinguem-se em razão dos direitos sobre os quais exercem seus efeitos extintivos. Dispõe o art. 189⁶ do NCC que, “violado o direito, nasce para o titular a ‘pretensão’, a qual se extingue pelo direito de ação”. Os prazos prescricionais, portanto, incidem quando o titular pode exigir de outrem a satisfação da pretensão protegida, ou seja, o obrigado tem o dever jurídico de agir ou de se abster para satisfazer o direito da parte titular do direito.

Assim, toda ação intentada objetivando o pagamento de prestações vencidas ou restituições de diferenças devidas pela Previdência estará sujeita ao prazo prescricional de 5 anos, ressalvando-se a aplicação da Súmula n^o 85⁷ do STJ.

Já a decadência incide sobre os direitos de cunho potestativo, que é aquele que pode ser exercido por iniciativa de apenas uma das partes, ou seja, o titular do direito, que pode exigir a submissão do obrigado a seus efeitos legais.

1.1 DO PRAZO DECENAL PARA A REVISÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A previsão de prazo decadencial surgiu por meio da Medida Provisória n^o 1.523-9/1997, com reedições posteriores, que teve vigência de 28 de junho de 1997 a 22 de outubro de 1998. Essa norma foi convertida na Lei n^o 9.528/1997,

⁶ “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

⁷ STJ: “Súmula n^o 85. Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.

estabelecendo o prazo decadencial de 10 anos para que o segurado pudesse reclamar a revisão de seu benefício.

Com a entrada em vigor da MP 1.663-15, convertida na Lei nº 9.711/1998, a partir de 23 de outubro de 1998, o prazo decadencial passou a ser de 5 anos. Entretanto, a MP 138, de 19 de novembro de 2003, restabeleceu o prazo decadencial de 10 anos, e foi convertida na Lei nº 10.839/2004, que mantém a redação do *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios Previdenciários na forma que hoje se encontra.

Segundo Lazzari, foram motivos políticos que levaram o Poder Executivo a elastecer novamente para dez anos o prazo de decadência, conforme se observa:

Ocorre que, em 2003, frente a uma massiva movimentação dos segurados, associações e advogados que resultou em um elevado ingresso de ações para revisão dos benefícios com base no índice IRSM de fevereiro de 1994, o executivo se viu obrigado, por motivos políticos, a elastecer novamente o prazo decadencial. Editou então a Medida Provisória nº 138, de 19.11.2003, que foi convertida na Lei nº 10.839, de 05.02.2004, voltando a fixar em 10 o prazo de decadência. (Lazzari e Castro, 2013)

Diante do que foi exposto, verifica-se que, atualmente, existem quatro períodos regidos por normas distintas, que se sucederam temporalmente: 1) até 27.06.1997 – inexistência de previsão legal do instituto da decadência para os benefícios previdenciários; 2) 28.06.1997 a 22.10.1998 – revisões sujeitas a prazo decadencial de 10 anos; 3) 23.10.1998 a 19.11.2003 – revisões sujeitas a prazo decadencial de 5 anos; 4) a partir de 20.11.2003 – revisões submissas a prazo decadencial de 10 anos.

O art. 103⁸ da Lei nº 8.213/1991 cuida do prazo decadencial de dez anos para o pleito judicial de qualquer causa previdenciária. No caso das revisões de concessão de benefício, conta-se tal prazo a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação. Já no caso das concessões

⁸ “Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.” (Redação dada pela Lei nº 10.839, de 2004)

de benefícios previdenciários, inicia-se o prazo a partir do momento em que o segurado tomar conhecimento da decisão de indeferimento de seu requerimento.

Diante da ocorrência de complicada sucessão de normas, surgiu a tese de que, no período anterior a 28 de junho de 1997, não haveria que se falar em prazo decadencial de 10 anos, por inexistência de norma legal que previsse a causa extintiva em foco. Argumentava-se que o prazo de decadência, por se tratar de instituto de direito material, somente poderia surtir efeitos sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor. Assim, os benefícios previdenciários concedidos antes da vigência da Medida Provisória nº 1.523-9/1997 estariam imunes à incidência do prazo decadencial.

A questão, todavia, não era pacífica. No Superior Tribunal de Justiça – STJ, havia entendimentos dissonantes, já que a Terceira Seção entendia que o prazo decenal não atingiria as relações jurídicas constituídas anteriormente à edição da Lei nº 9.528/1997, ao passo que a Primeira Seção⁹ adotava como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma que fixou o prazo decenal, ou seja, 28.06.1997.

Já a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, após alterar seu entendimento, editou a Súmula nº 64¹⁰, passou a defender que o prazo para a revisão dos benefícios previdenciários seria sempre de dez anos.

Diante de tal celeuma, o STF reconheceu a repercussão geral¹¹ no RE 626.489/SE¹², determinando a suspensão da tramitação de todos os processos semelhantes no País, já que se tratava de suposta ofensa à segurança jurídica e a direito adquirido.

⁹ A Primeira Seção do STJ assumiu a competência para julgamento de matéria previdenciária dos processos distribuídos a partir de 2012.

¹⁰ TNU: “Súmula nº 64. O direito à revisão do ato de indeferimento de benefício previdenciário ou assistencial sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos”.

¹¹ A EC 45/2002 acrescentou o § 3º ao art. 102 da CF, instituindo a repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário.

¹² “Constitucional. Previdenciário. Revisão de benefícios. Fixação de prazo decadencial. Medida Provisória nº 1.523, de 27.06.1997. Benefícios concedidos anteriormente à respectiva vigência. Direito adquirido. Segurança jurídica. Presença da repercussão geral da questão constitucional discutida. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de aplicação do prazo decadencial estabelecido pela Medida Provisória nº 1.523/1997 aos benefícios previdenciários concedidos antes da respectiva vigência.” (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 626.489/SE)

2 JULGAMENTO NO RE 626489/SE

O processo que ensejou o RE 626489/SE tratava de demanda ajuizada no Juizado Especial Federal de Sergipe com a finalidade de obter a revisão de RMI de benefício previdenciário, bem como o pagamento de parcelas em atraso. A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido, com fundamento na aplicação do prazo decadencial de 10 anos, contados a partir da Lei nº 9.528, de 10.12.1997.

A turma recursal de Sergipe afastou a tese da decadência e determinou o prosseguimento da ação revisional previdenciária. Ressaltou que o prazo decadencial somente foi previsto pela Medida Provisória nº 1.523, de 27.06.1997, que, por se tratar de instituto de direito material, somente poderia ser aplicado aos benefícios concedidos após a respectiva vigência da medida.

Diante desse acordão, o INSS interpôs recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, que aceitou, na decisão proferida em 17.09.2010, a repercussão geral do tema. Em resumo, o que se discute no apontado recurso é a aplicação ou não do prazo decadencial previsto na Medida Provisória nº 1.523, de 27.06.1997, aos benefícios concedidos em data anterior à sua edição.

O Ministro Luiz Roberto Barroso, relator do processo, entendeu que as prestações previdenciárias são verdadeiros direitos fundamentais, assentando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e nos valores sociais do trabalho. Diferenciou, entretanto, o direito ao benefício em si da graduação pecuniária das prestações, de modo que somente o núcleo essencial do direito não poderia sofrer restrições.

Assim, para a obtenção de benefício previdenciário, a legislação não introduziu qualquer prazo, de modo que o beneficiário poderá sempre pleiteá-lo, e, atendidas as especificidades da lei, o benefício será devido desde a data do requerimento administrativo.

2.1 DO PRIMADO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Entre os argumentos utilizados pelo ministro relator, destaca-se a segurança jurídica. Com efeito, ao decidir ser legítima a instituição do prazo decadencial de dez anos para a revisão dos benefícios previdenciários, Roberto Barroso defendeu a impossibilidade de se eternizarem os litígios, conforme se observa do excerto de seu voto no julgamento do RE 626489/SE, *verbis*:

[...]

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

Assim, o prazo decadencial introduzido pela Lei nº 9.528/1997 atinge somente a pretensão de rever o benefício, e está intrinsecamente ligado à segurança jurídica, que repele a existência de pretensões eternas.

O ministro relator adotou como razões de decidir não o fato de se tratar de norma de caráter material ou processual, mas o primado da segurança jurídica, ao se estabelecer um prazo para a revisão dos benefícios previdenciários.

Isso porque, caso não houvesse sido fixado um limite temporal máximo, o benefício poderia ser revisto a qualquer tempo, seja a pedido do beneficiário, ou de ofício pelo INSS. Vale dizer, nesse ponto, que a necessidade de se conceder estabilidade às relações jurídicas para a concretização de um Estado de Direito está insculpida no próprio texto da Constituição, como norma decorrente do inciso XXXVI do art. 5º. Ainda sobre a segurança jurídica, interessantes as lições de Edilson Pereira Nobre Júnior:

Não olvidar – e isto é sobretudo importante – que a exigência de boa-fé no tratamento entre Administração e administrados recolhe abrigo no princípio da segurança jurídica, do qual decorre a exigência de confiança mútua no comportamento das partes. [...] A análise do sentido subjetivo incorporado a este princípio nos direciona intimamente àquilo pregado pelo princípio da boa-fé objetiva, vez que o agir do Estado impõe, em regra, o caráter de ato legítimo, de forma que o cidadão espera do Estado uma conduta correta, em obediência ao que manda o ordenamento jurídico, retratando a incidência da boa-fé objetiva. (Nobre Junior, 2002, p. 159)

Decerto, o princípio da segurança também é oponível ao próprio Estado, conforme se demonstrará adiante, em tópico próprio, relacionado à decadência para a Administração rever seus atos. A lei passou a prever o mesmo prazo para eventuais pretensões revisionais da Administração Pública que, depois de dez

anos, também fica impedida de anular atos administrativos que gerem efeitos favoráveis para seus beneficiários.

2.2 DA AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO

Roberto Barroso defendeu ainda que o fato de que não havia limite temporal para futuro pedido de revisão, quando da concessão do benefício, não quer dizer que o segurado tenha direito adquirido a que tal prazo nunca venha a ser estabelecido, conforme destacado abaixo, *verbis*:

[...]

No presente caso, a ausência de prazo decadencial para a revisão no momento em que o benefício foi deferido não garante ao beneficiário a manutenção do regime jurídico pretérito, que consagrava a prerrogativa de poder pleitear a revisão da decisão administrativa a qualquer tempo. Como regra, a lei pode criar novos prazos de decadência e de prescrição, ou ainda alterar os já existentes. Ressalvada a hipótese em que os prazos anteriores já tenham se aperfeiçoado, não há direito adquirido ao regime jurídico prévio. O limite, como visto, é a proteção ao núcleo do direito fundamental em questão, que não restou esvaziado como se demonstrou no tópico anterior.

Ressalvada a hipótese em que os prazos anteriores já tenham se aperfeiçoado, não há direito adquirido ao regime jurídico prévio, desde que se assegure a proteção ao núcleo do direito fundamental.

Os que defendiam a impossibilidade de se aplicar o prazo decenal aos benefícios concedidos antes da vigência da Lei nº 9.528/1997, argumentavam que não se poderiam atingir relações constituídas anteriormente, de modo que os segurados teriam direito adquirido à revisão de seus benefícios previdenciários.

Em verdade, a tese da não ocorrência de decadência com relação a benefícios concedidos antes de 28.06.1997 implicaria conferir tratamento diferenciado a uma categoria de segurados, que ficariam eternamente imunes à decadência da revisão, enquanto os demais segurados que obtiveram benefício a partir de 28.06.1997 sujeitar-se-iam ao prazo decadencial.

A Constituição da República veda ao Estado, no art. 5º, *caput*, estabelecer distinções entre pessoas que reúnem os mesmos requisitos legais necessários ao surgimento do direito às prestações estatais, sendo-lhe vedado estatuir que, para determinadas pessoas, o direito conferido não é sujeito à decadência e, para outras, o mesmo direito é sujeito à decadência. O mesmo se diga com relação às prestações previdenciárias. Quanto a estas, o princípio da isonomia é ressaltado em expresso dispositivo específico – o art. 201, § 1º:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Insta esclarecer, ademais, que o STF já firmou o entendimento de que não há direito adquirido ao regime jurídico previdenciário, conforme consta do Informativo nº 481, *verbis*:

EC 41/2003: Critérios de aposentadoria e direito adquirido

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp contra o art. 2º e a expressão “8º”, contida no art. 10, ambos da Emenda Constitucional nº 41/2003, que tratam dos critérios para a aposentadoria e revogam o art. 8º da Emenda Constitucional nº 20/1998. Salientando a consolidada jurisprudência da Corte no

sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico previdenciário e da aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias, entendeu-se não haver, no caso, direito que pudesse se mostrar como adquirido antes de se cumprirem os requisitos imprescindíveis à aposentadoria, cujo regime constitucional poderia vir a ser modificado. Asseverou-se que apenas os servidores públicos que haviam preenchido os requisitos previstos na EC 20/1998, antes do advento da EC 41/2003, adquiriram o direito de aposentar-se de acordo com as normas naquela previstas, conforme assegurado pelo art. 3º da EC 41/2003 (“Art. 3º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria aos servidores públicos, bem como pensão aos seus dependentes, que, até a data de publicação desta emenda, tenham cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente”). Esclareceu-se que só se adquire o direito quando o seu titular preenche todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente, de modo a habilitá-lo ao seu exercício, e que as normas previstas na EC 20/1998 configurariam uma possibilidade de virem os servidores a ter direito, se ainda não preenchidos os requisitos nela exigidos antes do advento da EC 41/2003. Assim, considerou-se não haver óbice ao constituinte reformador para alterar os critérios que ensejam o direito à aposentadoria por meio de nova elaboração constitucional ou de fazê-las aplicar aos que ainda não atenderam aos requisitos fixados pela norma constitucional. Vencidos os Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello, que julgavam o pleito procedente. Precedentes citados: ADIn 3105/DF e ADIn 3128/DF (DJU 18.02.2005); RE 269407-AgRg/RS (DJU 02.08.2002); RE 258570/RS (DJU 19.04.2002); RE 382631-AgRg/RS (DJU 11.11.2005). ADIn 3104/DF, Relª Min. Cármen Lúcia, 26.09.2007. (ADIn 3104)

Não há efeito retroativo na aplicação da lei a fatos ocorridos após a sua entrada em vigor, desde que a contagem do prazo seja feita a partir da data em que a lei entrou em vigor. Assim decidiu o relator do RE 626489, conforme se constata no seguinte excerto de seu voto:

[...]

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de que a lei aplicável para a concessão de benefício, bem como para fixar os critérios de seu cálculo, é a que estava em vigor no momento em que os pressupostos da prestação previdenciária se aperfeiçoaram, aplicando a máxima *tempus regit actum*. Com efeito, no julgamento do RE 415.454 (Rel. Min. Gilmar Mendes), o Plenário, por unanimidade, afirmou que a lei a ser aplicada ao cálculo da pensão por morte era a que estava em vigor no momento do óbito, não havendo direito subjetivo à prevalência de norma posterior mais favorável. Tampouco poderia ser utilizada para esse fim, como é natural, eventual lei superveniente mais gravosa.

Naquele julgamento, porém, estabeleceu-se uma clara distinção entre a necessidade de o ato concessivo ser regido pela lei vigente no momento de implementação dos requisitos de concessão e a possibilidade de alteração posterior do regime jurídico de disciplina da relação previdenciária, resguardados os direitos já adquiridos na pendência do regime anterior.

Esta é, precisamente, a questão que se coloca no presente recurso: não se incorpora ao patrimônio jurídico de um beneficiário o suposto direito à aplicação de uma determinada regra sobre decadência para eventuais pedidos de revisão do ato concessório. Como a decadência não integra o espectro de pressupostos e condições para a concessão do benefício – sendo um elemento externo à prestação previdenciária –, não se pode exigir a manutenção de seu regime jurídico.

Portanto, a incidência da decadência sobre as relações jurídicas em curso não acarreta ofensa ao princípio do ato jurídico perfeito, tampouco ofende direito adquirido.

2.3 DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

Foi defendida, igualmente, a necessidade de se manter o equilíbrio atuarial e financeiro da Previdência Social, previsto na CF/1988¹³, *verbis*:

[...]

6. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) constitui um sistema básico de proteção social, de caráter público, institucional e contributivo, que tem por finalidade segurar de forma limitada trabalhadores da iniciativa privada. A previdência social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/1988, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/1988, art. 3º, I e III).

[...]

10. A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário. Em outras palavras: a pretensão de discutir a graduação econômica do benefício já concedido. Como é natural, a instituição de um limite temporal máximo destina-se a resguardar a segurança jurídica, facilitando a previsão do custo global das prestações devidas. Em rigor, essa é uma exigência relacionada à manutenção do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, propósito que tem motivado sucessivas emendas constitucionais e medidas

¹³ “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, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...] Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]”

legislativas. Em última análise, é desse equilíbrio que depende a continuidade da própria Previdência, não apenas para a geração atual, mas também para as que se seguirão.

Com efeito, em matéria da Previdência Social, vigora o princípio do equilíbrio econômico e financeiro, previsto no art. 201 da Constituição, de modo que é vedada a concessão de benefícios sem prévia fonte de custeio, pois não se pode onerar a sociedade com o custo da Previdência Social, senão por meio da arrecadação das contribuições devidas.

O sistema de previdência social público brasileiro caracteriza-se como contributivo, quanto ao custeio, e de repartição, quanto à forma de utilização de seus recursos. O Orçamento da Seguridade Social tem receita própria, que não se confunde com a receita tributária federal (Lazzari e Castro, 2013, p. 218).

Assim, o próprio sistema previdenciário precisa encontrar um balançamento ideal entre os interesses conflitantes, seja entre os trabalhadores ativos e os inativos, seja entre a geração atual e a futura.

2.4 DA RETROATIVIDADE DO ARTIGO 103-A

Após decidir pela constitucionalidade e legalidade do prazo de 10 anos fixado pela Lei nº 9.528/1997, o ministro relator passou a decidir sobre a aplicação da norma no tempo, ou seja, se ela aplicar-se-ia aos benefícios concedidos antes de sua existência, ou somente àqueles concedidos após 26.05.1997. É o que se observa:

[...]

16. O segundo ponto a ser equacionado na presente demanda envolve a aplicação intertemporal do art. 103 da Lei nº 8.213/1991. Cuida-se de saber: a) se os benefícios previdenciários concedidos pelo INSS antes da instituição do prazo decadencial estariam alcançados pela norma; e b) em caso afirmativo, qual seria o termo inicial do prazo de decadência do direito à revisão desses benefícios.

[...]

23. O mesmo raciocínio deve prevalecer na análise da aplicação intertemporal de novo prazo decadencial.

Esse elemento não compõe a estrutura dos pressupostos de um benefício, e sim o regime jurídico instituído para regulamentar a sua percepção corrente. Nesses termos, eventuais alterações posteriores devem ter incidência imediata, sem que se cogite de ofensa a direito adquirido. Vale dizer: o fato de, ao tempo da concessão, não haver limite temporal para futuro pedido de revisão não significa que o segurado tenha um direito adquirido a que tal prazo nunca venha a ser estabelecido. O que se exige, ao revés, é a salvaguarda ao núcleo do direito e a instituição de um regime razoável, que não importe surpresa indevida ou supressão oportunista de pretensões legítimas.

24. Por fim, cabe analisar qual seria o termo inicial da contagem do prazo decadencial em relação aos benefícios concedidos antes da entrada em vigor da MP 1.523-9/1997. Na redação que a medida provisória deu ao art. 103 da Lei nº 8.213/1991, o prazo de dez anos tem o seu curso “a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”. Ora bem: tendo em vista que a medida provisória foi publicada e entrou em vigor em 28.06.1997, a primeira prestação superveniente do benefício foi paga em julho de 1997. Nesse cenário, o termo inicial da prescrição é o dia 1º de agosto daquele mesmo ano.

[...]

27. De fato, a lei nova que introduz prazo decadencial ou prescricional não tem, naturalmente, efeito retroativo. Em vez disso, deve ser aplicada de forma imediata, inclusive quanto às situações constituídas no passado. Nesse caso, o termo inicial do novo prazo há de ser o momento de vigência da nova lei ou outra data posterior nela fixada. O raciocínio é o mesmo estabelecido em precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos à aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/1999.

Desse modo, para os casos em que o ato de concessão do benefício foi posterior à edição da MP 1.523-9/1997, a aplicação da regra dar-se-á de forma simples e direta, ou seja, o prazo decadencial de dez anos conta-se a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento da primeira prestação ou do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Todavia, no que concerne aos benefícios concedidos antes da edição da MP 1.523-9/1997, isto é, antes de 28 de junho de 1997, a contagem de prazo decadencial decenal deve ser feita utilizando-se, como termo *a quo*, o primeiro dia do mês subsequente ao do recebimento da primeira prestação posterior à publicação da MP, ou seja, a partir do dia 1º de agosto de 1997. Dissertando sobre o tema, Fátima Maria Novelino Sequeira defende que:

Não me parece que o direito potestativo de obter revisão do ato de concessão se confunda ou integre o âmbito do direito subjetivo às prestações previdenciárias. Os direitos são distintos, assim como seus efeitos. Além do que, sendo o prazo para exercício do direito potestativo fixado por lei, é perfeitamente possível que a lei nova o institua ou altere, majorando ou reduzindo, desde que não lhe atribua eficácia retroativa.

Ademais, a admitir-se o prazo decadencial afeto a cada benefício, de forma estanque, conforme os ditames da lei vigente à data da concessão, estar-se-ia instaurando tratamento injusto e desigual para idênticas situações jurídicas. Extrai-se, por outro lado, da exposição de motivos que acompanhou a proposta de edição da MP 138/2003, o evidente intuito de ampliar o prazo decadencial, antes que os 5 anos anteriormente previstos se consumassem, de forma que a ampliação beneficiasse também os titulares de benefícios concedidos na vigência da Lei nº 9.711/1998.

Portanto, entendo que a melhor interpretação é a que conclui que, em 28.06.1997, teve início de contagem o prazo decadencial de 10 anos quanto a todos os benefícios concedidos anteriormente, incidindo, desde então, o mesmo prazo sobre os benefícios posteriormente

concedidos, já que a MP 138/2003 tornou absolutamente ineficaz a redução introduzida pela Lei nº 9.711/1998, ao revogar norma específica antes da consumação do prazo de 5 anos.

Assim, segundo as normas vigentes, somente a partir de 28.06.2007 ter-se-á a consumação da caducidade do direito à revisão de atos de concessão, quanto a qualquer benefício até então concedido. (Sequeira, 2005, p. 168/169)

Saliente-se, por oportuno, que o fato de o prazo originário de dez anos, previsto pela MP 1.523/1997, ter sido reduzido para cinco anos, com a edição da MP 1.663-15/98, e depois novamente retornado aos dez anos originalmente previstos – após a publicação da MP 138/2003 –, é irrelevante, tendo em vista que, durante a vigência do prazo intermediário de cinco anos, não chegou a ser consumada a decadência de nenhum direito à revisão de benefícios.

3 A DECADÊNCIA PARA A ADMINISTRAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O INSS pode, de ofício, realizar a revisão nos benefícios sob sua gestão, quando constatar alguma ilegalidade/irregularidade, na concessão do benefício, pois um ato ilegal não enseja direito adquirido. Em verdade, a Administração possui o poder-dever de autotutela, que, na dicção da Súmula nº 473 do STF, é:

Súmula nº 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece que:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da

data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Assim, ao estabelecer, no seu art. 54, o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração pudesse revogar os seus próprios atos, a Lei nº 9.784/1999 veio regulamentar o disposto na mencionada súmula.

Ocorre que a MP 138 (de 19.11.2003, publicada no DOU de 20.11.2003, quando entrou em vigor), instituiu o art. 103-A¹⁴ da Lei nº 8.213/1991, estabelecendo prazo decadencial de dez anos para a Previdência Social anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários.

Como quando a Medida Provisória nº 138 entrou em vigor não havia decorrido cinco anos a contar do advento da Lei nº 9.784/1999, os prazos que tiveram início sob a égide desta lei foram acrescidos, a partir de novembro de 2003, quando entrou em vigor a MP 138/2003, de tanto tempo quanto necessário para atingir o total de dez anos.

Assim, na prática, todos os casos subsumidos inicialmente à regência da Lei nº 9.784/1999 passaram a observar o prazo decadencial de dez anos, aproveitando-se, todavia, o tempo já decorrido sob a égide da norma revogada.

Diante do exposto, a situação em vigor atualmente é que o direito do INSS de anular os atos que decorram efeitos favoráveis aos beneficiários, quando praticados antes da Lei nº 9.784/1999, somente decairia após o lapso de 10 anos contados da vigência da norma. É o que se observa na Instrução Normativa

¹⁴ “Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.” (Incluído pela Lei nº 10.839, de 2004)

nº 45/2010, que dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, *verbis*:

Art. 441. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva, no âmbito administrativo, levando-se em consideração:

[...]

Art. 442. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º Para os benefícios concedidos antes do advento da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ou seja, com data do despacho do benefício – DDB até 31 de janeiro de 1999, o início do prazo decadencial começa a correr a partir de 1º de fevereiro de 1999.

§ 2º Para os benefícios de prestação continuada, concedidos a partir de 1º de fevereiro de 1999, o prazo decadencial contar-se-á da data em que os atos foram praticados.

[...]

Sendo assim, hoje, no direito previdenciário, prevalece o entendimento de que o prazo de decadência é de 10 anos, tanto para o INSS rever seus atos, quando eivados de nulidade ou ilegalidade, tanto para o segurado requerer a revisão de seu benefício.

CONCLUSÃO

É inegável que o efeito do tempo sobre as relações jurídicas tem de ser regulamentado, de modo que as relações não se perpetuem indefinidamente.

Daí a importância dos institutos da decadência e da prescrição no ordenamento pátrio, que permitem que o exercício do direito por uns não seja uma ameaça ao direito dos demais.

Ao se fixar prazo para o exercício do direito, o legislador limita no tempo a exigibilidade e o exercício de certos direitos e preserva o postulado da segurança jurídica, essencial à pacificação social.

Dado o caráter de direito fundamental da previdência social, alicerçado na dignidade da pessoa humana, a questão afigura-se ainda mais relevante. Ao se estabelecer o prazo decadencial de 10 anos para a revisão dos benefícios previdenciários, o legislador objetivou, após fazer uma ponderação entre os bens tutelados, estabelecer prazo razoável para o exercício do direito.

Conforme foi demonstrado, não se feriu direito adquirido, tampouco o princípio da isonomia. Ao revés, o fim da celeuma existente sobre a aplicação do prazo de decadência previsto no art. 103 da Lei nº 8.213/1991, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 726489, está em estreita conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Serviu, ainda, ao desiderato de construir o Direito repensando velhos paradigmas não mais aplicáveis no mundo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. Benefícios previdenciários. In: *Temas integrais revisados e atualizados pelo autor com obediência às leis*, 2012.

INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS - SEM FOBIA E SEM IDOLATRIA

INTERPRETATION OF BUSINESS CONTRACTS - NO PHOBIA AND NO IDOLATRY

Ricardo Lupion¹

Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RESUMO: O presente artigo propõe examinar os critérios que devem ser adotados na interpretação dos contratos empresariais, a partir da identificação dos valores do direito comercial, da autonomia e da vinculação nos contratos empresariais e das principais características da atividade empresarial. O artigo também examinará decisões judiciais que interpretaram contratos empresariais e a nova dicotomia contratual do século XXI: contratos existenciais e contratos de lucro.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos empresariais; contratos existenciais; contratos de lucro; atividade empresarial; lucro; autonomia da vontade; liberdade contratual; *pacta sunt servanda*;

supressio; surrectio; contrato de longa duração; resilição unilateral e imotivada do contrato; contato existencial; contrato de lucro.

ABSTRACT: *This paper examines the criteria that should be adopted to interpret business contracts, namely based on identifying the values of business law, autonomy and ties in business contracts, and as well as the main characteristics of the business activity. The paper also examines court decisions that have interpreted business contracts and the new contract-related dichotomy in the 21st century: existential contracts and profit-based contracts.*

KEYWORDS: *Business contracts; existential contracts; profit-based contracts;*

¹ Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor de Direito Empresarial do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da PUCRS. Advogado Empresarial (Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil).

business activity; profit; autonomy of intent; freedom of contract; pacta sunt servanda; supressio; surrectio; long-term contract; unilateral, unmotivated termination of contract; existential contract; profit-based contract.

SUMÁRIO: 1 Introdução ao tema; 2 O esgarçar e o recoser dos valores do direito comercial; 3 Autonomia e vinculação nos contratos empresariais; 4 Atividade empresarial: atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro; 5 A tentativa de “consumerização” dos contratos empresariais. A reação da doutrina e do Superior Tribunal de Justiça; 6 O emblemático julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Término de contrato empresarial. Interrupção de renovações automáticas e sucessivas por denúncia unilateral e imotivada; 7 Reflexão final: a nova dicotomia contratual do século XXI: contratos existenciais e contratos de lucro.

SUMMARY: 1 Introduction to the topic; 2 Stretching and mending the values of business law; 3 Autonomy and ties in business contracts; 4 Business activity: professional, organized, profit-oriented practice; 5 The attempt at “consumerizing” business contracts. The response from jurists and the Brazilian Superior Court of Justice; 6 The emblematic decision by the Brazilian Superior Court of Justice. Business contract termination. Interruption of automatic, successive renewals via unilateral, unmotivated termination; 7 Final considerations: the new contract-related dichotomy in the 21st century: existential contracts and profit-based contracts.

1 INTRODUÇÃO AO TEMA

Nem fobia nem idolatria na interpretação dos contratos empresariais. Esta é a proposta de reflexão do presente texto.

A interpretação dos contratos empresariais ora desperta fobia marcada por uma visão predisposta, não realista e negativa da situação em que se encontravam os empresários por ocasião da formação do vínculo contratual e, por consequência, provoca profunda e indevida intervenção no conteúdo contratual, gerando reflexos negativos e distorcidos na realidade empresarial.

A genérica equiparação dos contratos empresariais às regras de interpretação dos contratos de consumo é um clássico exemplo desse círculo vicioso com reflexos negativos ao sistema de contratos entre empresários.

Do lado oposto a essa hostilidade instintiva encontramos decisões judiciais de veneração e adoração aos contratos empresariais que prestigiam demasiadamente a ausência de interferência judicial nos contratos empresariais sob o primado da liberdade baseado na ausência de intervenção e regulação do

Estado nas relações econômicas, com o ressurgimento do aforismo econômico *laissez faire, laissez passer*.

A concepção da liberdade absoluta dos contratos, como lei entre as partes, aos poucos foi desaparecendo e os princípios básicos do contrato – autonomia da vontade, liberdade contratual e obrigatoriedade dos contratos – passam a conviver com novos princípios, os quais, inclusive, passam a relativizá-los. Assim, por exemplo, a autonomia da vontade passa a conviver com o princípio da boa-fé objetiva (arts. 133, 187 e 422 do NCC)².

O desafio destas notas sobre o tema será o de encontrar o ponto de encontro, o caminho que possa conciliar, de um lado, o respeito à liberdade contratual nos contratos empresariais e, de outro, mecanismos que possam mitigar que a vontade de um dos contratantes se impunha desarrazoadamente ao outro³.

2 O ESGARÇAR E O RECOSER DOS VALORES DO DIREITO COMERCIAL

O esgarçar dos valores do direito comercial – expressão cunhada por Fábio Ulhoa Coelho – decorreu de uma resistência dos comercialistas que tardaram a perceber as mudanças introduzidas pela “argumentação por princípios” na forma como se decidem as demandas judiciais depois da Constituição de 1988.

Ao confessar que estava entre os comercialistas resistentes à “contaminação” da disciplina do direito comercial pela argumentação por princípios, o jurista apontou, por exemplo, “o quanto de insegurança jurídica pode advir, ao empresário, da aplicação de um princípio tão excessivamente amplo, como o da *dignidade humana*, em detrimento de regras específicas do direito comercial”. Assumiu uma atitude conservadora, “como se a cultura jurídica brasileira não tivesse passado por uma profunda transformação, ou como se um ramo jurídico pudesse facilmente percorrer rumos próprios”.

Tempos depois reconheceu que as regras específicas do direito comercial “somente serão aplicadas se devidamente *amparadas* por valores disseminados pela sociedade e introjetados pelos profissionais jurídicos, especialmente pelos

² GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 33-37.

³ “Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit” (Lacordaire). Tradução livre: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que oprime e a lei que liberta” (FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Função social do direito privado*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 122).

juízes”, caminho que ele próprio denominou de “recoser os valores do direito comercial”, que significa “enunciar, estudar e divulgar os princípios desta disciplina, sintonizando-os com os valores cultivados pela sociedade brasileira contemporânea”⁴.

3 AUTONOMIA E VINCULAÇÃO NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

No caminho de “recoser os valores do direito comercial” o princípio da liberdade de iniciativa que significa “enunciar, estudar e divulgar os princípios desta disciplina, sintonizando-os com os valores cultivados pela sociedade brasileira contemporânea”.

Se o pórtico da Constituição Federal de 1988 – art. 1º, inciso IV – declara que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos “[...] os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada”, a Constituição, apesar de demonstrar inclinação pelo social, não afastou o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais, representando, a livre iniciativa, um dos fundamentos da ordem econômica, na qual a liberdade da empresa deve ser assegurada.

Nessa perspectiva, os contratos empresariais podem desempenhar importante papel no funcionamento da empresa porque representam uma das formas do livre exercício das relações interempresariais e, assim sendo, é preciso reconhecer certa liberdade na autonomia negocial em se tratando de relações patrimoniais, sendo “possível lastrear a dimensão correspondente da autonomia da vontade na cláusula da livre iniciativa, pois esta naturalmente pressupõe a capacidade dos agentes de celebrar contratos e outros negócios jurídicos”⁵.

Mas, para que os contratos empresariais possam desempenhar esse importante papel, a sua interpretação pelos Tribunais devem respeitar a distinção sugerida por Enzo Roppo “entre funções da liberdade contratual reconhecida aos cidadãos e funções da liberdade contratual reconhecida às empresas”⁶.

Nesta história de crescentes limitações, porém, uma espécie de contrato tem sido geralmente poupada – o empresarial. Sendo os contratantes empresários e

⁴ COELHO, Fabio Ulhoa. *Princípios do direito comercial*: com anotações ao projeto de código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 18-22.

⁵ PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota. *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995. p. 419-422.

⁶ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 340.

relacionando-se a prestação contratada à exploração de atividade empresarial, a autonomia da vontade ainda corresponde ao princípio jurídico mais adequado a disciplina das relações entre as partes. Quando a indústria siderúrgica senta-se à mesa de negociação com a fábrica de automóveis; ou o fundo de investimento passa a tratar, com o controlador, sobre a aquisição do controle de uma companhia aberta; ou o banco de primeira linha procura seguradora para segurar contra roubo o transporte de valores – em situações como estas, os sujeitos envolvidos contratam porque querem, com quem querem e do modo que querem.⁷

Quanto à vinculação dos contratantes ao conteúdo do contrato empresarial, esta questão refere-se ao acerto ou erro da decisão empresarial, no sentido de reconhecer a regra básica e elementar do jogo e da competição empresarial “que premia as decisões acertadas e penaliza as equivocadas”. A intervenção judicial no contrato empresarial “não pode nunca servir à neutralização dos efeitos de qualquer decisão empresarial equivocada do contratante”⁸.

4 ATIVIDADE EMPRESARIAL: ATUAÇÃO PROFISSIONAL, ORGANIZADA E DIRECIONADA À OBTENÇÃO DE LUCRO

A atividade empresarial reúne os seguintes elementos: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes.

Um dos elementos a ser destacado nos contratos empresariais é o fato de que são realizados por empresas no exercício das suas atividades:

O estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram. [...] O segundo é que a contratação é feita na esperança de que

⁷ COELHO, Fabio Ulhoa. Ob. cit., p. 49.

⁸ Idem, p. 53.

atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função.⁹

Para alcançar os seus objetivos, a empresa necessita de uma mínima preparação ou organização. Somente se organizar e planejar os seus negócios e, sobretudo, se aproveitar as oportunidades negociais que surgirem à sua frente, a empresa poderá se manter em funcionamento¹⁰. Nessa perspectiva, os contratos empresariais assumem a função de “planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, ‘trocar’ o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura”¹¹.

O empresário, como homem de negócios cuja profissão está no contratar, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações. Cada empresa de alguma importância conta com setores especializados, com o domínio de técnicas de atuação, tais como das compras por tomadas de preços e seletivas, das planilhas de custos, do ponto de equilíbrio, da análise dos balanços, da racionalização do trabalho, do gerenciamento setorizado, da segurança do trabalho, da prevenção de acidentes, do *marketing*, da política de preços, da capitalização, das projeções preventivas, dos planejamentos dos investimentos propriamente econômicos¹².

E, a propósito da existência de risco nos contratos empresariais, interessante julgado que – com apoio em predominante posição jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – examinou ação de resolução contratual cumulada com indenização por perdas e danos ajuizada pela franqueada contra a franqueadora em razão do insucesso do negócio:

De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, tem-se que o contrato de franquia é caracterizado como um contrato de risco, uma vez que, como qualquer empreendimento, está condicionado a fatores como a boa ou má gestão da franqueada, a concorrência e as oscilações do mercado. Isso vale dizer que um

⁹ FORGIONI, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82.

¹⁰ A organização é muito mais importante que o capital. Nela se baseia o sucesso de qualquer empresa, razão pela qual ela deve ser cuidada zelosamente (MIRANDA JR., Darcy Arruda. *Curso de direito comercial*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 1º v., p. 100).

¹¹ MONTEIRO, Antônio Pinto. Erro e teoria da imprevisão. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 15, p. 10.

¹² GARCIA, Ricardo Lupion. Ob. cit., p. 139/154.

empreendimento sob a modalidade de franquia empresarial, por si, não é garantia de rentabilidade ou de atividade próspera. Tudo porque, mesmo que a franqueadora cumpra todos os deveres contratuais e que o franqueado desempenhe uma boa gestão, os resultados podem acabar frustrados simplesmente pelas circunstâncias de mercado ou econômicas.¹³

Enfim, o “risco é fator inerente à exploração da atividade econômica” e que “ao Judiciário não cabe interferir em questões que constituem a essência da atividade empresarial”¹⁴.

5 A TENTATIVA DE “CONSUMERIZAÇÃO” DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS. A REAÇÃO DA DOUTRINA E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro – traços marcantes da atividade empresarial – foi considerada pela doutrina e pela jurisprudência para afastar a aplicação das regras contratuais do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais.

Uma das principais características que caracteriza os contratos consumeristas (“*take it, or leave it*”) normalmente não está presente nos contratos empresariais, firmados por empresários, no exercício das suas profissões e, portanto, como regra, não é possível presumir desequilíbrio a merecer a tutela especial do Código de Defesa do Consumidor.

Na análise das vulnerabilidades que Claudia Lima Marques conclui que, quanto aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão ou que devem poder

¹³ TJRS, Apelação Cível nº 70024271926, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Leo Lima, J. 13.05.2009.

¹⁴ STJ, REsp 532570/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, J. 21.10.2004. A decisão está assim ementada: “O risco é fato intrínseco à exploração da atividade econômica, seja ela exercida por particular, seja ela desenvolvida pelos entes estatais, situação na qual se insere a Petrobrás, que, na condição de pessoa jurídica exploradora de atividade empresarial, está sujeita, como qualquer outra empresa, às regras de mercado ditadas pela ordem econômica vigente, nos termos do art. 173 da Constituição Federal”.

consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se.¹⁵

Nessa mesma perspectiva, Joaquim de Souza Ribeiro esclarece que, para um não profissional, o acesso à informação e a apreciação de riscos está dificultada pela inexperiência e pela falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o produto ou o serviço a ser contratado.

Na interpretação dos contratos empresariais deve prevalecer a autodeterminação e autorresponsabilidade do contratante. O direito deve exigir um esforço adicional do empresário, porque é profissional que tem ou podia ter tido suficiente informação sobre o conteúdo do contrato e, no limite, podia ter evitado os seus efeitos, furtando-se à contratação. Não o tendo feito, justifica-se que os efeitos lhes sejam imputados, por força, se não da sua vontade, pelo menos da autorresponsabilidade por não ter contrariado, de uma forma ou de outra, a inclusão, pela contraparte, de cláusulas desvantajosas¹⁶.

A existência do fim lucrativo nas relações contratuais também é o ponto fundamental destacado por Antônio Herman Benjamin para afastar a aplicação das regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais:

Reconhecer que a microempresa, quando adquire bens e serviços fora de sua especialidade e conhecimento técnicos, o faz em condições de fragilidade assemelhadas às do consumidor individual ou familiar, não implica dizer que aquela se confunde com este. O fim lucrativo os divide. Do mesmo modo a atividade de transformação que é própria do consumidor (no sentido econômico) intermediário. Além disso, os meios existentes à disposição da pessoa jurídica lucrativa para defender-se mais acentuam a diferença entre esta e o consumidor final, individual ou familiar.¹⁷

¹⁵ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 105-106.

¹⁶ RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O problema do contrato*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 288-293.

¹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 628, p. 77.

O Superior Tribunal de Justiça também afastou a possibilidade da aplicação generalizada do Código de Defesa do Consumidor aos contratos empresariais¹⁸. A jurisprudência da Corte

se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.¹⁹

¹⁸ É imprescindível a leitura dos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nºs 541.867/BA e 660.026/RJ e no Conflito de Competência nº 92519/SP, nos quais há um minucioso estudo a respeito das teorias que envolvem o conceito jurídico do consumidor, com apoio em renomados juristas. As decisões afastaram a incidência do CDC - respectivamente - na relação contratual de uma loja de comércio de tintas com a administradora de cartão de crédito (REsp 541.867/BA, 2ª Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, J. 10.11.2004), na relação contratual de uma sociedade prestadora de serviços na Internet com a fornecedora de serviços de telefonia (REsp 660.026/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, J. 03.05.2005) e na relação contratual de uma loja de acessórios para automóveis com uma instituição financeira (CC 92519/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, J. 16.02.2009).

¹⁹ STJ, REsp 1.195.642/RJ, 3ª Turma, Relª Min. Nancy Andrighi, J. 13.11.2012: "Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/1990, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/1990, mitigando os

Essa posição do Superior Tribunal de Justiça representa uma extraordinária contribuição para a correta interpretação dos contratos firmados entre empresários. Ao adotar a teoria finalista na interpretação do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, a Corte praticamente excluiu os contratos empresariais da incidência do Código porque somente seria considerado consumidor o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, excluindo-se o intermediário da cadeia produtiva e, conseqüentemente, os contratos empresariais que regulam a compra e venda de bens ou a prestação de serviços utilizados no processo produtivo.

O próprio Superior Tribunal de Justiça relativizou a teoria finalista e passou a adotar a teoria finalista de forma mitigada para atender situações em que há vulnerabilidade no caso concreto, mesmo em se tratando de contratos empresariais, isto é, permanece o entendimento de que foram celebrados e firmados por empresários no desenvolvimento das suas atuações profissionais e apenas por exceção e, no caso de contrato, admite-se a mitigação dos rigores da teoria finalista diante de situação legitimadora da equiparação da empresa à condição de consumidora, mas apenas por exceção.

Esse esforço doutrinário e jurisprudencial resultou na edição da Súmula nº 20 durante a I Jornada de Direito Comercial, segundo a qual “não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários em que um dos contratantes tenha por objetivo suprir-se de insumos para sua atividade de produção, comércio ou prestação de serviços”; e da Súmula nº 28, do seguinte teor: “Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência”.

Esse entendimento respeita a liberdade contratual nos contratos empresariais e, ao mesmo tempo, é um mecanismo que mitiga, em situações de comprovada vulnerabilidade no caso concreto, que a vontade de um dos contratantes se impunha desarrazoadamente ao outro e, portanto, sem fobia e sem idolatria na interpretação dos contratos empresariais.

rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tornando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia.”

6 O EMBLEMÁTICO JULGAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TÉRMINO DE CONTRATO EMPRESARIAL. INTERRUPTÃO DE RENOVAÇÕES AUTOMÁTICAS E SUCESSIVAS POR DENÚNCIA UNILATERAL E IMOTIVADA

Neste emblemático julgamento, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, evitou que a interpretação de um contrato empresarial pudesse causar reflexos negativos na realidade empresarial.

A decisão reconheceu e prestigiou uma prática empresarial e admitiu o término de um contrato empresarial que vinha sendo renovado automática e sucessivamente, mediante denúncia unilateral e imotivada interruptiva das renovações automáticas e sucessivas, reconhecendo que se trata de um direito assegurado a ambas as partes pelo contrato, não havendo que se falar em indenização.

Já o voto vencido impunha o pagamento de indenização à parte que exerceu esse direito previsto no contrato, sob o fundamento de que a interrupção imotivada e unilateral de um contrato que vinha sendo sucessiva e automaticamente renovado durante anos gerou prejuízos à outra parte.

Vejamos o caso. Em 30 de julho 1984, a Distribuidora de Bebidas Santiago Ltda. (Distribuidora Santiago) firmou contrato de distribuição exclusiva de bebidas e produtos fabricados pela então Indústria de Bebidas Antártica Polar Ltda. (antecessora comercial da Cia. de Bebidas da América - Ambev).

O contrato foi firmado pelas partes para vigorar pelo prazo de um ano, podendo ser prorrogado por igual período, e assim sucessivamente, caso não fosse denunciado por qualquer das partes com a antecedência mínima de sessenta dias. O contrato foi sucessiva e automaticamente prorrogado. Após intenso relacionamento comercial entre as empresas por mais de duas décadas, em 3 de junho de 1998 a Ambev efetuou a notificação extrajudicial interruptiva da renovação automática e comunicou a Distribuidora Santiago da sua intenção de não renovar a relação negocial que restou finda em 25 de janeiro de 1999.

A Distribuidora Santiago ajuizou ação indenizatória contra a Ambev, alegando que sofreu prejuízos pelo rompimento desmotivado do contrato e que a rescisão unilateral é possível com a responsabilidade do denunciante (no caso a Ambev) em relação aos investimentos que a Distribuidora Santiago realizou. Sustentou a obrigatoriedade da indenização diante da rescisão unilateral, desmotivada e lesiva à Distribuidora Santiago.

A Ambev sustentou regularidade do término do contrato em razão da licitude da cláusula contratual interruptiva da renovação automática, já que tal direito está assegurado a ambas as partes e pode ser exercido a qualquer tempo, por qualquer das partes e que a denúncia do contrato procedida com a antecedência sete meses constitui exercício regular de direito, sendo tempo suficiente para a Distribuidora Santiago reorganizar as suas atividades.

O Tribunal de Justiça do Paraná²⁰ entendeu que o contrato firmado entre as partes é nitidamente de adesão porque as cláusulas e condições foram estabelecidas unilateralmente pela Ambev sem a possibilidade da Distribuidora Santiago discuti-las ou modificá-las, o que se conclui pela flagrante padronização redacional imposta pela indústria de bebidas, de pública e notória superioridade econômica. Por ter estado voltada durante mais de vinte anos exclusivamente à atividade comercial de distribuição de bebidas e produtos fabricados pela Ambev, o Tribunal assegurou indenização à Distribuidora Santiago por perdas e danos, inclusive morais, lucros cessantes e fundo de comércio.

O Tribunal concluiu que, neste novo milênio, a aplicação dos princípios da obediência irrestrita ao pactuado e da autonomia da vontade deve ser vista sempre sob a ótica dos princípios gerais da boa-fé e da igualdade entre os contratantes, com observância, especialmente, do poderio econômico das partes envolvidas.

O Superior Tribunal de Justiça²¹ reformou a decisão do Tribunal Estadual. Concluiu que a decisão determinará a insegurança jurídica no instituto dos contratos, com seríssimas repercussões das atividades comerciais na sociedade brasileira, atribuindo-se a um contrato comercial natureza de irrevocabilidade diante da sanção de penalidades, não obstante previsão contratual.

A decisão majoritária da Corte Superior concluiu que: (i) o contrato entre duas pessoas jurídicas pode ser rescindido de acordo com os termos estipulados; (ii) efetuada a notificação prevista no contrato, não há que se falar em cláusula abusiva e ensejadora das indenizações pleiteadas; (iii) a cessação de atividade de distribuição de bebidas ao término do prazo contratual, cujo contrato vigeu por muitos anos, reveste-se de exercício de um direito, bilateralmente assegurado às

²⁰ TJPR, Agravo Instrumento nº 176.131-7, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Ivan Bortoleto, J. 15.03.2006.

²¹ STJ, REsp 1.112.796/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJAP), J. 10.08.2010.

partes, não se revestindo, portanto, de nenhuma abusividade que pudesse gerar as indenizações pretendidas pela Distribuidora Santiago.

Embora a maioria tenha concluído que os investimentos são feitos em função também do interesse daquele que o realizou, no caso a Distribuidora Santiago e, evidentemente, isso é diluído ao longo do tempo, não se justificando um ressarcimento dessa ordem pelo fato de se romper um contrato unilateralmente com uma previsão negocial taxativa e expressa na avença entre as partes, o voto vencido proferido pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão mantinha a decisão do Tribunal de Justiça do Paraná e, conseqüentemente, a indenização pelo término do contrato.

Pelo voto vencido, a liberdade de contratar perdeu operância paulatinamente, na medida em que a atividade comercial da Distribuidora Santiago era limitada pela exclusividade imposta pela Ambev, assim como pelo condicionamento da Distribuidora Santiago no que tange a padronizações e customizações somente aproveitáveis na relação comercial existente entre os litigantes. Todo o aparato da Distribuidora Santiago (imóveis, vasilhames, veículos, programas de controle de estoque, qualificação laboral dos funcionários) era utilizado unicamente para atender aos interesses da Ambev, tudo instrumentalizado por contrato-padrão que a ele a Distribuidora Santiago deveria aderir ou simplesmente encerrava as suas atividades.

Por isso, não se pode cogitar de liberdade contratual da Distribuidora Santiago que não tinha outra opção que, ao longo dos vinte anos, foi gradativamente perdendo forças pelas peculiaridades existentes na relação comercial. Mencionou que a Ambev, ao impor a aderência da Distribuidora Santiago a um plano de excelência, exigiu elevados investimentos, encontrando-se

bem caracterizado o repudiado *venire contra factum proprium* a conduta da recorrente (no caso a Ambev) em rescindir o contrato sem justificativa plausível, apenas por desinteresse comercial, “agraciando” a concessionária (no caso a Distribuidora Santiago), que verdadeiramente era sua parceira comercial, com exíguo prazo de seis meses para a reestruturação de uma empresa que, por duas décadas, serviu-lhe de distribuidora.

O voto vencido prosseguiu a sua fundamentação para não admitir a rescisão unilateral e imotivada de um “contrato de longa data” com base na existência da cláusula contratual, porque a validade dessa cláusula deve ser analisada no caso de contrato e aceitá-la *in abstracto*

parece um retrocesso, retorno a tempos cujos paradigmas eram pautados pela fantasiosa igualdade formal entre os contratantes – dogma do Estado liberal há muito superado –, tempos em que o poder estatal somente intervinha nas relações particulares para garantir a execução forçada do *pacta sunt servanda*.

Na análise do voto vencido, a denúncia do contrato no caso concreto, “por qualquer das partes”, gera uma falsa simetria entre os contratantes, um sinalagma cuja distribuição obrigacional é apenas aparente. Para o eminente Ministro, para se garantir a equidade da cláusula de denúncia imotivada por qualquer das partes, devem ser investigadas as consequências da rescisão desmotivada do contrato para verificar se a resilição unilateral era uma garantia recíproca no contrato.

Em seguida, o Ministro analisou as consequências que a resilição unilateral poderia acarretar para cada parte. Se exercida pela Distribuidora Santiago, a Ambev, hoje uma potência no seguimento na América Latina, não teria maiores danos, porque poderia facilmente contratar novos distribuidores. Porém, a resilição unilateral sendo exercida pela Ambev, a Distribuidora Santiago, parte incontroversamente mais frágil na relação, significaria o encerramento da empresa.

A partir dessas premissas, o Ministro concluiu que não há igualdade econômica e liberdade contratual plena na relação jurídica existente entre a Ambev e a sua distribuidora, o que retiraria a validade da cláusula permissiva da denuncia unilateral e imotivada do contrato que, a despeito de apregoar uma igualdade entre os contraentes, acaba por possibilitar abusos do poder econômico e partindo-se do fato de que há um contrato de longa data, a faculdade de distrato exercida de forma disfuncional, anormal, imoderada ou distanciada da boa-fé e dos bons costumes comerciais, pode acarretar danos a outrem que devem ser reparados em sua plenitude.

Além dos fundamentos já apresentados, o voto vencido sustentou, ainda, que a relação jurídica entre a Ambev e a Distribuidora Santiago está encoberta

pela *supressio*, teoria oriunda da boa-fé, que reduz a eficácia do direito em razão da inércia do titular no decorrer do tempo, ou, ainda, o comportamento da parte, que se estende por longo período de tempo ou se repete inúmeras vezes, porque incompatível com o exercício do direito.

Na perspectiva do voto vencido, o comportamento reiterado da Ambev, consistente na prorrogação contratual por duas décadas e os elevados investimentos realizados pela Distribuidora Santiago enfraqueceu o direito de resilição unilateral da Ambev e gerou legítima expectativa na Distribuidora Santiago de que Ambev não mais acionaria a cláusula contratual que permite a qualquer dos contratantes a resilição imotivada do contrato mediante denúncia. Ou seja, a *supressio* inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício, se presente, de outra parte, a boa-fé do contratante. Por outro lado, e em direção oposta à *supressio*, mas com ela intimamente ligada, tem-se a teoria da *surrectio*, cujo desdobramento é a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente despertada²².

²² Nesse tema, o Ministro valeu-se do seguinte magistério de Judith Martins-Costa: “Por igual atua a boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos nos casos indicados sob a denominação de *supressio*. Segundo recente acórdão do Tribunal de Justiça do RS, esta ‘constitui-se em limitação ao exercício de direito subjetivo que paralisa a pretensão em razão da boa-fé objetiva’. Exige-se, para a sua configuração, (I) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (II) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor’. Diferentemente da *supressio*, que indica o encobrimento de uma pretensão, coibindo-se o exercício do direito em razão do seu não exercício, por determinado período de tempo, com a conseqüente criação da legítima expectativa, à contraparte, de que o mesmo não seria utilizado, outra figura, a *surrectio*, aponta para o nascimento de um direito como efeito, no tempo, da confiança legitimamente despertada na contraparte por determinada ação ou comportamento. Assim ocorreu ao examinar-se lide decorrente de contrato de locação, que previa a resilição unilateral, mediante prévio aviso de 60 (sessenta) dias à contraparte, por carta protocolada que expressasse o poder extintivo da denúncia contratual, contemplando, outrossim, a possibilidade de renovação do contrato, desde que, por meio de carta protocolada, a parte interessada assim expressasse sua vontade com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias. Por um período superior a 12 (doze) anos, as partes vinham prorrogando a avença, sempre mediante o recurso à formalidade do envio de cartas. Em certa ocasião, contudo, em resposta ao pedido de prorrogação feita pelo locatário, respondeu a locadora que não pretendia renová-lo. O debate centrou-se na argumentação, do lado do locatário, do ‘direito à automaticidade’ da prorrogação; de outro, por parte da locadora, da legitimidade de sua pretensão a resilir a avença. A decisão, embora considerando caber razão à locadora, no sentido da inocorrência da ‘automaticidade’ da prorrogação contratual, uma vez terem as partes sempre observado o requisito da forma contratualmente prevista, entendeu, porém, obstado o poder formativo extintivo de resilição (denúncia contratual), apontando, conseqüentemente, ao nascimento do direito à prorrogação pelo fato de, no período imediatamente anterior ao *dies ad quem* do prazo contratual, ter a locadora imposto ao locatário a realização de despesas com reformas no prédio, levando-o a acreditar que não romperia, inopinadamente, uma tradição de 12 (doze) anos no sentido da continuidade da relação contratual. Nos fundamentos do acórdão está o princípio da boa-fé objetiva, como proteção à confiança

Vê-se, pois, que o voto vencido encaminhava uma solução para o contrato empresarial que poderia causar reflexos negativos ao sistema de contratação empresarial. Embora legítimos as preocupações e os fundamentos considerados no voto vencido, não se pode deixar de lado o fato de o contrato ter vigorado por décadas durante as quais a Distribuidora Santiago participou e desfrutou dos resultados financeiros que uma marca de prestígio pode propiciar e, ainda, tinha plena consciência que o contrato vigorava por prazo indeterminado e que poderia ser denunciado a qualquer tempo.

No julgamento prevaleceu a interpretação do contrato, que reconhece como válida uma *práxis* dos negócios empresariais que, em última análise, “constitui o protagonista central da esmagadora maioria dos contratos atinentes à vida econômica hodierna”²³, e apresenta benefícios para o mercado de consumo porque facilita a comercialização de bens e serviços.

7 REFLEXÃO FINAL: A NOVA DICOTOMIA CONTRATUAL DO SÉCULO XXI: CONTRATOS EXISTENCIAIS E CONTRATOS DE LUCRO

Dado tudo o que foi visto até agora, entre posições que admitem, na sua plenitude, o *pacta sunt servanda* e a intangibilidade do conteúdo dos contratos empresariais, e que aquelas não reconhecem as características próprias dos contratos empresariais que relativizam a intervenção judicial, como se verificou, por exemplo, no emblemático julgamento do Superior Tribunal de Justiça antes referido, o melhor caminho para esta reflexão sobre o tema é adotar a dicotomia proposta pelo saudoso Professor Antonio Junqueira de Azevedo, no sentido de separar, por categorias, os contratos existências dos contratos de lucro, nos termos seguintes:

[...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do século XXI – porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas

traída” (MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo CC brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 217-219).

²³ ANTUNES, José A. Engrácia. Contratos comerciais e noções fundamentais. *Direito e Justiça*, Lisboa: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume especial, p. 18, 2007.

estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. As pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender à suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí força.²⁴

Esse entendimento foi secundado por Teresa Negreiros, que propôs o uso do paradigma da essencialidade para distinguir situações existenciais das situações patrimoniais para justificar uma tutela qualitativamente diversa²⁵.

²⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, p. 304-305. Foi com essa mesma perspectiva que o Professor Junqueira já tinha participado da atualização da obra de Orlando Gomes: “Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, *contratos empresariais*, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os *contratos existenciais* ou *não-empresariais*, firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais, encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana. São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, *engineering*, consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários, dentre outros. Essa nova dicotomia, que defendemos e, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da freqüência da sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem consciência dessa classificação. Ademais, ela é operacional. Os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, *v.g.*, no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos comerciais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato” (GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2008. p. 231-232).

²⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 449-487.

E, mais recentemente, o Ministro Ruy Rosado também justificou a necessidade de distinção entre contratos não empresariais (ou existenciais) e contratos empresariais (de lucro), porque os contratos não empresariais (ou existenciais) “admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social”, enquanto nos contratos empresariais (de lucro) “essa intervenção heterônoma seria de menor força” porque, como se cuida de atividade de risco, que objetiva lucro, com propósito eminentemente patrimonial, incumbe “às partes os cuidados que devam adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão”²⁶.

Assim, sem fobia e sem idolatria, essa nova dicotomia contratual do século XXI proposta pelo saudoso Professor Junqueira atende aos propósitos desta breve reflexão sobre o tema que envolve a tormentosa apreciação dos contratos empresariais pelo Poder Judiciário²⁷.

²⁶ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 45, p. 91-111.

²⁷ A propósito dessa tormentosa apreciação dos contratos empresariais pelos Tribunais, há um julgamento paradigmático conhecido como “o caso da juta” ocorrido no começo do século XX. Nesse julgamento, a doutrina comercialista já sustentava a interpretação dos contratos empresariais conforme a *práxis* dos negócios comerciais. No caso concreto, o alienante de um estabelecimento comercial, mesmo inexistindo cláusula contratual expressa, deveria ficar impedido de se estabelecer novamente, pois a ele alienante, incumbe fazer a venda firme, boa e valiosa. Eis uma apertada síntese do caso: o Conde Álvares Penteado, juntamente com os demais acionistas da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, “alienaram, sem condição alguma, todas as suas respectivas ações”. Em 1911, aproximadamente um ano após a venda, o Conde estabeleceu-se novamente, no mesmo ramo de negócios, constituindo a Companhia Paulista de Aniagens. Considerando que (i) o ordenamento jurídico brasileiro não continha dispositivo expreso sobre a possibilidade ou impossibilidade de concorrência do alienante da empresa, bem como (ii) o silêncio do contrato a respeito, a questão estava assim posta: tendo o Conde vendido o estabelecimento industrial, estaria “juridicamente privado de fundar, por si ou por empresa que organizasse, um estabelecimento industrial tendo por fim explorar a fiação e tecelagem de juta e outras fibras têxteis, bem como o comércio de seus productos”. Por um lado, Ruy Barbosa, advogado do alienante, sustentou, em suma, que a “liberdade de estabelecimento” e de comércio, na ausência de cláusula expressamente convencionada pelas partes, não poderia ser limitada. Inexistia, no direito pátrio, dispositivo legal que autorizasse essa restrição e, para alguns, a “freguezia”, a “posição [...] conquistada no mercado”, não seriam passíveis de alienação. Em oposição, Carvalho de Mendonça – em defesa do adquirente – afirmou que a limitação era insita à alienação do estabelecimento, eis que a coisa vendida deve ser feita boa, firme e valiosa, atendendo à boa-fé que necessariamente há de presidir o tráfico mercantil. Aquele que aliena e concorre, desviando clientela, impede que o adquirente desfrute da coisa que comprou, frustrando suas expectativas. Resumindo essa posição de Carvalho Mendonça, “[...] o vendedor do estabelecimento comercial não pode fundar outro que abra concorrência ao comprador, e desviar-lhe toda ou parte da clientela, ainda que seja por via oblíqua, como passando para uma sociedade anônima onde comprometa capitais e assuma a administração, ou estabelecendo um seu parente ou terceiro com capitais por ele fornecidos. Nem

os próprios herdeiros podem infringir o preceito legal”. Carvalho de Mendonça estruturava seu pensamento a partir da interpretação do art. 214 do Código Comercial e da doutrina de Coelho da Rocha a respeito da boa-fé nos contratos, que “exige que cada uma das partes fique responsável à outra pelo bom e livre uso da coisa ou prestação, que lhe dá, ou, como vulgarmente se diz, a fazer o contrato bom. Esta responsabilidade constitui a garantia dos contratos”. A jurisprudência da época deu razão a Ruy, e a demanda proposta contra o Conde Álvares Penteado não obteve êxito (GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Cláusula de não-concorrência/de não-restabelecimento. In: *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 273-300).

A REPARAÇÃO DOS DANOS COLETIVOS NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE COLLECTIVE REDRESS IN THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹

Professora de Direito Civil – UFPR

Carlos Giovanni Pinto Portugal²

Professor Colaborador de Direito Civil – UNIBRASIL

RESUMO: O presente artigo trata das contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o reconhecimento de novos direitos calcados na lógica da coletividade, demonstrando uma superação, nesta instância supranacional de proteção dos direitos humanos e da compreensão individualista do direito de propriedade. Tal superação advém da interpretação das cláusulas protetivas e das possibilidades interpretativas mencionadas na Convenção Americana de Direitos Humanos, impulsionando uma nova forma de promoção da responsabilidade civil dos Estados. Em especial, verifica-se o histórico condicionamento das populações indígenas pela opressão ocidentalizante

que mitiga as suas expressões culturais, religiosas e artísticas e que não respeita a sua especial vinculação com as terras que lhes acolhem para muito além da dimensão proprietário-burguesa. Delineia-se um quadro em que são acolhidos os direitos coletivos e a responsabilidade estatal pelo reconhecimento de danos injustos na esfera coletiva, causados à comunidade indígena Awás Tingni, denotando novas fórmulas ressarcitórias para além do dano individual. Entre os desafios traçados pela reparação coletiva está o cumprimento das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, depositando-se na função punitiva a garantia de não repetição.

¹ Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais (UFPR). Coordenadora do PPGD do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UNIBRASIL.

² Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia (UNIBRASIL). Advogado militante em Curitiba.

PALAVRAS-CHAVE: Dano coletivo; dano individual; direitos humanos; função punitiva.

ABSTRACT: *This paper explores the contributions of the Inter-American Court of Human Rights for the recognition of new rights rooted in the logic of the collectivity, demonstrating an overrun, this supranational body for protection of human rights, individualistic understanding of the property right. This overrun stems from the interpretation of the protective clauses and interpretive possibilities mentioned in the American Convention on Human Rights, promoting a new way of promoting civil responsibility of States. In particular there is the historical conditioning of the indigenous populations by westernizer oppression that mitigates their cultural, religious and artistic expressions and not respecting their special bond with the land that receive them far beyond of the dimension proprietary-bourgeois. A framework in which they settle the collective rights and state responsibility by the recognition of the collective sphere unjust damage caused to the indigenous community Awás Tingni, showing new formulas of the reparation delineates beyond the individual damage. Among the challenges outlined by collective reparation is compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights, depositing on the punitive function to guarantee non-repetition.*

KEYWORDS: *Collective damage; individual damage; human rights; punitive function.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ruptura com o dano individual e a afirmação dos danos coletivos; 2 As comunidades indígenas como titulares dos direitos coletivos; 3 A contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para consolidação da reparação coletiva; 4 As imposições da CIDH ao Estado nicaraguense como reconhecimento do dano coletivo da comunidade nativa; 5 Os desafios da reparação coletiva no sistema interamericano de direitos humanos; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Intoduction; 1 The first break with the individual damage and the affirmation of collective damage; 2 Indigenous communities as holders of collective rights; 3 The contribution of the Inter-American Court of Human Rights for consolidation of collective redress; 4 The impositions Nicaraguan State to the CIDH in recognition of the collective damage of the native community; 5 The challenges of collective redress in the American system of human rights; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A leitura da Corte Interamericana de Direitos Humanos do Pacto de São José da Costa Rica tem promovido, ao longo dos últimos anos, uma intensa modificação de compreensão dos direitos humanos, pensados, em primeiro plano, ainda sob o viés liberal-clássico.

O presente artigo busca delinear de que forma os direitos coletivos, ligados às comunidades indígenas, têm sido apurados pelas decisões da Corte, deixando a velha conotação individualista, do direito de propriedade, enunciada pelo Direito Privado moderno. Para isto, promove-se uma investigação acerca de caso *Awas Tingni v. Nicarágua*, sentenciado pela Corte em 2001, e deduz-se daí a possibilidade também de uma nova estruturação da responsabilidade civil a envolver uma noção de danos coletivos que promovem a ruptura com a noção de dano individual, na esteira do fenômeno de ampliação dos danos suscetíveis de reparação, apontado por Fernando Noronha.

O tema remete para um debate que se trava no sistema interamericano de direitos humanos acerca da reparação coletiva, como o reconhecimento da existência de um sujeito coletivo de direitos, como distinto do dano sofrido por cada um dos membros do grupo atingido pela violação. A Corte move-se, gradativamente, nos quadros de uma reparação individual para a reparação coletiva, amparada do reconhecimento de direitos de dimensão coletiva, como o direito à terra das comunidades indígenas.

A reparação coletiva traz consigo novos desafios aos Estados e ao sistema interamericano de direitos humanos, que congregam, desde a definição de políticas públicas até a garantia de cumprimento das decisões da Corte. É neste último aspecto que, com fundamento em Stefano Rodotà e Maria Celina Bodin de Moraes, o presente artigo deposita na função punitiva da responsabilidade civil a garantia de reparação de danos extrapatrimoniais sociais, causados pela violação de direitos humanos.

Com vistas a desenvolver o tema e objetivo propostos, o artigo utiliza o método dedutivo, mas sem descurar da análise tópica do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este caso foi escolhido, por ter se tornando uma referência em sede de reparação coletiva amparada no reconhecimento de direitos dos povos indígenas, em toda a América Latina³.

Outrossim, o plano de trabalho foi dividido em cinco partes: (i) a ruptura com o dano individual e o reconhecimento dos danos coletivos, no âmbito da ampliação dos danos suscetíveis de reparação; (ii) o reconhecimento de direitos coletivos às comunidades indígenas, especialmente o direito à terra, sinalizando uma ruptura com a concepção individualista de propriedade; (iii) a contribuição

³ Cf. BERISTAIN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos*. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 399.

da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o reconhecimento da reparação coletiva, em torno do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*; (iv) as imposições da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Estado da Nicarágua, em face de danos coletivos, causados à comunidade indígena; (v) os desafios da reparação coletiva, cogitando-se da função punitiva como uma forma de assegurar a garantia de não repetição dos danos causados e de cumprimento das sentenças da Corte.

1 A RUPTURA COM O DANO INDIVIDUAL E A AFIRMAÇÃO DOS DANOS COLETIVOS

No direito contemporâneo assiste-se ao “triplo fenômeno” de transformação da responsabilidade civil descrito por Fernando Noronha: (i) a “objetivização da responsabilidade civil”; (ii) “a expansão dos danos suscetíveis de reparação”; (iii) “a coletivização da responsabilidade civil”⁴. Enquanto o primeiro fenômeno desloca o paradigma da imputação responsabilidade civil da culpa para o risco, ensejando a responsabilidade objetiva, os dois últimos condensam-se na ruptura com a concepção individualista e patrimonialista de dano, apontando para o surgimento de “novos danos”. Tal fato decorre de uma expansão qualitativa e quantitativa, que combina novos instrumentos processuais com a tutela de interesses existenciais e coletivos⁵.

Considera-se o dano como lesão a um bem jurídico de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, ensejando a clássica distinção que também remonta a cisão entre danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Trata-se de uma classificação ancorada no caráter individual do dano, pois parte do pressuposto de que o bem jurídico é o patrimônio ou como algo que integra a personalidade do indivíduo. No entanto, há danos que não atingem uma pessoa, tomada individualmente, em seu patrimônio ou sua personalidade, mas toda uma coletividade. Portanto, é necessário alargar a concepção de bem jurídico, abrangendo, para além dos bens individuais, os bens transindividuais, o que resulta em danos individuais e coletivos. Enquanto os primeiros referem-se à lesão de bens jurídicos ligados

⁴ NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, p. 31-44, mar. 1999, p. 35.

⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 85.

à titularidade de uma única pessoa, os segundos referem-se à lesão de bens jurídicos que tem a coletividade como titular⁶.

Trata-se, por exemplo, do meio ambiente como direito de todos, previsto no art. 225 da Constituição da República. Tais danos são ressarcíveis por meio de ações coletivas propostas por qualquer membro da comunidade⁷, associações civis, agências governamentais ou pelo Ministério Público. Esta proteção foi positivada na Lei nº 7.347/1985, a Lei de Ação Civil Pública, na Constituição da República, art. 5º, LXX, art. 129, III e § 1º, e no Código de Defesa do Consumidor, art. 81.

Em caso de violação a esses bens jurídicos coletivos, surgirá, para além das possibilidades dos danos patrimoniais, o dever de reparar o dano moral coletivo. Indaga-se, então, acerca da existência de uma nova modalidade de dano moral, integrando o fenômeno de ampliação dos danos suscetíveis de reparação, apontado por Fernando Noronha. Por outras palavras, o dano ambiental e os danos aos consumidores poderiam ser caracterizados como danos morais, apontando para a existência de dor, humilhação ou sofrimento de uma coletividade? Coloca-se em questão a tendência verificada na doutrina e jurisprudência de absorção do dano coletivo pelo dano moral, de tal modo a ensejar o “dano coletivo moral”⁸.

Ocorre que o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral. Eis que o dano transindividual qualifica-se como um dano extrapatrimonial, que decorre da lesão a interesses difusos ou coletivos, sem atentar para uma possível lesão no espírito de uma comunidade. Não obstante, a positivação do termo “dano moral coletivo” no art. 6º, VI e VII, do CDC e no art. 1º da Lei nº 7.347/1985, e em ações civis públicas por reparação de dano moral coletivo, propostas pelo Ministério Público, os danos transindividuais não se caracterizam como danos morais⁹. Trata-se de tentar enquadrar estes novos danos em uma das categorias já disponíveis no ordenamento jurídico: o dano moral, que está afeto à individualidade do dano, delimitada pela responsabilidade civil clássica.

⁶ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, p. 383-405, p. 391-392.

⁷ Como na ação popular (Lei nº 4.717/1965).

⁸ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, p. 383-405, p. 396.

⁹ *Idem*, p. 397.

A existência de outros danos extrapatrimoniais ao lado do dano moral foi consagrada em acórdão paradigmático do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, cujo Relator, à época o Desembargador Ruy Rosado de Aguiar, acatou pedido de indenização por dano psíquico:

Ação de reparação de danos. Dano psíquico e dano estético, advindo de lesões sofridas por professora. Comprovado o dano psíquico, afetando a capacidade laborativa, deve o mesmo ser indenizável, mesmo que a vítima passe a auferir proventos em razão da profissão que desempenhava. Não há como se confundir o direito à indenização advindo de fato ilícito, com o de percepção de proventos, porque as relações jurídicas são diversas. Adoção dessa premissa com reservas de parte da minoria. O direito deve proteger a pessoa com visão humanística, com seus predicados, atributos, atentando a um convívio futuro. Absorção do dano estético pelo psíquico acolhido pela maioria. Divergência a nesse particular, entendendo-se cumuláveis em determinadas circunstâncias. Votos vencidos.¹⁰

Posteriormente, a jurisprudência brasileira consolidou a distinção entre dano moral em sentido estrito, dano psíquico, dano estético e dano ao projeto de vida¹¹. No que se refere ao dano estético, a sua constatação não demanda maiores dificuldades. Já o dano psíquico e o dano ao projeto de vida exigem do juiz uma atividade de ponderação: a partir dos dados concretos, cabe-lhe examinar a singularidade da vítima em todas as circunstâncias, pautando-se pelo dever de razoabilidade¹².

Na esteira desse entendimento, o REsp 598.281 do Superior Tribunal de Justiça afastou a caracterização do dano moral coletivo por lesão ao meio ambiente, entendendo-se incompatível com o dano moral a ideia de transindividualidade¹³.

¹⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 183001056, 2º Grupo Cível, Novo Hamburgo, 25.03.1985, Rel. Des. Décio Erpen. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 29, p. 65, 1983.

¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. V, t. II (artigos 389 a 420), 2004. p. 342.

¹² *Idem*, p. 342.

¹³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 86.

Por outras palavras, o dano moral não abarca o dano coletivo, porque aquele é um dano individual, enquanto este é um dano extrapatrimonial que caracteriza uma redução da qualidade de vida¹⁴.

Há, ainda, uma incompatibilidade da função da responsabilidade civil em sede de danos transindividuais. Enquanto a função da reparação dos danos individuais é restitutória, pois se pretende retornar ao *status quo ante*, tal função não se faz possível em relação aos danos coletivos. Eis que a proteção dos interesses difusos e coletivos demanda a punição do agente que se beneficia do dano à coletividade, acarretando um caráter preventivo à reparação, que se torna possível na punição do ofensor. Trata-se de uma hipótese excepcional de utilização da função punitiva da responsabilidade civil na aceção de Maria Celina Bodin de Moraes:

É de aceitar-se ainda, um valor a mais na reparação do dano extrapatrimonial para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos e coletivos, tanto na relação de consumo, quanto no direito ambiental. Aqui a *ratio* será a função preventiva-precautória, que o “caráter punitivo” inegavelmente possui, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Embora não se possa titulá-la de “indenização preventiva”, um verdadeiro paradoxo, ela teria como parâmetros de quantificação as possibilidades de risco que hoje já podem ser avaliáveis objetivamente.¹⁵

Partindo deste fundamento, e apoiando-se no art. 3º da Lei nº 7.347/1985, que permite à ação civil pública ter por objeto a condenação em dinheiro, para além das obrigações de fazer ou não fazer, Rafael Viola afirma ser “impensável a responsabilidade civil coletiva sem um caráter punitivo”¹⁶. Eis que, em tais casos, torna-se imperioso dar-se uma resposta à conduta ultrajante ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou quando se trata de prática

¹⁴ VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II, p. 383-405, p. 398.

¹⁵ *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 45-77, abr./jun. 2004, p.77.

¹⁶ O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva, p. 402.

maliciosa e danosamente reiterada, configurando-se um dano que não atinge somente ao indivíduo, mas à coletividade por violação à solidariedade social. É o dano extrapatrimonial social que tem por finalidade reparar o dano causado à sociedade¹⁷.

Trata-se da ruptura com uma concepção individualista e patrimonial da reparação dos danos, reconhecendo-se interesses transindividuais ou supraindividuais, que passam a ser considerados como dignos de proteção. É o resultado de um trabalho tecido pela jurisprudência, que desloca o centro da responsabilidade civil do ato ilícito para uma “proteção mínima de direitos fundamentais”¹⁸. Nesta perspectiva, indaga-se acerca da reparação coletiva por violação aos direitos humanos no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Antes, porém, importa tratar brevemente dos direitos coletivos indígenas, considerando tais comunidades gentílicas na medida de sua coesão comunitária e cultural.

2 AS COMUNIDADES INDÍGENAS COMO TITULARES DOS DIREITOS COLETIVOS

Certo é que na esteira do delineamento de novos danos, como o dano coletivo tratado *supra*, faz-se necessário um reconhecimento anterior: o de “novos” direitos que ultrapassam a noção de estrita individualidade, e, por consequência, induzem em um repensar do direito à luz de novos paradigmas. É neste sentido que

impõe-se a construção de novo paradigma para a teoria jurídica em suas dimensões civil, pública e processual, capaz de contemplar o constante e o crescente aparecimento histórico de “novos” direitos que se desvinculam de uma especificidade absoluta e estanke assumem caráter relativo, difuso e individual.¹⁹

Por certo que, ao tratar dos danos à coletividade indígena dos países latino-americanos, certas especificações e cuidados merecem ser tomados.

¹⁷ Idem, p. 401-402.

¹⁸ Stéfano Rodotà apud MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201, p. 176.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013, p. 124.

Como assevera Flávia Piovesan, um acentuado grau de desigualdades sociais já é notadamente verificado no contexto da América Latina²⁰. Tais peculiaridades são ainda majoradas quando se compreendem os indígenas como um grupo social de risco. Ainda, como resquício de um passado colonialista mais remoto, e de uma história ainda recente de regimes ditatoriais²¹, a região do globo sob a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos sofre as mazelas de sua histórica condição de desigualdade social, estando ainda, para alguns efeitos, sob a marca do “sul global”²², do qual trata Boaventura de Sousa Santos. Alie-se isto a todo contexto de subjugação, a posição tribal e historicamente acidentada dos índios latino-americanos, e perceber-se-á evidente descompasso material frente ao discurso protetivo dos direitos humanos na comunidade internacional. O “processo histórico de dizimação”²³ foi característica marcante até momentos recentes, implicando uma dívida notável da comunidade contemporânea para com a cultura vitimizada.

Quanto ao contexto social e cultural da América Latina, vale dispor o posicionamento para o qual

a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado padrão de violação aos direitos econômicos, sociais e culturais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência plena dos direitos humanos na região, sendo fator de instabilidade ao próprio regime democrático.²⁴

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 85.

²¹ A ditadura Somoza é exemplo claro das mazelas nicaraguenses do século anterior.

²² Implica isto dizer que, somados aos fatos histórico-sociais condicionantes, alguns elementos culturais e epistemológicos têm o condão de marcar, de forma evidente, uma certa “desimportância” do contexto latino-americano quando comparado ao peso das correntes de pensamento do “norte global” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: _____; MENESES, Maria Paula (org.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009. passim.

²³ A referência aqui é de Caio Mário da Silva Pereira, para o qual: “Os nossos aborígenes, encontrados pelos descobridores, foram vítimas, no período colonial, de um processo quase sistemático de dizimação, expulsos da orla litorânea e pouco a pouco atingidos no interior em que residiam ou se refugiaram” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2011. p. 240.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 87.

Comumente tratados por “inferiores”, as comunidades indígenas precisam, na esteira de recompor a sua condição material por meio de reconduções jurídicas, ser tratadas como merecedoras de regimes especiais de proteção, assim como declara o ordenamento jurídico brasileiro. Não, porém, na medida de sua *incapacidade*, como o fazia o antigo Código Civil²⁵, que, sob o critério declarado de proceder à sua melhor tutela, retirava das comunidades “silvícolas”²⁶ um importante *status* jurídico que o marcava e estereotipava ainda mais perante a coletividade “ocidentalizada”.

Ainda na legislação brasileira encontrou-se com grande facilidade uma imperfeição evidente quanto ao respeito pela cultura da alteridade indigenista. O advento da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, expunha que os “silvícolas” ficariam sob certo regime tutelar que apenas cessaria “na medida em que se forem adaptando à civilização do País”²⁷. Veja-se, com clareza singular, que, ainda nesta época próxima, certo viés de destruição da composição cultural da comunidade indigenista é encontrado, forçando uma adaptação civilizatória e ocidentalizadora premiada com a plena capacidade jurídica. A salvaguarda legislativa mais era estigmatizante do que respeitadora e tuteladora da condição especialíssima dos índios.

Em tempo, exponha-se que o Código Civil vigente não mais considera os índios brasileiros como incapazes, remetendo o seu tratamento legislativo a regime especial, consideração que chega com enorme atraso frente ao clamor dos grupamentos indígenas há muito tempo no ostracismo da tutela jurídica. Em 1973, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973), muito embora de certo cunho protetivo, ainda insistentemente se fundamenta no paradigma sob o qual há que se “integrar” as comunidades indígenas à civilidade institucionalizada. Veja-se, por exemplo, que, logo em seu art. 1º, de forma paradoxal declara o seu viés de preservação da identidade cultural e, no mesmo passo, dita a sua visão programática integracionista, retirando por completo

²⁵ Art. 6º, IV, do Código Civil brasileiro, revogado, de 1916.

²⁶ Atente-se que o termo utilizado pelo Código Civil brasileiro de 1916 valia-se do termo “silvícola”, muito mais adstrito à noção de indivíduo “selvagem” e não civilizado. “Silvícola m. e adj. Pessoa, que nasce ou vive nas selvas ou matas. (Lat. silvicola)” (FIGUEIREDO, Cândido. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, p. 1843. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2014).

²⁷ Legislação que deu nova tecitura ao texto do art. 6º do Código Civil brasileiro de 1916.

o direito do índio de viver a sua cultura e *modus vivendi* especial²⁸. Integrá-los pretendendo manter e respeitar os seus costumes é evidente posicionamento desconcertado. Para Carlos Frederico Marés, a “tônica de toda a legislação indigenista, desde o descobrimento, é a integração, dita de modo diverso em cada época e diploma legal”. E continua, dispondo que “a lei brasileira sempre deu comandos com forma protetora, mas com forte dose de intervenção, isto é, protegia-se para integrar, com a idéia de que integração era um bem maior que se oferecia ao gentio...”²⁹.

A Constituição da República de 1988, porém, pautada em ventos de real matiz democratizadora, desfaz este equívoco histórico que insistia em percorrer, com as mais variadas composições textuais, a seara do discurso integracionista e arrasador. O então novel texto constitucional³⁰, ampliando uma postura reclamada historicamente, reconhece aos índios brasileiros o direito de permanecer índio, “com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. [...] Além disso, reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam”³¹. A virada textual, contudo, apenas tangencia as problemáticas concretas dos índios brasileiros.

A progressão da proteção jurídica dos índios brasileiros avança da mera questão individualizada para acompanhar, como não poderia deixar de ser, a sua compreensão em termos gerais, ou seja, tomando-os como coletividade que são. Certos direitos ligados ao grupo indígena não são, por certo, fáceis de se individualizar nos padrões seguidos pelo clássico direito da responsabilidade civil ou pelo próprio mecanismo processual disponível. Emerge aqui a importância da compreensão dos chamados direitos coletivos da comunidade

²⁸ BRASIL. Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973): “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”.

²⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 106.

³⁰ Interessante notar a diferença de abordagem normativa, não integracionista, mas de manutenção da liberdade cultural (BRASIL. Constituição da República Federativa: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”).

³¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 107.

indígena. Tais direitos coletivos não podem ser a somatória de direitos subjetivos individuais, mas são encontráveis relacionados a certo grupo de pessoas, e, além, “são inalienáveis e, portanto, imprescritíveis, inembargáveis, impenhoráveis e intransferíveis”³², não tendo economicidade que se concentre de forma individual, mas apenas se torna explícito no contexto da coletividade específica.

Esta titularidade difusa estampa a necessidade de se considerar os direitos coletivos vinculados ao grupo social que detém a sua titularidade especial³³. Os povos indígenas e as minorias étnicas possuem direitos coletivos que são tanto territoriais quanto culturais, bem como são detentores de direitos à organização social específica³⁴. Não obstante ser bastante nítida a dificuldade processual para o tratamento da demanda coletiva no Direito brasileiro, partindo-se das questões de titularidade ativa, até a forma de compensação de eventuais danos já causados, importa, para os propósitos deste artigo, delinear as possibilidades contidas na esfera de proteção propugnada pela Convenção Americana de Direitos Humanos e a sua respectiva Corte internacional.

No plano internacional dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas (DUDPI) ganha expressividade tal que chega a representar uma transformação fundamental no relacionamento dos povos indígenas e dos Estados nacionais nos quais se inserem territorialmente³⁵. Fato é que se expressa na DUDPI³⁶, no âmbito da ONU como sistema internacional de proteção dos direitos humanos, um significativo instrumento de luta pelos direitos indigenistas. Estes, como demonstrado, durante muito tempo foram

³² Idem, p. 179.

³³ O art. 227 da Constituição da República dispõe que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”.

³⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 184.

³⁵ APARECIDO DOS SANTOS, José. A declaração universal dos direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 35 (35-57).

³⁶ A Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada em Assembleia Geral da ONU em 13 de setembro de 2007, com 143 votos a favor, 4 contrários e 11 abstenções. Os votos contrários à declaração, frise-se, foram dos Estados canadense, estadunidense, neozelandês e australiano. Vale ressaltar que entre os motivos para a contrariedade estão “o entendimento de que as leis comunitárias infringem a universalidade constitucional” (APARECIDO DOS SANTOS, José. A declaração universal dos direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 46).

absolutamente esquecidos e considerados parte integrante, em detrimento de suas especificidades linguísticas, culturais, etc., do Estado nacional que por eles (não) respondia. De verdadeiros subcidadãos do Estado à consideração de povo autêntico e merecedor de especial respeito, a empreita para o reconhecimento da dignidade dos povos minoritários foi e tem sido bastante intensificada, promovendo-se uma superação da estrutura individualista e liberal dos direitos humanos na comunidade internacional.

A Convenção nº 169 da OIT³⁷ figura como importante exemplo de instrumento do direito internacional que promove a defesa dos direitos dos povos tradicionais, sempre visando ao estabelecimento de relacionamentos mais harmonizados entre os povos autóctones e a sociedade parametrizada em torno da lógica do Estado contemporâneo. Garante, o documento, a permanência dos índios nos territórios por eles ocupados tradicionalmente, implicando aos Estados o reconhecimento de sua especial relação com a terra³⁸. Tal Convenção internacional, ratificada pelo Brasil, tem plena vigência no ordenamento jurídico pátrio, e, em se tratando de direitos humanos, compreendidas como normas hierarquicamente acima da ordem jurídica infraconstitucional. Requer-se, por meio dela, não apenas a tutela física dos nativos, mas também seus costumes, suas necessidades territoriais, suas imposições dispostas aos Poderes Públicos no sentido de promoção de sua proteção, etc.

Sistema complementar, e não incompatível com o sistema internacional de proteção dos direitos indígenas, é o sistema normativo regional e interamericano de proteção dos direitos humanos com base no Pacto de São José da Costa Rica. Marca evolutiva da proteção coletiva dos direitos dos autóctones no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos se dá por meio da expressiva análise de sua jurisprudência. É assim que importantes sentenças, como nos casos *Plan de Sánchez v. Guatemala* (2004), *Yatama v. Nicarágua* (2005), *Moiwana v. Nicarágua* (2005), *Yakye Axa v. Paraguai* (2005)³⁹, indicaram incontestáveis avanços na defesa dos direitos coletivos dos povos indígenas. Isto indica, por outro lado, que o aparente pequeno rol de direitos humanos contidos

³⁷ Importante asseverar que a Convenção nº 169 foi ratificada no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 143/2002.

³⁸ DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 75 (75-96).

³⁹ Todas as sentenças disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>.

na Convenção Americana de Direitos Humanos não impede o grande avanço protetivo implementado por esta instância supranacional.

Assim, o direito à propriedade privada, sensivelmente modificado por meio de uma interpretação plural de sentido, ultrapassa a sua construção liberal de direito subjetivo individual e passa a compreender a sua extensão para muito além daquela forjada pelo direito civil clássico.

Ao superar o “olhar individualista”, a leitura da Corte quanto ao direito de propriedade implica alastrar o alcance da melhor interpretação acerca dos direitos coletivos, e, em especificidade, a noção de “propriedade comunal”⁴⁰.

3 A CONTRIBUIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PARA CONSOLIDAÇÃO DA REPARAÇÃO COLETIVA

A Convenção Americana de Direitos Humanos refere-se à reparação individual dos direitos humanos, ensejando no Sistema Interamericano de Direitos Humanos um debate cada vez mais crescente acerca da reparação coletiva. No entanto, é possível notar uma preocupação em considerar as medidas de reparação coletiva nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como nos casos de massacres indígenas, de violações do direito à terra, dos direitos trabalhistas ou de pessoas em regime carcerário. Em tais casos, Carlos Martíns Beristain identifica que a reparação coletiva não decorre da existência de um sujeito de direitos coletivos, mas do impacto coletivo produzido pelas violações. No caso dos Cinco Pensionistas do Peru, a Corte Interamericana considerou que a violação do direito à pensão dos afetados não passava de uma violação individual. Para que a violação aos direitos econômicos e sociais pudesse ser considerada como uma violação coletiva, seria necessário que o grupo representasse um conjunto amplo da sociedade⁴¹.

Nessa perspectiva, indaga-se o significado de uma reparação individual, sendo possível afirmar que o desenho da Corte Interamericana de Direitos Humanos está atrelado a uma concepção individualista de direitos humanos como direitos de liberdade do indivíduo oponíveis ao poder do Estado, enquanto

⁴⁰ MELO, Mário. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100003&script=sci_arttext#top3>. Acesso em: 15 set. 2014.

⁴¹ BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 392-393.

à reparação coletiva é imprescindível à noção de direitos coletivos e de direitos dos povos⁴².

A primeira vez em que a Corte Interamericana determinou a reparação coletiva com fundamento no reconhecimento de um direito coletivo de propriedade de terras foi no caso *Awas Tingni v. Nicarágua*⁴³: reconheceu que o direito territorial dos povos indígenas tem um caráter coletivo, já que se relaciona com a sua cultura e a preservação presente e futura da comunidade. Tal caso gerou impacto relevante na jurisprudência da Corte Interamericana, por retratar o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas em toda a América Latina⁴⁴. Por outras palavras, a tutela privilegiada dos direitos humanos de primeira geração, tecidos por uma pretensa continuidade histórica de afirmação destes direitos, foi rompida em favor do reconhecimento de direitos coletivos e dos direitos dos povos.

A comunidade Mayagna Awas Tingni é uma comunidade indígena da Nicarágua, reconhecida pela Constituição, que vivia de agricultura familiar e comunal, de coleta de frutas e plantas medicinais, da caça e da pesca, dentro de um espaço territorial, de acordo com o sistema tradicional de pertencimento, vinculado à organização política de uma comunidade. O Estado da Nicarágua⁴⁵ foi responsabilizado por violar o direito à terra desta comunidade indígena, ao outorgar uma concessão à Companhia Sol del Caribe S.A. para realizar, em terras Awas Tingni, trabalhos de construção de carretas e de exploração de madeira sem o consentimento da comunidade. A Comissão solicitou perante a Corte que

⁴² Victor Madrigal Borloz apud BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 397.

⁴³ Cuja teor de sentença data de 31 de agosto de 2001 e da qual foi partícipe o brasileiro Antônio A. Cançado Trindade. CIDH. *Awas Tingni v. Nicarágua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

⁴⁴ BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 395.

⁴⁵ Estado-parte da Convenção Americana (Pacto de São José da Costa Rica) desde 25 de setembro de 1979, tendo, inclusive, reconhecido a competência da Corte em 12 de fevereiro de 1991. Aduz o art. 62.3 do documento: “A Corte tem competência para conhecer qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial” (CADH. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 12 set. 2014.

o Estado da Nicarágua fosse obrigado a se abster de outorgar ditas concessões e a indenizar a comunidade, até que as terras dos indígenas fossem demarcadas.

Ao decidir o caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que a Constituição da Nicarágua reconhece e protege a propriedade comunal indígena dos Awas Tingni. O Estado não dispõe de um procedimento específico para titulação, delimitação e demarcação destas terras indígenas. Por isso, o Estado deveria adotar, em seu direito interno, medidas legislativas e administrativas necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das terras da comunidade, de acordo com os seus valores, usos e costumes.

A Corte também reconheceu a existência de uma tradição comunitária sob a forma de propriedade coletiva da terra. Este sentido de pertencimento não se centra no indivíduo, mas no grupo e na sua comunidade. A relação entre os indígenas e a terra é a base fundamental da cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Não se trata de mera posse, mas de um elemento cultural.

A partir de casos como o da comunidade Awas Tingni *v.* Nicarágua, a Corte Interamericana de Direitos Humanos incorporou a reparação de danos coletivos, como tradução do reconhecimento de direitos coletivos e direitos dos povos como direitos humanos. Por conseguinte, para Carlos Martíns Beristain, a reparação dos danos no sistema interamericano de direitos humanos deve considerar:

- a) O caráter individual ou coletivo das violações de direitos humanos: é necessário verificar o caráter individual ou coletivo do direito violado, e se o grupo afetado constitui-se em um coletivo definido ou apenas um coletivo que sofre violação em seus direitos. No caso Awas Tingni, um direito coletivo à terra foi violado⁴⁶;
- b) Prevenção ou garantia para outros coletivos: a reparação coletiva pode se referir a um grupo específico ou a reparação pode se estender a outros coletivos atingidos pela mesma violação. Atenta-se, ainda, para as garantias de não repetição como forma de reparação coletiva⁴⁷;

⁴⁶ *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos.* Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 393.

⁴⁷ *Idem*, p. 394.

- c) Tipo de efeitos: a violação dos direitos humanos pode referir-se a uma soma de efeitos individuais ou ter efeitos coletivos, como a desestruturação do tecido social, a perda de elementos de identidade comunitária, como a relação com o território ou a cultura⁴⁸;
- d) Identidade coletiva: a reparação dependerá do tipo de identidade coletiva que sofreu violação de seus direitos. Pode se tratar de um coletivo com identidades culturais diferenciadas, como no caso *Awas Tingni*, com uma definição territorial, com uma dimensão coletiva baseada em um regime de coexistência de vida, uma identidade ideológica (movimento político) ou com um elemento ligado a uma atividade profissional ou social (comerciantes)⁴⁹.

Vale considerar uma nota de fundamental importância para a definição do caso em comento que se destaca no voto fundamentado conjunto de A. A. Cañado Trindade, M. Pacheco Gómez e A. Abreu Burelli. Destacam os juízes justamente a dimensão intertemporal da forma comunitária de propriedade que prevalece entre os membros das comunidades indígenas, que, em realidade, traduz-se pela noção do sagrado. A terra para a comunidade é também substancial para o seu desenvolvimento familiar, cultural e religioso. A noção de coletividade ultrapassa aqui, inclusive, a concepção tradicional e ocidentalizada do termo, posto que se inclui na condição de manutenção da posse da terra o vínculo sagrado com os membros já falecidos (antepassados) que de forma divinizada se aderem ao solo. O direito à expressão cultural e à liberdade religiosa se configura sob o testemunho de um dos membros da dita comunidade, para o qual: *“Por eso nosotros tenemos como Cerro Sagrado. [...] Asangpas Muigeni es espíritu del monte, es igual forma como um humano, pero es um espíritu [que] vive debajo de los cerros”*⁵⁰.

Esta noção de propriedade excede a noção clássica do ocidentalizado individualismo, que, nessa seara, requer esforços de compreensão do sentido de coletivização e de vínculo da comunidade nativa à terra. Vejamos, contudo, em que sentido se moldam as sanções aplicadas ao Estado nicaraguense, bem como o modo como os danos coletivos foram entendidos.

⁴⁸ Idem, p. 394.

⁴⁹ Idem, p. 394.

⁵⁰ CIDH. Sentença do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 12 set. 2014.

4 AS IMPOSIÇÕES DA CIDH AO ESTADO NICARAGUENSE COMO RECONHECIMENTO DO DANO COLETIVO DA COMUNIDADE NATIVA

Ponto de grande relevância no procedimento processual da Corte Interamericana de Direitos Humanos se dá no sentido do esforço pela busca de um consenso para emissão da sentença condenatória ou que condene o Estado-parte nas demandas que lhe são trazidas a lume. Assim, prima-se pelo diálogo, buscando ao menos um consenso majoritário, o que indica que os julgadores que pensam diversamente apenas apontam seus votos dissidentes expondo os motivos da discordância⁵¹. Ademais, importa considerar que o art. 63 da Convenção Americana de Direitos Humanos permite à Corte determinar que seja “assegurado ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados”, e que “sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

As possibilidades da Corte em promover variados meios de reparação são notas dignas de menção. Primeiramente, por se diferenciar de outro importante sistema regional de proteção aos direitos humanos, o europeu. No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma ampla gama de modelos ressarcitórios ou compensatórios⁵² é admissível por força da abertura do art. 68.1, impondo-se aos Estados a integral observação das “obrigações de fazer e não fazer exigidas para que a vítima possa fazer valer o seu direito violado”⁵³.

No caso em comento, algumas medidas da Corte foram absolutamente importantes na tutela da comunidade indígena. Verificando restarem infringidos pelo Estado-parte os arts. 21 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (violação do direito de propriedade e do direito à proteção judicial, respectivamente), impondo a imediata adoção, no direito interno do Estado, de medidas legislativas, administrativas ou outras necessárias para a criação de um mecanismo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das

⁵¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

⁵² O art. 2º da Convenção declara que “[...] os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

⁵³ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 250.

comunidades, em conformidade com os seus valores e costumes⁵⁴. Para além das compensações pecuniárias pelos gastos com os procedimentos judiciais nacionais e internacionais e pelos sofridos danos “imateriais”, a sentença da Corte tem grande valor moral, no sentido de reprovar a conduta do Estado quanto aos direitos humanos das comunidades atingidas pelo seu desvelo. Esta parte da sentença bem esclarece que ela, *de per se*, se posta como uma sanção, desvinculando a responsabilização de sua nota clássica característica: a resposta meramente pecuniária: “La CORTE, [...] 5. Declara que la presente Sentencia constituye, per se, una forma de reparación para los miembros de La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. [...]”⁵⁵.

Desse modo, ao decidir impor ao Estado nicaraguense uma reparação coletiva em favor da comunidade Awas Tingni, o fez por meio da imposição de: (i) obrigações de não fazer: o Estado devia se abster de praticar atos que afetassem a existência, o valor, os usos e o gozo de bens na zona geográfica em que habita a comunidade indígena; (ii) medidas legislativas e administrativas para efetivar a delimitação e titulação das propriedades da comunidade indígena, de acordo com os costumes, usos e valores; (iii) reparação de danos imateriais sofridos pelos indígenas, no valor de cinquenta mil dólares, em obras e serviços de interesse coletivo em benefício da comunidade e de comum acordo com ela, sob a supervisão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e (iv) reparação de danos patrimoniais, no valor de trinta mil dólares, quanto aos gastos e às custas da comunidade e de seus representantes, nos processos internos e no processo internacional perante a Corte.

5 OS DESAFIOS DA REPARAÇÃO COLETIVA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A reparação coletiva é um desafio para os Estados, na medida em que exige, por vezes, mudanças legais, medidas socioeconômicas e a definição de políticas públicas de direitos humanos. No caso Awas Tingni, a propriedade da terra exigiu mudanças legislativas para a sua titulação. Trata-se de obrigar os Estados a respeitar a relação da comunidade com a terra, de tal modo a exigirem-se medidas legislativas e administrativas para efetivar a delimitação,

⁵⁴ Página 87 da sentença citada.

⁵⁵ Página 87 da sentença citada.

demarcação e titulação das propriedades da comunidade indígena de acordo com os seus costumes e valores⁵⁶.

No caso Awas Tingni, para que a reparação concretizasse o direito à terra, houve a necessidade de definir projetos sociais e de infraestrutura⁵⁷. Trata-se de medidas socioeconômicas, no que se refere à infraestrutura ou ao desenvolvimento local, como a realização de obras ou serviços em benefício da comunidade para reparar o dano imaterial causado. Cogita-se, todavia, do risco que tais medidas substituam as políticas públicas de desenvolvimento. Para afastá-lo, é necessário ter em consideração a perspectiva das vítimas e a análise crítica das respostas do Estado. Os projetos de reparação coletiva devem se basear em acordos sobre atividades ou infraestruturas e estabelecer mecanismos de participação e controle das decisões. Eis que a reparação deve atuar como um catalisador de desenvolvimento social destas comunidades, e não como um substituto de políticas públicas⁵⁸.

Ocorre que tais desafios acham-se, por vezes, comprometidos pelas dificuldades na fase de cumprimento das sentenças da Corte Interamericana, que acabam por reproduzir as razões que ensejaram a demanda. Sobre isso, pronunciou-se Carlos Martín Beristain, fazendo menção ao caso Awas Tingni:

El largo tiempo en el que se afrontan estos problemas hace que – varios años después de las sentencias – la situación de las comunidades siga siendo la misma, en términos prácticos. Por ejemplo, durante más de cinco años, el caso Awas Tingni ha sido conocido internacionalmente, estudiado en las universidades y se ha convertido en un referente para los pueblos indígenas y los estudios de los derechos colectivos; mientras tanto la comunidad se encontraba en las mismas circunstancias que antes de la sentencia, con un aumento de

⁵⁶ *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos.* Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 399.

⁵⁷ *Idem*, p. 398.

⁵⁸ Nas palavras do autor: “Para evitar que la reparación colectiva sustituya a las medidas de desarrollo de las políticas públicas, se necesita tener en cuenta la perspectiva de las víctimas y el análisis crítico de las respuestas del Estado, cuando trata de limitar el problema a la derivación de ciertas partidas del presupuesto. Los proyectos de reparación colectiva necesitan basarse en acuerdos sobre las actividades o infraestructuras a llevar a cabo, así como establecer algún mecanismo de participación y control en la toma de decisiones” (BERISTAIN, Carlos Martín. *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos.* Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 400-401).

*la conflictividad local con las comunidades vecinas. En el caso Yakyé Axa, tres años después de la sentencia la comunidad permanecía en la misma cuneta de la carretera, frente a la tierra adjudicada en la reparación, a la que sigue sin tener acceso.*⁵⁹

Considerando os fatos relatados pelo autor, indaga-se como dar maior efetividade às sentenças da Corte que determinam a reparação de danos coletivos. Com vistas a delinear uma resposta, retoma-se o tema do caráter punitivo da responsabilidade civil coletiva.

Referindo-se ao caráter punitivo dos *punitive damages*⁶⁰ e a sua recepção pelo Direito brasileiro⁶¹, limitada somente a casos taxativamente previstos em lei, Maria Celina Bodin de Moraes segue as lições de Stefano Rodotà sobre o tema:

[...] em certas situações os *punitive damages* têm uma razão de ser. Principalmente, por exemplo, em situações de danos coletivos nas quais é difícil identificar aqueles que tenham efetivamente sofrido o dano para fins de ressarcimento; ou então as situações nas quais a cifra determinada para a reparação do dano, após ser dividida por todos os que sofreram o dano, torna-se um valor insignificante para cada um destes, sendo que se fosse estabelecido um ressarcimento adequado na todos

⁵⁹ *Diálogos sobre la reparación. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 435.*

⁶⁰ “Tal qual delineada na tradição anglo-saxã, a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart Money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se - nesse aspecto funcional - aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.” (MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 16)

⁶¹ Na práxis norte-americana, os *punitive damages* foram estendidos da responsabilidade extrapatrimonial, que estava afeta à sua origem, para a responsabilidade patrimonial, revestindo-se de uma função de exemplaridade social. No direito brasileiro, a figura continua circunscrita ao dano extrapatrimonial (Cf. MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 18).

estes, o montante total a ser pago subiria a ponto de ter efeitos econômicos devastantes para quem o paga.⁶²

Trata-se, segundo Maria Celina Bodin de Moraes, de admitir uma figura semelhante aos *punitive damages*. Ela teria lugar, quando for necessário dar uma resposta à sociedade, ou, ainda, de aceitar-se um valor a mais da indenização na reparação de danos extrapatrimoniais, em situações que podem causar lesões a um grande número de pessoas, quando estão em jogo direitos difusos e coletivos. É a função preventivo-precautória, capaz de quantificar as probabilidades de risco. Em tais casos, o valor da indenização não teria como destinatário a vítima, mas uma coletividade de pessoas, na medida em que fosse depositado em fundos predeterminados⁶³.

No âmbito da reparação coletiva, delineada pelo sistema interamericano de direitos humanos, o caráter punitivo dos *punitive damages* pode ser relacionado ao que Carlos Martín Baristain denomina “garantias de não repetição”. É um conjunto de medidas que envolvem as mudanças legislativas, a implementação de procedimentos administrativos, as mudanças institucionais e o funcionamento de mecanismos de controle ou formação de funcionários no campo de direitos humanos ou protocolos internacionais⁶⁴. A sua importância está não apenas em ter um efeito psicológico positivo para as famílias das vítimas, mas em colocar fim à violação dos direitos humanos, restituindo os direitos das vítimas. Portanto, as garantias de não repetição são um elemento central no litígio, de tal modo a compor as medidas de reparação⁶⁵.

Entre as medidas de não repetição, Carlos Martín Baristain atenta para a possibilidade de utilização da reparação econômica com um caráter dissuasório:

⁶² Apud *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 45-77, abr./jun. 2004, p. 76.

⁶³ Idem, p.76. Neste sentido também opinam Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler: “[...] um fundo criado por lei – a gestão pública do fundo e a destinação de seus recursos a uma finalidade coletiva, isto é, transindividual (e não individual, servindo a ‘indenização’ para beneficiar exclusivamente vítima do dano), parece ser o mais adequado caminho – se utilizado de forma complementar às demais vias sancionatórias do ilícito civil – para reger os danos típicos da sociedade industrial sem que recaiamos – por vezes, por ingenuidade – nas armadilhas da desumanizante ‘lógica do mercado’” (Úsos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 25).

⁶⁴ *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 373.

⁶⁵ Idem, p. 374.

*Así, las medidas de memoria y reconocimiento tratan de rescatar una imagen positiva de la víctima, denunciar los hechos, lograr un compromiso público del Estado y transmitir esa memoria a las nuevas generaciones. La reparación económica en algunos casos puede tener también un componente disuasorio con respecto a las violaciones.*⁶⁶

Atentando-se para que o comenta o autor, é possível incluir entre as medidas de reparacão dos danos coletivos, no sistema interamericano de direitos humanos, o caráter punitivo da responsabilidade civil. Esta pode ser a melhor resposta para os casos de violacões de direitos humanos, que não cessam na fase de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direito Humanos, como no caso *Awas Tingni*. Eis que, após proferida a sentença pela Corte, a comunidade ainda se encontrava nas mesmas condições em que estava antes do julgamento do caso e em uma situacão de aumento do conflito com comunidades vizinhas⁶⁷. Os componentes dissuasório e de exemplaridade, presentes nos *punitive damages*, possibilitariam a restituicão do direito à terra, na medida em que integram a garantia de não repetiçao. Consequentemente, a reparacão coletiva atuaria não apenas por meio de uma funçao ressarcitória ou compensatória, mas por meio de uma funçao dissuasória, impondo ao Estado violador dos direitos humanos em jogo uma “indenizacão punitiva”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos prevalecia a reparacão individual dos danos, que estava atrelada à concepçao de direitos humanos como direitos de liberdade do indivíduo, oponíveis ao poder do Estado. No caso *Awas Tingni v. Nicarágua*, a Corte Interamericano de Direitos Humanos afirmou a reparacão de danos coletivos, como o resultado do reconhecimento de direitos coletivos, entre os quais o direito à terra.

Esse reconhecimento insere-se no fenômeno da ampliacão dos danos suscetíveis de reparacão, que transforma os alicerces da responsabilidade civil clássica. Porém, o dano coletivo não se confunde com o dano moral, já que este último é um dano individual. A jurisprudência brasileira, por meio do Superior Tribunal de Justiça, afastou os danos coletivos dos danos morais, entendendo-se que

⁶⁶ Idem, p. 376.

⁶⁷ Idem, p. 435.

tal identificação não passa de uma tentativa de enquadrar os novos danos em uma das categorias já disponíveis no ordenamento jurídico.

O dano coletivo não possibilita a função restitutória da responsabilidade civil, sendo-lhe indispensável uma reparação de caráter punitivo. Trata-se de dano extrapatrimonial social, que tem por finalidade reparar um dano causado à sociedade. Com amparo em Maria Celina Bodin de Moraes, sinaliza-se afirmativamente quanto à sua função punitiva, entendendo-se como uma medida preventiva capaz de evitar novas violações de direitos humanos às comunidades indígenas. Nesta perspectiva, com fundamento em Stefano Rodotà, desloca-se o centro da responsabilidade civil do ato ilícito para a proteção de direitos fundamentais.

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a reparação coletiva não se esgota nesta restituição do direito à terra. Trata-se do reconhecimento de direitos coletivos na medida em que se ligam à identidade cultural da comunidade e aos meios de desenvolvimento desta comunidade. Portanto, a restituição do direito à terra está acompanhada de medidas coletivas de reparação econômica e social. É a obrigação de realizar obras e serviços em favor do desenvolvimento econômico e social da comunidade.

Os direitos humanos ampliam as medidas de reparação coletiva, conformando-as à realidade econômica e social das comunidades indígenas e transpondo o paradigma de reparação de danos, delineado pelo modelo sanção-reparação. Nesta perspectiva, torna-se possível transpor para o sistema interamericano a função punitiva, imprescindível à reparação dos danos coletivos. Trata-se de incluí-la entre as garantias de não reparação, na medida em obriga os Estados a dar cumprimento às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e impedir novas violações aos direitos das comunidades indígenas.

REFERÊNCIAS

APARECIDO DOS SANTOS, José. A declaração universal dos direitos dos povos indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

BERISTAIN, Carlos Martins. *Diálogos sobre la reparación*. Qué reparar en casos de violaciones de derechos humanos. Quito: Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, 2009.

CIDH. Sentença do caso *Awas Tingni v. Nicarágua*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdfZ>. Acesso em: 12 set. 2014.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

FIGUEIREDO, Cândido. Novo Dicionário da Língua Portuguesa, p. 1843. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do inadimplemento das obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, v. V, t. II (artigos 389 a 420), 2004.

_____; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *CEJ*, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MELO, Mário. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100003&script=sci_arttext#top3>. Acesso em: 15 set. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 18, p. 45-77, abr./jun. 2004.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. In: _____. MENESES, Maria Paula (Org.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

VIOLA, Rafael. O papel da responsabilidade civil na tutela coletiva. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. II.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 31, p. 121-148, 2013.

O NOVO REGIME JURÍDICO DAS PARCERIAS VOLUNTÁRIAS PREVISTO NA LEI Nº 13.019, DE 31 DE JULHO DE 2014

*THE NEW LEGAL REGIME FOR VOLUNTARY PARTNERSHIPS UNDER LAW
N. 13.019, OF JULY 31, 2014*

Silvio Luís Ferreira da Rocha¹

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUCSP

RESUMO: O presente artigo analisa o novo Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias previsto na Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, em especial os termos de colaboração e de fomento, para disciplinar a transferência de recursos financeiros entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação para a consecução de finalidades de interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias voluntárias; termos de colaboração e fomento.

ABSTRACT: *This article analyzes the new Legal Regime of Voluntary Partnerships under Law nº 13.010, of July 31, 2014, in particular the terms of collaboration and promoting, to discipline the transfer of*

financial resources between the public administration and civil society organizations civil, under a mutual cooperation to achieve the purposes of public interest.

KEYWORDS: *Voluntary partnerships; terms of collaboration and promotion.*

SUMÁRIO: 1 Âmbito de aplicação; 2 Fundamentos do regime geral; 3 Princípios jurídicos; 4 Espécies de parcerias voluntárias; 5 O termo de fomento; 6 O termo de colaboração; 7 Do chamamento público; 8 Dos requisitos para celebração do termo de colaboração e do termo de fomento; 9 Formalização; 10 Da liberação dos recursos; 11 Das vedações; 12 Das contratações realizadas pelas organizações da sociedade civil; 13 Das obrigações do

¹ Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUCSP. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUCSP, São Paulo, Brasil.

gestor; 14 Do monitoramento e avaliação; 15 Da prestação de contas; 16 Das sanções administrativas à entidade.

SUMMARY: 1 Scope; 2 Fundamentals of general administration; 3 Legal principles; 4 Voluntary partnerships species; 5 The termo de fomento; 6 The term collaboration; 7 Public calling; 8 The requirements for the term celebration of collaboration and the terms of development; 9 Formalization; 10 The release of resources; 11 Prohibitions; 12 The signings of performed by civil society organizations; 13 The obligations of the manager; 14 Monitoring and evaluation; 15 The accountability; 16 Administrative sanctions to organization.

1 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, estabeleceu normas gerais para disciplinar as relações de cooperação das parcerias voluntárias entre a Administração Pública, por meio dos entes e órgãos, e as entidades qualificadas de organizações da sociedade civil². Entendemos por *normas gerais*: (a) preceitos que estabeleçam princípios, fundamentos, diretrizes e critérios básicos de leis que necessariamente terão de sucedê-los para completar a regência da matéria; ou (b) preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o País, por se tratarem de aspectos nacionalmente indiferentes, que repercutem com neutralidade em quaisquer das regiões do país³. De acordo com Lúcia Valle Figueiredo, as normas gerais

disciplinam, de forma homogênea, para as pessoas políticas federativas, nas matérias constitucionalmente permitidas, para garantia da segurança e certeza jurídicas, [...] não podem ter conteúdo particularizante que afete a autonomia dos entes federados [...] [e] estabelecem diretrizes sobre o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos.⁴

² “Art. 1º Esta lei institui normas gerais para as parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, estabelecidas pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, com organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com as organizações da sociedade civil; e institui o termo de colaboração e o termo de fomento.”

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 539-540.

⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 479.

Por parcerias voluntárias a referida lei, no art. 2º, III, considera qualquer modalidade de acordo, que envolva ou não transferências voluntárias de recursos financeiros, entre Administração Pública e organizações da sociedade civil para ações de interesse recíproco em regime de mútua cooperação.

As parcerias voluntárias são instrumentos de fomento social. A atividade administrativa de fomento é uma atividade indireta que visa a estimular a ação dos agentes privados considerada de relevante interesse ou utilidade pública. Com efeito, a atividade administrativa é uma atividade teleológica que se caracteriza pelo conjunto de atos e procedimentos realizados pela Administração Pública com vistas à satisfação das necessidades coletivas⁵. Contudo, o alcance dessas finalidades pode ser feito de modo direto e imediato, casos em que o agir da Administração produz e alcança o fim almejado ou de modo indireto e mediato, caso em que a atividade administrativa manifesta-se por meios de fatos, atos e procedimentos que, em si mesmos, não tendem a obter a satisfação das necessidades coletivas, que são satisfeitas pela Administração de maneira indireta e mediata, mediante a promoção de certas atividades dos particulares⁶.

A atividade administrativa de fomento pode ser definida como a ação da administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação⁷.

⁵ ESCOLA, Hector Jorge. *Compêndio de derecho administrativo*, v. II, p. 857.

⁶ ESCOLA, Hector Jorge. *Compêndio de derecho administrativo*, v. II, p. 858. O fomento decorre do chamado princípio da subsidiariedade que, por sua vez, decorre da ideia que o Estado não deve desenvolver atividades que possam ser desempenhadas a contento pelos particulares. Nesse caso, o Estado deve apenas auxiliá-las com recursos a desempenhar essas atividades. É o chamado Estado Subsidiário. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na Administração Pública*. 3. ed., p. 24), o princípio da subsidiariedade, embora bem anterior à nova concepção do Estado de Direito Democrático, assume agora importância fundamental na definição do papel do Estado. Fruto da Doutrina Social da Igreja retratada nas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II, do princípio da subsidiariedade é possível concluir pela primazia da iniciativa privada sobre a estatal de modo a acarretar ao Estado o dever de: a) abster-se de exercer atividades que a iniciativa privada tenha condições de exercer por seus próprios recursos; b) fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada de modo a viabilizar o sucesso dos seus empreendimentos. As técnicas administrativas de fomento não são atuais; eram conhecidas na Idade Média. A valorização e o auge da atividade de fomento estão ligados à aparição do moderno Estado Social de Direito, que vendo muito mais do que a simples garantia da ordem pública, pois procura atender e satisfazer uma série de necessidades e exigências da comunidade, que são de interesse público e que podem ser adequadamente alcançadas por meio da atividade particular, que por isso mesmo é protegida e estimulada pela administração.

⁷ ESCOLA, Hector Jorge. *Compêndio de derecho administrativo*, v. II, p. 858.

O fomento pode dar-se por diversos meios ou formas. Os diversos meios ou formas de que pode servir-se a Administração para realizar sua atividade de fomento têm sido objeto de classificação que levam em conta a forma de atuação da Administração sobre a vontade dos particulares e os tipos de vantagens que se outorgam para a proteção ou promoção das atividades.

Uma das formas mais comum é o fomento econômico, pelo qual a Administração Pública repassa recursos aos entes privados. As parcerias voluntárias disciplinadas nesta lei, como dito, constituem espécie de fomento social econômico. A presente lei busca, em última análise, estabelecer o regime jurídico de base que irá disciplinar as relações de cooperação entre a Administração Pública e parte das entidades integrantes do denominado terceiro setor.

O nome *terceiro setor* indica os entes que estão situados entre os setores empresarial e estatal. Os entes que integram o terceiro setor são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público. De acordo com Boaventura de Souza Santos, o terceiro setor é formado por um

conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam a fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais.⁸

São distintos os conceitos de organização da sociedade civil, de organização da sociedade civil de interesse público – Oscip – cuja definição nós encontramos na Lei nº 9.790, de 23.03.1999, e o de Organização Social, descrito na Lei nº 9.637/1990. Pela proximidade dos termos, é possível que ocorra certa confusão.

Todas são entidades privadas sem fins lucrativos. Todas seriam, portanto, Organização da Sociedade Civil, pois a referida lei no art. 2º, I, considera *organização da sociedade civil* a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou

⁸ *A reinvenção solidária e participativa do Estado*, p. 13, apud QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*, p. 19.

parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva. A diferença é que as outras recebem, ainda, uma qualificação especial do Poder Público, respectivamente, a qualificação de *interesse público* e *organização social*.

A Lei nº 9.790, de 23.03.1999, por exemplo, considera organização da sociedade civil de interesse público – Oscip as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que seus objetivos sociais e normas estatutárias atendam a requisitos instituídos na referida lei e que sejam qualificadas por ato administrativo como sociedade civil de interesse público. Em resumo, as associações, as sociedades civis sem fins lucrativos e as fundações. As sociedades civis, as cooperativas, os sindicatos e os partidos políticos não podem obter a qualificação de Oscip porque a elas foi expressamente negada esta possibilidade pelo art. 2º da Lei nº 9.790/1999. Obtida a qualificação de Oscip, o Poder Público pode fomentar com recursos econômicos as atividades dela mediante a celebração de termo de parceria.

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, resultado do projeto de conversão da Medida Provisória nº 1.648, criou e disciplinou as organizações sociais. A criação da organização social foi um dos frutos produzidos pela Reforma do Estado, iniciada pelo Governo Collor e levada adiante no Governo Fernando Henrique, marcada por fortes traços do neoliberalismo e que recorre à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos. As organizações sociais estariam inseridas nessa proposta de reforma do Estado; elas seriam vistas como um meio de alcançar o objetivo de “incentivo à gestão direta pela comunidade de serviços sociais e assistenciais, fora do aparato burocrático do Estado, porém com apoio direto dele e com sua assistência permanente (organizações não governamentais, associações de utilidade pública, escolas comunitárias)”⁹.

A organização social foi inicialmente concebida para atuar como instrumento de “publicização”, nome escolhido pelos mentores da reforma administrativa do Estado para designar a transferência de atividades do Estado em setores como educação, saúde, cultura, ciência e tecnologia para o setor

⁹ MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma administrativa: marco legal das organizações sociais no Brasil. BDA – Boletim de Direito Administrativo, p. 239, abr. 1998.

privado, mas designado de público não estatal¹⁰ mediante a transformações de entes públicos, como as fundações públicas, em entes privados sem fins lucrativos, as chamadas organizações sociais.

Daí o texto da Lei nº 9.637/1998 ter mencionado, no art. 20, a criação por Decreto do Programa Nacional de Publicização – PNP com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades referidas no art. 1º e desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União e no art. 21 extinto o *Laboratório Nacional de Luz Síncrotron*, integrante da estrutura do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPQ, e a *Fundação Roquete Pinto*, entidade vinculada à Presidência da República, e autorizado à absorção das atividades e acervo dessas entidades por organizações sociais¹¹.

As organizações sociais não se prestam, tão somente, a absorver competências, patrimônio e servidores de entes públicos extintos; elas podem, também, exercer atividades socialmente relevantes, não de competência exclusiva do Poder Público, mas incentivada por ele mediante o repasse dos recursos previstos no contrato de gestão.

A Lei nº 9.637, de 15.05.1998, estabeleceu requisitos que devem ser preenchidos pela pessoa jurídica privada que pretenda obter da Administração a qualidade de organização social. Esses requisitos estão relacionados com a natureza da pessoa jurídica, o objetivo social, a finalidade e a estrutura dos seus órgãos deliberativos e, uma vez preenchidos, habilitam a pessoa jurídica a requerer, perante a Administração, o reconhecimento da qualidade de organização social. De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, somente uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que

¹⁰ De acordo com Luiz Carlos Bresser Pereira (Estratégia e estrutura para um novo Estado. *Revista do Serviço Público*, a. 48, n. 1, p. 19, jan./abr. 1997). A terminologia propriedade pública não-estatal ou não-governamental é frequente na comunidade anglo-saxônica. Nos Estados Unidos, todas as universidades são organizações públicas não-estatais. Podem ser convencionalmente consideradas “privadas” ou “estaduais”, mas, a rigor, as “privadas” não visam ao lucro, e as “estaduais” não empregam servidores públicos. Todas são parcialmente financiadas ou subsidiadas pelo Estado – as “privadas” menos do que as “estaduais”, mas são entidades independentes, controladas por conselhos de direção que representam a sociedade civil e, minoritariamente, o governo. No Reino Unido, as universidades e os hospitais sempre estiveram sob o controle do Estado: agora já não é assim; são hoje “organizações quase não-governamentais” (*quasi non-governmental organizations – Quangos*). Não foram privatizadas: passaram do controle do Estado para o controle público.

¹¹ As atividades e os bens do Laboratório Nacional de Luz Síncrotron e da Fundação Roquete Pinto foram trespassados, respectivamente: a Associação Brasileira de Tecnologia de Luz Síncrotron – ABTLuS e Associação de Comunicação Educativa Roquette Pinto – ACERP.

se dedique à atividade de ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde¹² pode tornar-se uma organização social.

Enquanto pessoa jurídica de direito privado, a candidata a tornar-se uma organização social submete-se, no que tange à sua constituição, ao regime jurídico privado, que está estruturado em torno dos princípios da autonomia privada e da igualdade das partes, e que permite aos particulares, sob o regime de cooperação, estabelecer as normas a que querem submeter-se e as finalidades que pretendem alcançar. Entretanto, não é qualquer pessoa jurídica de direito privado que pode ser reconhecida como organização social, mas tão somente aquelas cujos estatutos sociais não prevejam fins lucrativos.

A Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, ora em análise, excluiu, expressamente, do dever de observar as exigências dela a transferência de recursos por meio de contrato de gestão celebrado com organizações sociais (art. 3º, III)¹³. Não obstante essa exclusão, podemos pugnar pela aplicação analógica dos dispositivos da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, às relações jurídicas travadas entre a Administração Pública e as organizações sociais, dadas as semelhanças fáticas e jurídicas entre as relações estabelecidas pelo Poder Público com as organizações da sociedade civil e as relações estabelecidas pelo Poder Público e as organizações sociais. Não fosse assim, a Lei nº 13.010, de 31 de julho de 2014, não poderá realizar a pretensão de constituir-se em autêntica norma geral para a cooperação entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil.

Em relação às organizações da sociedade civil de interesse público, o art. 4º da Lei nº 13.010, de 31 de julho de 2014, determinou a sua incidência no

¹² “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 os requisitos previstos nesta lei.”

¹³ “Art. 3º Não se aplicam as exigências desta lei: I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitarem com esta lei, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento; II - às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário; III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.”

que couber¹⁴. A referida lei exclui, também, de sua incidência as transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional e transferências voluntárias legais, nos termos do art. 3º da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

2 FUNDAMENTOS DO REGIME GERAL

Os fundamentos do regime geral das parcerias voluntárias com organizações da sociedade civil consistem na gestão pública democrática, na participação social, no fortalecimento da sociedade civil, na transparência na aplicação dos recursos públicos.

O regime geral das parcerias voluntárias apoia-se nas diretrizes gerais da solidariedade, da cooperação, do respeito à diversidade para a construção de valores de cidadania e de inclusão social e produtiva; da promoção do desenvolvimento local, regional e nacional, inclusivo e sustentável; do direito à informação, à transparência e ao controle social das ações públicas; da integração dos procedimentos, mecanismos e instâncias de participação social; da valorização da diversidade cultural e da educação para a cidadania ativa; da promoção e a defesa dos direitos humanos; da preservação, conservação e proteção dos recursos hídricos e do meio ambiente; da valorização dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais; da preservação e da valorização do patrimônio cultural brasileiro, em suas dimensões material e imaterial; da observância dos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência; da eficácia.

Todas essas diretrizes gerais alinham-se com os objetivos sociais perseguidos pelas entidades que integram o terceiro setor, que buscam, em última análise, aperfeiçoar o exercício da cidadania pelo reconhecimento da liberdade, da diversidade, do multiculturalismo e do absoluto respeito aos direitos fundamentais e humanos.

Guiam o regime jurídico de colaboração ou de fomento, nos termos do art. 6º, a promoção, o fortalecimento institucional, a capacitação e o incentivo à organização da sociedade civil para a cooperação com o Poder Público; a priorização do controle de resultados; o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação; o fortalecimento

¹⁴ “Art. 4º Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, às relações da Administração Pública com entidades qualificadas como organizações da sociedade civil de interesse público, de que trata a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, regidas por termos de parceria.”

das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações com as organizações da sociedade civil; o estabelecimento de mecanismos que ampliem a gestão de informação, transparência e publicidade; a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos; a sensibilização, a capacitação, o aprofundamento e o aperfeiçoamento do trabalho de gestores públicos no implemento de atividades e projetos de interesse público e relevância social com organizações da sociedade civil; a adoção de práticas de gestão administrativa necessária e suficiente para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidas, em decorrência da participação no respectivo processo decisório ou ocupação de posições estratégicas; a promoção de soluções derivadas da aplicação de conhecimentos, da ciência e tecnologia e da inovação para atender necessidades e demandas de maior qualidade de vida da população em situação de desigualdade social.

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O regime jurídico das parcerias voluntárias subordina-se aos princípios jurídicos de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além, também, dos princípios de legitimidade, economicidade e eficácia.

Além disso, considero que deve incidir, também, nessas relações de fomento o princípio da repartição ou compartilhamento dos gastos, de modo que o Poder Público exigisse da organização social o investimento de recursos próprios no desenvolvimento das ações contempladas no plano de trabalho, objeto da atividade administrativa de fomento. Tal princípio afastaria entidades privadas que vislumbram nessa atividade administrativa de fomento tão somente uma oportunidade para obter recursos públicos.

4 ESPÉCIES DE PARCERIAS VOLUNTÁRIAS

As parcerias voluntárias e respectivos regimes jurídicos objetivam, em sentido amplo, fomentar, por parte da Administração, a atividade desenvolvida pelo ente privado.

A referida lei na atividade administrativa de fomento das ações das organizações da sociedade civil distinguiu entre *termo de colaboração* e *termo de fomento* e, portanto, entre *colaboração* ou *fomento* a partir da iniciativa da ação. Chamou de *fomento* a consecução de finalidades de interesse público proposta pela organização da sociedade civil e de *colaboração* a consecução de finalidades de interesse público proposta pela administração pública (art. 2º, VII e VIII).

A atividade administrativa de fomento – enquanto gênero – financeira e a colaboração entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil e o fomento, em sentido estrito, das organizações da sociedade civil pela Administração Pública. O regime jurídico de base, isto é, o conjunto de regras aplicáveis, seria similar; o que mudaria seria o ente proponente dos fins atingíveis: a Administração na colaboração e a organização social no fomento.

A celebração e a formalização do termo de colaboração e do termo de fomento dependeriam da adoção das seguintes providências pela Administração Pública: I – realização de chamamento público, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei; II – indicação expressa da existência de prévia dotação orçamentária para execução da parceria; III – demonstração de que os objetivos e as finalidades institucionais e a capacidade técnica e operacional da organização da sociedade civil foram avaliados e são compatíveis com o objeto; IV – aprovação do plano de trabalho, a ser apresentado nos termos da lei. Nesse aspecto, o Plano de Trabalho deverá, nos termos do art. 22 da referida lei, a) diagnosticar a realidade que será objeto das atividades da parceria, com a demonstração da relação de adequação entre essa realidade e as atividades ou metas a serem atingidas; b) descrever, de forma detalhada, as metas quantitativas e mensuráveis e atividades executáveis com o esclarecimento preciso e detalhado do que pretende realizar ou obter, bem como quais serão os meios utilizados para tanto; c) indicar o prazo para a execução das atividades e o cumprimento das metas; d) definir os indicadores, qualitativos e quantitativos, a serem utilizados para a aferição do cumprimento das metas; e) descrever os elementos que demonstrem a compatibilidade dos custos com os preços praticados no mercado ou com outras parcerias da mesma natureza, com elementos indicativos da mensuração desses custos, como cotações, tabelas de preços de associações profissionais, publicações especializadas ou quaisquer outras fontes de informação disponíveis ao público; f) elaborar o plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pela Administração Pública; g) estimar os valores a serem recolhidos para pagamento de encargos previdenciários e trabalhistas das pessoas envolvidas diretamente na consecução do objeto, durante o período de vigência proposto; h) descrever os valores a serem repassados, mediante cronograma de desembolso compatível com os gastos das etapas vinculadas às metas do cronograma físico; i) definir o modo e a periodicidade das prestações de contas, compatíveis com o período de realização das etapas vinculadas às metas e com o período de vigência da parceria, não se admitindo periodicidade superior a 1 (um) ano ou que dificulte a verificação física do cumprimento do objeto; j) definir os prazos de análise

da prestação de contas pela Administração Pública responsável pela parceria; V – emissão de parecer de órgão técnico da Administração Pública, que deverá pronunciar-se, de forma expressa, a respeito: a) do mérito da proposta, em conformidade com a modalidade de parceria adotada; b) da identidade e da reciprocidade de interesse das partes na realização, em mútua cooperação, da parceria prevista nesta lei; c) da viabilidade de sua execução, inclusive no que se refere aos valores estimados, que deverão ser compatíveis com os preços praticados no mercado; d) da verificação do cronograma de desembolso previsto no plano de trabalho, e se esse é adequado e permite a sua efetiva fiscalização; e) da descrição de quais serão os meios disponíveis a serem utilizados para a fiscalização da execução da parceria, assim como dos procedimentos que deverão ser adotados para avaliação da execução física e financeira, no cumprimento das metas e objetivos; f) da descrição de elementos mínimos de convicção e de meios de prova que serão aceitos pela Administração Pública na prestação de contas; g) da designação do gestor da parceria; h) da designação da comissão de monitoramento e avaliação da parceria; i) da aprovação do regulamento de compras e contratações apresentado pela organização da sociedade civil, demonstrando a compatibilidade entre a alternativa escolhida e a natureza e o valor do objeto da parceria, a natureza e o valor dos serviços, e as compras passíveis de contratação, conforme aprovado no plano de trabalho; VI – emissão de parecer jurídico do órgão de assessoria ou consultoria jurídica da Administração Pública acerca da possibilidade de celebração da parceria, com observância das normas desta lei e da legislação específica.

5 O TERMO DE FOMENTO

O fomento, como dito, em sentido estrito, destina-se a atingir as finalidades de interesse público propostas pela Organização da Sociedade Civil. Define-o o art. 17 da referida lei:

O termo de fomento deve ser adotado pela Administração Pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação com a Administração Pública, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta lei.

O meio para a apresentação de propostas pela organização da sociedade civil será o *procedimento de manifestação de interesse social* previsto no art. 18 da referida lei. O procedimento de manifestação de interesse social, guardadas as devidas proporções, reproduz o procedimento de manifestação de interesse previsto no art. 21 da Lei Geral de Concessões e no § 1º do art. 3º da Lei nº 11.079/2004, cuja regulamentação, no âmbito federal, ocorreu pelo Decreto nº 5.997/2006, que, basicamente, consiste no procedimento pelo qual os particulares demonstram os respectivos interesses em propor estudos, projetos e soluções para a Administração Pública com o objetivo de estruturar para o futuro um projeto de concessão desdobrado nas fases de (i) de solicitação de contribuições de particulares, (ii) análise das contribuições e definição do projeto escolhido e (iii) incorporação e aproveitamento da contribuição com a deliberação de ressarcimento do particular pela transferência dos direitos sobre o projeto.

Por meio do procedimento de manifestação de interesse social, as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos podem apresentar propostas ao Poder Público para que este avalie a possibilidade de realizar um chamamento público com objetivo de celebrar a parceria. A proposta a ser encaminhada à Administração Pública deverá identificar o subscritor; indicar o interesse público envolvido; realizar o diagnóstico da realidade que se quer modificar, aprimorar ou desenvolver, demonstrar como fazê-lo, e, quando possível, indicar a viabilidade dos custos, dos benefícios e dos prazos de execução da ação pretendida.

A Administração Pública, preenchidos os requisitos *supra*, deverá tornar pública a proposta em seu sítio eletrônico e, verificada a conveniência e oportunidade para realização do procedimento de manifestação de interesse social, o instaurará para oitiva da sociedade sobre o tema.

6 O TERMO DE COLABORAÇÃO

A colaboração, por sua vez, consiste na consecução de planos de trabalho propostos pela Administração Pública em regime de mútua cooperação com as organizações da sociedade civil.

7 DO CHAMAMENTO PÚBLICO

A escolha da organização da sociedade civil, tanto na colaboração, como no fomento, não é livre, mas deve resultar de um procedimento objetivo de escolha denominado chamamento público, conforme preveem os arts. 16 e 17, definido

pela lei, no art. 2º, XII, como o *procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

Cuida-se, em última análise, de um tipo simplificado de licitação não sujeita ao regime geral previsto na Lei nº 8.666/1993, mas imbuído da mesma finalidade de assegurar aos interessados em celebrar parcerias com a Administração Pública iguais oportunidades.

O chamamento público será precedido de critérios e indicadores padronizados sobre objetos, metas, métodos, custos, planos de trabalho, indicadores, quantitativos e qualitativos, de avaliação de resultados.

O edital do chamamento público deverá ser amplamente divulgado em página do sítio oficial do órgão ou entidade na internet. O edital especificará, no mínimo: I – a programação orçamentária que autoriza e fundamenta a celebração da parceria; II – o tipo de parceria a ser celebrada; III – o objeto da parceria; IV – as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas; V – as datas e os critérios objetivos de seleção e julgamento das propostas, inclusive no que se refere à metodologia de pontuação e ao peso atribuído a cada um dos critérios estabelecidos, se for o caso; VI – o valor previsto para a realização do objeto; VII – a exigência de que a organização da sociedade civil possua: a) no mínimo, 3 (três) anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ; b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante; c) capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades previstas e o cumprimento das metas estabelecidas.

É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, a exemplo do que ocorre para os procedimentos licitatórios em geral. Cuida-se, no caso, de aplicação do princípio da igualdade que proíbe tratamento discriminatório entre os interessados, embora comporte o estabelecimento de requisitos mínimos de participação, desde que estejam justificados lógica e juridicamente.

O critério de julgamento do chamamento público será o grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou ação em que se insere o tipo de parceria e ao valor de referência.

As propostas serão julgadas por uma comissão de seleção previamente designada, nos termos da lei. As comissões são compostas, no mínimo, de três membros, nomeados por ato da autoridade, sendo que 2/3 (dois terços) de seus membros serão servidores ocupantes de cargos permanentes do quadro de pessoal da Administração Pública realizadora do chamamento público.

A comissão será permanente se for instituída para dirigir, coordenar, a generalidade dos chamamentos públicos da entidade. Caracteriza-se por ser vitalícia, isto é, predisposta a operar por prazo indeterminado e não se extingue com a conclusão de sucessivos chamamentos – o que não quer dizer, no entanto, que os membros que a compõem sejam, também, vitalícios. A comissão será especial se for criada para dirigir, coordenar um chamamento público específico, determinado. Para cada chamamento público será designado nova comissão.

Será impedida de participar da comissão de seleção pessoa que, nos últimos 5 (cinco) anos, tenha mantido relação jurídica com, ao menos, 1 (uma) das entidades em disputa. Configurado o impedimento previsto, deverá ser designado membro substituto que possua qualificação equivalente à do substituído.

A Administração Pública homologará e divulgará o resultado do julgamento em página do sítio oficial da Administração Pública na internet ou em sítio eletrônico oficial equivalente.

Somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a Administração Pública procederá à verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada dos requisitos previstos no inciso VII do § 1º do art. 24. Na hipótese de a organização da sociedade civil selecionada não atender aos requisitos exigidos no inciso VII do § 1º do art. 24, aquela imediatamente mais bem classificada será convidada a aceitar a celebração de parceria nos mesmos termos ofertados pela concorrente desqualificada.

A regra é a realização do chamamento público, mas há exceções ora reconhecidas como *casos de dispensa*, como os casos de urgência, guerra ou grave perturbação, ora reconhecidas como *casos de inexigibilidade*.

Nas hipóteses de dispensa, a Administração pode providenciar o chamamento público, mas situações de urgência ou emergência recomendam a dispensa do procedimento objetivo de escolha porque a demora em sua realização mostra-se incompatível com a atuação que se espera do particular.

O tema encontra-se disciplinado no art. 30 da citada lei, que autoriza a Administração a dispensar o chamamento público: I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público realizadas no âmbito de parceria já celebrada, limitada a vigência da nova parceria ao prazo do termo original, desde que atendida à ordem de classificação do chamamento público, mantidas e aceitas as mesmas condições oferecidas pela organização da sociedade civil vencedora do certame; II - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública, para firmar parceria com organizações da sociedade civil que desenvolvam atividades de natureza continuada nas áreas de assistência social, saúde ou educação, que prestem atendimento direto ao público e que tenham certificação de entidade beneficente de assistência social, nos termos da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009; III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança.

A dispensa do chamamento público configura, nesse caso, exercício de competência administrativa discricionária, de modo que a Administração, diante de hipótese que autorize a dispensa, deverá deliberar se é o caso de realizar o chamamento, ainda assim.

Hipótese diversa ocorre na situação de inexigibilidade do chamamento público, porque, nesse caso, não há possibilidade de competição entre as organizações da sociedade civil, em razão da natureza singular do objeto do plano de trabalho ou quando as metas somente puderem ser atingidas por uma entidade específica.

Na inexigibilidade, há a falta de pressuposto lógico que inviabiliza a competição, o certame. De regra, a inexigibilidade ocorre ou porque serviço pretendido é único, que não pode ser comparado, ou porque não há pluralidade de interessados. O serviço é singular ou único em decorrência do estilo ou cunho pessoal de seu prestador. O serviço destaca-se pela marca pessoal expressada em características científicas, técnicas ou artísticas. Trata-se, na verdade, de um estilo ou orientação pessoal. Interessa, no entanto, a singularidade relevante, isto é, os fatores singulares de um dado serviço apresentam realce para a satisfação

da necessidade administrativa e autorizam a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro¹⁵.

8 DOS REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE COLABORAÇÃO E DO TERMO DE FOMENTO

A lei, no art. 33, exige o atendimento de certos requisitos pelas organizações da sociedade civil nos respectivos estatutos. Eles deverão conter normas que disponham, expressamente, sobre: I – objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social; II – a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de atribuição para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas; III – a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido à outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta. Foram dispensados da obrigação de transferir o patrimônio a outras pessoas jurídicas de igual direito os serviços sociais autônomos destinatários de contribuições dos empregadores incidentes sobre a folha de salários; IV – normas de prestação de contas sociais a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade, por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e demonstrações financeiras da entidade, incluídas as certidões negativas de débitos com a Previdência Social e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão.

Para celebração das parcerias previstas nesta lei, as organizações da sociedade civil deverão apresentar nos termos do art. 34: I – prova da propriedade ou posse legítima do imóvel, caso seja necessário à execução do objeto pactuado; II – certidões de regularidade fiscal, previdenciária, tributária, de contribuições e de dívida ativa, de acordo com a legislação aplicável de cada ente federado; III – certidão de existência jurídica expedida pelo cartório de registro civil ou cópia do estatuto registrado e eventuais alterações; IV – documento que evidencie a situação das instalações e as condições materiais da entidade, quando essas instalações e condições forem necessárias para a realização do objeto pactuado; V – cópia da ata de eleição do quadro dirigente atual; VI – relação nominal

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed., p. 548.

atualizada dos dirigentes da entidade, com endereço, número e órgão expedidor da carteira de identidade e número de registro no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB de cada um deles; VII – cópia de documento que comprove que a organização da sociedade civil funciona no endereço registrado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB; VIII – regulamento de compras e contratações, próprio ou de terceiro, aprovado pela Administração Pública celebrante, em que se estabeleça, no mínimo, a observância dos princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo e a busca permanente de qualidade e durabilidade.

Caso o parecer técnico ou o parecer jurídico conclua pela possibilidade de celebração da parceria com ressalvas, deverá o administrador público cumprir o que houver sido ressalvado ou, mediante ato formal, justificar as razões pelas quais deixou de fazê-lo.

Na hipótese de o gestor da parceria deixar de ser agente público ou ser lotado em outro órgão ou entidade, o administrador público deverá designar novo gestor, assumindo, enquanto isso não ocorrer, todas as obrigações do gestor, com as respectivas responsabilidades.

Deverá constar, expressamente, do próprio instrumento de parceria ou de seu anexo que a organização da sociedade civil cumpre as exigências constantes do inciso VII do § 1º do art. 24 da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

Caso a organização da sociedade civil adquira equipamentos e materiais permanentes com recursos provenientes da celebração da parceria, o bem será gravado com cláusula de inalienabilidade e ela deverá formalizar promessa de transferência da propriedade à Administração Pública na hipótese de sua extinção. Será obrigatória a estipulação do destino a ser dado aos bens remanescentes da parceria. Os bens remanescentes adquiridos com recursos transferidos poderão, a critério do administrador público, ser doados quando, após a consecução do objeto, não forem necessários para assegurar a continuidade do objeto pactuado, observado o disposto no respectivo termo e na legislação vigente.

A organização da sociedade civil indicará ao menos 1 (um) dirigente que se responsabilizará, de forma solidária, pela execução das atividades e pelo cumprimento das metas pactuadas na parceria, devendo essa indicação constar do instrumento da parceria.

9 FORMALIZAÇÃO

O termo de colaboração ou de fomento deve, obrigatoriamente, descrever: I – o objeto pactuado; II – a obrigação das partes; III – o valor total do repasse e o cronograma de desembolso; IV – a classificação orçamentária da despesa, mencionando-se o número, a data da nota de empenho e a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura, de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro; V – a contrapartida, quando for o caso, e a forma de sua aferição em bens e/ou serviços necessários à consecução do objeto; VI – a vigência e as hipóteses de prorrogação; VII – a obrigação de prestar contas com definição de forma e prazos; VIII – a forma de monitoramento e avaliação, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade ou, se for o caso, a indicação da participação de apoio técnico nos termos previstos no § 1º do art. 58 desta lei; IX – a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta lei; X – a definição, se for o caso, da titularidade dos bens e direitos remanescentes na data da conclusão ou extinção da parceria e que, em razão dessa, houverem sido adquiridos, produzidos ou transformados com recursos repassados pela Administração Pública; XI – a estimativa de aplicação financeira e as formas de destinação dos recursos aplicados; XII – a prerrogativa do órgão ou da entidade transferidora dos recursos financeiros de assumir ou de transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade; XIII – a previsão de que, na ocorrência de cancelamento de restos a pagar, o quantitativo possa ser reduzido até a etapa que apresente funcionalidade; XIV – a obrigação de a organização da sociedade civil manter e movimentar os recursos na conta bancária específica da parceria em instituição financeira indicada pela Administração Pública; XV – o livre acesso dos servidores dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos, do controle interno e do Tribunal de Contas correspondentes aos processos, aos documentos, às informações referentes aos instrumentos de transferências regulamentados por esta lei, bem como aos locais de execução do objeto; XVI – a faculdade dos partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo, com as respectivas condições, sanções e delimitações claras de responsabilidades, além da estipulação de prazo mínimo de antecedência para a publicidade dessa intenção, que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias; XVII – a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução da parceria, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia-

Geral da União, em caso de os partícipes serem da esfera federal, administração direta ou indireta; XVIII – a obrigação de a organização da sociedade civil inserir cláusula, no contrato que celebrar com fornecedor de bens ou serviços com a finalidade de executar o objeto da parceria, que permita o livre acesso dos servidores ou empregados dos órgãos ou das entidades públicas repassadoras dos recursos públicos, bem como dos órgãos de controle, aos documentos e registros contábeis da empresa contratada, nos termos desta lei, salvo quando o contrato obedecer a normas uniformes para todo e qualquer contratante; XIX – a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo gerenciamento administrativo e financeiro dos recursos recebidos, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, de investimento e de pessoal; XX – a responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relativos ao funcionamento da instituição e ao adimplemento do termo de colaboração ou de fomento, afastada a responsabilidade solidária ou subsidiária da Administração Pública pelos respectivos pagamentos.

O termo de fomento e o termo de colaboração somente produzirão efeitos jurídicos após a publicação dos respectivos extratos no meio oficial de publicidade da Administração Pública.

10 DA LIBERAÇÃO DOS RECURSOS

Segundo dispõe o art. 48, as parcelas dos recursos transferidos no âmbito da parceria serão liberadas em estrita conformidade com o cronograma de desembolso aprovado. No caso de o plano de trabalho e o cronograma de desembolso preverem mais de 1 (uma) parcela de repasse de recursos, para recebimento de cada parcela, a organização da sociedade civil deverá: I – ter preenchido os requisitos exigidos nesta lei para celebração da parceria; II – apresentar a prestação de contas da parcela anterior; III – estar em situação regular com a execução do plano de trabalho, nos termos do art. 49.

Os recursos recebidos em decorrência da parceria serão depositados e geridos em conta bancária específica, em instituição financeira indicada pela Administração Pública, e, enquanto não empregados na sua finalidade, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança, se a previsão de seu uso for igual ou superior a 1 (um) mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando o prazo previsto para sua utilização for igual ou inferior a 1 (um) mês (art. 51). Os rendimentos das aplicações financeiras, quando autorizados, serão

obrigatoriamente aplicados no objeto da parceria, estando sujeitos às mesmas condições de prestação de contas exigidas para os recursos transferidos.

No entanto, os recursos ficarão retidos até o saneamento das impropriedades: a) quando houver fundados indícios de não ter ocorrido boa e regular aplicação da parcela anteriormente recebida, na forma da legislação aplicável, inclusive quando aferidos em procedimentos de fiscalização local, realizados periodicamente pela entidade ou órgão repassador dos recursos e pelos órgãos de controle interno e externo da Administração Pública; b) quando verificado desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos não justificados no cumprimento das etapas ou fases programadas, práticas atentatórias aos princípios fundamentais da Administração Pública nas contratações e demais atos praticados na execução da parceria ou o inadimplemento da organização da sociedade civil com relação a outras cláusulas básicas; c) quando a organização da sociedade civil deixar de adotar as medidas saneadoras apontadas pela Administração Pública ou pelos órgãos de controle interno ou externo.

11 DAS VEDAÇÕES

O uso dos recursos recebidos é de responsabilidade exclusiva da organização da sociedade civil, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal. Ela responde, também, pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relativos ao funcionamento da instituição, excluída qualquer responsabilidade solidária ou subsidiária da Administração Pública pelos respectivos pagamentos.

As parcerias devem ser executadas com estrita observância das cláusulas pactuadas. De uma maneira geral, os recursos repassados encontram-se estritamente vinculados à finalidade descrita no plano de trabalho e, pela própria natureza da atividade administrativa de fomento, não são concebidos como contraprestação pelos serviços prestados. Por isso, como veremos abaixo, a lei contempla uma série de proibições que procuram evitar a ocorrência do que poderia ser qualificado como um desvio de finalidade.

É proibido, por exemplo: a) realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar; b) pagar, a qualquer título, servidor ou empregado público com recursos vinculados à parceria, salvo nas hipóteses previstas em lei específica e na lei de diretrizes orçamentárias; c) modificar o objeto, exceto no caso de ampliação de metas, desde que seja previamente aprovada a adequação do plano de trabalho pela Administração Pública; d) utilizar, ainda que em caráter emergencial, recursos para finalidade diversa

da estabelecida no plano de trabalho; e) realizar despesa em data anterior à vigência da parceria; f) efetuar pagamento em data posterior à vigência da parceria, salvo se expressamente autorizado pela autoridade competente da Administração Pública; g) transferir recursos para clubes, associações de servidores, partidos políticos ou quaisquer entidades congêneres; h) realizar despesas com: a) multas, juros ou correção monetária, inclusive referente a pagamentos ou a recolhimentos fora dos prazos, salvo se decorrentes de atrasos da Administração Pública na liberação de recursos financeiros; b) publicidade, salvo as previstas no plano de trabalho e diretamente vinculadas ao objeto da parceria, de caráter educativo, informativo ou de orientação social, das quais não constem nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal; c) pagamento de pessoal contratado pela organização da sociedade civil que não atendam às exigências do art. 46; d) obras que caracterizem a ampliação de área construída ou a instalação de novas estruturas físicas.

Poderão ser pagas com recursos vinculados à parceria, desde que aprovadas no plano de trabalho, as despesas com: I - remuneração da equipe dimensionada no plano de trabalho, inclusive de pessoal próprio da organização da sociedade civil, durante a vigência da parceria, podendo contemplar as despesas com pagamentos de impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, férias, décimo-terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais, desde que tais valores: a) correspondam às atividades previstas para a consecução do objeto e à qualificação técnica necessária para a execução da função a ser desempenhada; b) sejam compatíveis com o valor de mercado da região onde atua e não superior ao teto do Poder Executivo; c) sejam proporcionais ao tempo de trabalho efetiva e exclusivamente dedicado à parceria celebrada; II - diárias referentes a deslocamento, hospedagem e alimentação nos casos em que a execução do objeto da parceria assim o exija; III - multas e encargos vinculados a atraso no cumprimento de obrigações previstas nos planos de trabalho e de execução financeira, em consequência do inadimplemento da Administração Pública em liberar, tempestivamente, as parcelas acordadas; IV - aquisição de equipamentos e materiais permanentes essenciais à consecução do objeto e serviços de adequação de espaço físico, desde que necessários à instalação dos referidos equipamentos e materiais.

Serão detalhados, no plano de trabalho, os valores dos impostos, contribuições sociais, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, férias, décimo-terceiro salário, salários proporcionais, verbas rescisórias e demais encargos sociais incidentes sobre as atividades previstas para a execução

do objeto, de responsabilidade da entidade, a serem pagos com os recursos transferidos por meio da parceria, durante sua vigência. Não se incluem nessa previsão os tributos de natureza direta e personalíssima que onerem a entidade.

O plano de trabalho poderá incluir o pagamento de custos indiretos necessários à execução do objeto, em proporção nunca superior a 15% (quinze por cento) do valor total da parceria, desde que tais custos sejam decorrentes exclusivamente de sua realização e que: I – sejam necessários e proporcionais ao cumprimento do objeto; II – fique demonstrada, no plano de trabalho, a vinculação entre a realização do objeto e os custos adicionais pagos, bem como a proporcionalidade entre o valor pago e o percentual de custo aprovado para a execução do objeto; III – tais custos proporcionais não sejam pagos por qualquer outro instrumento de parceria.

Os custos indiretos proporcionais podem incluir despesas de internet, transporte, aluguel e telefone, bem como remunerações de serviços contábeis e de assessoria jurídica sempre que tenham por objeto o plano de trabalho pactuado com a Administração Pública.

Despesas com auditoria externa contratada pela organização da sociedade civil, mesmo que relacionadas com a execução do termo de fomento e/ou de colaboração, não podem ser incluídas nos custos indiretos.

A seleção e a contratação pela organização da sociedade civil de equipe envolvida na execução do termo de fomento e/ou de colaboração deverão observar os princípios da Administração Pública previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

A organização da sociedade civil deverá dar ampla transparência aos valores pagos a título de remuneração de sua equipe de trabalho vinculada à execução do termo de fomento ou de colaboração. Não poderão fazer jus à remuneração as pessoas naturais que tenham sido condenadas por crimes: I – contra a Administração Pública ou o patrimônio público; II – eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade; III – de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores.

O pagamento de remuneração da equipe contratada pela organização da sociedade civil com recursos destinados pela Administração Pública não gera vínculo trabalhista com o Poder Público. A inadimplência da organização da sociedade civil em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento nem poderá onerar o objeto do termo de fomento ou de colaboração ou restringir a sua execução.

Quando os custos indiretos forem pagos também por outras fontes, a organização da sociedade civil deve apresentar a memória de cálculo do rateio da despesa, vedada a duplicidade ou a sobreposição de fontes de recursos no custeio de uma mesma parcela dos custos indiretos.

12 DAS CONTRATAÇÕES REALIZADAS PELAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

As contratações de bens e serviços pelas organizações da sociedade civil, feitas com o uso de recursos transferidos pela Administração Pública, deverão observar os princípios da legalidade, da moralidade, da boa-fé, da probidade, da impessoalidade, da economicidade, da eficiência, da isonomia, da publicidade, da razoabilidade e do julgamento objetivo e a busca permanente de qualidade e durabilidade. Para tanto, as organizações da sociedade civil deverão ter um regulamento de compras e contratações, que terá de ser submetido à aprovação da entidade pública.

O regulamento poderá prever o processamento das compras e contratações por meio de sistema eletrônico disponibilizado pela Administração Pública às organizações da sociedade civil, aberto ao público via internet, que permita aos interessados formular propostas. O referido sistema eletrônico conterà ferramenta de notificação dos fornecedores do ramo da contratação que constem do cadastro de que trata o art. 34 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

13 DAS OBRIGAÇÕES DO GESTOR

O gestor é obrigado a acompanhar e fiscalizar a execução da parceria, informar ao seu superior hierárquico a existência de fatos que comprometam ou possam comprometer as atividades ou metas da parceria e de indícios de irregularidades na gestão dos recursos, bem como as providências adotadas ou que serão adotadas para sanar os problemas detectados; emitir parecer técnico conclusivo de análise da prestação de contas final, com base no relatório técnico de monitoramento e avaliação de que trata o art. 59 da lei; disponibilizar materiais e equipamentos tecnológicos necessários às atividades de monitoramento e avaliação.

14 DO MONITORAMENTO E AVALIAÇÃO

A Administração Pública deverá realizar procedimentos de fiscalização das parcerias celebradas antes do término da sua vigência, inclusive por meio de visitas *in loco*, para fins de monitoramento e avaliação do cumprimento do

objeto, na forma do regulamento. Poderá, para tanto, valer-se do apoio técnico de terceiros, delegar competência ou firmar parcerias com órgãos ou entidades que se situem próximos ao local de aplicação dos recursos.

A Administração Pública documentará a atividade fiscalizadora pela elaboração de um relatório técnico de monitoramento que, no mínimo, terá de conter: I - descrição sumária das atividades e metas estabelecidas; II - análise das atividades realizadas, do cumprimento das metas e do impacto do benefício social obtido em razão da execução do objeto até o período, com base nos indicadores estabelecidos e aprovados no plano de trabalho; III - valores efetivamente transferidos pela Administração Pública e valores comprovadamente utilizados; IV - quando for o caso, os valores pagos nos termos do art. 54, os custos indiretos, os remanejamentos efetuados, as sobras de recursos financeiros, incluindo as aplicações financeiras, e eventuais valores devolvidos aos cofres públicos; V - análise dos documentos comprobatórios das despesas apresentados pela organização da sociedade civil na prestação de contas; VI - análise das auditorias realizadas pelos controles internos e externos, no âmbito da fiscalização preventiva, bem como de suas conclusões e das medidas que tomaram em decorrência dessas auditorias.

O citado relatório técnico de monitoramento e avaliação da parceria será submetido a uma comissão de monitoramento e avaliação designada, que o homologará, independentemente da obrigatoriedade de apresentação da prestação de contas devida pela organização da sociedade civil.

Sem prejuízo da fiscalização pela Administração Pública e pelos órgãos de controle, a execução da parceria poderá ser acompanhada e fiscalizada pelos conselhos de políticas públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada esfera de governo.

15 DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

A prestação de contas pelas organizações sociais deverá ser feita segundo os prazos e normas de elaboração que constam do instrumento de parceria e do plano de trabalho, bem como de acordo com os manuais específicos às organizações da sociedade civil por ocasião da celebração das parcerias. A depender da complexidade do objeto, poderá haver procedimentos diferenciados para prestação de contas, desde que o valor da parceria não seja igual ou superior a R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

A prestação de contas apresentada pela organização da sociedade civil deverá permitir ao gestor da parceria avaliar o andamento ou concluir que o seu objeto foi executado conforme pactuado, com a descrição pormenorizada das atividades realizadas e a comprovação do alcance das metas e dos resultados esperados, até o período de que trata a prestação de contas.

A prestação de contas relativa à execução do termo de colaboração ou de fomento dar-se-á mediante a análise dos documentos previstos no plano de trabalho, nos termos do inciso IX do art. 22 da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, além dos relatórios de execução do objeto e de execução financeira.

O relatório de execução do objeto será elaborado pela organização da sociedade civil, assinado por seu representante legal, com a descrição das atividades desenvolvidas para o cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com os resultados alcançados, a partir do cronograma acordado acompanhados dos documentos que comprovem a realização das ações.

O relatório de execução financeira será assinado pelo representante legal e o contador responsável da organização social, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas.

O órgão público deverá considerar, ainda, em sua análise, os relatórios da visita técnica *in loco* realizada durante a execução da parceria, nos termos do art. 58, e o relatório técnico de monitoramento e avaliação homologado pela comissão de monitoramento e avaliação designada, sobre a conformidade do cumprimento do objeto e os resultados alcançados durante a execução do termo de colaboração ou de fomento elaborados internamente.

O gestor emitirá parecer técnico de análise de prestação de contas da parceria celebrada. No caso de parcela única, o gestor emitirá parecer técnico conclusivo para fins de avaliação do cumprimento do objeto. No caso de previsão de mais de 1 (uma) parcela, a organização da sociedade civil deverá apresentar prestação de contas parcial, para fins de monitoramento do cumprimento das metas do objeto vinculadas à parcela liberada.

Os pareceres técnicos deverão, obrigatoriamente, mencionar: I - os resultados já alcançados e seus benefícios; II - os impactos econômicos ou sociais; III - o grau de satisfação do público-alvo; IV - a possibilidade de sustentabilidade das ações após a conclusão do objeto pactuado.

A pessoa que atestar ou o responsável por parecer técnico que concluir pela realização de determinadas atividades ou pelo cumprimento de metas

estabelecidas responderá administrativa, penal e civilmente pela restituição aos cofres públicos dos valores repassados, caso se verifique que as atividades não foram realizadas tal como afirmado no parecer ou que as metas não foram integralmente cumpridas.

A prestação de contas e de todos os atos que dela decorram dar-se-á, sempre que possível, em plataforma eletrônica, permitida a visualização por qualquer interessado. Os documentos incluídos pela entidade na plataforma eletrônica serão considerados originais para os efeitos de prestação de contas, desde que possuam garantia da origem e de seu signatário por certificação digital.

A entidade deve manter em seu arquivo os documentos originais que compõem a prestação de contas durante o prazo de 10 (dez) anos, contado do dia útil subsequente ao da prestação de contas.

16 DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS À ENTIDADE

Segundo a lei, a Administração pode também aplicar penalidades à Organização da Sociedade Civil em decorrência da mora ou inexecução parcial ou total do ajuste, a exemplo do que dispõe a Lei Geral de Licitações para os contratos administrativos. Assim, a Administração deverá, garantida a prévia defesa, aplicar à organização da sociedade civil parceira as sanções de advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade para participar em chamamento público ou celebrar termos de fomento ou colaboração pela execução da parceria em desacordo com o plano de trabalho e com as normas desta lei e da legislação específica.

A nosso sentir, a exemplo do que ocorre, também, com os contratos administrativos, “mora” ou “inadimplemento” são termos aptos a justificar a imposição de sanções, sem a necessidade de o termo de fomento ou de colaboração descrever, com detalhes, os comportamentos sancionados.

A suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos incide em relação a órgãos e entidades da esfera de governo da Administração Pública sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos. A sanção poderia ser dividida em duas: a) a suspensão temporária de participação em chamamento público e b) o impedimento de celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos com a Administração Pública e, nesse caso, a segunda – o impedimento de celebrar termos de fomento e de colaboração – abrangeria,

também, a suspensão temporária de participar em chamamento público, visto que a finalidade de participar do chamamento público e ser escolhido para celebrar o termo de fomento ou colaboração.

A declaração de inidoneidade para participar em chamamento público ou celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos incide em relação a órgãos e entidades de todas as esferas de governo, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a organização da sociedade civil ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes e decorrido o prazo de 2 (dois) anos.

A declaração de inidoneidade é modalidade de sanção cuja aplicação é de competência exclusiva do Ministro de Estado ou do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso.

IMPLICACIONES LEGALES DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE CLOUD COMPUTING. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL¹

LEGAL IMPLICATIONS REGARDING THE PROVISION OF CLOUD COMPUTING SERVICES. SPECIAL REFERENCE TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Sor Arteaga

Investigadora. Universidad Ceu San Pablo de Madrid

RESUMEN: La necesidad de las empresas de modernizar sus procesos, y prestar servicios de forma más eficiente y rentable, ha motivado incluir las tecnologías de la información y la comunicación (TICs) en sus actividades, utilizando nuevas formulas y modelos más rentables como el cloud computing, para el almacenamiento de ingente cantidad de datos e información, utilizando modernas técnicas de virtualización, que permiten además del ahorro de costes y tiempo, una gestión más eficaz, eficiente y flexible de sus recursos, la compartición de servicios e interoperabilidad de los datos, siendo uno de los principales retos a los que se enfrenta el cloud computing “la seguridad y la privacidad de los datos de

carácter personal”. En consecuencia, el presente trabajo pretende aproximarnos al análisis del marco normativo español aplicable a la prestación de servicios en la nube, identificando sus ventajas y desventajas; la responsabilidad del intermediario o del proveedor de servicios cloud, así como las garantías o mecanismos de protección de los usuarios, ofreciendo algunas recomendaciones a tomar en cuenta a la hora de contratar la prestación de servicios de computación en la nube.

PALABRAS CLAVE: cloud computing; protección de datos; legal; España.

ABSTRACT: *The need for companies to streamline their processes and deliver services in a more efficient and profitable*

¹ Este trabajo ha sido publicado en FODERTICS II: Hacia una justicia 2.0. Coordinado por Federico Bueno de Mata (2014). Ratio Legis Ediciones, Salamanca, ISBN: 9788494202803, en el marco del Proyecto I+D del Ministerio de Ciencia e Innovación. Ref. DER 2012-35948 sobre “Protección de Datos y Aplicación extraterritorial de las normas. La reforma de la Directiva sobre protección de datos” del que es investigador principal el Prof. José Luis PIÑAR MAÑAS.

way, has led to include Information and Communication Technology (ICT) into their regular activities, using new formulas and more profitable models such as Cloud Computing to store large amounts of data and information, using modern virtualization techniques which allow time and cost savings, a more effective, efficient and flexible management of resources, the sharing of services and interoperability of data; being the “security and privacy of personal data” one of the major challenges that Cloud Computing faces nowadays. Consequently, this paper aims to approach the reader to the analysis of the Spanish regulatory framework for the provision of Cloud Computing Services, identifying its advantages and disadvantages; the liabilities of intermediaries and Cloud Computing service providers, as well as guarantees or mechanisms of protections for users, offering some recommendations to consider when arranging the provision of Cloud Computing services.

KEYWORDS: *cloud computing; data protection; legal; Spain.*

SUMARIO: Introducción; 1 Servicios de Cloud Computing: definición y características; 2 El cloud computing y el derecho fundamental a la protección de datos; 3 Ley aplicable, territorialidad y transferencia internacional de datos; Conclusiones y recomendaciones; Referencias.

SUMMARY: *Introduction; 1 Cloud Computing Services: definition and characteristics; 2 Cloud computing and the fundamental right to the protection of personal data; 3 Applicable Law, territoriality and international movement of data; Conclusions and recommendations; References.*

INTRODUCCIÓN

La aparición del modelo de “cloud computing”, permite que determinados recursos de computación e infraestructura de comunicaciones, que normalmente se encontraban alojados en servidores locales, sean alojados por un tercero que, empleando dichos recursos e infraestructuras, ofrezcan servicios a medida de las necesidades de múltiples usuarios que acceden a aquellos a través de una red pública de comunicaciones como Internet, ofreciendo una gran flexibilidad tanto para los clientes de este tipo de servicios como para quienes los prestan.

El cloud computing ofrece mucho beneficios: para *el cliente* representa un coste de inversión en tecnología mucho menor que en el caso de mantener una estructura informática tradicional, pudiendo acceder a la información desde prácticamente cualquier lugar sin tener que preocuparse de los detalles técnicos, y para *el proveedor*, supone el poder prestar servicios a una multiplicidad de usuarios localizados en cualquier lugar del mundo y realizar una gestión más

eficaz, eficiente y flexible de sus recursos; activando o desactivando servicios en función de la demanda de sus clientes gracias entre otras cosas, a las modernas técnicas de virtualización.

Pese a ello, uno de los mayores riesgos del cloud computing es *la seguridad y la privacidad de datos*, por lo cual resulta importante conocer desde un punto de vista jurídico, la responsabilidad del intermediario o del proveedor de servicios cloud y las garantías o mecanismos de protección de los usuarios. Así las cosas, el presente trabajo abordará a través de diferentes herramientas de recogida y análisis de datos, basado en técnicas de investigación esencialmente cualitativas dos objetivos: por un lado, realizar un análisis descriptivo de las características que definen los servicios de computación en la nube, identificando en el capítulo I sus ventajas y desventajas; y por el otro, aproximarnos al marco normativo aplicable a los servicios de cloud computing a través del análisis del marco normativo español aplicable a la prestación de servicios en la nube (capítulos II y III), donde se identifican las medidas de seguridad que el prestador de servicios en la nube está obligado a implementar, ofreciendo en el capítulo IV algunas conclusiones preliminares y recomendaciones, interesantes para el debate de la protección del cloud computing, que deberán tomarse en consideración a la hora de contratar servicios en la nube.

1 SERVICIOS DE CLOUD COMPUTING: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

La popularización del acceso a Internet, el aumento de contenidos y servicios ofrecidos a través de una amplia variedad de dispositivos que permiten la información de manera deslocalizada por parte de los prestadores de servicios de acceso a Internet, han permitido el desarrollo del cloud computing, o computación en la nube², concepto que nace como una evolución de la prestación de servicios a través de Internet, que permite concentrar miles de máquinas virtuales flexibles “a medida” en grandes CPD³.

² Pérez Arribas, David (2011). “Análisis de los aspectos legales de la prestación de servicios de computación en la nube: la protección de datos de carácter personal y otras referencias legales”. Xª edición Máster en Auditoría Informática.

³ Colom, José Luis (2012) “Aspectos profesionales: Protección de datos, Cloud Computing y Sistemas de Gestión”. Disponible en: http://josecolom.blogspot.com.es/2012/05/cloud-computing-y-proteccion-de-datos.html?goback=.gmr_3388897.gde_3388897_member_111969450 Fecha de acceso: 03.04.2013.

Así, si nos centramos en la “nube” propiamente dicha, se hace referencia a los servicios y al modelo de entrega de éstos, es decir, estaríamos ante una interpretación amplia del concepto de computación en la nube. En cambio, si nos referimos al concepto de “computación”, se trataría de un concepto mucho más específico y ceñido a aquellas tecnologías que hacen posible esos servicios, principalmente la infraestructura y la virtualización.

Ante las abundantes y variadas definiciones presentes en la literatura, una de las más completas e integrales la ofrece el National Institute of Standards and Technology (en adelante, NIST)⁴ del Departamento de Comercio de Estados Unidos, que define por computación en la nube como: “*un modelo que permite el acceso ubicuo a red bajo demanda a un conjunto de recursos de computación configurables (redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios) que pueden ser rápidamente provisionados y liberados con un esfuerzo mínimo de gestión o interacción por parte del prestador de servicios*”.

En consecuencia, de la definición antes expuesta, se puede identificar características esenciales de la computación en la nube como lo son:

(i) *Autoservicio bajo demanda*, donde el usuario puede acceder a capacidades de computación “en la nube” de forma automática conforme a sus necesidades.

(ii) *Compartición de recursos*, (almacenamiento, memoria, ancho de banda, capacidad de procesamiento, máquinas virtuales, etc.) de los proveedores, que son compartidos por múltiples usuarios, a los que se van asignando capacidades de forma dinámica según sus peticiones.

(iii) *Rápida Elasticidad*, en el cual los recursos se asignan y liberan rápidamente, muchas veces de forma automática, lo que da al usuario la impresión de que los recursos a su alcance son ilimitados y están siempre disponibles.

(iv) *Servicio medido*, donde el proveedor es capaz de medir, a determinado nivel, el servicio efectivamente entregado a cada usuario, de forma que tanto proveedor como usuario tienen acceso transparente al consumo real de los recursos, lo que posibilita el pago por el uso efectivo de los servicios.

⁴ El NIST es el organismo encargado del desarrollo de estándares, guías y recomendaciones sobre requisitos mínimos para la adecuada provisión de seguridad de la información para todas las operaciones de agencias gubernamentales de los EE.UU. y sus activos, excepto para los sistemas de seguridad nacional.

1.1 MODELOS DE SERVICIOS DE CLOUD COMPUTING

Existen diversos modelos de servicio de cloud computing, siendo una de las clasificaciones más utilizadas la del NIST, que detallamos a continuación:

(i) *Software como Servicio (SaaS)*: los servicios del cliente corren sobre una infraestructura de tipo nube, accesible desde varios dispositivos del cliente, donde el cliente paga un importe equivalente a un alquiler por el uso efectivo de los servicios.

(ii) *Plataforma como Servicio (PaaS)*: se ofrece al cliente aplicaciones adquiridas o desarrolladas por el usuario empleando lenguajes de programación, librerías, servicios y herramientas soportadas por el prestador de servicios.

(iii) *Infraestructura como Servicio (IaaS)*: La capacidad ofrecida al cliente consiste en proporcionar capacidad de procesamiento, almacenamiento (software virtual en la nube, donde el cliente instala lo que desea) funciones de red y otros recursos de computación fundamentales con los que el usuario es capaz de desplegar y ejecutar software arbitrario que puede incluir sistemas operativos y aplicaciones.

Por otra parte, en relación a la *distribución de la infraestructura* que da soporte a la prestación de servicios de computación en la nube y atendiendo a la titularidad de la misma, pueden diferenciarse los siguientes modelos de despliegue:

- (i) *Nube Privada*: La infraestructura de nube es provisionada para su utilización por una única organización (empresa) que comprende múltiples usuarios.
- (ii) *Nube Comunitaria*: es del uso exclusivo de una comunidad de usuarios específica. Su propiedad, gestión y operación puede corresponder a una o más de las organizaciones existentes en la comunidad, a un tercero o a una combinación de ambos, y puede existir dentro o fuera de las instalaciones de dichas organizaciones.
- (iii) *Nube Pública*: es ofrecida al público general y su propiedad, gestión y operación puede corresponder a una organización gubernamental, académica, industrial o administrativa de carácter público, o a una combinación de las mismas.
- (iv) *Nube Híbrida*: La infraestructura de nube está compuesta de dos o

más infraestructuras de nube (privadas, comunitarias o públicas) que permanecen como entidades únicas pero están unidas entre si mediante tecnología estándar o propietaria que permite la portabilidad de aplicaciones y de los datos como, por ejemplo, el “cloud bursting” para el balanceo de carga entre nubes. (Perez Arribas, D. 2011)

1.2 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL CLOUD COMPUTING

Las *ventajas o beneficios* de la computación en la nube está condicionada por el tipo de modelo de servicio. Así podemos citar, entre otras las siguientes:

- (i) *Económico financieras*: Reduce costes de inversión en tecnología y maximiza el retorno de la inversión con la eliminación de gastos en CPDs, servidores, instalaciones, personal, etc. Si se apuesta por un modelo de nube pública o privada financiada y operada por un tercero, los costes a afrontar por los clientes serán, básicamente, operacionales.
- (ii) *Ubicuidad en el acceso a los datos y disponibilidad*: Permite el acceso a los datos desde cualquier lugar y en cualquier momento.
- (iii) *Escalabilidad*: Se adapta tanto a las necesidades de las grandes empresas como a las de una pyme.
- (iv) *Fiabilidad*: Los servicios son más fiables y robustos que los sistemas de computación tradicionales, ofreciendo una mayor flexibilidad y capacidad de respuesta en caso de que se produzca una interrupción del servicio.

Por otra parte, como contrapartida entre las *desventajas* propias del modelo de cloud computing se pueden citar:

- (i) Dependencia del acceso a Internet y de una conexión y ancho de banda adecuado.
- (ii) Dependencia del proveedor de los servicios tecnológicos y pérdida de control por parte de clientes: dependiendo de la modalidad de cloud seleccionada y contratada.
- (iii) Gran desconocimiento en el mercado de lo que es y las ventajas que ofrece.
- (iv) Existencia de interfaces y proveedores poco seguros, problemas de cumplimiento normativo derivados de la localización de los datos,

problemas derivados de la compartición de infraestructuras, etc.⁵

- (v) Casos de abuso y mal uso de los servicios (SLA), ataques internos de los usuarios del servicio y del personal del proveedor, el secuestro de sesiones de usuarios o del servicio.⁶
- (vi) Y finalmente una de las principales desventajas que enfrenta el cloud computing es la garantía de la “Confidencialidad y Seguridad de los datos”. Al respecto, el informe de la ONTSI⁷ destaca que la preocupación más recurrente para las pymes no usuarias del cloud es la seguridad y confidencialidad de los datos corporativos (60,1%), seguida de la disponibilidad de los servicios y datos por parte del proveedor (32,7%), la pérdida de control sobre los procesos (27,4%) y la dependencia adquirida hacia el proveedor (26,1%).

2 EL CLOUD COMPUTING Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho a la protección de los datos de carácter personal se establece en el artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales, en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). En el ordenamiento jurídico español, está desarrollado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, RLOPD) cuyas disposiciones resultan aplicables a la contratación de servicios en la nube, cuando se almacenen datos de carácter personal.

2.1 RESPONSABILIDAD DE LOS ACTORES EN EL SERVICIO DE CLOUD COMPUTING

2.1.1 En Cloud Computing, el Cliente que contrate los servicios tendrá la condición de Responsable del tratamiento (art. 3.d) de la LOPD y art. 5.1.q) del RLOPD), pues a él le corresponde la decisión sobre la finalidad, el contenido y uso del tratamiento, así como la decisión sobre optar por la computación en la nube y sobre su modalidad

⁵ INTECO-CERT (2011). “Riesgos y Amenazas en Cloud Computing”, marzo 2011.

⁶ Idem.

⁷ ONTSI (2012) Cloud computing. Retos y oportunidades. Resumen ejecutivo. p. 8-9.

Para ello, tiene la obligación legal de *transparencia y diligencia en la contratación*. Deberá conocer dónde, cuándo y quién procesa los datos, y velará porque el encargado del tratamiento reúna las garantías para el cumplimiento de lo dispuesto en la normativa de protección de datos (art. 20.2 RLOPD).

Al respecto, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD, 2013)⁸ ha publicado una “*Guía para clientes que contraten servicios de cloud computing*”, en el que incluye una lista de control, con 12 preguntas a tener en cuenta por el cliente, sobre las garantías exigibles al proveedor, resaltando entre los aspectos a tomar en cuenta antes de la contratación: la evaluación de la tipología de datos y los niveles de seguridad incluyendo la información sobre los tipos de nube y de servicios; la responsabilidad de las partes; la legislación aplicable; las obligaciones como cliente; la ubicación de los datos personales; las garantías adecuadas para las transferencias internacionales de datos; las medidas de seguridad exigibles y garantías sobre las mismas; los compromisos de confidencialidad; la garantía de la portabilidad de los datos; la destrucción de los datos una vez finalizado el contrato, y la garantía de los derechos ARCO.

Estas garantías también han de proporcionarlas aquellas compañías que actúan como *partners* de otros proveedores de cloud computing, en cualquiera de las figuras de *reseller*, agregadores de servicios de *cloud*, *cloud builders*, proveedores de aplicaciones, etc., y que proporcionan servicios contratando directamente con los clientes.

Asimismo, el cliente que contrate servicios de cloud computing, al seguir siendo el responsable del tratamiento de los datos personales, está obligado a facilitar el ejercicio de los derechos ARCO (acceso, rectificación, cancelación y oposición) de los interesados en los plazos previstos en la ley.

2.1.2 Por su parte, el intermediario o prestador de servicios de Cloud Computing tendrá la naturaleza de Encargado del tratamiento (art. 3.g) de la LOPD y (art. 5.1.i) del RLOPD, pues en definitiva tratará los datos personales por cuenta y orden del responsable

Entre sus obligaciones, deberá respetar los principios de protección de datos, garantizar los derechos ARCO, y cumplir con las previsiones de los artículos 20 a 22 del Reglamento, referidas al encargado del tratamiento.

⁸ AEPD (2013). *Guía para clientes que contraten servicios de cloud computing*. Agencia Española de Protección de Datos. disponible en www.agpd.es (Fecha de acceso: 01.05.2013).

Asimismo, tendrá que firmar con el cliente un *contrato de prestación de servicios de tratamiento de datos personales* por cuenta de terceros, que deberá formalizarse por escrito (art. 12 LOPD) e incluir las medidas de seguridad previstas en el art. 9 de la LOPD, definiendo las condiciones de seguridad concretas, e informando al cliente de forma detallada sobre las medidas de seguridad a cumplir.

Aunado a ello, ha de *garantizar la conservación de los datos*, mediante la realización de copias de seguridad periódicas y dotando su infraestructura de los mayores niveles de seguridad. Deberá establecer *mecanismos seguros de autenticación* para el acceso a la información por parte del cliente, e información sobre las técnicas de cifrado de la información que aplique en sus sistemas.

Por otra parte, será fundamental que acuerde un *procedimiento de recuperación y migración de los datos* a la terminación de la relación contractual; así como el mecanismo de borrado de los datos una vez que estos han sido transferidos al cliente o al nuevo proveedor designado por éste.

En definitiva, los *aspectos a incluir en los contratos de cloud computing*, y destacados en el estudio elaborado por el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE)⁹ y la AEPD, son:

- (i) Objeto, tipo de servicio cloud, características, obligaciones de las partes, SLA, etc.
- (ii) Régimen de los datos, que especifique que el proveedor no puede disponer de los datos personales ni hacer uso de los mismos para ningún fin que no esté autorizado.
- (iii) Consecuencias de la extralimitación por parte del proveedor de Cloud en su calidad de encargado del tratamiento, en virtud de la cual pasará a asumir la condición de responsable del fichero (art. 12.4 LOPD).
- (iv) Disponibilidad. El proveedor ha de garantizar una elevada disponibilidad del servicio.
- (v) Portabilidad. Entendida como la posibilidad efectiva de transferir datos y aplicaciones de un proveedor a otro. Para ello, es necesario que los datos personales puedan ser devueltos al cliente o que éste pueda indicar que se transfieran a un nuevo proveedor de servicios

⁹ CGAE (2012). Informe "Utilización del 'cloud computing' por los despachos de abogados y protección de datos de carácter personal" Elaborado por el CGAE y la AEPD. Publicado en julio del 2012 y disponible en www.agpd.es (Fecha de acceso: 12.08.2012).

que haya seleccionado, en el momento en que finalice la prestación del mismo, es una garantía que ha de tenerse especialmente en cuenta.

- (vi) Consecuencias en caso de incumplimiento del proveedor de sus obligaciones.
- (vii) Regulación en caso de subcontratación de servicios por parte del proveedor, etc.

3 LEY APLICABLE, TERRITORIALIDAD Y TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS

La *ley aplicable* en los servicios de cloud computing será la del domicilio del cliente, independientemente del país donde se ubiquen los ficheros con datos de carácter personal en la nube. Por tanto, si los clientes y responsables del tratamiento están sujetos a la normativa española, la relación jurídica con el prestador de servicios estará sujeta a la LOPD y su reglamento de desarrollo, y no será una cuestión negociable o disponible para las partes.

En relación a la *territorialidad*, por la propia naturaleza del modelo Cloud Computing los datos almacenados en la nube se podrán encontrar en un servidor ubicado en cualquier lugar del mundo, con una ubicación por lo general desconocida por el usuario.

Si los datos están en España, aplicará la normativa vigente en protección de datos. Pero si por el contrario, están en un tercer país, aplica la normativa referida a *transferencias internacionales de datos*, regulada en los artículos 33 y 34 de la LOPD, el Título VI del RLOPD, y en los artículos 26 y 25 de la Directiva 95/46/CE.

En estos casos es preciso tener en cuenta que no se pueden realizar transferencias internacionales de datos a países que no dispongan de un nivel adecuado de protección, salvo que se obtenga, previa la aportación de garantías adecuadas y la autorización del Director de la AEPD. El incumplimiento de esta autorización, será considerada una infracción muy grave sancionable con multa entre 300.001 – 600.000 euros.

A estos efectos, hay que distinguir:

- (i) Si la transmisión de los datos derivada de la prestación de los servicios de Cloud se realiza en el territorio de la UE, no tienen la consideración de transferencia internacional de datos, según el artículo 5.1.s) del RLOPD, por lo que no resulta necesaria la autorización de la AEPD.

- (ii) Cuando los datos se destinen a cualquiera de los países con un nivel de protección que se considera adecuado por Decisión de la Comisión Europea, la normativa de protección de datos del país en cuestión es considerada equiparable a la europea, por lo que *tampoco resulta necesaria la autorización de la AEPD*.
- (iii) Igualmente los proveedores radicados en los EEUU que se hayan adherido voluntariamente para la prestación de estos servicios al acuerdo de “puerto seguro” (safeharbor), en virtud del cual se obligan a cumplir requisitos equivalentes a los europeos en materia de protección de datos.
- (iv) Otra alternativa es que el proveedor de Cloud haya obtenido una autorización previa del Director de la AEPD para realizar transferencias internacionales de datos a subencargados establecidos en terceros países basada en cláusulas contractuales en las que el cliente autorice los servicios susceptibles de subcontratación (CGAE, 2012), como lo son las BCR.

En caso de *subcontratación de servicios de cloud*, es especialmente importante, dadas las características propias de los servicios de cloud computing, establecer mecanismos para permitir que las subcontrataciones que se realicen en este contexto de transferencias internacionales se gestionen con fluidez, asegurando al mismo tiempo que el cliente responsable tiene información suficiente sobre los subcontratistas, o potenciales subcontratistas, y mantiene la capacidad de tomar decisiones. Al respecto, la Guía para clientes que contraten servicios de cloud computing de la AEPD (2013) señala que el cliente *debe dar su conformidad* (al menos delimitando genéricamente los servicios), asimismo, tiene que poder identificar a los subcontratistas y su ubicación (a través de una página web, actualizable), regular la posibilidad de finalizar el contrato de tratamiento, y obtener la autorización de la AEPD al margen de las garantías aportadas por las cláusulas tipo (arts. 26.2 Directiva 95/46, 33 LOPD, 66 y 70 RLOPD, Decisión 2010/87, considerando 5).

Asimismo, es importante resaltar que la AEPD dispone en su web de un modelo de contrato entre (encargado y subencargado) y ha puesto en marcha desde el 2012, cláusulas elaboradas cuando el contrato se celebra entre encargado, exportador, y subencargado importador de los datos. La autorización de la AEPD se trata de una autorización marco, que habilita al encargado-exportador para realizar tantas transferencias como clientes tenga sin necesidad

de solicitar una autorización por cada uno de los clientes. Es Obligatorio tener suscrito el contrato tipo con el responsable del tratamiento (a disposición de la AEPD). Asimismo, será necesario notificar al RGPD los ficheros a los que afecta la transferencia a realizar al amparo de la resolución con carácter previo.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El uso del cloud computing fomenta el desarrollo industrial y digital, y es una herramienta clave para garantizar la competitividad de las empresas españolas, especialmente de las pymes (AEPD, 2013). No obstante, en la práctica las empresas europeas prestadoras de servicios de cloud computing, se encuentran en una posición de desventaja competitiva, al tener que garantizar el cumplimiento de la normativa europea en materia de protección de datos, frente a otras empresas procedentes de países no miembros de la unión.

Por ello, uno de los retos pendientes en Europa debe ser mejorar las condiciones de los proveedores de servicios de cloud computing, manteniendo la protección y garantía de los clientes, donde la “*Seguridad, transparencia y seguridad jurídica*” deben ser los factores claves que deben estar presentes en las ofertas de servicios en la nube (GT29, 2012)¹⁰.

El cliente como Responsable del Fichero, deberá seleccionar un proveedor de cloud que garantice contractualmente el cumplimiento de la normativa de protección de datos, la legitimidad de las transferencias de datos internacionales y las garantías suficientes en términos de medidas técnicas y organizativas. Asimismo, tendrá que tomar en consideración las recomendaciones expuestas por la AEPD identificadas en el presente trabajo, y en especial deberá contar con un *contrato de Encargado de Tratamiento*, y en caso de subcontratación, con un *contrato de acceso a los datos*, que establezca las condiciones y garantías necesarias para garantizar el nivel de protección de datos personales (Decisión de la Comisión Europea 2010/87/UE)¹¹.

Asimismo, en caso de tratarse de prestadores de servicios no establecidos en la UE, se recomienda solicitar estándares reconocidos en materia de

¹⁰ GT29 (2012). Grupo Europeo de Protección de Datos del Artículo 29. Opinión sobre cloud computing. 2012.

¹¹ Colom, José Luis (2012) “*Aspectos profesionales: Protección de datos, Cloud Computing y Sistemas de Gestión*”. Disponible en: http://joseluiscolom.blogspot.com.es/2012/05/cloud-computing-y-proteccion-de-datos.html?goback=.gmr_3388897.gde_3388897_member_111969450 (Fecha de acceso: 03.04.2013).

seguridad¹², certificaciones como ISO/IEC 27001, disponer un buen acuerdo de nivel de servicio (SLA) y establecer la posibilidad de realizar auditorias por un personal especializado.

Por último, es importante destacar que en la actualidad se está discutiendo en Europa la Reforma del marco normativo europeo de protección de datos, con la propuesta de un nuevo Reglamento Europeo que sentará las bases de la regulación de la protección de datos y unificará la normativa en los países de la UE. Entre los aspectos novedosos del Reglamento, que afectan a los servicios de cloud computing destaca la aplicación de la nueva regulación de las empresas no europeas que ofrezcan sus servicios y productos en la unión, quienes deberán designar un representante. Asimismo, se establecen algunas disposiciones en cuanto a la seguridad de los datos, y obligaciones para los encargados de tratamiento. Aspectos, que junto a otras novedades como la regulación de la figura del DPO, las evaluaciones de impacto para la privacidad, la protección de los menores, y la creación del Consejo Europeo de Protección de Datos, representan nuevos retos y cambios significativos en la regulación, interesantes de abordar, que serán objeto de estudio y profundización en futuros trabajos de investigación.

REFERENCIAS

AEPD (2013). *Guía para clientes que contraten servicios de cloud computing*. Agencia Española de Protección de Datos. disponible en www.agpd.es (Fecha de acceso: 01.05.2013)

CGAE (2012). Informe “Utilización del ‘cloud computing’ por los despachos de abogados y protección de datos de carácter personal” Elaborado por el CGAE y la AEPD. Publicado en julio del 2012 y disponible en www.agpd.es (Fecha de acceso: 12.08.2012)

COLOM, José Luis (2012) “Aspectos profesionales: Protección de datos, Cloud Computing y Sistemas de Gestión”. Disponible en: http://joseluiscolom.blogspot.com.es/2012/05/cloud-computing-y-proteccion-de-datos.html?goback=.gmr_3388897.gde_3388897_member_111969450 Fecha de acceso: 03.04.2013.

GT29 (2012). Grupo Europeo de Protección de Datos del Artículo 29. Opinión sobre cloud computing. 2012

¹² Al respecto, destacan informes sobre la estructura de control interno del proveedor como: Statement on Auditing Standards nº 70 Type I y II, Statement on Standards for Attestation Engagements 16 Distribuido por AICPA (American Institute of Certified Public Accountants), o el International Standard on Assurance Engagements 3402 Estándar internacional desarrollado por IAASB (International Auditing and Assurance Standards Board).

INTECO-CERT (2011). “Riesgos y Amenazas en Cloud Computing”, marzo 2011.

ONTSI (2012) Cloud computing. Retos y oportunidades. Resumen ejecutivo. p 8-9.

PÉREZ ARRIBAS, David (2011). “Análisis de los aspectos legales de la prestación de servicios de computación en la nube: la protección de datos de carácter personal y otras referencias legales”. Xª edición Máster en Auditoría Informática.

PIÑAR MAÑAS, en “Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario equilibrio”, Documento de Trabajo 147/2009, Fundación Alternativas, 2009.

DA PROBLEMÁTICA REFERENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA NO QUE TOCA ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) EM ÁREAS URBANAS DE OCUPAÇÃO CONSOLIDADAS

THE ISSUES INVOLVING THE FUNDAMENTAL RIGHT OF HOUSING CONCERNING PERMANENT PRESERVATION AREAS (APP) IN URBAN AREAS OF CONSOLIDATED OCCUPATION

Felipe Waquil Ferraro¹

Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RESUMO: O processo de urbanização brasileiro forçou a população desprovida de recursos a ocupar áreas irregulares, destinadas, hoje, à preservação permanente do meio ambiente. Assim, o objetivo precípua deste estudo assenta-se na ideia da possibilidade de regularização destas áreas, diante do conflito entre os direitos os fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, diante do conflito, buscamos, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o apoio necessário a embasar nosso posicionamento.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; direito de moradia; área de preservação permanente; áreas urbanas.

ABSTRACT: *The Brazilian urbanization process forced the poor populations to occupy irregular areas, considered, today, of permanent environmental protection. This essay has as its purpose to analyze the possibility of urban land regularization considering the conflict between the fundamental rights of housing and of an ecologically balanced environment. Therefore, considering the conflict, we seek on the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF), to the necessary support for our position.*

KEYWORDS: *fundamental rights; right to a suitable house; permanent preservation area; urban areas.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da proteção constitucional do direito ao meio

¹ Especialista em Direito Empresarial e em Direito Processual Civil, ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Advogado.

ambiente ecologicamente equilibrado e do direito de moradia; 2 Do tratamento legal das áreas de preservação permanente (APP) e da sua importância na vida em sociedade; 3 Da verificação da problemática referente ao direito fundamental de moradia no que toca às áreas de preservação permanente (APP) em áreas urbanas de ocupação consolidadas; 4 Da posição adotada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 761.680/PB; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The constitutional protection of the rights to a ecologically balanced environment and of a rights of housing; 2 The legal treatment for Permanent Preservation Area (PPA) and to their importance of social life; 3 The verification of problematical referent to the fundamental rights of housing concerning areas of Permanent Preservation Area (PPA) in urban areas of consolidated occupation; 4 The position adopted in the judgment for Federal Supreme Court (STF) in the Extraordinary Appeal 761.680/PB; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O notório aumento da população brasileira² nas últimas décadas acarretou, de forma íntima e indissociável, a crescente e desmedida ocupação de áreas urbanas, impactando diretamente no uso dos recursos naturais e, conseqüentemente, na preservação destes.

Diante dessa situação, o que deveria ser preservado ao longo dos anos foi se transformando em locais de moradia de uma população excluída socialmente que encontrou, nessas localidades, a facilidade de ocupação.

O uso dessas áreas para moradia, distantes dos centros urbanos, em que a preservação deveria prevalecer, acarretou o conflito de dois direitos fundamentais: o direito à moradia e o direito a um meio ambiente saudável. Assim, portanto, necessária a reflexão sobre os critérios a serem adotados para ações de regularização fundiária em áreas urbanas de preservação permanente.

É a partir do conflito destes dois direitos fundamentais que se passa a questionar a proteção ambiental e a regularização de habitações consolidadas em locais destinados à proteção das áreas urbanas de preservação permanentes.

Para fins posicionamento perante este conflito de direitos fundamentais, apoiar-nos-emos na decisão adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no

² De acordo com o Banco Mundial (<http://www.worldbank.org/>), o Brasil passou de 72,77 milhões de habitantes, em 1960, para os atuais 200 milhões de habitantes.

julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 761.680/PB³, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia.

1 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E DO DIREITO DE MORADIA

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado somente foi reconhecido como direito fundamental após delongada evolução da cultura do povo neste aspecto. Para tanto, devemos ter em mente que a ideologia mundial de proteção ao meio ambiente apenas tomou corpo depois da metade do século XX⁴ – posteriormente, portanto, à Revolução Industrial. Ou seja, após esse período é que se desvelou a ideia de proteção ao meio ambiente, capaz de firmar-se entre os direitos individuais e sociais.

Assim, o processo de proteção ao meio ambiente ganhou força após a identificação dos direitos fundamentais de terceira dimensão⁵, considerando aqueles vinculados a todas as pessoas indeterminadamente e sem que entre elas haja relação jurídica precisa.

Neste contexto, a Constituição Federal de 1988 – CF/1988⁶ dedicou um capítulo à tutela do meio ambiente, identificando a necessidade de proteção ao equilíbrio ecológico como uma extensão dos direitos fundamentais à saúde e à boa qualidade de vida:

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

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) nº 761.680/PB*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e Município de João Pessoa. Relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Brasília, divulgado em 03.09.2013.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 569.

⁵ Nas palavras de Luiz Alberto David Araújo (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116), após a Segunda Guerra Mundial, ligada ao surgimento de entidades como a Organização das Nações Unidas (1945) e a Organização Internacional do Trabalho (1919), surge a proteção internacional dos direitos humanos, voltada para a essência do ser humano, ao destino da humanidade, pensando o ser humano como gênero, e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada.

⁶ BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988.

Já no tocante ao direito de moradia, no plano internacional, a habitação figura como direitos humanos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁷, em seu art. XXV, o qual estabelecia que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

O direito à moradia ganhou destaque no direito pátrio a partir da Constituição Federal de 1988⁸, também com um capítulo específico sobre a política urbana, que prevê uma série de instrumentos para garantir o direito à moradia e à cidade:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a *moradia*, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifos nossos)

Superada a legislação constitucional quanto aos direitos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao direito de moradia, importante o entendimento da legal sobre as áreas de preservação permanente (APP).

2 DO TRATAMENTO LEGAL DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) E DA SUA IMPORTÂNCIA NA VIDA EM SOCIEDADE

A previsão legal das áreas de preservação permanente (APP) no Brasil teve, como marco inicial, o Código Florestal de 1965⁹, que trazia em sua redação original:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

[...]

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/>. Acesso em: jun. 2014.

⁸ BRASIL. *Constituição Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁹ BRASIL. *Código Florestal*. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Ademais, após diversas alterações legislativas ocorridas no Código Florestal, que culminou revogado pela Lei nº 12.651/2012¹⁰, manteve-se a proteção às APP, nos seguintes termos:

Art. 1º-A. Esta lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, *áreas de preservação permanente* e as áreas de reserva legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos.

[...]

Art. 3º Para os efeitos desta lei, entende-se por:

[...]

II – *área de preservação permanente – APP*: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

[...]

XXVI – *área urbana consolidada*: aquela de que trata o inciso II do *caput* do art. 47 da Lei nº 11.977¹¹, de 7 de julho de 2009; e (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

(grifos nossos)

Assim, conforme citado, o art. 3º, XXVI, remete para o inciso II do *caput* do art. 47 da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009¹², que conceitua o instituto:

II – *área urbana consolidada*: parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que

¹⁰ BRASIL. *Lei nº 12.651*, de 25 de maio de 2012.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 11.977*, de 7 de julho de 2009.

¹² BRASIL. *Lei nº 11.977*, de 7 de julho de 2009.

tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados:

- a) drenagem de águas pluviais urbanas;
- b) esgotamento sanitário;
- c) abastecimento de água potável;
- d) distribuição de energia elétrica; ou
- e) limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos.

Na sequência, importa, ainda, a verificação do art. 4º da Lei nº 12.651/2012, a qual confirma a proteção de APP em zona urbana, porquanto “considera-se área de preservação permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta lei”¹³.

Buscando um enfoque técnico sobre a importância das áreas de APP, encontramos, na Resolução nº 302, de 20 de março de 2002¹⁴, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), parâmetros, definições e limites para as áreas de preservação permanente:

Art. 1º Constitui objeto da presente Resolução o estabelecimento de parâmetros, definições e limites para as áreas de preservação permanente de reservatório artificial e a instituição da elaboração obrigatória de plano ambiental de conservação e uso do seu entorno.

Em Resolução posterior, nº 369, de 28 de março de 2006¹⁵, do Conama, é facilmente verificável a importância alcançada às APP:

Considerando que as áreas de preservação permanente – APP, localizadas em cada posse ou propriedade, são bens de interesse nacional e espaços territoriais especialmente protegidos, cobertos ou não por vegetação, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

¹³ BRASIL. *Lei nº 12.651*, de 25 de maio de 2012.

¹⁴ BRASIL. *Resolução nº 302*, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

¹⁵ BRASIL. *Resolução nº 369*, de 28 de março de 2006, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

Considerando a singularidade e o valor estratégico das áreas de preservação permanente que, conforme indica sua denominação, são caracterizadas, como regra geral, pela intocabilidade e vedação de uso econômico direto;

Considerando que as áreas de preservação permanente e outros espaços territoriais especialmente protegidos, como instrumentos de relevante interesse ambiental, integram o desenvolvimento sustentável, objetivo das presentes e futuras gerações;

Considerando a função socioambiental da propriedade prevista nos arts. 5º, XXIII, 170, VI, 182, § 2º, 186, II, e 225 da Constituição e os princípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador;

Considerando que o direito de propriedade será exercido com as limitações que a legislação estabelece, ficando o proprietário ou posseiro obrigados a respeitarem as normas e regulamentos administrativos;

Considerando o dever legal do proprietário ou do possuidor de recuperar as áreas de preservação permanente – APPs irregularmente suprimidas ou ocupadas;

[...] (grifos nossos)

Atenta-se ao fato de que, ainda que haja toda uma legislação especificando questões sobre as APP, várias interpretações foram extraídas – algumas no sentido de entender ser permitido o uso das áreas de preservação permanente e outras, *a contrariu sensu*, entendem por ser completamente proibido seu uso.

Essa difícil ponderação entre conservação, preservação e uso de áreas de preservação permanente, ao fim, é o fundamento deste trabalho.

3 DA VERIFICAÇÃO DA PROBLEMÁTICA REFERENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA NO QUE TOCA ÀS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (APP) EM ÁREAS URBANAS DE OCUPAÇÃO CONSOLIDADAS

Não há dúvidas de que as áreas de preservação permanente são fundamentais para a preservação dos recursos naturais, tanto para nossa geração como para as futuras. E mais: adquirem especial importância nos grandes

centros urbanos, marcados pela falta de áreas verdes, pela canalização dos rios e pela excessiva pavimentação. Todavia, ao se fixar as diretrizes para preservação dessas áreas, não é possível ignorar a realidade.

E, nesse sentido, percebe-se que o processo de urbanização das cidades brasileiras gerou um passivo ambiental e social de proporções imensuráveis. Ainda, corroborando para o caos em que vivenciamos, e constata a atuação insuficiente do Poder Público para controle e preservação das áreas de preservação permanente, tornando crucial a discussão sobre as formas de solucionar tal questão, garantindo-se o direito à moradia dos ocupantes e buscando-se preservar, na maior medida possível, as áreas de preservação permanente.

Portanto, diante do conflito, não se pode negar que o direito ao acesso à justiça, positivado no art. 5º, XXXV¹⁶, da Lei Maior, abrange não apenas conflitos individuais, mas também aqueles derivados de direitos coletivos e difusos.

De fato, como referem Fensterseifer e Sarlet¹⁷, o Estado Socioambiental de Direito brasileiro é também um Estado protetor e promotor dos direitos fundamentais, e todos os poderes e órgãos estatais estão condicionados à concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Deste modo, o estudo do conflito entre os direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se faz fundamental, devido à inconstância e dificuldade de sua aplicabilidade.

A insegurança existe, apesar de formalmente assegurado pelo ordenamento jurídico, pois grande parte da população brasileira não tem esse direito devidamente efetivado, e a atribuição de sentido aos conceitos jurídicos nem sempre é tarefa fácil. Pois, não raras vezes, ao intérprete do Direito são ofertadas formulações que apresentam razoável grau de indeterminação semântica em seus termos constitutivos. É justamente essa eficácia de lei que acena para a dimensão material do conjunto de normas jurídicas em tela. Há coincidência no âmbito substancial da matéria regradada.

Ademais, a experiência obtida a partir da prática jurídica tem aflorado a falta de racionalidade da aplicação do instituto ora trabalhado. Essa parece ser

¹⁶ “Art. 5º [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

¹⁷ FENSTERSEIFER; SARLET, *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 231-2.

uma realidade que não é ignorada pelos operadores do Direito. Mas o que se tem verificado, da análise dos mais recentes julgados, é a busca, dentro da legalidade de uma aplicação ponderada dos institutos constitucionais, frente à sua colisão, e, por tal razão, é que se enfrenta a situação apoiando-se no julgamento do Recurso Extraordinário nº 761.680/PB.

4 DA POSIÇÃO ADOTADA NO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 761.680/PB

Diante desta dificuldade apresentada, usaremos, como acórdão paradigma (*leading case*), o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do Recurso Extraordinário (RE) nº 761.680/PB¹⁸, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em decisão monocrática.

No julgamento ora em questão, verifica-se que os motivos decorrem do fato de que o Município de João Pessoa, em razão de que é dever do Poder Público Municipal zelar pela defesa e preservação do meio ambiente em vista a promover a fiscalização do cumprimento das normas ambientais, discute a demolição de 200 (duzentas) casas de precárias condições, construídas, irregularmente, em área de preservação permanente (mangue), localizada no entorno da avenida Tancredo Neves, Município de João Pessoa, no Estado da Paraíba.

Verificou-se, no caso concreto, a colisão entre direitos fundamentais e que, em razão de estes não serem absolutos, impôs proceder à compatibilização entre eles, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o que permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, por meio da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles apenas.

Nos termos da decisão monocrática, é possível verificar que o desembargador relator¹⁹ do caso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) nº 761.680/PB*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama e Município de João Pessoa. Relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Brasília, divulgado em 03.09.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=761680&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: ago. 2014.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) nº 761.680/PB*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama e Município de João Pessoa. Relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Brasília, divulgado em 03.09.2013, p. 2.

afirmou “que a questão trazida à baila envolve a problemática social do direito à moradia (art. 6º, *caput*, da CF) e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF)”.

Ou seja, fica evidente a colisão dos direitos fundamentais ao direito à moradia e ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, vemos, de forma clara e objetiva, o posicionamento de que, no caso de colisão entre direitos fundamentais, em razão de estes não serem absolutos, impõe-se proceder à compatibilização entre eles, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o que permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, por meio da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos ou de apenas um deles apenas.

Verificou-se, no caso, que as moradias paulatinamente começaram a suprimir a vegetação do mangue, bem como o solo encontrava-se severamente agredido, em razão de aterro, deposição de esgotos domésticos e lixos provenientes das residências e estabelecimentos comerciais daquela área, não deixando dúvidas, portanto, acerca da degradação ambiental, ao passo que retirar as famílias do local também resultaria em afronta ao princípio constitucional da moradia – até mesmo porque o julgado levou em conta ser incontestável a conduta omissiva do Município de João Pessoa na fiscalização das construções irregulares empreendidas em área de preservação permanente, causadoras de degradação do meio ambiente e, conseqüentemente, da “sadia qualidade de vida”.

Portanto, a ministra²⁰, neste diapasão, com fulcro no princípio da proporcionalidade, entendeu que a melhor solução foi dada pelo douto Magistrado de primeiro grau, ao não determinar a imediata e abrupta retirada dos réus moradores da área, com a demolição de suas casas, sobretudo porque tal ato acarretaria em uma maior lesão à área de preservação permanente e ao direito de moradia, o qual tem cunho constitucional.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) nº 761.680/PB*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e Município de João Pessoa. Relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Brasília, divulgado em 03.09.2013, p. 9.

Para fins de fundamentar a decisão, citou, na literalidade, a decisão do juízo de primeiro grau²¹, decisão esta que também passamos a transcrever:

Por outro lado, não há como desconhecer que as construções irregulares existentes no entorno do Rio Jaguaribe, nas proximidades da Av. Tancredo Neves, Bairro dos Ipês, João Pessoa/PB, constituem grave problema social; todavia, o direito à moradia, previsto na CF, art. 6º, na redação da pela EC 26/2000, não autoriza os RR. a se instalarem em área de preservação permanente, nem a construírem imóveis em locais de domínio público sem prévia autorização dos órgãos competentes.

47. A LICC, art. 5º, dispõe que, na aplicação da lei, “o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”; assim, não seria prudente apenas acolher o pedido deduzido na inicial, no tocante à demolição dos imóveis, sem antes ponderar sobre a necessidade de se encontrar um meio de acomodar as pessoas afetadas pela medida, inclusive com o auxílio dos órgãos de assistência social do Município de João Pessoa, mormente considerando o estado de carência material em que vive a população ribeirinha, bem como a ausência de meios para a solução imediata do problema.

48. Com efeito, a remoção de parte da população da localidade denominada “Favela dos Ipês” não é uma solução tão simples, devendo-se considerar que essa comunidade constitui, hoje em dia, uma realidade social, sendo necessário, portanto, que haja um planejamento prévio para a reinstalação dos imóveis e de seus moradores em áreas dotadas de equipamentos e serviços públicos mínimos, após a realização dos estudos imprescindíveis à efetivação da medida; além disso, o Poder Público tem a obrigação de

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) nº 761.680/PB*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama e Município de João Pessoa. Relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Brasília, divulgado em 03.09.2013, p. 9/10.

evitar que ocorram novas ocupações irregulares dessas áreas, corrigindo os problemas ambientais existentes.

49. Em face disso, o cumprimento da obrigação de fazer ficará sobrestado até que as partes apresentem previamente uma proposta de transferência das pessoas afetadas pela medida, devendo informar o local em que elas e seus pertences serão alocados, bem como sobre a possibilidade de conseguir-lhes outros imóveis próprios para moradia, por meio dos programas sociais e dos recursos existentes para essa finalidade junto aos órgãos de assistência social. (grifos nossos)

Ao fim, entendemos, por extremamente correta e ponderada, a decisão ora analisada, na qual entendeu não ser razoável a demolição imediata de todos os imóveis irregulares localizados na área de preservação permanente, tendo em vista que tal ato representaria um agravante ao dano ambiental já existente, além de causar inegável impacto social decorrente do desalojamento de diversas famílias.

Além disso, não se furtou da verificação e do entendimento de que tais construções causam prejuízo ambiental, e, neste sentido, determinou a apresentação de um planejamento prévio para a reinstalação dos imóveis e de seus moradores em áreas dotadas de equipamentos e serviços públicos mínimos, após a realização dos estudos imprescindíveis à efetivação da medida para desocupação da área de preservação indevidamente ocupada, cabendo, ainda, ao Poder Público a obrigação de evitar novas ocupações irregulares das áreas, corrigindo os problemas ambientais existentes.

CONCLUSÃO

Para que se possa pensar em regularização fundiária das áreas de preservação permanente, será necessário conciliar o direito das populações historicamente excluídas que ocuparam áreas de preservação com a manutenção ambiental das áreas de preservação.

Ambos os direitos tutelam uma qualidade de vida negada a essas populações, que não tiveram acesso à moradia adequada devido a sua vulnerabilidade econômica e que, na situação de irregularidade, ocuparam áreas de preservação, geralmente sem saneamento básico, de forma nociva a elas próprias e a toda coletividade.

Não se pode exigir uma aplicação absoluta do direito ao meio ambiente, como se este fosse isolado da construção histórica da formação urbana. É preciso, no sentido de proteção à vida, que o direito ao meio ambiente alie-se à realidade social e possibilite a defesa do direito de posse adquirida por essas populações. Também não há dúvidas de que faltam programas de regularização fundiária em áreas de preservação permanente capazes de dialogar com as políticas públicas e com os moradores de áreas de preservação.

Nesse sentido, o acórdão paradigma (*leading case*), RE 761.680/PB, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, posicionou-se no mesmo sentido, entendendo não ser razoável a demolição imediata de todos os imóveis irregulares localizados na área de preservação permanente, tendo em vista que tal ato representaria um agravante ao dano ambiental já existente, mas indicando a necessidade de um planejamento prévio para a reinstalação dos imóveis e de seus moradores em áreas dotadas de equipamentos e serviços públicos mínimos. Ressalta-se, ainda, que cabe ao Poder Público a obrigação de evitar novas ocupações irregulares das áreas.

Vimos, assim, que atribuir sentido aos conceitos jurídicos postos nesta questão não é tarefa fácil, vez que apresentam razoável grau de indeterminação e necessidade de ponderação dos direitos fundamentais postos em conflito.

Somente assim, nesse diálogo entre direitos fundamentais, políticas públicas e agentes envolvidos é que se poderá pensar numa solução, razoavelmente aceitável como a do acórdão paradigma trazido.

REFERÊNCIAS

AHRENS, Sérgio. O Código Florestal brasileiro no século XXI. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de et al. *Código Florestal: 45 anos: estudos e reflexões*. Curitiba: Letra da Lei, 2010.

AKAOUI, F. R. V. Parcelamento do solo e meio ambiente. In: BENJAMIN, A. H.; SÍCOLI, J. C. M.; ANDRADE, F. A. V. *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. 2. ed. São Paulo, 1999.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman (Coord.). *Direito ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de Estado e da Defensoria Pública na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BODNAR, Zenildo. Reparação de danos ambientais em APP. In: BENJAMIN, Antônio Herman; CAPELLI, Silvia; LECEY, Eladio. *Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL, Luciano de Faria. Acerca do conceito de “situação consolidada” (Provimento nº 28/2004 – CGJ – More Legal III). Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/urbanistico/doutrina/id473.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2010.

_____. *Constituição Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. *Código Florestal*. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

_____. *Lei nº 12.651*, de 25 de maio de 2012. Brasil.

_____. *Resolução nº 302*, de 20 de março de 2002, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

_____. *Resolução nº 369*, de 28 de março de 2006, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário (RE) 761.680/PB*. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama e Município de João Pessoa. Relatoria da Ministra Cármen Lúcia. Brasília, divulgado em 03.09.2013.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito ambiental*.

CAPELLI, Silvia; MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Direito ambiental*. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

CASTANHEIRO, I. C. Implantação e regularização de “condomínio” de lazer em área de preservação permanente. In: *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. atualizada por Gustavo Binebojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais. Apud *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; LEUZINGER, Márcia Dieguez. Anotações atualizadas acerca do processo legislativo de reforma do Código Florestal. In: _____ et al. *Código Florestal: 45 anos: estudos e reflexões*. Curitiba: Letra da Lei, 2010.

_____. *Curso de direito ambiental*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, p. 9-29, out. 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. Áreas de “degradação permanente”, escassez e riscos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 38, p. 23, jul. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Proibição ao retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

RAMALHO, Ana Maria Filgueira; SILVA, Vera Lúcia de Orange Lins da Fonseca e. Conflitos fundiários urbanos: o dilema do direito à moradia em áreas de preservação ambiental. In: SAULE JÚNIOR, Nelson et al. (Org.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico*, Porto Alegre: Magister, 2009.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

SANTIAGO, Alex Fernandes. O direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 60, p. 94, out. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SERVILHA, Elson Roney; STRUCHEL, Andréa Cristina de Oliveira. O direito, as leis e a gestão das florestas. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 46, p. 17, abr. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEIGLEDER, Anelise Monteiro. Medidas compensatórias e a intervenção em áreas de preservação permanente. In: BENJAMIN, Antônio Herman; CAPELLI, Silvia; LECEY, Eladio. *Meio ambiente e acesso à justiça: flora, reserva legal e APP*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007.

SIGILO BANCÁRIO E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – ANÁLISE CRÍTICA DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA MEDIDA CAUTELAR Nº 33/PR E RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 389.808/PR

THE PRIVACY OF PERSONAL BANKING DATA - CRITICAL ANALYSIS OF THE POSITIONING ADOPTED BY THE MINISTERS OF THE SUPREME COURT IN THE TRIAL OF A AC 33/PR AND RE 389.808/PR

Fernando Bortolon Massignan¹

Mestrando na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC

RESUMO: Recentemente o Supremo Tribunal Federal abordou importante questão relativa ao sigilo de dados bancários na oportunidade do julgamento da Ação Cautelar nº 33/PR e do respectivo Recurso Extraordinário nº 389.808/PR o qual é conexo à referida ação. Neste artigo, pretende-se verificar o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal sob uma abordagem crítica. Com esse objetivo, buscar-se-á amparo constitucional quanto à teoria e eficácia dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Sigilo bancário; STF; RE 389.808; AC 33; direitos fundamentais; LC 105/2001.

ABSTRACT: *Recently, the Supreme Federal Court had examined the question related to the right to data privacy of banking account, in the opportunity of judgment of the “Ação Cautelar n. 33-PR” and it’s respectively “Recurso Extraordinário n. 389.808/PR”, which is connected to the mentioned case. The purpose of the present article is to verify position of each Minister of the Supreme Court by a critical approach. By this goal, the present article will intend to find the constitutional bases of the case, using the theory and efficacy of the fundamental rights.*

KEYWORDS: *Bank data; privacy; STF; RE 389.808; AC 33; fundamental rights; LC 105/2001.*

¹ Mestrando na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, Especialista em Direito Tributário pela FGV, Bacharel em Ciências Contábeis pela UFRGS, Bacharel em Direito pela PUCRS, Advogado.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Descrição do julgamento da AC 33/PR; 2 Descrição do julgamento do RE 389.808/PR; 3 Análise do sigilo bancário como direito fundamental e as limitações legislativas e jurisprudenciais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The trial of the AC 33/PR; 2 The trial of the RE 389.808/PR; 3 Analysis of the bancary data privacy as a fundamental right and the limitation established by legislative and case law; Final thoughts; References.

INTRODUÇÃO

Traça-se, como objetivo do presente artigo, a análise do posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento da Medida Cautelar nº 33/PR e do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR.

O objeto de julgamento do referido recurso extraordinário e ação cautelar é a análise da negativa de vigência ao art. 5º, X e XII, da Constituição Federal diante da quebra de sigilo bancário pela Receita Federal do Brasil na oportunidade de procedimento de fiscalização sem que, para tanto, houvesse autorização judicial.

A necessidade de atenção ao posicionamento adotado nos referidos julgamentos é de suma importância diante das alterações legislativas ocorridas no Brasil desde a edição da LC 105/2001 e a pendente análise de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.386, 2.389, 2.390, 2.406 e 2859-6.

A estrutura do artigo é composta de relatório dos julgados com demonstração do posicionamento de cada ministro para apenas posteriormente realizar a respectiva análise crítica, a qual consta no Capítulo 4.

1 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO DA AC 33/PR²

A lide foi levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal por meio da proposição de ação cautelar inominada movida por GVA Indústria e Comércio S.A. para pleitear efeito suspensivo ativo ao RE 389.808³ para evitar que a Receita

² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Cautelar nº 33/PR. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Julgada improcedente. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+33%2ENUME%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+33%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajgmahd>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 389.808. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Relator Ministro Marco Aurélio, 09 de maio de 2011. Disponível

Federal do Brasil obtivesse acesso aos dados bancários da recorrente enquanto a ação principal estivesse *sub judice*.

A motivação do RE e da ação cautelar foi o julgamento pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que decidiu, em sede de apelação em mandado de segurança, que a quebra do sigilo bancário não afrontaria, *a priori*, os direitos e as garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, cuja ementa foi no seguinte sentido:

Tributário. Repasse de dados relativos à CPMF para fins de fiscalização de imposto de renda. Sigilo bancário. O acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, não afronta, *a priori*, os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, X e XII, da CF/1988, conforme entendimento sedimentado no tribunal. No plano infraconstitucional, a legislação previu o repasse de informações relativas a operações bancárias pela instituição financeira à autoridade fazendária, bem como a possibilidade de utilização dessas informações para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento do crédito tributário porventura existente (Lei nº 8.021/1990, Lei nº 9.311/1996, Lei nº 10.174/2001, Lei Complementar nº 105/2001). As disposições da Lei nº 10.174/2001 relativas à utilização das informações da CPMF para fins de instauração de procedimento fiscal relacionado a outros tributos não se restringem a fatos geradores ocorridos posteriormente à edição da lei, pois, nos termos do art. 144, § 1º, do CTN, aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização,

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas. Apelação desprovida.

Conforme consta no relatório do Ministro Revisor Joaquim Barbosa, o recurso extraordinário chegou ao STF em 20 de fevereiro de 2003, com a busca da jurisdição⁴ para afastar por inconstitucionais a aplicação dos dispositivos da Lei nº 10.174/2001, da Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto nº 3.724/2001, os quais permitem a requisição de informações bancárias pela Receita Federal diretamente às instituições financeiras, e a utilização dessas informações “para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para o lançamento, no âmbito da procedimento fiscal, do crédito fiscal, do crédito tributário porventura existente [...]” (art. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/1996).

Diante da necessidade de evitar a perda do objeto da ação em razão da possibilidade de a Receita Federal realizar a fiscalização com potencial inconstitucionalidade, a recorrente propôs, conjuntamente, a referida ação cautelar com a finalidade de agregar efeito suspensivo ativo ao recurso extraordinário.

A ação cautelar foi recebida sob o nº 33/PR, sendo distribuída ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu liminar nos seguintes termos:

Jurisdição. Poder de cautela. Recurso extraordinário. Eficácia suspensiva. Liminar. Sigilo de dados bancários. Afastamento. Risco. Art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Arts. 4º e 5º do Decreto nº 3.724/2001. Constitucionalidade declarada. Ação cautelar. Liminar deferida.

Na oportunidade do julgamento do mérito, em 24 de novembro de 2010, o Plenário do STF negou provimento à cautelar, em votação resultada em 5 a 4, sendo vencidos os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio de Mello.

⁴ Os pedidos do mandado de segurança foram os seguintes: conceder a segurança para que a RFB “i) se abstenha de requisitar outras informações pertinentes à movimentação financeira da requerente perante qualquer instituição bancária; ii) mantenha em absoluto sigilo as informações de movimentação bancária da requerente que já se encontram em seu poder; e, ainda, iii) se abstenha de utilizar, para quaisquer fins, as informações bancárias obtidas mediante a quebra do sigilo bancário sem intervenção judicial, até julgamento final do RE 389.808/PR”.

Para julgar improcedente a medida cautelar, foram utilizados os argumentos a seguir comentados.

O primeiro argumento foi de ordem *processual*, exarado pelo Ministro Redator para o Acórdão Joaquim Barbosa, o qual argumentou que não seria cabível a medida cautelar para agregar efeito suspensivo ativo diante da ausência de previsão legal para tanto, como também pela ausência dos requisitos da certeza de direito e irreversibilidade da medida. Os argumentos do ilustre ministro não serão abordados neste artigo, pois possuem referencial exclusivamente processual e não abordam o mérito da matéria propriamente dito.

Em relação ao mérito, foram dois os posicionamentos existentes.

O Ministro Dias Toffoli, no voto vencedor do julgamento da cautelar, argumentou que não haveria quebra do sigilo bancário quando houvesse fiscalização da Receita Federal do Brasil, pois ocorreria mera troca de sigilo bancário para sigilo fiscal, *verbis*:

Senhor Presidente, a minha reflexão sobre o tema vai no seguinte sentido: os dados bancários e financeiros de todo cidadão, em grande parte, estão, inclusive, sob a guarda de instituições privadas. Em outras palavras, um gerente de banco tem acesso aos dados do cidadão; se ele divulgar esses dados, ele comete um crime, o crime de quebra de sigilo. No meu entender, o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de janeiro de 2001, ao permitir essa ação fiscal e esse acesso, ele o faz exatamente resguardando o sigilo, e não quebrando o sigilo; numa possibilidade de acesso à transferência do sigilo, na forma do parágrafo único do art. 6º. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere esse artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

O Ministro Gilmar Mendes também julgou improcedente a ação cautelar em relação ao mérito, ao realizar a análise da concorrência de pressupostos constitucionais que regulam o tema, os quais residem no art. 5º, X, em favor do contribuinte, e no art. 145, § 1º, em favor da fiscalização da Receita Federal do Brasil. E, diante da inexistência de “direito evidente” entre a incompatibilidade

do art. 6º da LC 105/2001 com a Carta Magna, entendeu o Ministro Gilmar Mendes que não seria o caso de procedência da ação cautelar.

Foi o voto do Ministro Joaquim Barbosa que acabou sendo o voto-condutor que definiu o julgamento da Ação Cautelar nº 33/PR, a qual foi ementada no seguinte sentido:

Recurso extraordinário. Tutela de urgência (poder geral de cautela). Requisitos. Ausência. Processual civil. Referendo de decisão monocrática (art. 21, V, do RTSTF). Constitucional tributário. Dados bancários protegidos por sigilo. Transferência de informações sigilosas da entidade bancária ao órgão de fiscalização tributária federal sem prévia autorização judicial. Lei Complementar nº 105/2001. Lei nº 10.174/2001. Decreto nº 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001-30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.

2 DESCRIÇÃO DO JULGAMENTO DO RE 389.808/PR

Superada a Ação Cautelar nº 33/PR, na oportunidade do julgamento o Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, em 15 de dezembro de 2010, ele foi *provido*, tendo como condução o voto do Ministro Marco Aurélio e sendo vencidos os Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Ellen Gracie.

A ementa do julgado foi no seguinte sentido, *verbis*:

Sigilo de dados. Afastamento. Conforme disposto no inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, a regra é a

privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. Sigilo de dados bancários. Receita Federal. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

2.1 POSICIONAMENTO VENCEDOR NO RE 389.808/PR – MINISTRO MARCO AURÉLIO, GIMAR MENDES, RICARDO LEVANDOWSKY, CELSO DE MELLO E CESAR PELUSO

O voto vencedor do Ministro Marco Aurélio estruturou-se na ponderação dos princípios constitucionais contidos no art. 1º, III, quanto à dignidade da pessoa humana e à necessidade de segurança prevista nos arts. 5º e 6º da CF para, enfim, invocar a inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados das comunicações telefônicas como garantia constitucional, impondo, como requisito para sua quebra, a necessidade de acesso ao Judiciário com a finalidade de assegurar o risco de lesão ou ameaça a direito – art. 5º, XXXV.

Ponderou que, em relação à inviolabilidade de correspondências, a própria Constituição Federal prevê exceções, sendo que o primado do Judiciário seria a garantia de que a relativização da garantia fundamental dar-se-ia apenas mediante ato fundamentado e nas hipóteses e forma contempladas em lei. Entendeu o Ministro Marco Aurélio que a relativização do sigilo dar-se-ia com finalidade única de investigação criminal ou instrução processual penal.

Decidiu enfim que, em síntese, a regra insculpida constitucionalmente seria assegurar a privacidade das correspondências, bem como das comunicações telegráficas de dados e telefônicas, “correndo à conta de exceção a possibilidade de ser mitigada por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Assim, o afastamento do sigilo apenas seria constitucional mediante ato de órgão equidistante, ato do Estado-juiz, que não figura em relação jurídica a envolver interesses.

Concluiu o Ministro Marco Aurélio que garantir o direito ao acesso a órgão vinculado ao Ministério da Fazenda acabaria ferindo a regra insculpida no art. 5º, X, da Constituição Federal do Brasil, pois a quebra pela Receita Federal do Brasil serviria não para persecução penal, mas para o fim de cobrança de tributos, fato que incidiria em coação política e contrariaria jurisprudência sedimentada do STF nos Verbetes nºs 70, 323 e 547⁵.

O dispositivo restou consignado que o *passo* banalizaria o que a Constituição Federal quer protegido – a privacidade do cidadão –, deferindo, assim, a ordem para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto aos dados bancários da empresa recorrente, demonstrando conflito entre a Lei Complementar nº 105/2001, Lei nº 9.311/1996 e Decreto nº 3.724/2001 e a Constituição Federal.

Assim, de forma sintética, é possível afirmar que o Ministro Marco Aurélio entendeu que a relativização do sigilo bancário deve ser feita condicionada a uma análise equidistante, ou seja, do Juiz-Estado, apenas em ação criminal, o qual terá a competência para ponderar os diversos interesses envolvidos em causa específica, mantendo-se a garantia do sigilo para todos os efeitos.

O Ministro Gilmar Mendes, apesar de ter votado negando seguimento à AC 33/PR, modificou seu entendimento na oportunidade do julgamento do RE para se filiar ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, fazendo ressalva apenas que a quebra do sigilo por meio judicial não estaria adstrita às ações penais. Transcreve-se:

Por que há de ser tão difícil, numa matéria que é relevante e tão suscetível a abusos, obter-se essa declaração do próprio Judiciário, diante uma medida cautelar?

[...]

No que diz respeito ao acesso à conta com todas as suas consequências, não se trata de negar esse acesso, mas simplesmente de exigir – essa é a premissa do voto do Relator e também do voto do Ministro Celso

⁵ “Verbete nº 70. É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”. “Verbete nº 323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. “Verbete nº 547. Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

de Mello proferido na cautelar – que, tendo em vista o valor de que se cuida dos direitos fundamentais, haja a observância do princípio da reserva de jurisdição. Portanto, não se trata de impedir o acesso.

Assim, ambos os ministros apenas discordaram quanto à amplitude da jurisdição, pois, enquanto o Ministro Marco Aurélio entende que a quebra estaria limitada à persecução criminal, o Ministro Gilmar Mendes expressou entendimento de que, para que se mantivesse o Estado Democrático e de Direito, seria necessário manter a reserva de jurisdição a qual não estaria limitada à persecução criminal.

2.2 POSICIONAMENTO DIVERGENTE NO RE 389.808/PR DOS MINISTROS DIAS TOFFOLI, AYRES BRITO, CÁRMEN LÚCIA E ELLEN GRACIE

Inicialmente, em relação aos votos vencidos, registra-se o voto do Ministro Dias Toffoli, o qual votou por negar provimento ao recurso extraordinário, sustentando que não haveria afronta ao art. 5º, X e XI, diante da previsão do art. 145 da Constituição, que permitiria a administração tributária “identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Assim, segundo argumento do Ministro Toffoli, no caso em julgamento, “não há que se falar de quebra de sigilo, há que se falar de transferência do dever de manter o sigilo, porque a quebra é crime, é ilícito”.

Impõe-se transcrever ainda o seguinte trecho da decisão em que o Ministro Dias Toffoli constrói seu raciocínio:

A Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens. No nosso caso, essa obrigação anual se dá por força de lei, *ex leges*, não por força de decisão judicial. Se esse não fosse o caso, a Receita Federal teria, todo ano, de acionar o Judiciário para que ele compelisse os cidadãos brasileiros a apresentar anualmente a sua declaração de bens, declaração do patrimônio total de bens. Esse é o conjunto maior; a atividade econômica, que é a movimentação bancária, é o conjunto menor.

Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como ela não pode ter acesso ao conjunto menor? E o § 1º do art. 145 muito sabiamente ressaltou: “identificar, respeitados os direitos individuais [...]”.

[...]

A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer. Por todas essas razões, Senhor Presidente, e verificando que há previsão constitucional e que a lei que regrou a transferência respeita os direitos e garantias fundamentais, tudo nos termos do § 1º do art. 145 da Constituição e da legislação que regulamenta essa transferência, criminalizando a quebra, eu nego provimento ao recurso, com as vênias ao eminente ministro relator.

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do Ministro Dias Tofolli expressando entendimento similar.

Por fim, ainda nesta esteira, o Ministro Ayres Britto sustentou a possibilidade de quebra do sigilo uma vez que a Constituição Federal regulamenta a atividade do Fisco, sendo que a quebra serviria para aferir a capacidade contributiva de cada contribuinte. Invocou a aplicação dos arts. 37, XXII, 131, § 3º, e art. 145, § 1º.

É interessante observar, na análise do Ministro Ayres Britto, na qual sustentou que o sigilo utilizado na Constituição serviria para “três atividades ou setores factuais de incidência: comunicações telegráficas, comunicações de dados e comunicações telefônicas”, sendo que a razão de tal garantia seria para preservar a privacidade das pessoas privadas e evitar a interceptação clandestina. Impõe-se transcrever parte do voto:

Então me parece que a conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se

proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime. Por outro lado, esse tipo de interpretação que se desata do voto do Ministro Dias Toffoli faz, implicitamente, uma distinção muito cara à Ministra Cármen Lúcia e a mim mesmo. Sempre que posso, como a Ministra Cármen Lúcia também, faço uma distinção entre o ser e o ter.

O que o Direito tem em conta cada vez mais, notadamente o direito constitucional, é a preservação dos dados do ser.

Os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão os dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque patrimônio e renda são obtidos da sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelo qual esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem. Isso é da lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da visibilidade verdadeiros pilares da democracia. De maneira que, com essas palavras, desprovejo o recurso, na linha do voto, que tenho como o exemplar, do Ministro Dias Toffoli.

Conforme se extrai do voto acima, o Ministro Ayres Brito faz importante colocação, que alhures será abordada, na relação entre o ser e o ter. Que os dados do patrimônio não teriam relação com a intimidade do indivíduo, pois representam seu *ter*, enquanto a Constituição Federal quer proteger é a intimidade do ser, seus dados sensíveis.

Da demonstração dos votos dos ministros que desproveram o recurso extraordinário pode-se sintetizar que os argumentos são os seguintes:

a) não haveria quebra de sigilo na coleta de dados do Poder Público, mas mera transferência de sigilo; b) que a Constituição Federal autoriza a Receita Federal a investigar os cidadãos; c) que a Constituição teria como objetivo proteger dados do *ser*, e não dados do *ter*.

3 ANÁLISE DO SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E AS LIMITAÇÕES LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS

3.1 OS LIMITES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SIGILO BANCÁRIO (ARTIGO 5º, XII) OS LIMITES AOS LIMITES E AS RAZÕES DE DECIDIR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para se permitir uma análise crítica ao julgado do STF, faz-se necessário estabelecer as premissas que serão adotadas.

Como método de abordagem, faz-se necessário evidenciar a correção ou a ausência de amparo argumentativo na decisão do STF, segundo o entendimento de cada ministro na evidenciação dos limites dos direitos fundamentais e dos limites aos limites⁶.

Para atingir esse objetivo, primeiramente se impõe esclarecer que, conforme magistério do Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos fundamentais, apesar de serem os bens tutelados de maior importância nas cartas constitucionais, não são absolutos, no sentido de serem “absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição em sua esfera subjetiva e objetiva, e nenhuma ordem jurídica pode protegê-los de maneira ilimitada”⁷.

Especificamente em relação ao sigilo bancário, ele restou garantido como direito fundamental no art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, que, apesar de não constar na norma de forma expressa, caracteriza-se por ser subcategoria ao sigilo garantido às correspondências, comunicações telegráficas de dados e

⁶ Ibidem, p. 398.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 396.

de comunicação telefônica, sendo reconhecido como tal pelo próprio Supremo Tribunal Federal⁸, pela doutrina⁹ e pelo legislador ordinário¹⁰.

O texto constitucional contido no art. 5º, XII, estabelece o seguinte, *verbis*:

Art. 5º¹¹ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...]

Novamente, o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet¹² ensina acerca deste direito o seguinte, *verbis*:

Assim como os demais direitos pessoais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas. Todavia, ao não prever, para a

⁸ Ministro Maurício Corrêa cita os seguintes precedentes: MS 1.047/SP e 1.959/DF: RHC 31.611, Rel. designado Min. Afrânio Costa, J. 25.07.1951, DJU 28.09.1953, p. 2880 (apenso ao n. 222); MS 2.172, Rel. Min. Nelson Hungria, J. 10.07.1953, DJU 05.01.1954; RMS 2.574/MG, Rel. Min. Villas Boas, J. 10.07.1957, RTJ 2/429; RMS 9.057/MG, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, J. 13.09.1961, RTJ 20/84; RMS 1.5925/GB, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, J. 20.05.1966, RTJ 37/373; AG 40.883/GB, Rel. Min. Hermes Lima, J. 10.11.1967, DJU 06.03.1968; RE 71.640/BA, Rel. Min. Djaci Falcão, J. 17.09.1971, RTJ 59/571; RE 82.700/SP, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, J. 11.11.1975, RTJ 76/655; MS 21.172/AM, Rel. Min. Soares Nuños, J. 27.09.1978, DJU 20.10.1978; RE 94.608/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, J. 06.04.1984, RTJ 110/196; AG (AgRg) 115.469-1/SP, Rel. Min. Rafael Mayer, J. 28.11.1986, DJU 12.12.1986; HC 66.284/MG, Rel. Min. Carlos Madeira, J. 24.05.1988, RTJ 127/891; HC 67.913/SP.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 396.

¹⁰ A Lei nº 4.595/1964, que regula o sistema financeiro, foi recepcionada pela CF de 1988 com *status* de lei complementar e, em seu art. 38, garante o direito ao sigilo bancário.

¹¹

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 395.

privacidade e intimidade, uma expressa reserva legal, além de afirmar que se cuida de direitos invioláveis, há que reconhecer que a Constituição Federal atribuiu a tais direitos um elevado grau de proteção, de tal sorte que uma restrição apenas se justifica quando necessária a assegurar a produção de outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente relevantes (no caso, portanto, de uma restrição implicitamente autorizada pela Constituição Federal), de tal sorte que é em geral na esfera dos conflitos com outros direitos que se pode, em cada caso, avaliar a legitimidade constitucional da restrição.

Sérgio Covello¹³, em livro destacado sobre o tema, defende o sigilo bancário sob uma perspectiva mais pessoalizada, referindo o seguinte, *verbis*:

O sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão. Esta é a sua causa de ser. Sua causa final. Os bancos, no exercício de seu comércio, adentram na vida privada de seus clientes e outras pessoas, inteirando-se de dados, aos quais, não fosse o desempenho de seu mister, jamais teriam acesso, porque geralmente aparecem excluídos do conhecimento alheio. Se, para exercer sua profissão, os bancos adentram na esfera da intimidade das pessoas, logicamente devem respeitá-la.

Na intimidade, incluem-se tantos fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o património e actividade comercial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projecção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar este aspecto da personalidade da indiscrição alheia. Nota-se, em quase todas as pessoas, certo pudor natural no que concerne à soma de seus bens, ao seu ordenado, a sua renda, a suas dívidas e a seu sucesso ou fracasso nas operações...

¹³ COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001. p. 137.

Arnoldo Wald¹⁴, por sua vez, também em estudo relacionado ao tema, demonstra a existência de posicionamentos que abordam o sigilo bancário em conformidade à Lei nº 4.595/1964, fazendo referência que

historicamente o sigilo bancário tornou-se uma condição *sine qua non* da própria existência dos bancos e do exercício de suas funções, sendo sua existência indispensável para a manutenção e o desenvolvimento do sistema bancário. Chegou-se até a afirmar que o sigilo bancário constitui as pilastras do crédito e a garantia de uma economia sadia.¹⁵⁻¹⁶

A primeira restrição expressa que encontra o direito ao sigilo bancário é de ordem legislativa, na LC 105/2001, a qual prevê que não constitui quebra de sigilo o dever de as instituições financeiras prestarem informações à Receita Federal do Brasil das movimentações realizadas pelos contribuintes mensalmente, nos termos regulados pelo Decreto nº 4.489/2002. Em relação a essas determinações, cumpre destacar que estão pendentes de julgamento no STF as ADIns 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2.406 e 2.859-6, as quais, na oportunidade de seu julgamento, abordarão novamente o tema tratado neste artigo, fato que demonstra a importância de aprofundamento do tema.

Uma vez reconhecido o sigilo bancário como direito fundamental constitucionalmente positivado, especifica-se que seus limites serão “toda ação ou omissão que dificulte, reduza ou elimine a sua proteção, que afete o seu exercício (aspecto subjetivo) e/ou diminua os deveres estatais de garantia e promoção (aspecto objetivo)”¹⁷.

¹⁴ WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar nº 70. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 1, p. 1999.

¹⁵ Nesse mesmo sentido de abordagem, vide BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações legais ao sigilo bancário. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo: RT, v. 18, p. 144, 1996.

¹⁶ Importante também destacar os estudos realizados em Portugal acerca do sigilo bancário como condição necessária para o desenvolvimento econômico no País, inclusive com exposição de motivos em âmbito legislativo no Decreto-Lei nº 2/1978, demonstrando como aquele país tratava o tema em época que estava buscando se reerguer economicamente e antes das determinações da OCDE à Comunidade Europeia: PORTUGAL. Despacho Normativo nº 357, de 1979. Disponível em: <<http://www.legislacao.org/primeira-serie/despacho-normativo-n-0-357-79-credito-deverao-administracao-gestao-59623>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional.

Em relação às espécies de limitações, a doutrina indica existirem pelo menos três formas, quais sejam: expressa disposição constitucional; por norma legal promulgada com fundamento na Constituição; e em relação a restrições por força de colisões entre direitos fundamentais¹⁸, sendo que as limitações dos direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição.

O controle material diz com a proteção essencial desses direitos, bem como com a exigência da análise da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também com o que tem se convencido designar como a proibição de retrocesso.

A doutrina ensina que, para a restrição de determinado direito fundamental, em especial quando colidente com outros direitos fundamentais, a análise do princípio da proporcionalidade seria o método eficaz para esse objetivo.

Conforme ensina Ingo W. Sarlet:

O princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático e de Direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos – tanto comissivos como omissivos – dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados.¹⁹

O princípio da proporcionalidade atua como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, atuando no plano da proibição do excesso.

Impõe-se ainda referir que, neste estudo, abordaremos a possibilidade de afastamento/restrrição do direito ao sigilo bancário frente à persecução *fiscal*, nos termos abordados no caso acima relatado. Assim, apesar de grande importância, não abordaremos as hipóteses da quebra desse sigilo na persecução penal, nas CPIs, ou ainda em casos de busca patrimonial nas lides de direito de família em que se cita o exemplo da busca pelo cônjuge ou filho.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional, p. 404.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional, p. 405.

3.2 ANÁLISE CRÍTICA DO ARGUMENTO PROTEÇÃO AO SER X PROTEÇÃO AO TER

Conforme foi evidenciado na transcrição do julgamento antes realizada, os exmos. Ministros Ayres Brito e Cármem Lúcia utilizaram como norte de suas ponderações que o sigilo bancário não estaria garantido como direito fundamental, pois guardam dados do “ter”, enquanto a Constituição Federal busca proteger as informações do “ser”, em sua esfera íntima.

Refere-se que, no direito português, Gomes Canotilho e Vital Moreira²⁰ adotam posicionamento similar em relação ao tema inferindo o seguinte, *verbis*:

A teleologia intrínseca dos direitos de personalidade justifica fundamentalmente o direito ao segredo do ser (direito à imagem, direito à voz, direito à intimidade da reserva de vida privada...). É problemática a inclusão nestes direitos de personalidade do pretense direito ao segredo do ter (segredo bancário, segredo dos recursos financeiros e patrimoniais... sigilo fiscal). Além de não haver qualquer princípio ou regra constitucional a dar guarida normativa a um segredo do ter [...].

Apesar do posicionamento dos ilustres doutrinadores lusos, a atual jurisprudência do Tribunal Constitucional português aponta para entendimento divergente.

Com efeito, verifica-se, nos Acórdãos n^os 602/2005 e 442/2007, que o TC tem se posicionado no sentido de que não é o conhecimento da situação patrimonial de uma pessoa que é intrusivo da sua privacidade, mas sim o fato de que, com base nesse conhecimento, pode-se “propiciar um retrato fiel e acabado da forma de condução de vida privada, do respectivo titular”²¹.

Ainda no Acórdão n^o 442/2007, restou consignado que o segredo bancário consiste num “direito ao segredo do ter”, por oposição ao “direito ao segredo do ser”, em que se incluiria o direito à reserva de intimidade da vida privada, ao decidir que,

²⁰ CANOTILHO, Gomes; VITAL MOREIRA. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 468 e 469.

²¹ PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n^o 442/2007 do TC. Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

através da análise do destino das importâncias pagas na aquisição de bens ou serviços, pode facilmente ter-se uma percepção clara das escolhas e do estilo de vida do titular da conta, dos seus gostos e propensões, numa palavra, do seu perfil concreto enquanto ser humano. O conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria – daquilo que ele é e não daquilo que ele tem.²²

É interessante cotejar a discussão traçada no Tribunal Constitucional português com o julgado do Supremo Tribunal Federal trazido a lume. No referido julgado daquele Tribunal, analisou-se a constitucionalidade dos arts. 69, n.º 2, e 110, n.º 2, do Código de Procedimento e Processo Tributário, que permitia à administração tributária quebrar o sigilo bancário de pessoas sujeitas a determinados cargos públicos mediante simples notificação ao contribuinte, o qual, por sua vez, se quisesse evitar tal persecução, deveria buscar abrigo judicial. Na oportunidade, foram abordados argumentos similares aos abordados pelo STF, aprofundando apenas o evidente confronto que existe entre o sigilo bancário e a justiça e igualdade fiscal que em nosso tribunal ainda não chegou a ser debatido.

No referido julgamento luso, o argumento que se desvelou vencedor foi o de que a movimentação das contas de depósito ou dos movimentos com cartões acaba evidenciado o estilo de vida do titular da conta, dos seus gostos e propensões – em outras palavras, do seu perfil concreto enquanto ser humano. “O conhecimento de dados económicos permite, afinal, a invasão da esfera pessoal do sujeito, com revelação de facetas da sua individualidade própria – daquilo que ele é e não daquilo que ele tem²³”.

²² PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 442/2007 do TC. Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

²³ PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão n.º 442/2007 do TC, p. 22.

Para corroborar esse entendimento, poderíamos, inclusive, buscar argumentos na filosofia²⁴ de José Ortega y Gasset²⁵, que tem sua frase consagrada (“*yo soy yo y mi circunstancia*”)²⁶ no sentido de que não podemos compreender um indivíduo se dispensarmos conhecer as circunstâncias em que vive.

Partindo-se da premissa de que a vida econômica de determinado sujeito em uma sociedade capitalista é parte significativa de sua manifestação em sociedade, ou seja, de sua circunstância direta e imediata, verificamos que os dados bancários, de fato, revelam e fazem parte da própria forma de expressão do ser, inclusive de sua esfera íntima.

No campo do Direito, Celso Ribeiro Bastos²⁷, de uma forma mais direta e pontual, afirma que “a vida do homem pode ser escrita a partir de seu talão de cheques e, nas sociedades mais avançadas, dos cartões de crédito e magnéticos”.

Já no âmbito da Corte Constitucional, o Ministro Celso de Mello já havia sustentado acerca do sigilo bancário entendimento similar, no seguinte sentido de que

trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia inatingível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais.²⁸

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Carlos Velloso posicionou-se no seguinte sentido:

²⁴ Sabe-se que o estudo do “ser” é um dos problemas de maior complexidade encontrado na filosofia, sendo-lhe destinada área específica chamada ontologia ou metafísica. Para o presente estudo, far-se-ia excedente a sua análise de forma aprofundada.

²⁵ GASSET, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes. Madrid. 1914. Disponível em: <<https://archive.org/stream/meditacionesdelq00orte#page/6/mode/2up>>: “*Hemos de buscar a nuestra circunstancia, tal como ella es, precisamente en lo que tiene de limitacion, de peculiaridade, el lugar acertado en la inmensa perspectiva del mundo. No detenernos en éxtasis ante los valores hieráticos, sino conquistar a nuestra vida individual el puesto oportuno entre ellos. En suma: la reabsorción de la circunstancia es el destino concreto del hombre*” (p. 43).

²⁶ GASSET, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*. *Meditaciones preliminares*, p. 43.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, p. 386.

²⁸ BRASIL *Supremo Tribunal Federal*. Petição nº 577/DF, 03/1992. RTJ 148, fl. 371.

A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção de seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

Assim, apesar do argumento de que o sigilo bancário restaria apenas albergado pela esfera do “ter”, não guardando relação direta em relação à esfera do “ser”, comporta-se como argumento relativamente desprovido de fundamentação constitucional, filosófica ou hermenêutica suficiente para servir de amparo para afastá-lo do rol de direitos fundamentais, uma vez que, conforme acima evidenciado, as transações bancárias, atualmente, revelam as manifestações econômicas do indivíduo, revestindo-se dos requisitos de dados sensíveis.

Refere-se que o próprio Ministro Celso de Mello, na oportunidade do julgamento MS 23.669/DF²⁹, salientou que “o sigilo bancário não tem caráter absoluto, deixando de prevalecer, por isso mesmo, em casos excepcionais, diante da exigência imposta pelo interesse público”.

3.3 O SIGILO PERANTE O FISCO E A EXIGÊNCIA DA PROPORCIONALIDADE

Por fim, realiza-se a análise crítica do posicionamento dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Dias Toffoli, os quais foram dissonantes entre si.

Na oportunidade do julgamento, o Ministro Dias Toffoli manifestou, de forma singela, que a quebra do sigilo bancário sequer ocorreria no caso de transferência dos dados ao Fisco, pois haveria mera troca de titulares da informação, ou seja, o sigilo bancário transformar-se-ia em sigilo fiscal, mantendo-se protegido o direito fundamental ao sigilo em si.

²⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Segurança nº 23.669/DF. Relator Ministro Celso de Mello. Imp. Antonio Ribeiro de Albuquerque. Imp. Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. DJ 14.02.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+23669%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/mmkkxyv>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

Deduz-se dessa argumentação que o Ministro Dias Toffoli entende que o contribuinte perante o Fisco não teria direito ao sigilo na mesma medida que não detém frente ao caixa do banco a que está vinculado e que a responsabilização ocorreria apenas em caso de ato ilícito, que seria a disponibilização dos dados ao público.

Impõe-se referir, com a devida vênia, que o Ministro Dias Toffoli utilizou técnica heurística chamada *homonímia sutil*³⁰, a qual consiste em “tornar a afirmação apresentada extensiva também àquilo que, fora a identidade de nome, pouco ou nada tem em comum com a coisa de que se trata”.

Com efeito, conforme foi evidenciado alhures, o sigilo bancário busca resguardar a intimidade do contribuinte não apenas em relação à população em geral, mas também em relação ao Estado, sendo que permitir ao Fisco o acesso às contas bancárias sem qualquer necessidade de processo judicial seria permitir a invasão do aspecto da manifestação econômica do cidadão. Nesse sentido, argumentar que o sigilo bancário não seria oponível frente ao Fisco seria o mesmo que lhe destituir de eficácia, uma vez que se trata de direito de defesa frente ao Estado, enquadrando-se na modalidade de direito de primeira dimensão.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, na oportunidade da decisão, filiou-se ao entendimento do Ministro Marco Aurélio no sentido de que a transferência dos dados bancários para o Fisco configurar-se-ia em quebra de sigilo, sendo que, para que fosse possível tal atitude, far-se-ia imprescindível a análise equidistante do Judiciário, erigindo, assim, como requisito para a relativização do sigilo a reserva do Judiciário.

Refere-se que o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes na oportunidade do julgamento restou incompleto ao deixar de demonstrar quais deveriam ser os requisitos a ser analisados pelo Juízo para permitir a quebra do sigilo.

Tal informação, entretanto, encontra resposta em seu livro *Curso de direito constitucional*³¹, oportunidade em que manifesta o seguinte:

³⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. *38 estratégias para vencer qualquer debate - A arte de ter razão*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Faro Editorial, 2014. p. 42.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, p. 325.

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com *status* constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem como a sua efetiva necessidade – i. é, não se antever outro meio menos construtivo para alcançar o mesmo fim.

Assim, o Ministro Gilmar Mendes, enquanto doutrinador, ensina que, para que se faça possível a quebra do sigilo, a análise do princípio da proporcionalidade é medida que se impõe, devendo analisar os seus requisitos de *adequação, necessidade e proporcionalidade* em sentido estrito.

Em relação ao referido princípio da proporcionalidade, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet traz como amparo que “o princípio da proporcionalidade, que constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito brasileiro, desponta como instrumento metódico de controle dos atos dos poderes públicos, sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados”³².

Para a efetivação de seus deveres de proteção, corre o Estado – por meio de seus órgãos e agentes – o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiros. Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais –atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa. O princípio da proporcionalidade atua aqui, no plano da proibição do excesso, como um dos principais limites às limitações de direitos fundamentais.

Acerca dos requisitos de análise do princípio da proporcionalidade, os requisitos seriam “(a) adequação ou conformidade, no sentido de um controle

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*, p. 337.

de viabilidade (isto é, idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar com o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s)”³³.

Ainda se teria que cumprir o requisito da (b) necessidade ou exigibilidade, que significa “a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto de restrição, exame que envolve duas etapas: o exame da igualdade de adequação de meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo”³⁴.

E, por fim, passa-se ao crivo da proporcionalidade em sentido estrito, que trata da “análise comparativa entre os meio utilizados e os fins colimados”.

Assim, segundo o voto vencedor e com amparo na doutrina, para que se faça possível a quebra do sigilo bancário do contribuinte, a busca do juízo com a necessária análise do princípio da proporcionalidade é medida que se impõe.

Sob esse prisma, podemos analisar se a quebra do sigilo bancário é tão necessária à Receita Federal para fiscalização a ponto de cumprir os referidos requisitos. Impõe-se manifestar que a Receita goza de meios de auditoria consagrados nas técnicas contábeis, sendo que estes dispensam a análise da conta-corrente bancária do contribuinte. A Receita possui meios suficientes para, antes de solicitar a quebra do sigilo bancário, apurar a sua real necessidade, amparada, em especial, em técnicas de auditoria que demonstrem ao Juízo a necessidade de se proceder na quebra do sigilo diante da potencialidade de ilícitos.

Nesse sentido, em respeito ao princípio da proporcionalidade, para o cumprimento do requisito da necessidade, a Receita buscaria amparo em técnicas contábeis que Boynton, Johnson e Kell³⁵ esclarecem da seguinte forma: “Procedimentos de auditoria são os métodos que o auditor utiliza para coletar e avaliar material de evidência suficiente e competente”. Refere-se que a Receita Federal do Brasil, para realizar procedimento de auditoria, goza de meios que possibilitam, inclusive, realizar o cruzamento dos dados entre a declaração de Imposto de Renda e declarações das contribuições, notas fiscais de compra, conhecimentos de transporte em relação a todos os demais documentos fiscais.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 339.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 339.

³⁵ BOYNTON, William C.; JOHNSON, Raymond N.; KELL, Walter G. *Auditoria*. Trad. da 73. ed. do original *Modern Auditing* por José Evaristo dos Santos. São Paulo: Atlas, 2002. p. 209.

Também é possível à Receita proceder na análise de todos os signos presuntivos de riqueza do contribuinte, tais como bens imóveis, veículos e, atualmente, até mesmo dos bens de uso e consumo.

Assim, para superar os requisitos da necessidade e adequação, far-se-ia necessário ao Fisco demonstrar que cumpriu a auditoria, esgotando os meios que já estão ao seu alcance para que então, apenas após cumprido esse requisito, uma vez obtidos os elementos que apontem para distorções nas declarações do contribuinte, passe a buscar, em sua esfera mais íntima, o eventual ilícito.

Consigna-se, por fim, que, apesar de a Receita Federal do Brasil ser órgão impessoal de fiscalização vinculado ao governo federal, sabe-se que o Ministério da Fazenda traça metas de arrecadação e, além disso, seus operadores são seres humanos, fatos esses que, por si só, evidenciam que a outorga de poderes levará, em eventuais casos, a potencial devassa injustificada na esfera privado do cidadão.

Tal situação reflete tutela legítima no conceito clássico de direito fundamental na condição de direitos fundamentais de defesa. Nesse sentido, traz-se à colação mais um ensinamento do Ministro Gilmar Mendes, *verbis*:

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Essa definição de direitos fundamentais – apesar de ser pacífico na doutrina o reconhecimento de diversas outras – ainda continua ocupando lugar de destaque na aplicação dos direitos fundamentais.³⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizada a análise do acórdão e dos votos de forma específica, pode-se afirmar que a posição adotada no voto vencedor resguarda, de forma potencial, o direito fundamental à privacidade na quebra do sigilo bancário ao determinar a necessidade de busca do Estado-juiz para que aprecie o cumprimento dos requisitos do princípio da proporcionalidade.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 470.

Com essa orientação jurisprudencial, o STF garante, pelo menos por ora, que a quebra do sigilo seja evitada caso não estejam presentes elementos suficientes para garantir a constitucionalidade de sua supressão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Cautelar nº 33/PR. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Julgada improcedente. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator para Acórdão Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AC%24%2ESCLA%2E+E+33%2ENUME%2E%29+OU+%28AC%2EACMS%2E+ADJ2+33%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ajmahd>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 389.808. Recorrente: G.V.A. Indústria e Comércio S/A. Recorrido: União. Relator Ministro Marco Aurélio, 09 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2014.

_____. *Lei nº 4.595, de 1964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14595.htm>.

BOYNTON, William C.; JOHNSON, Raymond N.; KELL, Walter G. Auditoria. Trad. da 73. ed. do original *Modern Auditing* por José Evaristo dos Santos. São Paulo: Atlas, 2002.

CANOTILHO, Gomes; VITAL MOREIRA. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

COVELLO, Sérgio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.

GASSET, José Ortega y. *Meditaciones del Quijote*. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes. Madrid, 1914. Disponível em: <<https://archive.org/stream/meditacionesdelq00orte#page/6/mode/2up>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. Estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. *Tribunal Constitucional*. Acórdão nº 442/2007 do TC. Requerente: Presidente da República. Requerido: Presidente da Assembleia da República. Rel. Maria João Antunes, de 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070442.html>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. *Despacho Normativo nº 357, de 1979*. Disponível em: <<http://www.legislacao.org/primeira-serie/despacho-normativo-n-o-357-79-credito-deverao-administracao-gestao-59623>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de direito constitucional*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

SCHOPENHAUER, Arthur. *38 estratégias para vencer qualquer debate – A arte de ter razão*. Trad. Camila Werner. São Paulo: Faro Editorial, 2014.

WALD, Arnold. O sigilo bancário no projeto de Lei Complementar nº 70. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo: RT, n. 1, p. 1999.

EFEITOS DAS DECISÕES DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: COMENTÁRIOS AO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 4.335/AC

EFFECTS OF THE SUPREME COURT DECISIONS IN DIFFUSE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: COMMENTS ABOUT THE JUDGEMENT OF COMPLAINT Nº 4335/AC

Taís Schilling Ferraz¹
Juíza Federal

RESUMO: Este trabalho analisa a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação nº 4.335/AC, que teve como tema de fundo a eficácia expansiva das decisões da corte em controle difuso de constitucionalidade. Apresenta a questão que originou a reclamação, bem como os principais argumentos de ordem processual e material suscitados durante o julgamento, especialmente as discussões sobre eventual mutação do art. 52, X, da Constituição, que trata da suspensão, pelo Senado, da execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em controle difuso, e a evolução do sistema jurídico, que cada vez mais reconhece a natureza *ultra partes* dos efeitos das decisões prolatadas pelo STF. Conclui que as inconsistências e perplexidades decorrentes do funcionamento do sistema difuso de

constitucionalidade não serão solucionadas por qualquer interpretação ou pelo reconhecimento da mutação do dispositivo constitucional, mas pela adoção de mecanismos que sejam compatíveis com a teoria da nulidade da norma inconstitucional, especialmente a valorização dos precedentes do STF em matéria de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia; expansiva; normativa; mutação; constituição.

ABSTRACT: *This work analyses the Supreme Court decision in Reclamation nº 4.335/AC, which main theme have been the extended effectiveness of court judgements in judicial review by constitutionality diffuse control. Presents the original subject that have motivated the Reclamation, and the leading procedure and substantial arguments that have been claimed, specially discussions about the*

¹ Mestranda em Direito pela PUCRS.

possible mutation of constitutional article 52, X, which settles about suspension, by Senate, of the laws declared unconstitutional by Brazilian Supreme Court in diffuse control. Deals, yet, with the evolution of juridic system, which recognizes, increasingly, the ultra partes effects of STF's decisions. In conclusion, states that the contradictions and perplexities arising from constitutionality diffuse control cannot be solved by interpreting or recognizing the mutation of the constitutional article, but by adopting compatible mechanisms with the constitutional law theory of nullity, specially respecting precedents from the Supreme Court in constitutional subjects.

KEYWORDS: *Effectiveness; extended; prescriptive; mutation; constitution.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso sob julgamento; 2 Os argumentos jurídicos essenciais ao julgamento; 3 A força normativa dos julgamentos do STF – Uma necessária releitura; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The case under trial; 2 The essential arguments to the judgement; 3 The normative force on judgements of the Supreme Court – A necessary reinterpretation; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

O julgamento da Reclamação nº 4.335/AC pelo Supremo Tribunal Federal, recentemente concluído, suscita profundas reflexões sobre os limites da eficácia de suas decisões em controle difuso de constitucionalidade.

Embora tenha havido concordância de todos os ministros quanto ao tema de fundo – a necessidade de afastar-se, por inconstitucionalidade, o óbice legal à progressão de regime prisional nos casos de crimes hediondos (previsto no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990), questão que já havia sido decidida definitivamente pela corte no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, não houve consenso quanto ao alcance da força normativa de suas decisões, especialmente sobre a leitura que deve ser feita, hoje, do art. 52, X, da Constituição, que atribui ao Senado Federal a competência para suspender a execução de lei declarada inconstitucional pelo STF em decisão definitiva, o que se apresentou como condição a admissibilidade da reclamação.

Em um sistema que caminha a passos largos para o reconhecimento cada vez maior de força vinculante aos precedentes dos Tribunais Superiores, é necessário refletir sobre as possíveis modificações de competências tradicionais e as suas consequências sobre a distribuição de funções entre os poderes.

Este trabalho pretende apresentar, de maneira sistemática, as principais questões que foram objeto de debate no curso da Reclamação nº 4.335/AC e como resultaram encaminhadas.

À luz da argumentação apresentada nos votos já disponibilizados pela corte, e com base na doutrina sobre mutação constitucional, propõe-se uma releitura do dispositivo constitucional que foi objeto de avaliação durante o longo julgamento. Pondera-se, ainda, quanto à importância da integridade do sistema de controle de constitucionalidade, a sua relação com a teoria da nulidade da lei inconstitucional e com a gradativa implantação de um sistema de julgamento por precedentes no país.

1 O CASO SOB JULGAMENTO

A Reclamação nº 4.335/AC foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em maio de 2006, em favor de vários apenados, os quais, no cumprimento das respectivas sentenças, tiveram indeferido, pelo juiz da vara de execuções penais da Comarca de Rio Branco, o pedido de progressão de regime prisional.

Em suas informações, o juízo da execução, embora se declarasse conhecedor do entendimento a que chegou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, em que fora Relator o Ministro Marco Aurélio, quanto à inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, sustentou entendimento contrário, considerando-se não vinculado ao entendimento da Corte, uma vez que formado em sede de controle difuso de constitucionalidade. Concluiu que “para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF)”.

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da reclamação, por considerar inexistente decisão proferida pelo STF cuja autoridade devesse ser preservada.

O Ministro Relator decidiu pela concessão de *habeas corpus* de ofício, proferindo decisão liminar para que, “mantido o regime fechado de cumprimento de pena por crime hediondo”, fosse afastada, relativamente aos interessados que haviam sido condenados pela prática de crimes assim classificados, a vedação

legal à progressão de regime, contida no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, diante da inconstitucionalidade já reconhecida pela Corte em julgado anterior.

Ressaltou o Relator que a decisão-paradigma teve por objetivo conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), não sendo, porém, determinante da garantia de ingresso imediato de qualquer dos sentenciados em regime de cumprimento de pena mais favorável. “Caberá ao juiz de primeiro grau avaliar se, no caso concreto, os pacientes atendem ou não os requisitos para gozar do referido benefício, podendo determinar, para esse fim, e desde que de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

A concessão de *habeas corpus* de ofício, por decisão liminar e monocrática, foi justificada no atendimento dos requisitos do art. 647 do Código de Processo Penal e na jurisprudência já consolidada na Corte sobre a possibilidade de decisão singular de todos os *writs* que tratassem do tema da progressão de regime nos crimes hediondos.

O julgamento em Plenário teve início em 1º de fevereiro de 2007, com o voto do ministro Gilmar Mendes, Relator, e foi finalizado apenas em 20 de março de 2014, quanto colhidas as últimas manifestações sobre o tema.

O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação².

Examinam-se, a seguir, os principais argumentos jurídicos que pautaram as discussões, a partir das diversas posições adotadas pelos Ministros no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC³.

² O Tribunal, por maioria, conheceu e julgou procedente a reclamação, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que não conheciam da reclamação, mas concediam *habeas corpus* de ofício. Não participaram da votação os Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, que sucederam os Ministros Eros Grau e Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia, em viagem oficial para participar da 98ª Comissão de Veneza, na Cidade de Veneza, Itália, e, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), que votou em assentada anterior. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Plenário, 20.03.2014. (certidão de julgamento disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=64&dataPublicacaoDj=01/04/2014&incidente=2381551&codCapitulo=2&numMateria=6&codMateria=4>>).

³ O material de análise utilizado foi colhido dos documentos sobre o julgamento já disponibilizados no portal do STF, em especial os anexados à movimentação processual e às sucessivas notícias sobre o julgamento, que remeteram aos arquivos específicos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Até a conclusão deste estudo o inteiro teor do acórdão ainda não havia sido publicado.

2 OS ARGUMENTOS JURÍDICOS ESSENCIAIS AO JULGAMENTO

A questão de fundo que originou a Reclamação nº 4.335/AC não ensejou controvérsia entre os Ministros. Todos concordavam que não poderiam ser mantidas as decisões do juiz da vara de execuções penais de Rio Branco, o qual, considerando constitucional a vedação à progressão de regime de cumprimento de pena em caso de condenação por crime hediondo, prevista no § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, havia indeferido o pedido de progressão a apenados que cumpriam penas em regime integralmente fechado.

O entendimento aplicável, segundo a unanimidade dos ministros, foi o mesmo que norteou o julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, em que a corte reconheceu a inconstitucionalidade da referida vedação, por ofensa ao direito fundamental à individualização da pena, assegurado no art. 5º, XLVI, da Constituição.

Reafirmou o Relator que a limitação legal não passa por um juízo de proporcionalidade e “não permite que se levem em conta as particularidades de cada indivíduo, a capacidade de reintegração social do condenado e os esforços envidados com vistas à ressocialização”⁴.

Não houve questionamento, também, quanto à necessidade de preservar-se, no âmbito de apreciação do juízo da execução penal, a análise quanto à presença, em concreto e para cada apenado, das demais condições necessárias ao gozo do direito à progressão de regime. O afastamento do óbice objetivo da vedação legal, por inconstitucionalidade, portanto, não acarretaria automático direito à evolução no sistema de cumprimento da pena, o que dependeria do implemento de outras condições, inclusive eventuais exames criminológicos, se assim entendesse necessário o magistrado de origem.

A possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício também não suscitou divergências. Embora nem todos os Ministros tenham seguido este caminho processual para afastar o óbice legal à progressão de regime prisional, a maior parte, por diferentes fundamentos, admitiu o uso da reclamação, não houve debates quanto à aplicabilidade do disposto no art. 647 do Código de Processo Penal e do art. 5º, LXVIII, da Constituição, por iniciativa do próprio Tribunal, consoante expressa previsão contida no § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal.

⁴ Excerto constante da decisão liminar proferida na RCL 4.335/AC, da lavra do Ministro Gilmar Mendes.

As posições divergentes adotadas no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC estiveram relacionadas à interpretação, pelo STF, do alcance dos efeitos de suas próprias decisões.

Os argumentos jurídicos contrapostos podem ser concentrados, essencialmente, em três grandes linhas de discussão: a eventual ocorrência de mutação constitucional, a questão da eficácia expansiva das decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade e a controvérsia sobre a admissibilidade do uso de reclamação, tendo por paradigmas tais decisões.

As duas primeiras serão objeto deste estudo. O problema da admissibilidade da reclamação não será aqui aprofundado. Registra-se, porém, que as opiniões se dividiram, basicamente, em três grupos:

- a) os que admitiam a reclamação, por entenderem que, diante de sua força normativa, os julgados da corte em controle difuso de constitucionalidade poderiam ser invocados para caracterizar a situação de grave ofensa à autoridade de decisão do STF (CF, art. 102, I, *l*, e Lei nº 8.038/1990, art. 13);
- b) os que não a admitiam, por não identificarem eficácia *ultra partes* às declarações de inconstitucionalidade prolatadas em casos concretos pelo STF, embora concedessem *habeas corpus* de ofício, no caso; e
- c) os que, embora não admitissem o uso da reclamação em casos tais, por restringirem o seu uso aos casos de decisões com eficácia vinculante e *erga omnes*, decidiram por conhecer do pedido, neste caso em especial, em decorrência de fato superveniente: a edição de Súmula Vinculante nº 26 sobre o tema de fundo, fundamento suficiente para ensejar o uso desta via processual (Lei nº 11.417/2006, art. 7º).

O resultado final foi que, por maioria de votos, a reclamação foi conhecida por diferentes fundamentos e, no mérito, foi acolhida.

2.1 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Em seu voto, proferido na sessão de 1º de fevereiro de 2007, o Ministro Gilmar Mendes, Relator, opinou pelo conhecimento e a procedência da reclamação, reclamando eficácia *erga omnes* à decisão do STF, prolatada no HC

82.959/SP, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.078/1990.

Ainda que não tenha sido editada resolução pelo Senado Federal, fundada no art. 52, X, da Constituição⁵, para suspender a execução do referido dispositivo da Lei dos Crimes Hediondos, concluiu o eminente Relator que a força normativa da decisão da corte garantiria, atualmente, eficácia geral às suas decisões em tema de inconstitucionalidade, inclusive quando proferidas em controle difuso.

Em sendo assim, a resolução do Senado não mais seria necessária para suspender a eficácia da lei, e sim para conferir publicidade à decisão que a reconheceu inconstitucional.

Segundo sustentou, sequer o Senado teria a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, a exemplo do que já ocorre em outros sistemas constitucionais, como o da Áustria e o da Alemanha.

Daí a tese de que o art. 52, X, passou por um processo histórico de mutação constitucional⁶.

Sustentou o Relator que a fórmula adotada no referido dispositivo encontra dificuldades de consistência dogmática, frente ao entendimento, sempre prevalente no Direito brasileiro e inspirado no Direito norte-americano, de que a decisão de inconstitucionalidade resultaria na *inexistência jurídica ou na ampla ineficácia da lei*, o que, naquele sistema, é consentâneo com o regime do *stare decisis*. Aqui, porque não se reconheciam efeitos amplos às decisões em controle difuso, adotou-se a suspensão de execução pelo Senado “como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade”.

⁵ CF, art. 52; “Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]”.

⁶ “Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da corte contém essa força normativa. [...] Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...]” (Excerto do voto do Ministro Gilmar Mendes)

Para o Relator, porém, se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF, até porque “a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da idéia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário”.

O Ministro fez uma análise histórica⁷ do mecanismo da suspensão da execução da lei pelo Senado, para concluir, ao final, que, se havia razões para a sua adoção sob a égide das Constituições que se seguiram à de 1934 (que primeiramente o previu), hoje este mecanismo não se justifica.

Defendeu que, na origem, a necessidade de suspensão da eficácia da lei pelo Senado baseava-se em uma concepção mais rígida da separação de poderes, reconhecendo que, inicialmente, o próprio STF entendeu que o instituto tinha o condão de dar alcance normativo aos seus julgados, emprestando-lhes eficácia genérica.

Segundo afirmou, grande parte da doutrina atribuía à resolução da Câmara Alta efeitos *ex nunc*, semelhantes aos da revogação de uma lei, sem alcançar atos jurídicos formalmente perfeitos, praticados no passado. Este entendimento já confrontaria as premissas basilares da declaração de inconstitucionalidade do Direito brasileiro, que sempre foi reconhecida como uma decisão de natureza declaratória e com efeitos *ex tunc*. Daí ser incompatível cogitar-se de “situações juridicamente criadas, atos jurídicos formalmente perfeitos ou efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos com fundamento em lei inconstitucional”, pois a constitucionalidade da lei “parece constituir pressuposto inarredável de categorias como as do direito adquirido e do ato jurídico perfeito”.

Descrevendo os diversos debates havidos em torno da positivação constitucional e dos efeitos do instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional pelo Senado, o Ministro Relator afirmou que nunca houve consenso, mas que a sua *ratio* não autorizava a equiparação do ato a uma “declaração de ineficácia de caráter prospectivo”. Era mais que isso, seja por suas

⁷ Em seu voto, o Ministro Relator historia as origens do instituto da suspensão de lei inconstitucional pelo Senado. Passando pela sua introdução, na Constituição de 1934, pelos debates travados na Assembleia Constituinte e em âmbito doutrinário quanto aos seus objetivos. Salienta que os autores divergiam quanto à finalidade do instituto, Lúcio Bittencourt, a afirmar que era apenas de tornar pública a decisão do Tribunal, e outros, como Paulo Brossard e Alfredo Buzaid, a sustentar a natureza política e substancial do ato do Senado, que viria para conferir efeito geral ao que era particular.

consequências, seja por dispensar a concordância da outra Casa do Congresso e da sanção do Poder Executivo:

Parecia evidente aos constituintes que a suspensão da execução da lei, tal como adotada em 1934, importava na extensão dos efeitos do aresto declaratório da inconstitucionalidade, configurando, inclusive, instrumento de economia processual. Atribuía-se, pois, ao ato do Senado, caráter ampliativo e não apenas paralisante ou derogatório do diploma viciado. E, não fosse assim, inócuo seria o instituto com referência à maioria das situações formadas na vigência da lei declarada inconstitucional.

Citando o Senador Accioly Filho⁸, para quem a suspensão da execução da lei pelo Senado operaria efeitos *ex tunc*, não se equiparando a uma mera revogação, e demonstrando, também, como vinha decidindo o próprio STF⁹, o Relator ressaltou a natureza singular da atribuição deferida ao Senado também sob as Constituições de 1946 e de 1967/1969. Em ambos os regimes, afirmou, a suspensão constituía ato político¹⁰, que retiraria a lei do ordenamento jurídico, de forma definitiva e com efeitos retroativos.

Reconhecia-se, já naquela época, segundo ele, que a inércia do Senado não afetaria a relação entre os poderes, mas a Alta Casa do Congresso não poderia restringir nem ampliar a extensão objetiva do julgado. A função da resolução era dar eficácia *erga omnes* à decisão do STF proferida em caso concreto.

O Relator trouxe para o seu voto o debate havido na corte sobre a necessidade de intervenção do Senado Federal nos casos de decisões proferidas em sede de controle abstrato (representação de inconstitucionalidade), relatando

⁸ BRASIL. Congresso, Senado Federal. Parecer n° 154, de 1971, Rel. Senador Accioly Filho; *Revista de Informação Legislativa*, 12(48):266-8.

⁹ “É o que ressaltava, igualmente, o Supremo Tribunal Federal ao enfatizar que ‘a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional’.” (RMS 17.976, Rel. Min. Amaral Santos; *RDA*, 105:111(113))

¹⁰ A natureza política do ato do Senado à época vinha afirmada em voto do Ministro Victor Nunes Leal (MS 16.512; *RTJ*, 38, n. 1, p. 23, “[...] o Senado terá seu próprio critério de conveniência e oportunidade para praticar o ato de suspensão. Se uma questão foi aqui decidida por maioria escassa e novos Ministros são nomeados, como há pouco aconteceu, é de todo razoável que o Senado aguarde novo pronunciamento antes de suspender a lei. Mesmo porque não há sanção específica nem prazo certo para o Senado se manifestar”.

que em 1977 firmou o STF posição quanto à dispensabilidade, *procedendo-se à redução teleológica do disposto no art. 42, VII, da Constituição de 1967/1969*.

Passando à análise do instituto sob a égide da atual Constituição, chegou à tese de mutação constitucional.

Diante da amplitude conferida ao controle abstrato de normas e da possibilidade de que se suspenda liminarmente a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, inclusive emendas constitucionais, “por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão-somente para as partes”¹¹?

A possibilidade, hoje largamente reconhecida no âmbito da corte, de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*, inclusive em controle difuso, debilita ainda mais, na análise do Relator, a intervenção do Senado – *pele menos aquela de conotação substantiva* –, já que o Tribunal assume atualmente uma posição que uma parte da doutrina atribuía, anteriormente, à Câmara Alta do Congresso Nacional.

Se no período anterior a 1988 o modelo de controle de constitucionalidade já era misto, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico. A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidental, mas ao modelo concentrado.

Não havia um mecanismo que conferisse força de lei ou efeito vinculante às decisões do STF em controle difuso, tendo-se adotado a técnica da suspensão da execução da lei pelo Senado, que, entretanto, não se mostrou apta a superar uma incongruência básica: se a doutrina e a jurisprudência entendiam que lei inconstitucional era *ipso jure* nula, deveriam ter defendido, de forma coerente, que o ato de suspensão a ser praticado pelo Senado destinava-se exclusivamente a conferir publicidade à decisão do STF, sem eficácia substantiva. Segundo

¹¹ O Ministro Relator considera dispensável cogitar-se de qualquer intervenção do Senado nos casos em que o STF pronuncia-se apenas sobre a interpretação de normas constitucionais, caso em que a decisão deverá valer nos limites estritos da relação processual subjetiva. Mesmo raciocínio faz em relação aos casos de interpretação conforme a Constituição, com restrição do significado de certa expressão literal ou colmatção de lacuna, e, ainda, quanto aos casos de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em que se explicita que um significado normativo é inconstitucional. Também afasta a suspensão nos casos em que rejeitada a arguição de inconstitucionalidade e a considera incogitável quando se cogita de não recepção da lei pré-constitucional, reconhecida em decisão do STF.

o Ministro Relator, “embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação”¹².

A partir dos casos que arrola em seu voto¹³, o Ministro Relator considera evidenciado o efeito vinculante dos fundamentos determinantes das decisões do STF em controle de constitucionalidade, concluindo que esta eficácia transcendente das decisões torna dispensável a manifestação substantiva do Senado Federal, ato que hoje se assenta em razões de índole meramente histórica.

A possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ações coletivas, segundo ele, revelaria, também, a inutilidade da suspensão de execução da lei pelo Senado, pois a decisão nesses processos já produz eficácia *erga omnes*.

Trazendo exemplos de situações em que houve limitação de efeitos pelo STF em sede de controle em concreto, sendo uma delas proveniente do próprio *Habeas Corpus* nº 82.959/SP, cuja decisão de inconstitucionalidade é indicada como paradigma da presente reclamação¹⁴, concluiu o Relator que se a corte decidiu por limitar tais efeitos, foi por reconhecê-los existentes.

¹² Lúcio Bittencourt (*O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Série Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 1977. p. 145), conforme registrou o Ministro Relator, sustentava isoladamente esta posição, ao afirmar que, “se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir todos os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao Texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do Tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado “suspende a execução” da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo “inexistente” ou “ineficaz”, não pode ter suspensa a sua execução”. Para o Relator, tal concepção afigurava-se absolutamente coerente com o fundamento da nulidade da lei inconstitucional. Uma orientação dogmática minimamente consistente haveria de encaminhar-se nesse sentido, até porque a atribuição de funções substantivas ao Senado Federal era a própria negação da ideia de nulidade da lei devidamente declarada pelo órgão máximo do Poder Judiciário.

¹³ Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes indica um grande número de julgamentos em recurso extraordinário, sobre tributos municipais, em que os respectivos relatores lançaram mão de precedentes originários de um município para afastar a aplicação em concreto da lei de outro, em razão de idêntico vício de inconstitucionalidade.

¹⁴ Eis o teor da certidão de julgamento do HC 82.959/SP: “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, em deferir o pedido de *habeas corpus* e declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, Presidente. *O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve,*

Asseverou, ainda, que a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava no Brasil sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional nº 16/1965 e sob a Carta de 1967/1969, tendo a ADPF funcionado como uma espécie de ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral a decisões de perfil incidental.

A interpretação dada pelo Tribunal ao art. 97 da Constituição, segundo afirma, bem serve à demonstração da validade da tese dos efeitos transcendentais das decisões em controle difuso. Ao afirmar que os órgãos fracionários das outras cortes ficariam dispensados da reserva de plenário no caso de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, o que hoje já está inclusive positivado na lei processual civil (parágrafo único do art. 481), a Corte Suprema acabou por atribuir à sua própria decisão “algo assemelhado a um efeito vinculante”, independentemente da intervenção do Senado.

Ao entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e que o Texto Constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel da corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, afirmou o Relator que não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

Segundo o seu entendimento, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução de lei inconstitucional pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Não apenas em razão da evolução da jurisprudência do STF, quanto aos efeitos das próprias decisões, mas também diante da multiplicação de processos idênticos no sistema difuso, após 1988 e em razão de decisões do próprio Poder Legislativo, que reconhecem, na regulamentação dos novos instrumentos processuais, efeito transcendente às decisões da corte adotadas em concreto.

Invocando Georg Jellinek, Hsü Dau-Lin e Anna Cândida Ferraz, arrematou o Relator o seu raciocínio afirmando ser possível:

[...]falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico

unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão” (grifado).

e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*.

A força normativa, hoje presente nas decisões da corte, leva a uma necessária releitura do instituto previsto no art. 52, X, da Carta, pois, segundo concluiu, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo.

O Ministro Eros Grau, na sessão de 19 de abril de 2007, concluiu, como o Relator, ter havido mutação constitucional. Afirmou o Ministro que, atualmente, a decisão do STF em matéria de constitucionalidade contém força normativa bastante para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Após estabelecer as bases doutrinárias da mutação constitucional, o Ministro, ao votar, afirmou que nos casos de mutação há mais do que interpretação, já que o fenômeno *não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete*. Segundo ele, isso se verifica diuturnamente, a cada instante, *em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado*.

Aplicando tais pressupostos ao caso em julgamento, concluiu que houve, na hipótese do art. 52, X, da Constituição, mutação constitucional, que se opera quando, em última instância, a práxis constitucional no mundo da vida afasta uma porção do texto da Constituição formal, sem que daí advenha uma ruptura do sistema.

Com o Relator, o Ministro sustentou ser obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, no qual há de se ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, em decisão definitiva. Este o conteúdo adequado ao espaço semântico constitucional atual.

Quanto à limitação dos poderes do STF, invocando Loewenstein¹⁵, o Ministro asseverou que o Poder Legislativo pode exercer a faculdade de atuar

¹⁵ *Verfassungsrecht und Vefassungspraxis der Vereinigten Staaten*, Berlin, 1959. p. 427. Apud Eros Grau, voto na RCL 4.335/AC.

como intérprete da Constituição, para discordar de decisão do STF, apenas quando não se tratar de hipóteses nas quais esta corte tenha decidido pela inconstitucionalidade de uma lei. Neste caso, “o jogo termina com o último lance do Tribunal”. Aduziu que o poder do STF, de afirmar a inconstitucionalidade de uma lei, assemelha-se ao poder de veto, a que Montesquieu denominava faculdade de “impedir” quando tratava dos limites à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo:

Ele, o Judiciário, pode [= deve] impedir a existência de leis inconstitucionais. Aí – atualizo Montesquieu – como que um poder de veto do Judiciário. O Legislativo não poderá, nesta hipótese, retrucar, reintroduzindo no ordenamento o que dele fora extirpado, pois os braços do Judiciário nesta situação alcançam o céu. Pode fazê-lo quando lance mão da faculdade de estatuir, atuando qual intérprete da Constituição, por não estar de acordo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a um texto normativo. Mas não, repito, quando aquele que estou referindo como *poder de veto do Judiciário* [= poder de afirmar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo] houver sido exercido.

Na sequência, votaram o Ministro Sepúlveda Pertence, que conhecia da reclamação, mas a julgava improcedente, e o Ministro Joaquim Barbosa, que não a conhecia. Ambos, porém, concediam *habeas corpus* de ofício para que o juiz examinasse os demais requisitos para a progressão de regime, afastada a vedação da progressão prevista no dispositivo legal inquinado.

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou que seria necessário um decurso maior de tempo e a não utilização (*désuetude*) do dispositivo constitucional, para que se pudesse cogitar da tese de mutação, o que ficaria afastado pelo fato de muitos dispositivos, já reconhecidos como inconstitucionais em controle difuso, terem sido submetidos à suspensão de eficácia pelo Senado Federal, após comunicação do STF nos últimos anos.

O Ministro Pertence, lembrando que a Emenda Constitucional nº 45 dotou o STF da competência para editar súmulas vinculantes, afirmou que o uso de tal mecanismo permite que o próprio STF obtenha os efeitos pretendidos pelo Relator sem que para isto o Senado tenha que ser reduzido a órgão de mera publicidade das decisões da corte.

O julgamento foi retomado na sessão de 16 de maio de 2013, com o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, para quem, a prevalecer o entendimento do Ministro Relator, haveria verdadeira *capitis deminutio* do Senado Federal, com prejuízo ao sistema de separação dos poderes, pela excessiva concentração de atribuições no STF.

Afastando a tese da mutação constitucional, o ministro afirmou que não devem ser confundidos eficácia *erga omnes*, que torna as decisões do STF oponíveis a todos, com autoridade do órgão que as prolatou, o que as torna fonte de direito, como ocorre com a jurisprudência em geral.

Confrontando o sistema norte-americano de controle de constitucionalidade com o brasileiro, afirma o Ministro que este, embora tenha buscado inspiração naquele, quanto à possibilidade do controle difuso, não incorporou a sistemática do *stare decisis*, o que aqui ensejou a possibilidade de prosperarem soluções distintas para casos semelhantes, problema que foi atenuado mediante atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF.

Para o Ministro Lewandowski, o dispositivo constitucional em exame não configura instituto de mera reminiscência histórica e consagra competência que vem sendo reiteradamente exercida pelo Senado, desde que criado com o advento da Constituição de 1934.

Admitir-se a mutação constitucional, no caso, vulneraria a fórmula segundo a qual “*le pouvoir arrête le pouvoir*”. Embora reconheça que a Constituição de 1988 redesenhou a relação entre os poderes, fortalecendo o papel do STF, o Ministro afirmou que não há como reconhecer hipótese de mutação constitucional, para “deslocar uma competência atribuída pelos constituintes a determinado Poder para outro”. Citando Lammêgo Bulos, Anna Cândida Ferraz¹⁶ e Konrad Hesse¹⁷, asseverou que a exegese ensejadora da mutação constitucional apresenta limites, sendo vedada caso contrarie o sentido da norma constitucional.

Sustentou, com José Afonso da Silva¹⁸, ser a decisão do Senado, no caso, ato político e, mesmo reconhecendo que na prática cotidiana dos Tribunais as

¹⁶ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9-10.

¹⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22-23.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 415-416.

questões decididas pelo STF em controle difuso tenham considerável impacto nas demais instâncias, tal circunstância, para o Ministro, não têm a *força necessária para atribuir novos contornos ao art. 52, X, da Constituição Federal*.

Acrescentou que a superveniência da EC 45/2006, com a criação da repercussão geral, trouxe exceção que confirma a regra. Se atualmente as decisões em controle difuso alcançam eficácia *erga omnes*, houve “beneplácito parlamentar, porquanto deriva de emenda constitucional, regulamentada por lei ordinária”.

Na mesma linha do voto do Ministro Pertence, afirmou que é possível e conveniente utilizar a súmula vinculante para ampliar o alcance das decisões da corte no controle difuso de constitucionalidade, sem que se vulnere a competência do Senado Federal para manifestar-se sobre o tema.

Concluiu pelo não conhecimento da reclamação, com a concessão de *habeas corpus* de ofício.

O Ministro Teori Zavascki trouxe o seu voto na sessão do dia 20 de março de 2014, assentando, inicialmente, que a discussão quanto à mutação do sentido e do alcance do inciso X do art. 52 da Constituição Federal não seria determinante para eventual conhecimento e procedência da reclamação.

Filiou-se, entretanto, à tese dos votos divergentes, reconhecendo que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia *erga omnes* às decisões do STF, que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos. Afirmou que “a resolução do Senado tem, nesse aspecto, natureza normativa, já que universaliza um determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo”.

O Ministro citou, em seu voto, Paulo Brossard, para quem:

Entre o sistema americano do julgamento *in casu* e o sistema europeu do julgamento *in thesi*, o constituinte de 1934, sem abandonar o sistema de inspiração norteamericana, tradicional entre nós, deu um passo no sentido de aproveitar algo da então recente experiência europeia; fê-lo conferindo ao Senado, órgão político, então denominado de “coordenação entre poderes”, a faculdade de, em face de e com base em julgamento definitivo do STF, que vincula apenas os litigantes,

estender os seus efeitos, obviamente no que tange à inconstitucionalidade da norma, a quantos não foram parte no litígio, mediante a suspensão da lei ou decreto.

Embora reconhecendo efeitos relevantes à atribuição conferida ao Senado Federal pelo art. 52, X, da Constituição, o Ministro defendeu que esta técnica não é, atualmente, a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do STF.

2.2 A EFICÁCIA EXPANSIVA DAS DECISÕES DO STF EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Sem se filiar à tese da mutação constitucional, o Ministro Teori Zavascki atribuiu razão ao Ministro Relator quanto ao entendimento de que as decisões do STF em controle difuso de inconstitucionalidade têm natural aptidão expansiva.

Com base em um extenso apanhado histórico de decisões da corte, o Ministro demonstrou que com cada vez mais intensidade os precedentes judiciais dos Tribunais Superiores vêm ganhando força persuasiva e expansiva, o que conduziu, inclusive, a diversos julgados do STF que, embora prolatados em controle difuso de constitucionalidade, preocuparam-se com modulação de efeitos.

Ao defender que a resolução do Senado não é a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do STF, o Ministro afirmou que significativas modificações do sistema constitucional, supervenientes à Constituição de 1934, *conferiram a outras sentenças do Supremo Tribunal Federal – relacionadas, ou não, a controle de constitucionalidade de normas, afirmativas, ou não, da inconstitucionalidade –, eficácia subjetiva universal.*

Entre tais modificações, que conduziram a decisões de eficácia *erga omnes e vinculante*, foram indicadas:

- a) a introdução, a partir da EC 16/1965, do sistema concentrado de controle de constitucionalidade;
- b) a manutenção, sob a égide da CF/1988, da ação direta de inconstitucionalidade, e a criação de outros instrumentos, como a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, todas de natureza dúplici; e

- c) a criação da possibilidade de edição de súmulas vinculantes e a instituição da repercussão geral como novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, cuja norma regulamentadora deu características objetivas ao julgamento correspondente, de forma a evitar que a corte seja obrigada a se manifestar centenas de vezes sobre uma mesma questão constitucional em controle difuso, e permitir que a decisão prolatada seja determinante do destino das demandas múltiplas.

Para ele, o caráter expansivo de que devem se revestir as decisões do STF foi consolidado em vários precedentes importantes, tomados em casos concretos.

Tal tendência, afirmou, ainda pode ser observada a partir da posição da corte favorável à aplicação, também no controle incidental de constitucionalidade, da técnica consagrada no art. 27 da Lei nº 9.868/1999¹⁹, que permite a modulação dos efeitos da declaração de invalidade da norma. São diversos os julgados em que, com base neste entendimento, o STF atribuiu efeitos prospectivos a decisões que reconheçam a inconstitucionalidade de dispositivos legais em concreto, muitos destes julgados anteriores ao próprio regime da repercussão geral, e entre eles o acórdão paradigma para a presente reclamação. Conforme observou o Ministro Teori Zavascki, ninguém duvidou da força *ultra partes* que a ela foi atribuída pela corte, que expressamente registrou, à época, que não seriam alcançadas penas já extintas.

Esta posição, francamente favorável à eficácia expansiva das decisões do STF em controle difuso, difere apenas em intensidade da que foi adotada pelo Ministro Relator, que, nas razões de seu voto, já defendia a força normativa dos julgados do STF nestes casos, independentemente de resolução do Senado ou de se tratar de questão constitucional com repercussão geral ou, ainda, objeto de súmula vinculante. O seu voto foi prolatado em fevereiro de 2007, quando os institutos, recentemente instituídos, ainda não tinham sido postos em execução.

Difere, de forma mais evidente, da posição adotada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para quem a eficácia *erga omnes* da decisão do STF em casos tais não prescinde da suspensão da execução da lei inconstitucional pela Câmara Alta do Congresso ou da edição de súmula vinculante.

¹⁹ Lei nº 9.868/1999, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

3 A FORÇA NORMATIVA DOS JULGAMENTOS DO STF - UMA NECESSÁRIA RELEITURA

3.1 PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA EM UM PARADIGMA DOGMÁTICO

Estruturado sob um paradigma essencialmente dogmático, em que o ordenamento positivo ocupa o espaço central entre as fontes do direito, o modelo de prestação jurisdicional no Brasil sempre atribuiu papel secundário à jurisprudência.

Barbosa Moreira²⁰, ao discorrer sobre as bases do direito processual civil, afirmava, já em 1977, que *o ordenamento jurídico brasileiro é tradicionalmente infenso ao sistema dos precedentes vinculativos*.

No contexto do surgimento deste modelo, que tem raízes nos ideais e princípios da Revolução Francesa, estão o medo do arbítrio judicial e a desconfiança nos juízes, funcionários de um modelo de Estado antes absoluto, cujos poderes se conquistara limitar. Era evidente a preocupação com a preservação das liberdades conquistadas. A lei surgia como o instrumento principal desta limitação do poder do Estado, e o Poder Legislativo, como único criador do direito. A absoluta separação de poderes, que se propunha, negava ao juiz qualquer papel criador.

É deste mesmo modelo que provém a perspectiva do juiz enquanto *bouche de la loi*. E a resistência a ele conduz, em graus mais extremados, aos riscos do juiz decisionista, para o qual o arbítrio, e não a lei, figura como norte dos julgamentos.

Foi para o contexto deste paradigma dogmático que se importou dos Estados Unidos o sistema de controle difuso de constitucionalidade. E por causa dos alicerces que sustentam o paradigma, entre os quais o de que jurisprudência, não é fonte primária do direito, o modelo foi internalizado pela metade.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Norton v. Shelby County*, assentou que *“an unconstitutional law is void and is as no law. An offense created by it is no crime. A conviction under it is not merely erroneous, but is illegal and void and cannot be a legal cause of imprisonment”*²¹.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 5.

²¹ Em tradução livre: “Uma lei inconstitucional é nula e é como uma não-lei. Uma ofensa criada por ela não é um crime. Uma condenação com base nela não é apenas equivocada, mas é ilegal e nula e não pode ser uma causa legal de prisão” (*Norton v. Shelby County*, 118 U.S. 425,442 (1886)).

O Brasil espelhou-se no sistema norte-americano, ao admitir o controle difuso de constitucionalidade e defender a ideia de que a lei inconstitucional é nula. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual “*the unconstitutional statute is not law at all*”, significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade²².

Nos EUA, enunciar o princípio de que a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se nunca houvesse possuído eficácia jurídica, foi suficiente para que não houvesse qualquer questionamento quanto ao amplo alcance de uma decisão de inconstitucionalidade prolatada pela Suprema Corte. Não apenas porque a nulidade de uma lei é naturalmente uma decisão de amplo espectro, mas também porque naquelas terras a cultura é de respeito aos precedentes²³.

O sistema de controle difuso de constitucionalidade, tal como integrado ao Direito brasileiro, é contraditório com os pressupostos em que se assentava na origem, o que, obviamente, gerou e ainda gera perplexidades.

A mesma norma pode ser concretamente válida frente à Constituição em um caso e em outro inválida, a depender de como foi julgado o caso individual em definitivo, se houve acesso ou não ao STF, etc. Não há o costume, no Direito brasileiro, de respeito aos precedentes. Aqui, se não houver uma lei obrigando a seguir uma decisão do STF em controle difuso, a tendência é considerar esta decisão como não vinculativa.

Para ser coerente com as ideias que eram importadas, em cujas bases sempre esteve o respeito aos precedentes, ao invés de se reconhecer, aqui, que a decisão do STF, que declara a inconstitucionalidade, teria efeitos naturalmente expansivos – por não poder ser a lei nula para um e válida para outros –, a configurar precedente informador das decisões do próprio Tribunal e dos demais órgãos (o que posteriormente se impôs com a implantação do controle concentrado), a solução vislumbrada, segundo interpreta a doutrina e a

²² MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva-IDP, 2014. p. 359.

²³ Nas palavras de Robert Summers, “*stare decisis, the principle that courts are to follow similar previous judicial decisions when deciding legal questions, has been a part of the American legal experience since before the time of the American Revolution in the late eighteenth century [...]. After the federal and state constitutions were adopted, the federal and state courts began following precedents interpreting constitutions, too*” (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents. A comparative study*. Vermont: Ashgate, 1997).

jurisprudência do STF, foi atribuir a outro Poder, por meio de uma de suas casas, o Senado Federal, a missão de dar efeitos generalizantes ao precedente da mais alta corte do País.

Assinale-se que, mesmo para um modelo fortemente dogmático, não causaria rejeição a opção por atribuir maior valor à decisão sobre inconstitucionalidade proferida pelo STF. Se a lei está no centro do sistema, o reconhecimento de que esta lei é nula, de que não pode produzir efeitos por violar a Constituição, deveria gerar, entre os operadores mais ciosos do direito positivo, naturalmente, a busca de outras hipóteses de incidência, especialmente em outros atos normativos, e não a tentativa de dar aos fatos solução que não mais encontra fundamento em lei, mediante o artifício de desconsiderar o que a mais alta corte do país decidiu, a pretexto da ausência de efeitos vinculantes.

Uma lei, por natureza, tem destinação genérica e natureza abstrata, não havendo coerência em considerá-la inválida, senão para todos os seus destinatários naturais. A nulidade da lei inconstitucional não se compatibiliza com efeitos restritos ao caso em que inicialmente reconhecida. Ou uma lei é válida ou é inválida. De um jeito ou de outro, o natural é que o seja para todos.

É neste ponto que o sistema peca pela incoerência, pela falta de integridade. Como não se reconhece, tradicionalmente, legitimidade a um precedente da Corte Suprema que declara a inconstitucionalidade de uma norma em decisão definitiva e no exercício de sua competência (simplesmente porque esta proclamação deu-se em um caso singular – como se o órgão julgador não fosse o mesmo), cria-se um mecanismo compensatório, atribuindo-se a outro Poder a missão de resgatar a integridade do sistema.

Se este mecanismo sempre foi alvo de críticas e de duvidosas interpretações, como bem demonstrou o Relator em seu voto, foi porque nele se buscou mais do que aquilo que seria natural.

Sendo a resolução do Senado ato típico do Legislativo, que por um de seus órgãos, diante da inconstitucionalidade reconhecida pelo STF, retira do ordenamento jurídico a lei que daquele Poder antes emanou, o que se pode esperar deste ato é apenas isto: que *retire do ordenamento jurídico a lei*, para que ela deixe de assegurar direitos, prescrever condutas ou impor proibições. Nada mais, nada menos.

3.2 A EFICÁCIA EXPANSIVA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE CONSTITUCIONALIDADE E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

A suspensão da execução da lei pelo Senado suscita, até hoje, questionamentos quanto à sua natureza e aos seus efeitos. Equivale a decisão da Câmara Alta, ao “suspender a execução” da lei, a uma revogação? Em caso negativo, qual a sua natureza? Tem ela potencialidade para produzir efeitos *ex tunc*?

Por mais que se sustente que a sua finalidade seja a de dar efeitos expansivos às decisões do STF em controle difuso, não há como defender, à luz do texto do inciso X do art. 52 da CF e da própria divisão de atribuições entre os Poderes do Estado, que, ao suspender a execução da lei, o Senado esteja de fato promovendo efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, reconhecendo nulidade ou ineficácia a todas as relações jurídicas que se constituíram sob a égide da norma, como se a resolução *completasse* a decisão do STF para a tudo e a todos alcançar.

Suspender é vocábulo que não comporta maiores digressões em termos de significação jurídica. Significa que algo que vinha acontecendo deixa de acontecer; que um prazo que vinha correndo para de correr. Significa que a lei que produzia efeitos deixa de ter aptidão para produzi-los. Como ensina Gadamer²⁴, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que este texto te diga algo.

É tentadora a tese de mutação constitucional do conteúdo e do alcance do inciso X do art. 52 da Constituição, que atribui ao Senado Federal a competência para suspender, no todo ou em parte, ato normativo declarado inconstitucional. Parece situar-se na modalidade de mutação a que Uadi Lammêgo²⁵ classifica como *praxis*, já que decorrente do uso que o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro vem fazendo historicamente do dispositivo.

A questão é que, desde que inserido na Constituição de 1934, o dispositivo que trata da suspensão da lei inconstitucional pelo Senado encontra dificuldades de plena compreensão ao ser confrontado com a tese da nulidade da norma inconstitucional, sempre adotada no Direito brasileiro. O problema não é novo e

²⁴ Hans-Georg Gadamer apud STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 393.

²⁵ LAMMEGO, Uadi Bulos. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159-160.

está mais situado na incoerência dogmática antes analisada, do que nos termos do atual inciso X do art. 52 da CF.

A mutação constitucional, consoante afirmado no voto do Ministro Eros Grau, é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Ao lado da reforma constitucional existe a possibilidade de mudança do conteúdo e do alcance das normas constitucionais pela via informal, sem modificação do texto da Constituição²⁶.

Não se confunde a interpretação da Constituição com a mutação. Esta não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da que outro extrai. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante. “Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado”²⁷.

Fenômeno identificado por Laband e desenvolvido em bases teóricas por Jellinek²⁸, que o diferenciou da ideia de reforma constitucional, a mutação decorre de um distanciamento entre o texto literal da norma constitucional e a realidade social, guardando relação com a ideia de que, em determinado sentido, uma constituição é um organismo vivo, que não se esgota em fórmulas fixas e predeterminadas²⁹.

De extrema valia a metáfora utilizada pelo Ministro Eros, no voto proferido na Reclamação nº 4335/AC, ao estabelecer os lindes da mutação para que seja admitida como forma válida de mudança constitucional. É necessário apurar se, “ao ultrapassar os limites do texto, permanecemos a falar a língua em que ele fora escrito, de sorte que, embora tendo sido objeto de mutação, sua tradição seja mantida e ele, o texto dela resultante, seja coerente com o todo, no seu contexto”.

Na mesma linha, assinala Anna Cândida Ferraz³⁰ que a mutação constitucional tem limites, não sendo admitida quando contrarie o sentido da norma constitucional. O novo texto, para ter sentido, deve estar ligado e ser

²⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 161.

²⁷ Excerto do voto do Ministro Eros Grau, proferido na RCL 4.335/AC.

²⁸ JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster e Pablo Lucas Verdu. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

²⁹ Karl Lowenstein apud SARLET, Ingo. Op. cit., p. 161.

³⁰ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986. p. 9-10.

confrontado com os demais textos do todo que a Constituição é, compondo um mesmo espaço semântico³¹.

Citando Konrad Hesse e Canotilho, Ingo Sarlet³² assinala que o Poder Judiciário não está autorizado, sob o argumento da mutação constitucional, a julgar contra disposição legal expressa, colocando-se acima da constituição. As mutações constitucionais são admissíveis quando não se pretenda simplesmente constitucionalizar fatos de modo a ensejar uma leitura contrária ao próprio Texto Constitucional, o que *acabaria por representar uma leitura constitucional de baixo para cima, corrosiva até mesmo da força normativa da Constituição*³³.

O controle *a posteriori* da constitucionalidade das normas no Brasil, por decisão definitiva, é reservado à Corte Constitucional³⁴. A Câmara Alta não reconhece a inconstitucionalidade da lei depois de ter ela entrado em vigor. O seu papel é o de retirá-la do ordenamento positivo, para que novas situações concretas não sejam alcançadas por seus comandos jurídicos. Os efeitos são prospectivos.

É a inconstitucionalidade, proclamada pelo STF e não pela resolução do Senado, que tem eficácia retroativa. De sua natureza de decisão nulificadora é que irradiam os efeitos expansivos. Basta que o sistema passe a reconhecê-los.

Nos casos de controle pela via difusa, o fato de ter havido a suspensão da eficácia da lei pelo Senado, após a sua declaração definitiva de inconstitucionalidade pelo STF, nunca dispensou aquele que foi por ela prejudicado de buscar judicialmente, em processo próprio, o direito que desta inconstitucionalidade lhe pudesse decorrer.

As relações jurídicas anteriores permanecem intocadas. Não porque a decisão de inconstitucionalidade não tivesse naturalmente efeitos suficientes para alcançá-las, mas porque na tradição do sistema brasileiro não se lhe

³¹ Jean-Pierre Vernant, apud STF, RCL 4.335/AC, Eros Grau. E completa o Ministro, asseverando que “a mutação não é uma degenerescência, senão uma manifestação de sanidade do ordenamento”.

³² SARLET, Ingo. Op. cit., p. 166.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1229-1230.

³⁴ Esclarece Luís Roberto Barroso que há alguns mecanismos de atuação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo) e pelo Executivo (como a recusa direta em aplicar norma inconstitucional). Em qualquer caso, afirma o autor, havendo controvérsia acerca da interpretação de uma norma constitucional, a última palavra é do Judiciário (BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46).

reconhecem efeitos expansivos nem vinculantes. E não é pela via do art. 52, X, da Constituição que esta inconsistência do sistema se soluciona. Apenas os que ainda não sofreram os efeitos da lei serão poupados com a sua retirada do ordenamento jurídico pelo Senado. Os que ela já alcançou terão que buscar os efeitos da sua invalidação individualmente. E, reitere-se, não porque devesse ser assim, mas porque o sistema insiste em negar, na prática, o efeito expansivo às decisões prolatadas em controle difuso.

Foi necessário recorrer, sistematicamente, a outros mecanismos para alcançar as situações passadas. A ação rescisória em face da coisa julgada inconstitucional, de construção pretoriana, e a hipótese de inexigibilidade do título executivo fundado em lei declarada inconstitucional bem servem à demonstração de que a resolução do Senado não é suficiente para suprir os efeitos que o sistema de controle de constitucionalidade produzido no Brasil nega às decisões proferidas pela via difusa.

Em uma comparação distante, é algo semelhante ao ato do Poder Legislativo que, após decisão condenatória de parlamentar proferida pelo STF, cujos efeitos alcancem os direitos políticos, declara a perda, em decisão própria, do mandato do parlamentar.

Assim como não se cogita do Senado examinar se a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF é certa ou errada, também não se cogita de o Legislativo examinar se a condenação do parlamentar foi adequada ou não. Em ambos os casos, porém, em razão da vinculação do ato ou da pessoa ao Legislativo, a Constituição atribui a este poder a prerrogativa de suspender a execução da lei e de retirar o mandato do parlamentar, respectivamente. São funções políticas diferentes, em um regime em que os Poderes são divididos, embora devam funcionar em harmonia.

A inconsistência atribuída ao art. 52, X, da Constituição é uma decorrência da constante tentativa de confrontá-lo com as limitações pertinentes ao controle da constitucionalidade das leis na via difusa, limitações estas que não se coadunam com a teoria da nulidade da lei inconstitucional e com um sistema onde há liberdade para seguir ou não um precedente da Corte Constitucional que declare tal inconstitucionalidade.

Em uma permanente busca de coerência interpretativa, o STF já procedeu a uma *redução teleológica* do disposto no art. 42, VI, da Constituição de 1967/1969,

para assentar que, nos casos de inconstitucionalidade declarada em controle abstrato, seria dispensável a intervenção do Senado Federal³⁵.

E talvez seja chegado o momento de proceder à outra redução. Não, porém, para dizer que agora algumas decisões tomadas em controle difuso também dispensam a intervenção, mas para assentar que, embora a atribuição do Senado seja uma decorrência lógica da decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo, trata-se de ato típico e político do Poder Legislativo, que apenas faz retirar do ordenamento jurídico-positivo uma lei inconstitucional que nele havia introduzido.

Ao invés de se proclamar que a resolução do Senado empresta efeitos *erga omnes* para a decisão do STF, porque, como visto, ela não alcança tamanhos efeitos ao suspender a execução da lei – é a decisão em si que tem potencialidade para isso –, o adequado é evoluir para acolher a ideia de que uma decisão do STF que proclame inconstitucionalidade – em controle difuso ou em controle concentrado – é suficiente para que se reconheça que a lei é nula, por efeito da própria inconstitucionalidade declarada, da legitimidade e da autoridade de um julgado da Corte Constitucional.

Quanto às relações jurídicas que se constituíram ao longo da execução da lei, terão que ser revistas à luz desta proclamação, que, inclusive, já vem sendo constantemente objeto de modulação de efeitos, mais um motivo para que se reconheça que decisões de inconstitucionalidade já possuem natural eficácia expansiva.

As modificações que se fazem sentir no sistema de controle de constitucionalidade de normas, desde que promulgada a Constituição de 1988, apontam para o alargamento dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, não apenas em razão do aumento das hipóteses, dos mecanismos e dos legitimados ativos ao controle constitucional em abstrato, mas também, e mais recentemente, em decorrência dos diversos instrumentos que, trazidos por força de lei e de interpretação pretoriana ao controle difuso de constitucionalidade, têm atribuído aos julgados características típicas do processo objetivo.

³⁵ “Sou dos que entendem que a comunicação do Senado só se faz em se tratando de declaração de inconstitucionalidade incidente e, não, quando decorrente de ação direta, caso em que, se relativa a intervenção federal, a suspensão do ato é da competência do Presidente da República, e, se referente a declaração de inconstitucionalidade em tese, não há que se falar em suspensão, pois, passando em julgado o acórdão desta Corte, tem ele eficácia *erga omnes* e não há que se suspender lei ou ato normativo nulo com relação a todos.” (Excerto do parecer do Ministro Moreira Alves no Processo Administrativo nº 4.477-72, DJ de 16.05.1977, p. 3123-3124)

Trata-se da súmula vinculante, da repercussão geral, da inexigibilidade da decisão fundada em norma inconstitucional, da ação rescisória em matéria constitucional e dos inúmeros mecanismos de valorização dos precedentes do STF em controle difuso de constitucionalidade, como a decisão monocrática do Relator e a dispensa do reexame necessário nos casos de jurisprudência dominante, a dispensa da reserva de Plenário para afastamento, nos Tribunais, de norma já reconhecida como inconstitucional pela Corte Suprema, entre outras.

Embora ainda não se fale em eficácia vinculante na grande parte dos casos, as consequências das decisões do STF em controle difuso vêm sendo sistematicamente ampliadas, inclusive e especialmente *por força de lei*, vale dizer, o próprio Parlamento que, no exercício de suas funções políticas, vem alargando os poderes do órgão máximo do Judiciário.

É possível que, aprovado o atual texto do projeto de Código de Processo Civil, que incorpora, de forma expressa³⁶, a ideia de precedentes vinculantes dos Tribunais Superiores, toda esta discussão se torne desnecessária, muito embora a forma pela qual este mecanismo esteja sendo introduzido comporte inúmeros outros questionamentos. É que são diferentes, ontológica e ideologicamente, um sistema onde os precedentes dos Tribunais são valorizados, e um sistema voltado apenas à uniformização da jurisprudência, como parece ser a pretensão inserta no projeto de CPC. Este tema, porém, por sua amplitude e importância, é objeto de estudo autônomo.

A solução, por todo o exposto, talvez não se situe no reconhecimento de hipótese de mutação constitucional do dispositivo que atribui ao Senado Federal a função de suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, mas em simplesmente reconhecer-se a eficácia expansiva dos julgados definitivos do STF que proclamem uma inconstitucionalidade, sejam provenientes do controle

³⁶ Na redação atual do projeto de Código de Processo Civil, aprovada pela Câmara dos Deputados e devolvida ao Senado para reexame, implanta-se o sistema de precedentes vinculantes no direito brasileiro. O art. 521 do projeto dispõe que para dar efetividade ao disposto no art. 520 – que exorta as cortes à uniformização e estabilização de sua jurisprudência –, e para atender os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, os juízes e Tribunais devem seguir: a) as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; e c) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. Em não ocorrendo qualquer dessas hipóteses, devem seguir os precedentes do Plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade e da Corte Especial do STJ em matéria infraconstitucional.

concentrado ou do controle difuso, compartilhando-se o compromisso com a integridade do sistema jurídico-constitucional.

CONCLUSÃO

Os esforços sempre empreendidos, pela doutrina e pela jurisprudência, para dar ao inciso X do art. 52 da Constituição uma interpretação para além daquilo que prescreve o seu texto provocam, até hoje, intensos debates sobre o real alcance do dispositivo, chegando-se a cogitar, diante de modificações no sistema de controle de constitucionalidade, da ocorrência do fenômeno da mutação constitucional quanto ao respectivo conteúdo.

Pretendeu-se, desde a Constituição de 1934, por meio do instituto da suspensão da execução de lei inconstitucional pelo Senado, solucionar um problema de coerência dogmática originado da introdução, no Direito brasileiro, do mecanismo de controle difuso de constitucionalidade, desenhado no sistema norte-americano e vinculado à teoria da nulidade da norma constitucional, sem que fosse trazida, concomitantemente, a ideia de respeito aos precedentes do STF que declarassem tal nulidade.

O Direito brasileiro estabeleceu-se sob as bases de um paradigma dogmático, onde a lei ocupa espaço central no sistema e no qual a jurisprudência sempre encontrou dificuldades para ver-se reconhecida como fonte primária do direito. O resultado, aplicado ao caso, é que uma mesma lei, embora declarada inconstitucional pelo STF, poderá ser reconhecida como válida para uns e inválida para outros se esta decisão for adotada em sede de controle difuso de constitucionalidade e não houver voluntária observância do precedente deste órgão máximo.

O problema de coerência dogmática, que hoje é mais claramente flagrado no texto do art. 52, X, da Constituição e que, apenas em diferente intensidade, é o mesmo que já existia quando o mecanismo foi adotado na Constituição de 1934, só será resolvido com o reconhecimento de que se apostou neste dispositivo, por equívoco, a solução para uma incoerência que é anterior e independe dele.

A atribuição do Senado, ao suspender a execução de uma lei inconstitucional, é eminentemente política. Agindo em nome do Poder Legislativo – de onde emanou a lei inconstitucional –, uma de suas casas foi autorizada, pela Constituição, a retirar a lei do plano do direito positivo.

Os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, porém, não decorrem da resolução do Senado, mas sim da própria declaração do STF,

enquanto decisão nulificadora que é. Se hoje operam nos limites do que o sistema de controle de constitucionalidade admite, não é porque não tenham vocação para serem expandidos, mas porque este sistema, funcionando dentro de um modelo tradicionalmente infenso ao respeito aos precedentes, inclusive os da Corte Suprema, só vem admitindo mudanças *por força de lei*.

Cada vez mais as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade vêm adquirindo eficácia *erga omnes*, por meio de modificações legais e até mesmo na Constituição. O mesmo vem ocorrendo no âmbito da competência do STJ. As reformas processuais, inclusive a que está em curso no Congresso Nacional, registram a intenção de implantação, no Brasil, de um sistema de precedentes vinculantes. Valores como segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade estão na base das exposições de motivos.

O que parece que não vem sendo percebido é que, mais uma vez, o paradigma tende a rejeitar a inovação, de inspiração no *common law*. Os precedentes atualmente não tendem a ser respeitados por sua legitimidade ou mesmo pela autoridade do órgão de onde emanam, mas porque agora há lei obrigando que assim o sejam.

Permanecem, portanto, ativas as bases determinantes do paradigma racionalista e dogmático. Enquanto não houver a percepção de que o problema da integridade do sistema não é um problema apenas do Legislativo ou do STF, que as soluções haverão de ser compartilhadas entre as instâncias extraordinárias e ordinárias e entre os órgãos do sistema de justiça, pouco efeito positivo se poderá extrair de qualquer reforma processual.

Sem abrir mão da ideia de que o processo é instância hermenêutica, ciência do diálogo, do convencer, é possível a introdução da ideia de respeito aos precedentes no Direito brasileiro. Não, porém, como novos dogmas a serem objeto de reverência, mas enquanto fontes legítimas de direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vânia Hack. *Controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina-IDP, 2013.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, v. I, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1992.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança na constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos. São Paulo: Saraiva-IDP, 2009.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. Christian Förster e Pablo Lucas Verdu. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

LAMMEGO, Uadi Bulos. *Direito constitucional ao alcance de todos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEAL, Victor Nunes. Notas sobre o Supremo Tribunal Federal. In: *Problemas de direito público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents*. A Comparative Study. Vermont: Ashgate, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Jurisdição constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva-IDP, 2014.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLSEN, A. Ghirardi. *Common Law & Civil Law*. Córdoba: Advocatus, 2007.

PIÑERO, Eduardo Schenato. *O controle de constitucionalidade*. Direito americano, alemão e brasileiro. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2012.

PORTO, Sérgio Gilberto; PORTO, Guilherme Athayde. *Lições sobre teorias do processo civil e constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Os direitos fundamentais e a lei. A Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Org.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CRIME, CULPA E EXPIAÇÃO: SECULARIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A HERANÇA DA MORAL RELIGIOSA NA PUNIÇÃO¹

CRIME, GUILT AND ATONEMENT: Criminal Law Secularization and the heritage of religious morality on punishment

Bruna Köche²
Advogada no RS

RESUMO: A presente pesquisa tem o objetivo de analisar a crise atual da execução penal brasileira pela exploração das origens históricas da *pena* privativa de liberdade, bem como de avaliar a influência de fatores sociais e culturais que definiram as suas características, a despeito dos avanços humanitários instituídos pelos movimentos de secularização e do constitucionalismo contemporâneo. Dessa forma, busca apontar a relevância desses fatores para afirmar que o Direito Penal brasileiro não superou paradigmas pré-modernos de aplicação de formas de punição de índole moral-religiosa. Para tanto, pretende compreender melhor a situação da execução penal

a partir da sua estrutura normativa e, principalmente, do diagnóstico das deficiências estruturais da aplicação e execução da pena no Brasil, por meio de uma reconstrução histórica e sociológica, de forma a concluir que a atual situação do sistema penitenciário não se explica simplesmente pelo viés normativo, mas, acima de tudo, a partir da postura (omissiva) do Estado, consubstanciada pelo silêncio e desinteresse da sociedade civil em relação às políticas públicas – resultado, entre outros fatores, do fenômeno da “secularização tardia”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal; pena; expiação; secularização; laicidade.

¹ Prêmio Ajuris Direitos Humanos – Edição 2013 – Trabalho Premiado.

² 9º semestre do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos – São Leopoldo (na época da edição do concurso de 2013). Juíza Leiga no Juizado Especial Cível de Porto Alegre/RS. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Membro do Grupo de Pesquisa Sistemas Punitivos (CNPq), vinculado ao Projeto de Pesquisa Estado e Política Criminal, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos/RS.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the current Brazilian Criminal Execution crisis by exploring the historical origins of the term of imprisonment, as well as the study of the social and cultural influences that define its characteristics, despite of the advances established by Secularization and Contemporary Constitutionalism humanitarian movements, and their relevance to affirming that Brazilian Criminal Law has not suppressed pre-modern religious and moral paradigms of punishment application forms. Moreover, it seeks to improve the understanding of the Criminal Enforcement situation, from the normative structure and especially the diagnosis of structural weaknesses in the implementation and enforcement of the sentence in Brazil, from a historical and sociological reconstruction, in order to conclude that the current situation of prisons can not be explained simply by the normative bias, but, above all, from the States' attitude (omission), embodied by the silence and indifference of civil society regarding to public policies - resulted, among other factors, from the "Late Secularization" phenomenon.*

KEYWORDS: *Criminal law; punishment; atonement; secularization; laicity.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Execução da pena privativa de liberdade: falácia da ressocialização e a ingerência da moral judaico-cristã; 2 Secularização, laicidade e constitucionalismo: implicações no direito penal brasileiro; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Execution of sentences of imprisonment: the fallacy of resocialization and the continuing influence of Judaic-Christian morality; 2 Secularization, laicity and Constitutionalism: implications in Brazilian Criminal Law; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Quando se fala em Direito Penal, invariavelmente a temática da punição se torna elemento essencial da discussão, seja a partir das condições de sua legitimidade, seja das condições de sua aplicação. Em um contexto social onde a pena privativa de liberdade se tornou o principal método sancionador, a questão sobre as condições das penitenciárias brasileiras e das formas de tratamento dos reclusos geram indagações em que as respostas vão além de uma análise dogmático-normativa.

Dada a situação precária dos presídios, delatada de forma contundente pela CPI do Sistema Carcerário³, e mais tarde corroborada pela denúncia do

³ BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados/Edições Câmara, 2009. p. 41. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 30 maio 2013.

Estado brasileiro à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (Organização dos Estados Americanos) por violações severas aos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre/RS⁴, o total descaso com a humanidade dos detentos promovido pelo Estado com o aval da sociedade civil nutriu uma série de inquietações que perpassavam a conformidade da Constituição Federal e da legislação complementar com os direitos as e garantias do recluso. Afinal, a Constituição Federal assegura direitos fundamentais e garantias individuais a todos, de forma igualitária; a Lei de Execuções Penais assegura uma série de direitos ao recluso, que vão desde individualização das penas até assistência médica; o Estado dispõe de recursos, ainda que não bem direcionados, para alterar o quadro. Então, restavam as indagações: Por que o Estado e a sociedade se omitem? Existe algo por trás do não direcionamento das políticas públicas aos presídios no Brasil?

Entendida a situação prisional como uma forma de causar sofrimento ao sujeito que lá se encontra cumprindo pena, e uma vez que o aporte dogmático não atende aos anseios dos questionamentos suscitados anteriormente, subsistindo a problemática dos fundamentos das penas e as justificações das violências legais, “a vontade de superar o olhar engessado da dogmática jurídico-penal sobre a problemática instiga encontrar caminhos para reduzir ao máximo os danos (atuais e futuros) produzidos pelas agências de punitividade”⁵. Portanto, conforme leciona Émile Durkheim, “[...] para se conhecer a humanidade presente, é necessário começar por desviar dela, por se transportar para os primórdios da história”⁶.

Assim, se buscará analisar no presente trabalho a pena entendida enquanto inflição de sofrimento e as razões histórico-sociológicas desse quadro, a partir da influência da moral religiosa na construção de um modelo expiatório, onde o pecado é confundido com o crime, a pena entendida como um castigo e a

⁴ Recentemente, o Estado brasileiro foi denunciado por meio de representação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA pelas violações aos direitos humanos de todas as espécies ocorridas no Presídio Central de Porto Alegre/RS. Denominado pelo Relatório Final da CPI do Sistema Penitenciário como a “Masmorra do Século 21”. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/attachments/article/2995/representacao_oea.pdf>. Acesso em: 24 maio 2013.

⁵ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*, Edição Especial, Porto Alegre, PUCRS, n. 2, p. 64, 2006.

⁶ DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. São Paulo: Paulinas. 1989. p. 29-30.

instituição de culpa, do sofrimento e do arrependimento, pressupostos para a remição do delito. Portanto, ao invés de justificar, legitimar e perpetuar todo o aparato repressivo organizado em torno do fenômeno criminal, a presente pesquisa presta-se a levar a efeito uma crítica ao sistema penal e aos processos penalizadores, abrindo os horizontes para o estudo que vise à compreensão sobre a superação de paradigmas pré-modernos na nossa sociedade.

Nesse sentido, em diversos aspectos, a importância de se estudar a história do Ocidente se confunde com a importância do estudo do Cristianismo. Embora seja pouco difundida no ensino brasileiro, a chamada Era Cristã legou diversas influências na construção do mundo ocidental em aspectos socioculturais, jurídicos e políticos. Ao Direito, importa mormente a influência na formação dos valores ocidentais e do primeiro sistema jurídico moderno: o *Corpus iuris canonici*.

O Cristianismo aportou no Brasil a partir da colonização portuguesa e com ele trouxe os seus legados a um país em que subsiste, após 500 anos da chegada dos primeiros portugueses, uma população de quase 90% de cristãos⁷. É preciso, portanto, a retomada do estudo das raízes históricas da pena no Brasil, a fim de compreender a nossa realidade, depreendendo os seus fundamentos, de forma a superar certos dogmas. Conforme Zaffaroni, “quando o ser humano perde a memória de seu passado, apaga a sua identidade. Irremissivelmente montados sobre a flecha do tempo, quando não sabemos de onde viemos, ignoramos de onde estamos e, além disso, ignoramos para onde vamos”⁸. É por isso que se destaca a importância do presente estudo, pois “faz-se a história do Direito, da economia, mas a história da justiça, da prática judiciária, do que foi efetivamente um sistema penal, do que foram os sistemas de repressão, disso fala-se raramente”⁹.

⁷ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Censo Demográfico 2010: Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. p. 90-1. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2013.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 11.

⁹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 49-50.

1 EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: FALÁCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO E A INGERÊNCIA DA MORAL JUDAICO-CRISTÃ

A fase da execução da pena acaba por se converter em um “drama ignorado ou escondido”, justamente quando deveríamos ter uma maior preocupação de tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. Além da condição de o detento exigir uma maior atenção por parte do Estado em relação à tutela de seus direitos em razão de sua vulnerabilidade, de acordo com a Presidente da Comissão de Reforma do Sistema de Penas e Medidas de Segurança de Portugal, Anabela Rodrigues, “no plano inter-relacional é nela que se joga o destino do sistema penal”¹⁰.

A ressocialização orientada ao apenado está prevista na legislação brasileira na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 1984), tanto na sua exposição de motivos quanto em seu art. 1º. Conforme o seu art. 1º, uma de suas finalidades é “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”¹¹,

[...] que denota seu intuito de corrigir e educar o delinqüente para resguardar a comunidade, embora não use o vocábulo ressocializar, são expressões que, quando aparecem nas legislações de execução penal, têm por intuito dar à execução da pena privativa de liberdade uma função reeducadora e corretora do delinqüente, o que nos remete à prevenção especial positiva, e isso ocorre em nossa LEP.¹²

O relatório da pesquisa realizada pelo Projeto “Pensando o Direito”, promovido pelo Ministério da Justiça, acerca das “justificativas das leis penais no Brasil”, observou, entre outros aspectos, o emprego no nível discursivo das teorias da pena. A pesquisa atentou para “o acoplamento que se opera entre as normas de comportamento (os crimes) e as normas de sanção (as penas) e, entre

¹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 8-9.

¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7210, de 11.07.1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 28.

¹² PINZON, Natalia Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 293.

estas, a utilização quase exclusiva da pena de prisão”, concluindo que a exclusão das alternativas e a intensa valorização da sanção prisional estão intimamente ligadas a duas outras características da racionalidade penal moderna: “Uma forma muito particular de definir a punição como ‘infligir sofrimento’ e de definir a atuação do Estado diante de um conjunto de problemas como uma ‘obrigação de punir’ e não uma autorização para fazê-lo em determinadas circunstâncias”¹³.

Nesse sentido, aponta Ferrajoli que

a ideia da pena como resgate saudável deita raízes na concepção bíblica do sofrimento como preço ou forma de sacrifício para a expiação dos pecados e da reconciliação do homem com Deus. Isto para não mencionar-mos as concepções de penitência e liberação da confissão, do remorso, da vergonha e do arrependimento.¹⁴

A progressividade do sistema penitenciário também está vinculada à noção de melhora do condenado, uma vez que implica uma gradual atenuação das limitações impostas a ele segundo se manifesta a sua melhora, pretendendo preparar-lhe para o retorno à liberdade¹⁵. Ferrajoli acrescenta que os benefícios estão condicionados, nesse sistema, à boa conduta do réu, ou ao seu arrependimento, ou a outros semelhantes juízos de valor em torno da sua personalidade. E isso, para ele, não torna a pena menos despótica que as penas arbitrárias pré-modernas, pois aqui há um poder imenso e incontrolável¹⁶. Por isso, entende o autor, a proibição ao Estado de intrometer-se na personalidade psíquica do cidadão e de transformá-lo moralmente mediante medidas punitivas aplicadas a ele pelo que ele é e não pelo que ele fez:

É este poder ilimitado o que torna liberticida e total a instituição carcerária: porque reduz a pessoa a coisa, colocando-a completamente em mãos de outro

¹³ MACHADO, Maíra Rocha et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, v. 32, 2012. p. 13. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>>. Acesso em: 18 maio 2013.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 247.

¹⁵ PINZON, Natalia Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 307.

¹⁶ Ferrajoli, op. cit., p. 376.

homem e lesando com isso a sua dignidade, seja quem for, inclusive o mais sábio e honesto, aquele que deve decidir. [...] Aqui, pelo contrário, todo o ser do detido encontra-se comprometido pela pena: uma vez encarcerado [...].¹⁷

Conforme Salo de Carvalho, o sistema de punitividade, neste quadro, manteria presente na humanidade “a necessidade de satisfação das dívidas e da culpa moral”¹⁸. Foucault observa que o essencial na pena não consiste em punir, mas procurar corrigir, reeducar, “curar” o apenado por meio de uma técnica de aperfeiçoamento, que:

[...] recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores. Existe na justiça moderna e entre aqueles que a distribuem uma vergonha de punir, que nem sempre exclui o zelo; ela aumenta constantemente: sobre esta chaga pululam os psicólogos e o pequeno funcionário da ortopedia moral.¹⁹

Ao criticar a introdução de um corpo técnico na execução penal, característica da cientificidade própria da Modernidade, a fim de determinar as possibilidades de o apenado progredir de regime, a partir de uma análise psicológica, Natália Gimenes Pinzon acentua como a expectativa do arrependimento do preso remete a conceitos de culpa próprios da moral judaico-cristã:

[...] seu discurso psico – psiquiatrizante, psicologizante –, acabou por propiciar uma análise do eu do apenado, fazendo uma averiguação valorativa a respeito do ser do outro, que, por si só, já afasta as premissas de neutralidade. O maior problema talvez tenha sido que, através desse discurso, todo o processo de execução [...] acabou sendo impregnada por essa postura. E o mais perverso ainda é que a promessa e a justificativa de tal neutralidade acabaram por se misturar com os resquícios da fusão entre Estado e Igreja que ocorrera outrora,

¹⁷ Idem, loc. cit.

¹⁸ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*, Edição Especial, Porto Alegre, PUCRS, n. 2, p. 76-77, 2006.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 13.

pois se perquire do arrependimento do apenado, o que remete para a assunção de uma culpa judaico-cristã, de cunho eminentemente religioso, misturando uma concepção de pena enquanto prevenção especial positiva, reeducadora, expiatória e de emenda.²⁰

Nesse sentido, Foucault aponta que o laudo psiquiátrico encontra aí uma de suas funções precisas: “O de dar mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão ou possam ser”. Ainda destaca que, pouco a pouco, por um processo que remonta bem longe no tempo, os juízes começaram a julgar coisa diferente além dos crimes: a alma dos criminosos²¹.

A partir disso, Michel Onfray vai explicar que o aparelho, a técnica, a lógica e a metafísica do Direito decorrem diretamente do que ensina o que ele chama de “fábula do Paraíso original”: um homem livre, portanto responsável, portanto possivelmente culpado. E, a partir dessa concepção do Paraíso original, entende que o livre-arbítrio seja elemento indispensável para considerar o seguimento de toda ação repressiva²². Afirma, ainda, que essa “máquina da colônia penitenciária de Kafka” produz os seus efeitos no cotidiano dos palácios de Justiça e nas prisões que lhe são adjacentes, esclarecendo que o “conluio entre livre-arbítrio e preferência voluntária do ‘mal’ ao ‘bem’ que legitima a responsabilidade, portanto a culpa, portanto a punição, supõe o pensamento mágico que ignora o que a diligência pós-cristã de Freud e outros filósofos esclarecem”²³: para ele, o corpo e o Direito, assim como a Pedagogia, Estética, Filosofia, Política, mesmo quando se pensam, se creem e se dizem laicos, procedem da “episteme judeu-cristã”.

Disso se depreende a relação entre culpa²⁴ e arrependimento, com a afronta ao princípio da dignidade humana, uma vez que fere a liberdade de consciência do indivíduo:

²⁰ Pinzon, op. cit., p. 313.

²¹ Foucault, op. cit., p. 20.

²² ONFRAY, Michel. *Tratado de ateologia: física da metafísica*. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37.

²³ Onfray, op. cit., p. 38.

²⁴ Importante atentar para as acepções de culpa moral, a partir de Karl Jaspers. O autor afirma que a consequência da culpa criminal é um castigo que “[...] pressupõe o reconhecimento do culpável

Infelizmente, a condição pessoal meritocrática inclui, muitas vezes, o arrependimento do apenado, ou seja, a assunção de sua culpa – judaico-cristã – para receber parecer favorável à progressividade no sistema. A exigência da assunção da culpa pelo apenado para concessão de tal benefício é uma sombra dos domínios de outrora da Igreja sobre o Estado e o Direito, fere sua liberdade de consciência e alcança também o princípio da dignidade da pessoa. Assim, questionamos a legitimidade dessa prática – arrependimento e ingerência no eu e, dessa forma, a ressocialização – por ferir o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.²⁵

Anabela Miranda Rodrigues afirma, ainda, que “[...] o ‘direito a não ser tratado’ é parte integrante do ‘direito de ser diferente’ que não pode ser posto em causa nas sociedades pluralistas e democráticas do nosso entorno cultural”. Assevera que o tratamento coativo é inconstitucional, uma vez que “a afirmação do princípio do tratamento voluntário é uma evidência, segundo a dimensão de ‘direito’ do recluso conferida à socialização e entendida esta como emanação do princípio da dignidade da pessoa humana”²⁶.

E o direito de ser diferente não perpassa pelo maniqueísmo “bem” e “mal” a que a moral judaico-cristã submete o mundo. Uma vez que delimitar os seres enquanto bons e maus pode representar apenas a ótica da cultura/religião dominante que determina as pré-concepções de certo e errado no âmbito da moral, conforme observa Nietzsche, a partir de uma análise da etimologia de palavras de origem gregas e latinas, realizada na obra *Genealogia da moral*, em que retoma conceitos originalmente atribuídos às compleições físicas daqueles²⁷.

por parte do juiz em sua livre decisão e não o reconhecimento por parte do réu de que tenha sido justamente castigado”, enquanto que a da culpa moral “[...] surge com a consciência, e com ela o arrependimento e a renovação, e, por fim, a da culpa metafísica aparece como uma transformação da consciência em si humana ante Deus” (Pinzon, op. cit., p. 317).

²⁵ Pinzon, op. cit., p. 314.

²⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 59.

²⁷ “O latim *malus* (que eu relaciono com *melas*, negro) pode designar o homem plebeu de cor corena e de cabelos pretos, o autóctone pré-ariano do solo itálico que se distinguia muito, pela sua cor, da raça dominante e conquistadora dos loiros arianos. [...] a palavra *fin*, por exemplo – *fin gal*, termo distintivo da nobreza e que, em última análise, significa ‘o bom’, ‘o nobre’, ‘o puro’, significava antigamente ‘o

É nesse contexto que se tomou por base algumas decisões recentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, após o advento da Súmula nº 439 do STJ, acerca do arrependimento do detento, em que é possibilitada a verificação da problemática de “[...] ingerência violenta pelo Estado frente à laicização do Direito Penal e ao princípio da dignidade humana, ambos amparados em nossa Constituição”²⁸. A concessão do livramento condicional no sistema brasileiro, a partir da leitura do art. 112 da LEP, aliado à Súmula Vinculante nº 26 e à Súmula nº 439 do STJ, toma por base elementos objetivos e subjetivos. No tocante ao elemento objetivo, é concedida àqueles que cumprirem, ao menos, um sexto da pena, ressalvados os casos em que o mínimo de cumprimento é maior, tal qual os casos dos crimes hediondos. Já, no que concerne ao elemento subjetivo, é observado o “bom comportamento carcerário” atestado pelo diretor do presídio.

Até o advento da Lei nº 10.792/2003, o exame criminológico era exigido como elemento obrigatório para a concessão da progressão de regime. Entretanto, muito embora tenha deixado de ser, a edição da Súmula nº 439 do STJ, em 2010, baseada no entendimento do Supremo Tribunal Federal, uniformizou o entendimento de que caberia ao juiz, com base nas peculiaridades do caso concreto, definir pela essencialidade do exame para a concessão da progressão de regime. Os precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁹, ancorados por doutrinadores que entendem constituir essa faculdade a livre apreciação do juiz, apontam uma realidade onde o aconselhamento técnico é tido como medida à concessão da progressão, ainda que preenchidos os demais requisitos previstos em lei.

Da análise de julgados de agravo em execução recentes do Tribunal, pode-se verificar que a progressão de regime fica atrelada à comprovação psicossocial de que o apenado está arrependido, tem consciência da sua conduta, refletiu sobre ela e “reconheceu sua culpa e o sofrimento do cárcere”³⁰, chegando ao

de cabelos loiros.” (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A genealogia da moral*. 7. ed. Trad. Joaquim José de Faria. São Paulo: Centauro, 2002. p. 6)

²⁸ Pinzon, op. cit., p. 311.

²⁹ Foram analisados os acórdãos de agravo em execução referentes ao termo “exame criminológico” dos últimos 5 anos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 01.01.2008 a 01.06./2013. Dos 125 acórdãos localizados, 90 compreendiam pela necessidade do exame criminológico para concessão do benefício da progressão de regime.

³⁰ TJRS, Agravo em Execução nº 70047587985, Agravante: Ministério Público, Agravado: J.J.S., Rel^a Des^a Fabianne Breton Baisch, 8^a Câmara Criminal. Porto Alegre, 11 de abril de 2012, DOE 2 maio 2012.

absurdo de aludir que o apenado “reconheceu ter sido motivado pela ganância”³¹, dando sinais de que não está se ressocializando, isto é, de que a pena não está cumprindo com seus fins – eis que “inexistindo arrependimento ou sensação de culpa”³². Também apontam que o apenado apresentaria “indicativos de má personalidade”³³ [sic], além de que, embora assuma a sua conduta desviante, “a crítica que apresenta é baseada unicamente em função de fatores externos, não transparecendo arrependimento ou sentimentos de culpa frente aos danos causados”³⁴. Neste ínterim é que está a “problemática acerca da violência e da justificabilidade dessa ingerência no *eu* do apenado, na medida em que se exige dele o arrependimento”³⁵, e um arrependimento baseado em uma culpa judaico-cristã.

Nas palavras de Foucault, destaca-se a expectativa de reflexão do condenado, pois, quanto mais o condenado é capaz de refletir, mais ele foi culpado de cometer o seu crime; mas mais também o remorso será vivo, e a solidão dolorosa³⁶. A alma do criminoso, portanto, não é invocada nos Tribunais somente para explicar o crime e introduzi-la como um elemento na atribuição jurídica das responsabilidades. Conforme o autor, “[...] se ela é invocada

Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=553590>. Acesso em: 20 maio 2013.

- ³¹ TJRS, Agravo em Execução nº 70051459881, Agravante: Ministério Público, Agravado: F.M.M., Rel. Des. Isabel de Borba Lucas, 8ª Câmara Criminal. Porto Alegre, 12 de dezembro de 2012, Diário Oficial de 4 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=2420819>. Acesso em: 20 maio 2013.
- ³² TJRS, Agravo em Execução nº 70046686655, Agravante: Ministério Público, Agravado: A.R.F., Rel.^a Des.^a Fabianne Breton Baisch, 8ª Câmara Criminal. Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2012, Diário Oficial de 20 de abril de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=176707>. Acesso em: 20 maio 2013.
- ³³ TJRS, Agravo em Execução nº 70036491942, Agravante: Adriano Machry Wammes, Agravado: Ministério Público, Rel. Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, 2ª Câmara Criminal. Porto Alegre, 31 de março de 2011, Diário Oficial de 3 de maio de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2011&codigo=434592>. Acesso em: 20 maio 2013.
- ³⁴ TJRS, Agravo em Execução nº 70051379212, Agravante: Cléber Fontela Dutra, Agravado: Ministério Público, Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, 8ª Câmara Criminal. Porto Alegre, 31 de outubro de 2012, Diário Oficial de 21 de janeiro de 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2012&codigo=2055555>. Acesso em: 20 maio 2013.
- ³⁵ PINZON, Natalia Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 313.
- ³⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 28. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 199-200.

com tanta ênfase, com tanto cuidado de compreensão e tão grande aplicação ‘científica’, é para julgá-la, ao mesmo tempo que o crime, e fazê-la participar da punição”³⁷. Essa faceta da execução penal brasileira dá indícios claros de que certos paradigmas instituídos na Idade Média ainda permeiam as paredes sujas e avariadas das nossas penitenciárias. Não por menos o filósofo francês entende que “depois da sentença é constituído um poder que lembra o que era exercido no antigo sistema. O poder que aplica às penas ameaça ser tão arbitrário, tão despótico quanto aquele que antigamente as decidia”³⁸. Observados os resquícios de uma execução penal de caráter expiatório, em que a culpa judaico-cristã permanece latente, cumpre-nos analisar os movimentos que vão romper com esse paradigma, deslegitimando a ingerência da moral religiosa no Estado, seja no âmbito sociológico (secularização), seja no âmbito legal (Estado laico e constitucionalismo contemporâneo).

2 SECULARIZAÇÃO, LAICIDADE E CONSTITUCIONALISMO: IMPLICAÇÕES NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A secularização se traduz “numa série de movimentos de emancipação através dos quais a Igreja se vê despojada da tutela que exerce sobre as diversas regiões do mundo terrestre”³⁹. A cisão das concepções delito-pecado, por exemplo, desencadeou teses humanistas, fundamentalmente contra a prática da tortura, que estruturaram os direitos humanos e as garantias fundamentais⁴⁰. A noção de laicidade, por outro lado, é tomada por um sentido político, que pode ser definida como a expressão de um Estado que não professe e nem favoreça

³⁷ Idem, p. 20.

³⁸ Idem, p. 107.

³⁹ COMBLIN, José. *Mitos e realidades da secularização*. São Paulo: Herder, 1970. p. 47. Nesse sentido, ver: CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césores: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 28; CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 269.

⁴⁰ Importa destacar as diferenças dos conceitos de *secularização* e *laicização*. Enquanto a secularização é entendida de forma mais ampla, como um processo sociológico, o processo político de Laicização vai corresponder à gradual perda de influência social dos valores estritamente religiosos. Dessa forma, a secularização corresponderá a um processo de “humanização” e “racionalização” da sociedade. Em termos sociológicos, o processo de secularização delimitou a laicização do Estado. Portanto, a secularização e laicização são fenômenos que surgem com a modernidade, embora não signifiquem a mesma coisa (PIERUCCI, Antônio Flávio. *Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 37, jun. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 maio 2013).

nenhuma religião. Dessa forma, ela se contrapõe ao Estado confessional, em que se inclui o assim chamado “Estado ateu”, considerado que este assume uma posição caracteristicamente religiosa, mesmo que seja em um sentido negativo⁴¹. Rejeita-se, portanto, o Estado confessional como um princípio de liberdade, considerando que não cabe ao Estado – que detém o monopólio da violência legítima – impor uma religião sobre os cidadãos⁴².

No tocante à realidade latino-americana, historicamente a expansão ibérica significou também a “expansão do catolicismo na América Latina, mediante a união da cruz e da espada”⁴³. Este fato não mudou durante as décadas que se passaram, posto que muitos países adotaram legalmente o catolicismo como religião oficial, com a consequente ausência ou limitação da liberdade religiosa⁴⁴.

No Brasil, as mudanças relacionadas à secularização só ocorreram ao fim do século XIX, com o regime republicano, que determinou a separação entre Igreja e Estado, muito embora no início da colonização já houvessem sido flexibilizados alguns princípios cristãos, tal como o casamento entre cristãos e não cristãos, a fim de propiciar o povoamento e a conservação das terras em mãos portuguesas⁴⁵. A Constituição de 1988, apesar da evocação à proteção divina no seu preâmbulo, garantiu a liberdade de crença e organização religiosa e de culto em seus arts. 5º e 19.

⁴¹ Enquanto a “laicidade negativa” é o conceito tradicional, em que vige a separação entre Igreja e Estado, em que a Igreja não é um ator político com representação da Igreja no seio do Estado, a “laicidade positiva” caracteriza-se pela possibilidade de o Estado reconhecer a Igreja (nomeadamente, a Igreja Católica Apostólica Romana) como ator político e haurir dela princípios e valores espirituais e orientação política (LACERDA, Gustavo Biscaia de. Laicidade(s) e república(s): as liberdades face à religião e ao estado. São Paulo. Trabalho apresentado no XXXIII Encontro Anual da Anpocs. GT 39 – Teoria Política, 2009. Disponível em: <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/GustavoLacerda.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013).

⁴² Lacerda, loc. cit. Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França de 1789, a independência do Estado diante de qualquer religião tem sido evocada como um requisito indispensável para a efetivação do seu art. 10. Ainda, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, contém diversas referências à essa questão.

⁴³ ORO, Ari Pedro; URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 13, n. 27, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832007000100013&lng=en&nrm=iso&tln g=pt>. Acesso em: 21 abr. 2013.

⁴⁴ Idem, loc. cit.

⁴⁵ ROMANO, Roberto. *Brasil: igreja contra Estado: crítica ao populismo católico*. São Paulo: Kairós, 1979. p. 96.

Entretanto, conforme Léger, a proposta de um Estado laico não implica que as religiões sejam condenadas à invisibilidade no espaço público. O livre exercício da liberdade religiosa é um princípio constitucional fundamental, devendo o Estado assegurar a sua proteção, desde que a expressão das crenças não transgridam a ordem pública. É nesse aspecto que reside a problemática, posto que a definição de transgressão de ordem pública é extremamente tênue. Também em razão das religiões que reivindicam para si uma verdade absoluta, contestando a autoridade civil⁴⁶. Nesse sentido, não só se deve analisar a debilidade em termos de secularização e laicidade do Estado brasileiro, como também os influxos em termos de constitucionalismo.

Na perspectiva de Sieyès, o constitucionalismo propõe um modelo de democracia onde se distinguem, em um primeiro momento, o poder constituinte e, em um segundo, o poder constituído. O primeiro estabeleceria os limites do exercício da legislação ordinária, referentes ao segundo poder⁴⁷. Lenio Streck vai asseverar que o constitucionalismo contemporâneo representa o “[...] redimensionamento da práxis político-jurídica no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do direito, reformulando a teoria das fontes, da norma e da interpretação”⁴⁸.

Nesse contexto, Salo de Carvalho vai afirmar que, ao menos no plano retórico, “a sublevação ilustrada dos princípios contra o soberano, estabilizou regras do jogo mínimas para a aferição de legitimidade à violência estatal monopolizada”⁴⁹. Dessa forma, existe a necessidade de vincular a qualidade da pena ou o “como punir?” aos três traços modernos assinalados por Ferrajoli, “o da legalidade, igualdade e do caráter apenas privativo da pena”, no que consiste,

⁴⁶ HERVIEU-LÉGER, Danièle. O Estado laico e a religião. *Folha de São Paulo*, Opinião, São Paulo, 18 set. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/osp/opiniaofz1809200908.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

⁴⁷ SIEYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: o que é o terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988. p. 113.

⁴⁸ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35-37.

⁴⁹ CARVALHO, Salo de. Política de guerra as drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. *Revista Crítica Jurídica*, Porto Alegre, n. 25, p. 254, jul./dez. 2006.

entre outras coisas, na “intolerabilidade de qualquer atividade pedagógica ou corretiva na expiação da pena”⁵⁰.

Do que preceitua Jorge Miranda, o Estado brasileiro inclui-se na categoria de Estado laico com separação absoluta das confissões religiosas. Entretanto, o que se observa, na prática, é um Estado laico com separação relativa, onde existe um tratamento especial ou privilegiado de uma determinada religião, no caso, a cristã⁵¹. O Estado, portanto, está proibido de ingerência naquilo que o autor denomina de “núcleo duro da dignidade humana”⁵², e que envolve a sua livre autodeterminação, especialmente no que concerne ao aspecto de suas convicções interiores, desdobrados em dois direitos fundamentais arrolados no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal, quais sejam, a liberdade de consciência e a liberdade de crença⁵³. Portanto, na esfera da autodeterminação não há a permissão de ingerência do Estado, muito menos a imposição de dogmas de caráter religioso. Autores como Alexy vão defender, ainda, a esfera interna como âmbito último intangível da liberdade humana⁵⁴. Com isso, repudia-se a ingerência que possa levar à instrumentalização do ser humano, pois as pessoas são os fins em si mesmas⁵⁵.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 365.

⁵¹ Ver mais em MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2000. p. 406. O direito fundamental à plena liberdade religiosa impõe ao Estado que, além de propiciar condições de exercício e cumprimento dos deveres decorrentes das religiões, não imponha ou garanta com as leis o cumprimento desses deveres, pois não haverá liberdade religiosa “[...] se o Estado se transformar em polícia das consciências, emprestando o seu braço secular às confissões religiosas para assegurar o cumprimento pelos fiéis dos deveres como membros dessas confissões” (Idem, p. 409).

⁵² Nisso incluem-se os tratados internacionais, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; a Convenção Americana de Direitos Humanos; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 99 e 107. “A liberdade de consciência é mais ampla e compreende quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião), quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente); e, por outro lado, a liberdade de consciência vale, por definição não só para o foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui (como já se acentuou) também uma dimensão social e institucional” (Miranda, op. cit., p. 416).

⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 361.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 33

Assim, no tocante à pena, a sua função pedagógica, imposta pelo nosso sistema, é compreendida como oferta de ajuda ao condenado na busca pela requalificação dos valores violados, não de uma imposição, uma vez que “a execução da pena estaria privada de toda legitimação se tentasse modificar coativamente o condenado”⁵⁶. Essa é a razão que Bittencourt assinala o problema do poder e da dominação na análise do objetivo reabilitador da pena, onde não deve haver a imposição de ideologias, muito menos religiosas. Segundo ele, “admitindo-se que o sistema prisional dá prioridade ao exercício do poder e à imposição de determinada ideologia, não é possível aceitá-lo, mesmo em sua expressão mais liberal, como instrumento de reabilitação”⁵⁷.

Dessa forma, a “[...]” exigência de secularização manifesta-se cada vez mais na sua dimensão de luta contra o fanatismo e a intolerância, de nítida separação entre a esfera estadual e a religiosa, de defesa da consciência do homem”. A secularização da legislação penal é fruto de uma gradual laicização da vida cultural, política e social, “[...] de uma tal operação conceitual conduziu à distinção fundamental entre pecado e crime, de um lado e entre castigo e pena de outro”⁵⁸. Pode-se concluir, portanto, que “a questão da legitimidade da intervenção punitiva por parte do Estado passa inevitavelmente pela compreensão do fenômeno da ‘secularização’ do Direito, designadamente do Direito Penal”⁵⁹.

Nesse sentido, embora o ato de punir não seja fato recente na humanidade, havendo notícia da sua prática desde os primórdios da existência humana, a punição como elemento de “salvação” do sujeito é uma criação cristã. O Direito Penal coexiste de forma essencial com a sanção, sendo a adequação da forma de punição o que legitima e justifica o próprio sistema jurídico⁶⁰. E uma vez que a

⁵⁶ LARIZZA, Silvia. Laicità e diritto penale. Trad. Filipe de Mattos Dall’Agnol. p. 41-57. In: D’AVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências* [recurso eletrônico]. Congresso Internacional em Direito Penal, 8. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 45.

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

⁵⁸ RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 221-323.

⁵⁹ Idem, p. 222 e 237.

⁶⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo. Culpa e punição na cultura contemporânea. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 9, 2012. p. 309.

punição não se mostre adequada ou, ainda, insuficiente, emerge na sociedade o sentimento de impunidade.

Assim, o que se percebe é que, embora tenha havido uma substituição das formas de punir, de suplícios, fogueiras a enforcamentos, do corpo como fim da pena, a utilização desta como instrumento de poder, desta vez voltada à alma, ao “eu” do sujeito, desde a sua incorporação nos éditos cristãos, se mostra ainda presente, ainda que implicitamente. De toda forma, não seria exagero afirmar que no tocante à realidade brasileira os suplícios e a infligência de dor ao apenado subsistam, uma vez que o que se observa é o retorno – ou a não superação – de penas degradantes e cruéis, assim como a tortura, objetivando o sofrimento físico e a tortura psicológica⁶¹. Essa forma de punir pode ser dita “institucionalizada”, uma vez que o Estado, que detém pleno conhecimento dos fatos ocorridos no interior das penitenciárias, é omissivo. Isso sem referir as práticas de tortura praticadas pelo próprio Estado, mormente pela polícia contra o cidadão, conforme apontou o último relatório da Anistia Internacional, o qual informa diversos relatos de tortura, tais como sufocamento com sacola plástica, espancamentos e choques elétricos⁶².

Portanto, do Poder Legislativo ao Judiciário, da Administração Pública à sociedade, não se observa um movimento no sentido de alterar essa realidade, senão algumas poucas frações e grupos dissociados que buscam a efetivação das garantias fundamentais dos apenados. Pelo contrário, o que se observa é uma manifestação cada vez mais forte de caráter punitivista, inclusive com propostas legislativas de trabalhos forçados e até pena de morte, essa última recebendo concordância de 46% da população brasileira (mais 12% que eram parcialmente contrários) e 69% para a prisão perpétua (além de 8% que eram parcialmente

⁶¹ Do ponto de vista psicológico, a tortura é ampla, de massa e quase irrestrita. Para comprovação das torturas psicológicas e o desrespeito à integridade moral dos presos, basta a existência de celas superlotadas; a falta de espaço físico; a inexistência de água, luz, material higiênico, banho de sol; a constatação de lixo, esgotos, ratos, baratas e porcos misturados com os encarcerados; presos doentes, sem atendimento médico, amontoados em celas imundas, e outras situações descritas nas diligências, fotografadas e filmadas (BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados/Edições Câmara, 2009. p. 270. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013).

⁶² Informe sobre o “Estado de Direitos Humanos no mundo”, realizado pela Anistia Internacional e traduzido pela Anistia Internacional Brasil (ANISTIA INTERNACIONAL. Estado de Direitos Humanos no mundo. 2013. p. 55. Disponível em: <http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_br-pt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2013).

contrários), em pesquisa sobre os “Retratos da Sociedade Brasileira: Segurança Pública” realizada pelo CNI-IBOPE em 2011⁶³.

A falta de políticas públicas voltadas ao melhoramento das condições prisionais não é fenômeno recente, havendo notícia de que desde a implementação dos sistemas penitenciários na América Latina, as condições das penitenciárias não abarcavam a proteção ao preso, bem como comida, assistência médica, educação e trabalho adequados⁶⁴. Entretanto, cientes dos horrores e do tratamento completamente desumano a que estão submetidos os detentos nas penitenciárias brasileiras, principalmente no que se refere ao Presídio Central de Porto Alegre/RS, e agora com disponibilidade de recursos⁶⁵ para alterar tal quadro, o silêncio do Estado e da sociedade em relação a essa situação são manifestações ensurdecedoras de uma (in)consciência coletiva⁶⁶ que ainda entende que os “maus”, os “pecadores”, devam sofrer e se arrependem do que fizeram. E, na acepção da finalidade pedagógica de emenda da pena, aos ditos “irrecuperáveis”, a expectativa social, traduzida no senso comum, apela à pena de morte como solução⁶⁷.

Ainda, a finalidade pedagógica da pena, pressuposta em nossa Lei de Execuções Penais, foi a manifestação daquilo que se propagava durante o século XIII, agora com contornos modernos, em que reafirma o seu compromisso com a manutenção do sistema capitalista, na medida em que visa a defender a sociedade (cristã) do criminoso (pecador), buscando a sua ressocialização

⁶³ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. Pesquisa CNI – Ibope. Retratos da sociedade brasileira: segurança pública. Outubro 2011. Brasília: CNI, 2011. p. 25. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/portal/data/files/00/FF8080813313424801331C6AC7405A25/Pesquisa%20CNI-IBOPE%20Retratos%20da%20Sociedade%20Brasileira%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%ABlica%20Out%202011.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

⁶⁴ AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes (Org.) et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, v. 1, 2009. p. 43.

⁶⁵ Está-se referindo ao Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP), criado pela Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001 (Cf. BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados/Edições Câmara, 2009. p. 332. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013).

⁶⁶ A consciência coletiva, segundo Durkheim, é “o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade [...]”, que forma um sistema que tem vida própria (DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 50).

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 247.

(remissão dos pecados). Ou seja, quem não se adapta ao sistema está errado (herege) e deve receber um tratamento para se adequar (punição), excluindo o fato de que o próprio sistema criminaliza as condutas que vão contra a sua perpetuação.

Essa situação, conforme Carvalho, perpassa pelo modelo apresentado pelas ciências criminais de tentativa de dominar a natureza humana, controlando a sua agressividade e as suas paixões, a fim de conquistar uma condição social de convívio pacífico, sem violências e delitos, em uma visão contratualista da sociedade. No entanto, a ilusão de encontrar um método de melhoramento da humanidade pela ciência criminal produziu, como efeito, a moralização dos castigos⁶⁸. E, dessa forma, reavemos o princípio da existência do bem e do mal, que retoma o maniqueísmo cristão.

Zaffaroni, a partir desse conceito – independente da perspectiva a partir da qual se queira fundamentar o direito penal do autor (culpabilidade do autor ou periculosidade) –, entende que um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral do sujeito, jamais pode penalizar o “ser” de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o direito é uma ordem reguladora de conduta humana: “Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso violente a sua esfera de autodeterminação”⁶⁹.

Nesse sentido, Anabela Rodrigues assevera que é necessário que haja

[...] o respeito pela liberdade de consciência do recluso, a realização positiva dos direitos fundamentais do recluso e a obrigação constitucional de intervenção social do Estado. O Estado contemporâneo, de natureza laica e secular, não se encontra legitimado para impor aos cidadãos códigos morais.⁷⁰

⁶⁸ “[...] em todos os tempos quis-se ‘melhorar’ os homens: este anseio antes de tudo chamava-se moral –, com a gradual transformação do sujeito punibilizado em objeto de intervenção repressiva não muito distante dos suplícios medievais. Entre os suplícios inquisitivos medievais e os castigos modernos a distinção é apenas em relação ao direcionamento da tecnologia punitiva: *res extensa* ou *res cogitans*, respectivamente.” (CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*, Edição Especial, PUCRS, Porto Alegre, n. 2, p. 68-69, 2006)

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 119.

⁷⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 53.

A explicação para a ingerência dessa moral nas instituições de todos os âmbitos da sociedade, ainda que de forma invisível, é apontada por Onfray a partir do conceito de laicidade judeo-cristã. O autor vai afirmar que a laicidade militante se apoia na ética judeo-cristã, conservando o fundo, mudando a forma, de maneira que a laicização da moral judaico-cristã corresponde com frequência à reescrita imanente de um discurso transcendente: “O que vem do céu não é abolido, mas readaptado à terra”. De forma pessimista, vai dizer que a laicidade é relativista, pois continua com a episteme judaico-cristã:

[...] fazemos como se a religião não impregnasse, não embebesse as consciências, os corpos e as almas. Falamos, pensamos, agimos, sonhamos, imaginamos, comemos, sofremos, dormimos, concebemos como judeo-cristãos, construídos por dois mil anos de formatação do monoteísmo bíblico. Então, a laicidade luta para permitir que cada um pense o que quer, que acredite em seu deus, contanto que não o demonstre publicamente.⁷¹

É a partir desses preceitos, por exemplo, que Onfray vai justificar o ódio e a opressão à mulher e ao homossexual na contemporaneidade em algumas compreensões comuns às religiões (cristãs, judaicas e islâmicas), as quais, partindo da ignorância da sociedade sobre esses preceitos, se propagam de forma inconsciente e invisível, muito em razão do que ele denomina de “mingau ideológico” infligido pelas instituições⁷². Dessa forma, embora o sistema normativo, a partir da Constituição Federal, assegure a laicidade do Estado, o que se denota das práticas punitivas são resquícios de uma moral não totalmente afastada dos conceitos expiatórios, naquilo que se poderia denominar de uma “secularização tardia”⁷³, a exemplo do conceito de Modernidade concebido por

⁷¹ ONFRAY, Michel. *Tratado de ateologia: física da metafísica*. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 187.

⁷² Idem, p. 84-86. Daí decorrem as derivações do machismo, da violência contra a mulher e da homofobia.

⁷³ Quando se fala em “secularização tardia” não implica afirmar que a religião e os princípios cristãos devam ser expurgados da realidade social, até porque muitos deles tiveram e ainda têm influências positivas, como, por exemplo, a própria construção do conceito de dignidade humana. A mera herança de princípios cristãos na sociedade, por si só, não tem o condão de se edificar como uma situação perniciosa. Pelo contrário, o próprio direito à liberdade de crença e de consciência, autoriza que cada indivíduo acredite naquilo que lhe parecer mais adequado. Entretanto, daí decorrem problemas de legitimação democrática, uma vez que essa liberdade de crença, da mesma forma, não autoriza que um Estado que se diga laico imponha, ainda mais de maneira coercitiva, com a esfera de maior

Streck, onde essa moral se propaga ainda que de forma invisível, por meio do inconsciente coletivo, traduzido nas práticas executórias da pena e nas condições das penitenciárias.

A laicidade, afirma Larizza, “se pode apanhar: na proteção das minorias, em razão da qual a norma penal não pode ser instrumento de tutela de uma concepção moral, ainda que majoritária; na garantia do direito à diversidade; na administração da justiça”⁷⁴. Assim, “se no âmbito dos preceitos primários, os conteúdos devem ser ‘laicos’, igualmente tais características devem acompanhar a excelência”. A violação do princípio da laicidade tem efeitos extensivos, enfraquecendo as barreiras garantistas do direito penal liberal, “se pode constatar que lá onde se verifica uma laicidade ‘débil’ não apenas este princípio é posto em crise pela norma penal, mas também as mesmas características e os mesmos princípios fundamentais de direito penal”⁷⁵.

Portanto, faz-se necessária a redução de danos nos meios, que “[...] a partir da absoluta descrença nos ‘louváveis fins’ e nas ‘românticas origens’, representa postura transvalorativa de desconstrução da lógica oposicionista que sobleva o ‘bem’ contra o ‘mal’ existente no humano condenado”⁷⁶. E excluída qualquer finalidade pedagógica de emenda, uma vez que o Estado laico deve prezar pela liberdade religiosa e de crença, por uma questão de democracia, o mínimo que se pode e deve pretender da pena é que “não reedueque, mas também não desedueque, que não tenha uma função corretiva, mas tampouco uma função corruptora”. Para tal não são necessárias atividades específicas e especializadas, nas palavras de Ferrajoli, é necessário que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e menos aflitivas possíveis, “[...] abrindo espaço para desenvolver espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia de todos os direitos fundamentais da pessoa”⁷⁷.

gravidade no mundo jurídico – a penal – dogmas e crenças que pertençam a uma determinada moral religiosa, ainda que dominante.

⁷⁴ LARIZZA, Silvia. Laicità e diritto penale. Trad. Filipe de Mattos Dall’Agnol. p. 41-57. In: D’AVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências* [recurso eletrônico]. Congresso Internacional em Direito Penal, 8. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 43-44.

⁷⁵ Idem, p. 45-49.

⁷⁶ CARVALHO, Salo de. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*, Edição Especial, PUCRS, Porto Alegre, n. 2, p. 72, 2006.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 365.

CONCLUSÃO

A fim de melhor compreender as deficiências estruturais da aplicação e execução da pena no Brasil, promoveu-se a retomada do estudo das raízes históricas, sociológicas e morais do fenômeno da pena privativa de liberdade, compreendida a partir da realidade penitencial do nosso país enquanto forma de punição que visa a atingir o condenado de modo a lhe infligir sofrimento.

Procurou-se entender as razões pelas quais, na hora de se trabalhar com a pena no Brasil, ainda subsista uma margem de tolerância dos administradores públicos e da sociedade civil para com o caos carcerário. A explicação não estava na inadequação legislativa, uma vez que se vislumbra uma estrutura normativa extremamente sólida no tocante aos direitos e às garantias dos reclusos. De acordo com o relatório final da CPI do Sistema Carcerário, além da União Federal, por meio de seus poderes, todos os Estados possuem estrutura jurídica, política e financeira para possibilitar aos presos o tratamento estabelecido e determinado em lei. Buscou-se, portanto, respostas na História e na Sociologia, onde se apercebeu que a carga simbólica do imaginário social que compreende a pena como medida útil à reinserção do sujeito na sociedade, a partir da infligência de sofrimento, auxilia na manutenção das condições penitenciárias tais como se encontram.

No contexto histórico, observa-se que a Igreja contribuiu de maneira relevante para a humanização do Direito Penal, “[...] embora politicamente a sua luta metódica visasse obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos de dominação”⁷⁸. Como legado, acentuou o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou banir as ordálias, promovendo a mitigação das penas que passaram a ter como fim também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa.

Ainda que muitos compreendam como superadas as formas de punição originadas nesse período, conforme se analisou, ainda subsiste na esfera de aplicação da lei e na execução penal, o entendimento de que o sujeito está no cárcere para sofrer, assumir a sua culpa, arrependendo-se do delito praticado para, por fim, retomar ao convívio social, na manifestação de uma (in)consciência coletiva que ainda entende que os “maus”, os “pecadores”, devam sofrer e se arrependem do que fizeram. Essa finalidade de caráter pedagógico de emenda

⁷⁸ NETO, Vicente Amêndola. *História e evolução do direito penal no Brasil*. São Paulo: Julex Livros, 1997. p. 54-5.

se traduz nos resquícios de uma compreensão cristã de remissão dos pecados por meio da assunção da culpa a partir da expiação. Desde o cometimento do pecado, é somente por meio desse trinômio “culpa, arrependimento e expiação” que a salvação, aqui compreendida como reinserção social, se torna possível. Nesse sentido, se destaca do relatório final da CPI do Sistema Carcerário a seguinte finalidade do sistema penitenciário:

A reeducação daquele que se desviou do lícito se constitui em princípio e finalidade do sistema penitenciário. Além da privação da liberdade como castigo, há que se proporcionar ao que delinqüiu a possibilidade de rever seus erros e se preparar para assumir uma vida diferente da que o levou às prisões.⁷⁹

Essa compreensão subsiste na maioria das vezes de forma inconsciente e invisível, a partir da assunção de princípios morais que restaram infligidos por uma mesma instituição em toda a sociedade ocidental por quase 2.000 anos. Conforme denominou Onfray, o chamado “mingau ideológico”⁸⁰, que decorre da perpetuação de dogmas sem o estudo de suas raízes e seus fundamentos, termina por difundir crenças de maneira invisível.

Se faz necessário, portanto, o estudo da secularização, da laicidade e do constitucionalismo (mormente em sua versão contemporânea), compreendidos como os produtos de dois movimentos que determinaram a maior ruptura paradigmática da Era Moderna: a racionalização e o humanismo. Ambos os movimentos darão origem a processos de humanização das penas, a partir da virada antropológica que implicará no processo sociológico da secularização. Compreendido esse processo como a emancipação do Estado perante a religião, dará origem no plano estatal e normativo à laicidade do Estado, princípio e garantia fundamental assegurados constitucionalmente no Estado brasileiro pelos arts. 5º, inciso VI, e 19, inciso I. Sob essa ótica, buscou-se analisar se os fracassos da aplicação dos princípios e das garantias fundamentais ao detento e

⁷⁹ BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados/Edições Câmara, 2009. p. 15. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2013.

⁸⁰ ONFRAY, Michel. *Tratado de ateologia: física da metafísica*. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 84-86.

à execução penal como um todo se explicam pelo conflito entre secularização e laicidade.

Assim, entendeu-se que, embora a ciência, o Direito e as demais áreas tenham, de maneira formal, se secularizado, estamos compreendidos em uma Modernidade muito mais complexa, em que há separação de poderes, Estado e religião, mas aparentemente subsistem alguns preceitos de índole religiosa. Ou seja, secularizamos a forma, não o conteúdo. Destas observações concluiremos por duas derivações da análise proposta, as quais irão se inter-relacionar e comutativamente se identificarão: a presença de um conteúdo não secularizado ainda presente na sociedade civil e essa (in)consciência coletiva traduzida na falta de políticas públicas, influenciando na inaplicabilidade de recursos e soluções, vislumbrando a promoção dos direitos dos reclusos.

No tocante à sociedade civil, percebe-se a insistência no discurso da impunidade, que se compreende como a manifestação da discordância entre a adequação da forma de punição com a expectativa social. Denota-se que a “secularização do homem”, em relação à realidade brasileira, não se deu por completo, importante em uma expectativa social que ainda prima pelo cárcere como forma de sofrimento hábil a proporcionar o arrependimento e a assunção de uma culpa que visa à “salvação” daquele indivíduo. Esse fato será uma das justificativas para o silêncio dessa mesma sociedade para com as barbáries a que estão submetidos os detentos atualmente.

Dessa forma, a assunção pelo Estado de compromissos punitivos derivados de uma moral religiosa específica não corresponde com o processo de Secularização e com a laicidade do Estado promovida pela virada paradigmática ora denunciada, podendo-se falar na subsistência de paradigmas pré-modernos na pena e de um “déficit de laicidade”. Essa forma de conceber a punição, de legados evidentes na moral cristã, não se coaduna com as previsões constitucionais e infralegais, implicando não só no sentimento de discordância entre a expectativa da sociedade em relação à legislação, mas também no fracasso do processo de humanização das penas promovido justamente pela separação entre religião e Estado, supostamente ocorrida com a secularização.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, Clarissa Nunes (Org.) et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, v. 1, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMÊNDOLA NETO, Vicente. *História e evolução do direito penal no brasil*. São Paulo: Julex Livros, 1997.

ANISTIA INTERNACIONAL. Estado de Direitos Humanos no mundo, 2013. p. 55. Disponível em: <http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_br-pt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2013.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Culpa e punição na cultura contemporânea. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 9, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário: CPI do sistema carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados/Edições Câmara, 2009. p. 41. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2701/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 30 maio 2013.

CARVALHO, Salo de. Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *Estudos Ibero-Americanos*, Edição Especial, Porto Alegre, PUCRS, n. 2, p. 68-69, 2006.

_____. Política de guerra as drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. *Revista Crítica Jurídica*, Porto Alegre, n. 25, p. 254, jul./dez. 2006.

CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares: secularização, laicidade e religião civil*. Coimbra: Almedina, 2006.

COMBLIN, José. *Mitos e realidades da secularização*. São Paulo: Herder, 1970.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI. Pesquisa CNI - Ibope. Retratos da sociedade brasileira: segurança pública, outubro 2011. Brasília: CNI, 2011. p. 25. Disponível em: <<http://www.cni.org.br/portal/data/files/00/FF8080813313424801331C6AC7405A25/Pesquisa%20CNI-IBOPE%20Retratos%20da%20Sociedade%20Brasileira%20Seguran%C3%A7a%20P%C3%BAblica%20Out%202011.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2013.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa*. São Paulo: Paulinas. 1989.

_____. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

_____. *Vigiar e punir*. 28. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004.

HERVIEU-LÉGER, Danièle. O Estado laico e a religião. *Folha de São Paulo*, Opinião, São Paulo, 18 set. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1809200908.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Censo Demográfico 2010: Características Gerais da População, Religião e Pessoas com Deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. p. 90-1. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2013.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Laicidade(s) e república(s): as liberdades face à religião e ao estado. São Paulo. Trabalho apresentado no XXXIII Encontro Anual da Anpocs. GT 39 – Teoria Política, 2009. Disponível em: <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/textos/GustavoLacerda.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

LARIZZA, Silvia. Laicità e diritto penale. Trad. Filipe de Mattos Dall’Agnol. p. 41-57. In: D’AVILA, Fabio Roberto (Org.). *Direito penal e política criminal no terceiro milênio: perspectivas e tendências* [recurso eletrônico]. Congresso Internacional em Direito Penal, 8. Congresso Transdisciplinar de Estudos Criminais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

MACHADO, Maíra Rocha et al. *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, v. 32, 2012. p. 13. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B329D6EB2-8AB0-4606-B054-4CAD3C53EE73%7D>>. Acesso em: 18 maio 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11.07.1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2000.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A genealogia da moral*. 7. ed. Trad. Joaquim José de Faria. São Paulo: Centauro, 2002.

ONFRAY, Michel. *Tratado de ateologia: física da metafísica*. Trad. Mônica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ORO, Ari Pedro; URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 13, n. 27, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832007000100013&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 21 abr. 2013.

PIERUCCI, Antônio Flávio. Secularização em Max Weber: da contemporânea serventia de voltarmos a acessar aquele velho sentido. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 37, jun. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 29 maio 2013.

PINZON, Natalia Gimenes. O discurso ressocializador e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade: os critérios da culpa e da prevenção*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROMANO, Roberto. *Brasil: igreja contra Estado: crítica ao populismo católico*. São Paulo: Kairós, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIEYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: o que é o terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Prólogo. In: BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

