

REVISTA DA
AGU

volume 16 nº 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2017

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da AGU	Brasília	v. 16	nº 01	p. 1-364	jan./mar. 2017
----------------	----------	-------	-------	----------	----------------

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 - Térreo -
CEP 70610-460 - Brasília/DF - Brasil. Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escolaagu.secretaria@agu.gov.br
© Advocacia-Geral da União - AGU - 2017

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO-SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da AGU
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes
Leal. - Brasília : EAGU, 2002.
v. ; 23 cm.

Quadrimestral: n.1, 2002-n.14, 2007. Trimestral: n.15, 2008-.

Primeiro número editado como edição especial de lançamento.

Primeiro título da publicação: Revista da AGU: Centro de Estudos Victor Nunes
Leal Advocacia-Geral da União (2002-n.6, abr.2005). Altera o título para: Revista da AGU :
Escola da Advocacia-Geral da União (n.7, ago. 2005-2007). Continuada com o título: Revista da
AGU (2008-).

Apartir de 2015 houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá
numeração 1-4 em todos os anos subsequentes.

ISSN 1981-2035

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 341.05
CDU 342(05)

EDITOR-CHEFE

CHIARA MICHELLE RAMOS MOURA DA SILVA - AGU-DF

Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Clássica), em intercâmbio com a Universidade de Roma - La Sapienza (ERASMUS). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Membro da Advocacia-Geral da União - AGU

VICE-EDITOR

PAULO FERNANDO SOARES PEREIRA

Doutorando em Direito, Constituição e Democracia pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR. Membro da Advocacia Geral da União - AGU

EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

INDEXAÇÃO EM:

DIADORIM - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras

RVBI - Rede Virtual de Bibliotecas

CONSELHO EDITORIAL

INTERNACIONAIS

CARLA AMADO GOMES
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa entre 2006 e 2014. Leciona cursos de mestrado e pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

JOSÉ ALEXANDRE GUIMARAES
DE SOUSA PINHEIRO
(UNIVERSIDADE DE LISBOA,
PORTUGAL)

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorado pelo

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (ICJP) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA
(UNIVERSIDAD DE SALAMANCA,
ESPAÑA)

Professor Titular de Direito Processual da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Desenvolve pesquisas nas Universidades de Kansas (USA), Turim (Itália) e Coimbra (Portugal).

PEDRO T. NEVADO-BATALLA
MORENO (UNIVERSIDAD DE
SALAMANCA, ESPAÑA)

Professor Titular de Direito Administrativo da Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca.

NACIONAIS

REGIÃO NORTE

EDSON DAMAS DA SILVEIRA
(UEA/UFRR)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Ambiental (UEA) e em Desenvolvimento Regional da Amazônia (UFRR). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado e Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO
(CESUPA)

Professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Procurador do Estado do Pará.

REGIÃO NORDESTE

MONICA TERESA COSTA SOUSA
(UFMA)

Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça e em Cultura e Sociedade (UFMA). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista de Produtividade em Pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA). Avaliadora do MEC/INEP.

MARTONIO MONT'ALVERNE
BARRETO LIMA (UNIFOR)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNIFOR). Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestrado em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Doutorado em Direito (Rechtswissenschaft) pela Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Procurador do Município de Fortaleza.

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA
(UFPE)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFPE). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Procurador do Estado de Pernambuco.

**ARTUR STAMFORD DA SILVA
(UFPE)**

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito e de Direitos Humanos (UFPE). Pós-Doutorado pela Universidad Adolfo Ibáñez (UAI/Chile). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

**HERON JOSÉ DE SANTAN
GORDILHO (UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Pós-Doutorado pela Pace University Law School, New York, onde é professor visitante e integra a diretoria do Brazilian-American Institute for Law and Environment (BAILE). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

**FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR
(UFBA)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFBA). Livre-Docência pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado. Foi Procurador da República.

REGIÃO CENTRO-OESTE

**JEFFERSON CARÚS GUEDES
(AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador Geral da União, Procurador-Chefe Nacional do INSS e Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios. Membro da Advocacia-Geral da União.

**ARNALDO SAMPAIO DE MORAES
GODOY (AGU/CEUB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Foi Procurador-Geral Adjunto na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Membro da Advocacia-Geral da União.

**MARCELO DA COSTA PINTO
NEVES (UNB)**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UnB). Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de Fribourg (Suíça). Pós-Doutorado na Faculdade de Ciência Jurídica da Universidade de Frankfurt e no Departamento de Direito da London School of Economics and Political Science. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Doutorado em Direito pela Universidade de Bremen. Foi Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq). Foi Procurador do Município de Recife.

REGIÃO SUDESTE

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (UERJ)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UERJ). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Master of Laws pela Harvard Law School e Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (UERJ)

Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito (UERJ/UCAM). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

MARIA PAULA DALLARI BUCCI (USP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito do Estado (USP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Foi Procuradora-Geral do CADE. Procuradora da Universidade de São Paulo.

DIOGO ROSENTHAL COUTINHO (USP)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo (USP). Livre-Docência em Direito Econômico (USP).

Master in Science (MSc) em Regulação pela London School of Economics and Political Science (LSE, Londres) e Doutorado em Direito na Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e do IGLP (Institute of Global Law and Policy).

TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM WAMBIER (PUC/SP)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Livre-Docência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogada.

THOMAS DA ROSA BUSTAMANTE (UFMG)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFMG). Pós-Doutorado na Universidade de São Paulo (USP). Mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (CNPq).

REGIÃO SUL

LÊNIO STRECK (UNISINOS)

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (UNISINOS/UNESA). Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

MARIANA FILCHTNER FIGUEIREDO (AGU/PUC/RS)

Pós-Doutorado junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul (PUC/RS). Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Membro da Advocacia-Geral da União. Foi Procuradora do Município de Porto Alegre.

REGINA LINDEN RUARO (PUC/RS)

Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-Doutorado no Centro de Estudios Universitarios San Pablo (CEU/Espanha). Doutorado em Direito na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Membro aposentada pela Advocacia-Geral da União.

PARECERISTAS

ALLAN CARLOS MOREIRA

MAGALHÃES – AGU-AM

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR/ CIESA. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA Advogado da União - AGU

ANA ALVARENGA MOREIRA

MAGALHÃES

Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG
Procuradora do Município de Belo Horizonte - MG

ANDRÉ PETZHOLD DIAS – AGU - AM

Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo - USP. Professor na FAMETRO - Manaus. Advogado da União - AGU

CARLOS ALBERTO MOLINARO – PUC-RS

Doutor em Direito, summa cum laude, com acreditação de "Doctor Europeo" (DERECHOS HUMANOS & DESARROLLO 2a. Edición) - Universidad Pablo de Olavide- UPO Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - UCRS. Professor na Universidad Pablo de Olavide, Sevilla - ES

CLÓVIS JUAREZ KEMMERICH - AGU - RS

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRS. Procurador Federal - AGU

CARLOS ALBERTO PEREIRA DAS NEVES BOLONHA – UFRJ

Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-RJ
Professor Adjunto IV da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

CELSO HIROSHI IOCOHAMA - PR

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Doutor em Educação pela Universidade de São Paulo - USP. Professor Titular de Direito Processual Civil I, da Universidade Paranaense UNIPAR. Advogado

CLEYSON DE MORAES MELLO - RJ

Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho
Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA
Professor Adjunto do Departamento de Teoria e Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da UERJ

EDUARDO ROCHA DIAS – AGU - CE

Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa - UL
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC
Procurador Federal - AGU

EDUARDO RIBEIRO MOREIRA – UFRJ

Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP
Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Professor Adjunto IV de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ

ELIANA PIRES ROCHA – MP – DF

Master en Derecho Constitucional - Universidad de Sevilla - Espanha, UV, Espanha
Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Procuradora da República do Ministério Público Federal

FLÁVIA DANIELLE SANTIAGO LIMA - AGU - PE

Mestre e Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco/UFPE
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Pernambuco - UFPE e da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Advogada da União - AGU

GUILHERME PEREIRA DOLABELLA BICALHO

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília com ênfase em Direito Tributário.
Mestre em Argumentação Jurídica pela Universidade de Alicante - Espanha
Professor de Direito Financeiro e Tributário
Procurador do Distrito Federal - PG/DF

**LEONARDO VIZEU FIGUEIREDO –
AGU-RJ**

Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho - UGF com ênfase em Ordem Econômica Internacional. Procurador Federal - AGU

**MARCO ANTONIO PEREZ DE
OLIVEIRA – AGU/SP**

Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP Advogado da União - AGU

**MARIANA FILCHTINER
FIGUEIREDO – AGU RS**

Pós-Doutorados junto ao Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik (Munique, Alemanha) e à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS
Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS
Advogada da União - AGU

MARILDA DE PAULA SILVEIRA – DF

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Professora de Direito Administrativo e Eleitoral da EDB/IDP. Membro do IBRADE e membro fundador da ABRADEP

**OSWALDO DE SOUSA SANTOS
FILHO – AGU/SP**

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, - PUC-SP
Professor titular da Universidade Paulista - UNIP. Procurador Federal - AGU

**ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO
NELSON – RJ**

Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Professor efetivo de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN

RODOLFO VIANA PEREIRA – UFMG

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra Mestre em Direito Constitucional pela UFMG.
Pós-Graduado em Direito Eleitoral pela Universidade de Paris II
Pós-Graduado em Educação à Distância pela Universidade da Califórnia. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG

**ROSÂNGELA MARIA GOMES -
UERJ/UNIRIO/IBMEC – RJ**

Doutora em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ

RUI PISCITELLI AGU/DF

Mestre em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA
Procurador Federal - AGU

**VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA
FALCÃO - SP**

Doutoranda pela Universidade de São Paulo - USP
Professora Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em Campinas

AUTORES

ANDRE LUIZ DOS SANTOS NAKAMURA

Doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP
Procurador do Estado de São Paulo

ANDRÉ STUDART LEITÃO

Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP
Professor do Centro Universitário Christus

BEATRIZ RANDAL POMPEU MOTA

Mestranda pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

Doutor e Mestre em Direito pela PUC/PR. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre em Antropologia pela UFPE. Professor em cursos de graduação em direito e no Mestrado em Direito Ambiental da UEA. Procurador de Justiça em Roraima.

EDUARDO ROCHA DIAS

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Procurador Federal - AGU

ELVIRA CAROLINA MOREIRA DE REZENDE

Mestranda em Administração Pública pela Universidade de Brasília (UnB)
Pós-graduada em Direito Público
Procuradora da Fazenda Nacional

FÁBIO LUIS FURRIER

Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo
Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP
Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF

FRANCISCO LOPES NETO

Mestrando em Direito Constitucional, Políticas Públicas, no Centro Universitário de Brasília (CEUB)
Especialização em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

GABRIEL SOARES CRUZ

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG com bolsa CAPES. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP/DF
Advogado e Professor Universitário

GUILHERME PINATO SATO

Mestre em Droit public des affaires Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, PARIS 1, França
Especialização em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB
Procurador Federal - AGU

JOÃO PEDRO ACCIOLY TEIXEIRA

Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Advogado e consultor jurídico

JULIANO SCHERNER ROSSI

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Procurador Federal - AGU

LUCIANO PALHANO GUEDES

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra.
Especialização em Direito Previdenciário pela UNIDERP. Procurador Federal - AGU

LUIZ ROGÉRIO DA SILVA DAMASCENO

Mestrando em Direito pela UFC (Ordem Jurídica Constitucional)
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB
Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Ceará - UFC

MAYARA DE CARVALHO ARAÚJO

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB
Bolsista CAPES, pesquisadora do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART-UFGM)

RENAN SALES DE MEIRA

Mestrando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Bolsista de mestrado (CNPq)

SAMUEL MOTA DE AQUINO PAZ - AGU-PA

Especialista em Direito Público pelo UNIDERP/UNISUL e em Advocacia Pública pelo IDDE em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Procurador Federal - AGU-PA

SERGUEI AILY FRANCO DE CAMARGO

Doutor em Aquicultura em Águas Continentais pela UNESP.
Pós-Doutor em Ecologia pela UNICAMP e Pós-Doutor em Direito Ambiental pela UNESP.
Pós-Doutorando em Agroecologia pela UERR
Assessor Jurídico do Ministério Público de Roraima

SUMÁRIO

Editorial.....	13
----------------	----

AUTORES CONVIDADOS

Jurisdição Indígena e o Afastamento do Direito de Punir por parte do Estado Brasileiro: notas a respeito de um precedente amazônico <i>Indigenous Jurisdiction and the Dismissal of the Right to Punish by Brazilian State: notes about an amazonian case</i> Edson Damas da Silveira Serguei Aily Franco de Camargo	17
---	----

ARTIGOS

Segurança Jurídica, Boa-fé e Terras Devolutas <i>Legal Security, Good Faith and Public Vacant Lands</i> Andre Luiz dos Santos Nakamura.....	35
---	----

O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social e as Alterações dos Requisitos para a Obtenção do Benefício do Seguro-Desemprego <i>The Principle of the Social Regression and the Changes of Requirements for Acquisition the Benefit of Unemployment Insurance</i> Beatriz Randal Pompeu Mota Eduardo Rocha Dias André Studart Leitão	61
---	----

Regressividade Fiscal e Justiça Social na Matriz Tributária Brasileira: o tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte pelo simples nacional <i>Tax Regressive and Social Justice in the Brazilian Tax System: the differential treatment of micro and small enterprises porte by "simples nacional"</i> Elvira Carolina Moreira de Rezende.....	79
---	----

O Impacto das Valorações Implícitas na Fundamentação das Decisões Judiciais: estudo de caso da posição do superior tribunal de justiça a respeito da pretensão de reparação de danos morais sofridos por presidiários <i>The Impact of Implicit Appraisal in Grounds of Judgments: Case study regarding decisions of the brazilian superior court of justice about claims for moral damages by prisoners</i> Fábio Luis Furrier.....	99
--	----

O Constitucionalismo Fraternal e sua Consistência Enquanto Proposição Lógico-Argumentativa – uma análise do princípio da fraternidade expresso pelo Ministro do STF Carlos Ayres Britto em suas obras literárias e julgados <i>The Fraternal Constitutionalism and its Consistency as a Logical Argument Proposition – an analysis of the principle of fraternity expressed by the Supreme Court Justice Carlos Ayres Britto in his literary works and juridic decisions</i> <i>Francisco Lopes Neto</i>	125
O Interesse Público e as Alternativas para a Proteção da Segurança Jurídica <i>The Public Interest and the Alternatives for the Protection of Legal Certainty</i> <i>Guilherme Pinato Sato</i>	161
Os Contornos Objetivos da Proibição de Contratar com o Poder Público por Improbidade Administrativa <i>The Objectives Outlines of the Ineligibility for hiring with the Government</i> <i>João Pedro Accioly Teixeira</i>	179
O costume na Teoria Pura do Direito: uma análise pelo método da história do direito <i>Customs in the Pure Theory of Law: an analysis by the method of history of law</i> <i>Juliano Scherner Rossi</i>	219
O Princípio do Equilíbrio Econômico e Financeiro no Regime Geral de Previdência Social <i>The Principle of the Economic and Financial Balance in the Social Security General System</i> <i>Luciano Palhano Guedes</i>	239
Direito, Imaginário e Justiça: o direito autopoietico como modelo jurídico da sociedade na pós-modernidade (capitalismo pós-industrial) <i>Right, Imaginary and Justice: autopoietic right as a legal model of society in post-modernity (post-industrial capitalism)</i> <i>Luiz Rogério da Silva Damasceno</i>	261
Constituição Processual: ética de alteridade, democracia e diversidade nas conversações constitucionais <i>Procedural Constitution: ethics of the otherness, democracy and diversity in the constitutional dialogical process</i> <i>Mayara de Carvalho Araújo; Gabriel Soares Cruz</i>	279
O Giro Institucional e a Abordagem das Capacidades na Análise da (In)Constitucionalidade Superveniente do Art. 1º da LC nº 110/01 <i>The Institutional Turn and the Capacities Approach in the Analysis of the Supervening (Un)Constitutionality of Article 1 Of “LC nº 110/01”</i> <i>Renan Sales de Meira</i>	303
A Compatibilidade entre o Exercício de Trabalho Remunerado pelo Filho Deficiente Mental e a Percepção de Pensão por Morte na Atualidade <i>Compatibility Between Paid Work by the Mentally Impaired Son and Entitlement to Survivor’s Pension in Actually</i> <i>Samuel Mota de Aquino Paz</i>	327

EDITORIAL

Prezados Leitores,

É com grande satisfação que a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal lança a 1ª edição da Revista da AGU, referente ao trimestre janeiro/março de 2017.

Visando prosseguir com o seu processo de aperfeiçoamento contínuo, para atender aos requisitos de classificação junto à CAPES, a Escola da AGU tem se desempenhado cada vez mais no seu método de publicação de artigos, a fim alcançar os estratos mais elevados no sistema de produção científica QUALIS.

Dessa forma, dentre vários fatores fundamentais para se atingir estrato superior, reestruturamos o nosso Conselho Editorial, reformulamos o corpo de pareceristas, que agora, na sua maioria, é composto por professores Doutores filiados a instituições superiores de ensino nacionais e internacionais. Com relação aos artigos, damos preferência aos de autores Doutores, podendo ter, como coautores, mestrandos ou doutorandos.

Com todas estas necessárias providências e dando continuidade à disseminação do conhecimento, apresentamos, nesta edição, 14 (quatorze) trabalhos científicos de qualidade, abordando importantes temas da área do direito, para a apreciação da comunidade jurídica.

Começamos destacando o relevante estudo de caso apresentando pelos ilustres autores convidados, os professores Doutores Edson Damas da Silveira e Serguei Aily Franco de Camargo. O artigo aborda uma decisão judicial inédita no Brasil em que o juiz, após requerimento de declaração de incompetência em razão da matéria, do Procurador Federal habilitado para atuar na defesa de um indígena acusado de ter matado um outro membro na comunidade indígena Manoá/Pium, no Município de Bonfim, no Estado de Roraima, deixou de apreciar o mérito da denúncia do Ministério Público, declarando a ausência de interesse punitivo do Estado em face do julgamento já realizado pelo Conselho das Comunidades Indígenas daquela região, evitando, desse forma, que o réu fosse punido duas vezes pelo mesmo fato.

Em seguida, no próximo artigo, o autor propõe a renúncia do Estado ao direito às terras devolutas ocupadas por um longo período de tempo por particulares, em nome da segurança jurídica, da boa-fé

e do direito fundamental à moradia. O autor pretende, dessa forma, conceituar terras devolutas, o processo de discriminação, os efeitos da declaração de devolutividade.

No segundo trabalho, os autores analisam as alterações nas regras para a concessão do benefício do seguro desemprego trazidas pela Lei nº 13.134/2015, bem como discutem se as referidas mudanças ferem ou não o princípio da vedação ao retrocesso social.

De natureza tributária, o terceiro artigo analisa o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte pelo Simples Nacional, em termos de reparação da regressividade tributária nacional e de promoção da justiça social. Neste caso, a autora adotará uma visão ampliativa da matriz tributária brasileira e apresentará estudos sobre o fenômeno da tributação enquanto mecanismo de efetivação da justiça econômica e distributiva. Com amparo neste instrumental teórico, serão examinados dois esforços normativos de mitigação da regressividade fiscal previstos na legislação do Simples Nacional.

O autor do quarto artigo discute o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252/MS, que está em curso no Supremo Tribunal Federal (STF), que versa sobre pedido de compensação por danos morais causados pelo Estado do Mato Grosso do Sul a presidiário custodiado em situação degradante. O trabalho objetiva realizar estudo de caso, analisando os argumentos aplicados e as conclusões adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça que pacificou sua jurisprudência ao negar compensação dos danos morais a presidiário custodiado em situação degradante, apesar de reconhecer ocorrência de violação de direitos humanos em tais condições.

O quinto artigo analisa os votos do ex-ministro Carlos Ayres Britto em julgados de grande complexidade nos temas Cotas Raciais, Lei de Biossegurança e União Homoafetiva, cotejando-os com suas duas obras que embasam o constitucionalismo fraternal: A Teoria da Constituição e Humanismo como Categoria Constitucional. Nesse estudo, a aplicação do princípio da fraternidade é colocada à prova frente aos parâmetros de interpretação de Alex Fisher em: A Lógica dos Verdadeiros Argumentos.

O autor do sexto artigo objetiva analisar as transformações ocorridas no conceito de interesse público após a Constituição de 1988 e as suas diferenças e aproximações com a corrente de defesa dos direitos fundamentais. O estudo aborda o ativismo judicial e a consequente sobreposição do Poder Judiciário, em detrimento da discricionariedade

do Poder Executivo em praticar atos administrativos e executar políticas públicas. Por fim, cita os acordos extrajudiciais como instrumento de pacificação de conflitos e alternativa eficaz à insegurança jurídica ocasionada pelo ativismo judicial.

No sétimo trabalho, o autor tem como escopo, delimitar o alcance da proibição de contratar com o Poder Público – enquanto sanção aplicável, nos termos do art. 12, da Lei 8.429/92, aos atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, espera-se elucidar questões de pouca elaboração ou intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, com vistas a repelir excessos e corrigir atecnicidades no manejo da medida proibitiva – promovendo, assim, a segurança das relações jurídicas, a preservação das empresas e a proporcionalidade das reprimendas impostas pelo Estado.

O oitavo artigo faz uma análise do costume jurídico na *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, a partir do método da história do direito: se a Teoria Pura articula, de algum modo, história do direito como elemento de sua proposta metodológica quando trata do costume e como. Tem-se então, segundo o autor, não a Teoria Pura na história, mas a história na Teoria Pura.

No nono artigo o autor pretende analisar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social. Para tanto, buscou-se analisar o conceito de equilíbrio financeiro e atuarial, sua inserção no texto constitucional e a sua relação com a ideia de reserva do possível e com o princípio da solidariedade. Por fim, discute-se a problemática do déficit da previdência, com indicação de diversas opiniões acerca da matéria, com destaque para a questão da Previdência Rural, tida como causa maior do desequilíbrio das contas da previdência. Concluiu-se pela legitimidade de reformas que reduzam a proteção previdenciária, desde que não haja outras alternativas e seja respeitado o conteúdo essencial do direito à previdência social.

O autor do décimo trabalho procurou estabelecer um paralelo entre a teoria sociológica de Émile Durkheim e a teoria do direito como sistema social autopoiético de Nicklas Luhmann. A partir das noções fato social, consciência coletiva e solidariedade social procurou-se demonstrar que o modelo jurídico adotado por um grupo social varia em conformidade com o tipo de divisão social e de solidariedade vigente na sociedade. Ao fim, concluiu que o direito das sociedades pós-modernas e altamente especializadas é o direito autopoiético tal como proposto na teoria luhmanniana.

Objetiva-se, no décimo primeiro artigo, entender como a Constituição do Brasil de 1988 compreende e insere as diversidades dentro da linguagem constitucional. De acordo com os autores, afirma-se que o discurso constitucional deve ser construído sobre bases dialógicas permanentes. São os seres humanos que criam a constituição e não o contrário. Os consensos, quando atingidos, precisam ser provisórios e construídos a partir do processo de formação histórico-social de um Estado. Ao reconhecer, o Estado e o Direito exercem o poder de incluir, o que também lhes confere a faculdade de excluir. A lógica do reconhecimento continua dizendo mais sobre a concentração de poder de maiorias qualitativas do que propriamente sobre o novo lugar conferido aos outrora excluídos. Assim, faz-se necessária uma constituição processual como meio e materialização das diversidades e transformação das realidades das minorias qualitativas.

O décimo segundo artigo é mais um de cunho tributário publicado no nosso periódico. O autor aborda a instituição, no ordenamento jurídico, de dois tributos pela Lei Complementar nº 110/01. Na visão do Supremo Tribunal Federal, um destes tributos seria uma contribuição social – tributo finalístico, portanto. No Recurso Extraordinário nº 878.313, está posta a discussão da tese da inconstitucionalidade superveniente da exação referida, sob o fundamento de que se teria cessado a finalidade para a qual fora instituído do tributo em comento.

Por fim, o décimo terceiro artigo objetiva analisar, na atualidade, a questão da compatibilidade do exercício do trabalho remunerado pelo maior deficiente mental/intelectual com a percepção do benefício de pensão por morte. A questão é de elevada importância na luta pela inclusão social do indivíduo portador de deficiência. O autor buscou demonstrar que o atual estágio evolutivo de proteção ao deficiente parece não comportar interpretação condizente com um retrocesso nessa seara.

Assim, encerramos mais uma edição, agradecendo a todos que, de uma forma ou de outra, muito contribuíram para a sua conclusão, e desejando a todos uma ótima leitura com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

JURISDIÇÃO INDÍGENA E O AFASTAMENTO DO DIREITO DE PUNIR POR PARTE DO ESTADO BRASILEIRO: NOTAS A RESPEITO DE UM PRECEDENTE AMAZÔNICO

*INDIGENOUS JURISDICTION AND THE DISMISSAL OF THE
RIGHT TO PUNISH BY BRAZILIAN STATE: NOTES ABOUT AN
AMAZONIAN CASE*

Edson Damas da Silveira¹

*Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal
Doutor e Mestre em Direito pela PUC/PR. Mestre em Antropologia pela UFPE. Professor
em cursos de graduação em direito e no Mestrado em Direito Ambiental da UEA. Procurador
de Justiça em Roraima*

Serguei Aily Franco de Camargo²

*Pós-Doutor em Ecologia pela UNICAMP e Pós-Doutor em Direito Ambiental pela UNESP
Doutor em Aquicultura em Águas Continentais pela UNESP. Pós-Doutorando em
Agroecologia pela UERR
Assessor Jurídico do Ministério Público de Roraima*

1 Especialista em Desenvolvimento Regional Sustentável.

2 Mestre em Conservação e Manejo de Recursos pela UNESP. Professor Titular I do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá (Estácio-Atual, Boa Vista). Professor do Departamento de Direito das Faculdades Cathedral de Boa Vista e Professor do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional na Amazônia NECAR/UFRR.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Caso e seus Desdobramentos Judiciais; 2 Jurisdição Indígena e Jurisdição Estatal; 3 Dialogando com o Caso Concreto; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de estudo de caso judicializado no Estado de Roraima e a confrontar jurisdição estatal de um lado e jurisdição indígena do outro, mas construído a partir da perspectiva do Estado como protagonista e monopolizador do sistema de direito que em determinadas situações, se depara com realidades sociais que podem parecer estranhas e desarticuladas com os valores do mundo ocidental. Estaremos a tratar do “Caso Denilson”, consubstanciado num homicídio praticado por indígena contra seu irmão, dentro de terra indígena, mas devidamente conhecido, julgado e apenado pela própria comunidade, informados que foram naquela ocasião pelos seus usos, costumes e tradições. O “Caso Denilson” avançou para uma dimensão de fundamentos que arrosta certo ineditismo nos meios forenses quando afastou o poder de punir do Estado em face de anterior e legítima reprimenda por parte de povos comunitários originários, lhes conferindo igual dignidade no sendeiro de resolver conflitos, fazer justiça e de dizer um direito mais apropriado aos seus costumes, crenças e tradições. A discussão diz respeito à jurisdição indígena vista e encarada pelo Estado Nacional, bem como o modo como pode ser recepcionada pelos nossos formais mecanismos de direito e a sua forma de legitimação constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Indígena. Duplo *jus puniendi*. Terra Indígena. Roraima.

ABSTRACT: This paper refers to a case study of a judicial process in Roraima. This case faces state and indigenous jurisdictions, approached through state role as monopolist of the judicial system, regarding different social realities against the cultural statements of the occidental world. The “Denilson Case” was a murder practiced by an indigenous against his brother, within indigenous land, but properly judged and punished by the community according its culture and law. In this case, Roraima Court removed the right to punish by the state, recognizing the double *jus puniendi*. The discussion aims at to point out how the Brazilian State deals with indigenous jurisdiction according to the Federal Constitution.

KEYWORDS: Indigenous Jurisdiction. Double *Jus Puniendi*. Indigenous Land. Roraima.

INTRODUÇÃO

Este ensaio se refere a um estudo de caso devidamente judicializado no Estado de Roraima e a confrontar jurisdição estatal de um lado e jurisdição indígena do outro, mas todo ele construído a partir da perspectiva do Estado como protagonista e também monopolizador do sistema de direito que, em determinadas situações culturalmente consolidadas, se depara com realidades sociais que podem lhe parecer estranhas e desarticuladas com os valores do mundo ocidental.

Estaremos a tratar do “Caso Denilson”, consubstanciado num homicídio praticado por indígena contra seu irmão, dentro de terra indígena, mas devidamente conhecido, julgado e apenado pela própria comunidade, informados que foram naquela ocasião pelos seus usos, costumes e tradições.

Contudo, e antes mesmo de uma articulação mais detalhada dos fatos, mister é destacar que o caso aconteceu no âmbito do complexo território de Roraima, reconhecidamente e oficialmente o Estado mais indígena da Federação, pois segundo o último censo do IBGE de 2010 contava com uma população nativa estimada proporcionalmente de 6,6 %, muito mais elevada que a média nacional, a representar menos de 0,4% da população brasileira.

Essa metodologia de pesquisa é contestada por cientistas sociais roraimenses na medida em que somente no Município de Boa Vista, Capital de Roraima e no ano de 2008, restaram contabilizados algo próximo a 12 % dos habitantes que se declararam indígenas após levantamento e assistência psicossocial continuada, trabalho esse realizado de modo sistematizado durante todo aquele ano e por uma vasta equipe multidisciplinar.

Confirmando esses últimos dados, a Fundação Nacional de Saúde – FUNASA trabalha em Roraima com uma estimativa de 60 (sessenta mil) índios para serem assistidos por aquele Órgão Federal, algo muito próximo dos 12 % encontrados pela Prefeitura de Boa Vista e que realmente representa a nossa realidade regional.

Ocorre que a grande maioria dos representantes dos povos indígenas de Roraima, quer por conta do forte viés de discriminação que ainda predomina no estado, quer pela vergonha de ser índio num território marcado pelo histórico de violência contra os povos originários, acabam omitindo a sua procedência ou mesmo negando a sua própria identidade, muitas vezes preferindo se declararem “caboclos” ao invés de nativos da região.

E se não bastasse isso, não dispõe o Estado Brasileiro de metodologia própria para coleta de dados junto a tais povos, uma vez que as técnicas de abordagem e de encaminhamento dos questionamentos em muito diferem dos demais cidadãos brasileiros e sua realidade social, pois trabalhar com índio significa ter paciência, modos de chegar diferenciados e ainda indagações de outras formas; muito mais sutis, preliminares e de modo indireto, isso em razão do forte viés de desconfiança que ainda permeia a relação entre essas minorias étnicas e os agentes oficiais.

Essas particularidades devem ser levadas em conta também pelo aparelhamento de direito do Estado Brasileiro quando conhece conflitos envolvendo índios, principalmente havidos dentro de terras indígenas e tendo por parâmetros condutas delitivas catalogadas em nossa codificação por “crimes contra a pessoa”.

Acerca dessa palpitante realidade é que merece atenção e reflexão o denominado “Caso Denilson” que doravante passaremos a relatar, pois avançou para uma dimensão de fundamentos que arrosta certo ineditismo nos meios forenses quando afastou o poder de punir do Estado em face de anterior e legítima reprimenda por parte de povos comunitários originários, lhes conferindo igual dignidade no sendeiro de resolver conflitos, fazer justiça e de dizer um direito mais apropriado aos seus costumes, crenças e tradições.

A discussão que por ora nos interessa diz respeito à jurisdição indígena vista e encarada pelo Estado Nacional, bem como o modo como pode ser recepcionada pelos nossos formais mecanismos de direito e a sua forma de legitimação constitucional.

1 DO CASO E SEUS DESDOBRAMENTOS JUDICIAIS

Fiel do que consta no Processo Criminal nº 0090.10.000302-0, que originariamente tramitou na Comarca de Pacaraima, Estado de Roraima e conforme realidade anteriormente noticiada, passaremos a narrar os fatos da perspectiva como o Poder Judiciário local compreendeu o caso, até porque razoavelmente delimitado naqueles autos e sem qualquer objeção por parte da comunidade indígena diretamente afetada.

Desse modo e exatamente no dia 20/06/2012, no seio da comunidade indígena do Manoá - região da Terra Indígena Serra da Lua, entorno do município de Bonfim - Denilson, em visível estado de embriaguez, avançou sobre seu irmão Alanderson e o feriu pelas costas com uma faca. A facada atingiu o rim de Alanderson que, inobstante levado às pressas

para o Hospital Geral de Roraima, em Boa Vista, veio a falecer horas depois da sua entrada naquela unidade de saúde em virtude justamente dos ferimentos anteriormente provocados.

O pai de Denilson e Alanderson, tanto autor quanto vítima e logo no dia seguinte à ocorrência do fato, comunicou ao Departamento de Polícia Judiciária que “seu filho mais novo, [...] numa discussão sobre futebol, acabou atacando seu irmão mais velho [...], que levou uma facada nas costas, que atingiu o rim [...] e vindo a óbito no dia 21/06/2009”.

A informação prestada pelo pai dos envolvidos naquele fatídico acontecimento consta do boletim de ocorrência lavrado em 21/06/2009. Para instruir a primeira peça inquisitória, prestaram depoimentos Demilza (mãe dos dois), o próprio Denilson e a esposa de Alanderson, de nome Jordelma.

Nos depoimentos uníssonos dos pais, consta que Denilson havia atacado seu irmão quando estava bastante embriagado, se resumindo o motivo da briga a uma discussão sobre futebol. Ambos também frisaram o fato de que nunca passaram por qualquer problema dentro da família, ainda mais envolvendo o consumo de bebida alcoólica.

O inquérito acabou encerrado em dezembro de 2011 e as investigações realizadas em sede daquele procedimento de investigação serviram de base para o oferecimento da denúncia entabulada pelo Ministério Público Estadual em 15/02/2012. Em assim sendo, a Denilson restou imputado o crime de homicídio qualificado e por motivo fútil, *ex vi* do art.121, par. 2º, inciso II, do atual Código Penal.

O argumento apresentado com maior destaque no relatório do inquérito policial baseou-se nos depoimentos prestados, laudo cadavérico e principalmente no interrogatório de Denilson. A denúncia foi recebida em 01/03/2012, ocasião em que a Juíza Substituta em exercício considerou o material produzido em sede inquisitorial suficiente para a comprovação da autoria e materialidade do crime imputado.

O réu acabou regularmente citado e apresentou sua resposta. A defesa de Denilson, inicialmente representado por advogada particular, abordou o fato de que ele sempre viveu em harmonia com seu irmão e demais moradores do Manoá, sendo que a introdução de bebidas alcoólicas na comunidade era realizada de maneira ilegal, tratando-se tal ilicitude na maior fonte de criminalidade entre os povos indígenas no Estado de Roraima.

Na mesma oportunidade de manifestação, a Advogada de Denilson indicou que ele já havia sido julgado e condenado por seu povo, estando atualmente cumprindo a pena imposta segundo suas tradições e cultura. Pela primeira vez no processo judicial apareceu informação sobre os mecanismos de resolução dos conflitos havidos internamente naquela comunidade, restando anexados à defesa do acusado um relatório e ata da decisão das lideranças do Manoá, constando expressamente os procedimentos realizados e discriminação das penas impostas.

Em decisão preliminar, o Juiz Titular do feito obtemperou pela impossibilidade de absolvição sumária do réu em razão de não se ter identificado, logo de plano, nenhuma causa excludente da ilicitude do fato. Também não acolheu as alegações apresentadas na defesa preliminar oferecida pela advogada de Denilson, indicando a necessidade da produção judicial das provas, bem como o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Como de praxe, determinou-se a realização da audiência de instrução e julgamento, incluídas demais diligências necessárias para a realização da referida instrução, principalmente com a intimação das testemunhas indicadas pela acusação e defesa.

Nesse meio-tempo, a Advocacia Geral da União (responsável pela Seção Indígena no Estado de Roraima) peticionou em março de 2013 no processo para fazer requerimento de ingresso no feito e também na qualidade de defensor do réu, nos termos da legislação específica daquele órgão federal.

Ocorre que um mês após ter protocolado a petição, a mesma Advocacia da União veio novamente ao processo para agora arguir a incompetência do juízo estadual justamente em decorrência da condenação já imposta a Denilson por seu povo de origem. Segundo aquele Órgão Federal, a condenação de Denilson por seus próprios pares deveria ser considerada, uma vez que a indianidade do réu e a pena imposta encontram-se “em observância ao trato cultural próprio e específico das etnias indígenas existentes na comunidade do Manoá” e, bem por isso, conduziria o processo para o reconhecimento da incompetência do Juízo Estatal para processar, julgar e condenar aquele indígena.

Também foi requerida a juntada de ofício da Coordenação Regional da FUNAI em Roraima que encaminhava à Procuradoria Federal cópia da Ata de Reunião realizada em 06/04/2013, na Comunidade do Anauá, referente ao cumprimento de “pena por homicídio aplicada de trato cultural e específico”. Um segundo julgamento havia sido feito, agora contando

com a participação de lideranças de outras regiões e resultando em novas imposições de penalidade a Denilson, como a decisão de que fosse viver junto aos índios Wai Wai, aonde continuaria prestando serviços comunitários e ficaria sob supervisão das lideranças locais.

O Ministério Público manifestou-se contrariamente a essa tese, alegando que a situação não configurava disputa de direitos indígenas e, bem por isso, não havia incompetência material para julgamento do caso e tampouco ocorrência do instituto jurídico do *non bis in idem*, razão pela qual deixava de reconhecer a competência indígena para julgar Denilson.

Após todas essas manifestações, o Juiz Presidente do processo proferiu sentença deixando de apreciar o mérito da denúncia do Ministério Público, representante do Estado Nacional, para declarar a ausência *in casu* do direito de punir estatal, em face do julgamento do fato por comunidade indígena, tudo com fundamento no art. 57 do atual Estatuto do Índio, combinado com o art. 231 da Constituição Federal.

Inconformado com a decisão de Primeiro Grau que deixou de apreciar o mérito da denúncia e assim declarou a ausência do direito de punir do Estado, o Ministério Público recorreu da sentença para o Tribunal de Justiça do Estado de Roraima e, em sede de apelação, pugnou em apertada síntese que nesse caso concreto houve:

- a. a transgressão ao monopólio da ação penal pública incondicionada;
- b. a violação do princípio da inafastabilidade da jurisdição;
- c. a usurpação de competências do Poder Legislativo;
- d. a violação do caráter democrático do Estado ao cancelar uma ditadura de minorias (indígenas); e
- e. o entendimento equivocado de que o julgamento do caso pelo Estado ensejaria a dupla punição do apelado.

A Advocacia Geral da União, também instada a manifestar-se sobre o mesmo caso, requereu o improvimento do apelo, dado que as deliberações comunitárias em desfavor do apelado consubstanciam julgamento fora do âmbito do Estado, amparado pelo direito pátrio e traduzido na manifestação do princípio da autodeterminação dos povos indígenas, segundo reforço constitucional constante do art. 231 da nossa atual Carta da República.

Com vistas no Segundo Grau, outro Órgão do Ministério Público local exarou parecer naquela apelação criminal e opinando pela manutenção integral da sentença, haja vista que alinhada ao entendimento doutrinário moderno e por resguardar o direito constitucionalmente garantido a própria cultura e organização social dos povos indígenas no Brasil.

Em julgamento ocorrido no dia 18 de dezembro do ano de 2015 pelo Tribunal de Justiça Roraimense, decidiu em sede de apelação e por maioria a sua Turma Criminal, que a sentença de primeiro grau no “Caso Denilson” estava correta e, bem por isso, deveria ser confirmada no sentido de se manter afastada a jurisdição estatal com o julgamento do fato pela comunidade concernida, sob pena se acarretar um odioso *bis in idem*. No mais, e prestigiando com fortes tintas os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil no que diz respeito aos direitos indígenas e perfeitamente aplicáveis à espécie, o r. acórdão terminou ementado da seguinte forma:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS. DESVINCULADAS DA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO CRIMINAL. *JUS PUNIENDI* ESTATAL A SER AFASTADO. *NON BIS IN IDEM*. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos por força do art. 57 do Estatuto do Índio, que veda a aplicação de penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.

- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indígena indica clara situação de ofensa ao princípio *non bis in idem*.
- O debate sob exame passa a envolver direitos humanos quando se tem em conta não apenas os direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, estando esses direitos todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte.
- Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto como tendo status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.
- Se até países que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do *jus puniendi* de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.
- Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida.
- Apelo desprovido.

(TJRR, Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0, Câmara Única – Turma Criminal, Rel. Desembargador Mauro Campelo, j. 18.12.15)

Mantida a decisão absolutória de primeiro grau e nos termos do parecer ministerial de segundo grau, não tivemos recurso para as instâncias superiores do nosso país, tendo o processo transitado em julgado nos foros do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.

2 JURISDIÇÃO INDÍGENA E JURISDIÇÃO ESTATAL

O caso em tela é bastante emblemático para a Justiça Brasileira na medida em que enseja discussão sobre os limites da jurisdição indígena e a integração do direito consuetudinário ao direito do Estado, como forma de expressão concreta das garantias constitucionais preconizadas principalmente pelo art. 231 da Carta Magna de 1988.

Não se discute aqui o mérito da transgressão social, mas o direito a diferença e o respeito a uma decisão comunitária diante do direito de punir do Estado, até porque o evento também restou conhecido, processado e julgado como reprovável no âmbito daquela população indígena. Com efeito, queremos com isso dizer que o fato não passaria impune pelos mecanismos de controle social, quer por parte da jurisdição indígena que já condenou os envolvidos, quer por parte do estado que estava por ora insistindo em puni-los novamente.

Ressalte-se que a casuística local é rica em exemplos semelhantes em face justamente das peculiaridades de Roraima, consabidamente o estado mais indígena da Federação e como destacado na introdução deste ligeiro ensaio.

Em trabalho de assistência, acompanhamento processual e defesa de indígenas presos na Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, realizado desde o ano de 2011 e coordenado por Grupo de Pesquisa mantido pela Universidade Federal de Roraima, constatou-se que, ao se afastar a jurisdição indígena, as decisões judiciais eivam-se de forte ranço da autoridade universal dos direitos humanos entabulados pela realidade do ocidente, bem como pela prevalência incontestada do código penal brasileiro como disciplinador de condutas exigidas indistintamente para qualquer cidadão brasileiro, independentemente dos seus traços culturais e matizes étnicas.

Conscientes desse movimento do Poder Judiciário Brasileiro, algumas comunidades indígenas do Estado de Roraima agora vem concebendo os seus próprios códigos escritos de conduta e respectivas punições, segundo seus usos, costumes e tradições, chegando inclusive a reproduzir na vida comunitária mecanismos de repressão até então muito próprios da sociedade envolvente.

Como exemplos dessas práticas recentes, há o caso em nosso Estado da construção dentro da Comunidade Indígenas dos Três Corações de uma “cadeia”, configurada na forma de uma cobertura totalmente aberta lateralmente, com rede estendida no centro e simplesmente rodeada por um frágil cercamento, havendo inclusive um “delegado” índio nomeado pela própria comunidade para tomar conta do estabelecimento prisional.

Nacionalmente conhecido, o caso da guarda armada e militarizada dos Tukano na Região de São Gabriel da Cachoeira – Estado do Amazonas, é outro exemplo dessas mimetizações recorrentes, onde os próprios indígenas fazem a vigilância e repressão junto às nossas fronteiras com o lindeiro

estado Colombiano. Na mesma linha de policiamento, seguem os Tikuna no lado brasileiro e que habitam a nossa tríplice fronteira com o Peru e Colômbia, segundo informações prestadas pelo líder indígena Nilson Alvear, em razão de entrevista realizada na sede da AZCAITA (Associação Zonal do Conselho de Autoridades Indígenas de Tradição Autóctone), em Letícia, na Colômbia³.

Forte nesses movimentos organizados pelos indígenas dentro das suas aldeias, tudo registrado mediante a produção de documentos escritos e bem a gosto das autoridades do estado nacional, é que algumas decisões judiciais de primeira instância vêm de fato prestigiando e respeitando a jurisdição indígena, mas sempre tendo como limite de “tolerância” a nossa pauta universal de direitos humanos e os direitos fundamentais prescritos na Constituição Federal de 1988.

No entanto, interessante observar que não há um movimento articulado dos representantes do estado nacional em relação aos esforços hermenêuticos para aceitação dessa espécie de “heterointegração tolerada”, se resolvendo os processos caso a caso, muito dependentes ainda da disposição, sensibilidade e “boa vontade” de cada um dos atores jurídicos envolvidos no processo.

Exemplos desses movimentos desarticulados, mas repletos de “boa vontade” em alguns momentos, é o caso do homicídio julgado em 14 de outubro de 1999 pelo Tribunal do Júri na Comarca de Caracaraí – Estado de Roraima, com a particularidade de que a defesa restou sustentada sobre a tese da negativa de autoria, atribuída a uma terceira entidade que, nos lavrados roraimenses e entre os indígenas da Região da Raposa Serra do Sol, é conhecida como Kanaimé⁴.

Naquele julgamento, os representantes da sociedade caracariense acabaram absolvendo um dos indígenas acusado – por quatro votos contra três – sob o entendimento de que ele realmente não tinha o necessário discernimento do crime porquanto “possuído” pelo “espírito” vingador do Kanaimé, a punir aquela vítima também indígena pelo seu mau comportamento comunitário.

3 Nilson Alvear, atualmente Delegado Geral e Representante legal da AZCAITA, concedeu entrevista aos autores deste ensaio no dia 17 de junho de 2015, a partir das 10 hrs.

4 PEREIRA, André Paulo dos Santos. Caso Canaimé: estudo acerca de um homicídio com motivação cultural e sua interpretação pelo Poder Judiciário. *Caderno de Relações Internacionais e Desenvolvimento Sustentável*, NECAR/UFRR, Boa Vista, n° 003, ano 2009.

Mas a mudança de paradigma nos foros da região aconteceu mesmo com o julgamento do homicídio praticado pelo indígena Basílio, em sede do Tribunal do Júri da Justiça Federal de Roraima e no dia 31 de maio do ano de 2000, quando por votação unânime se absolveu o réu porque já fora anteriormente julgado e condenado pela assembleia geral da sua própria comunidade, sendo-lhe aplicada a pena de banimento por 10 anos, destituição de todos os seus pertences e afastamento forçado dos seus familiares por igual prazo⁵.

Vingou em plenário a tese do *non bis idem*, a vedar uma segunda condenação pela imputação dos mesmos fatos, uma vez que conhecidos e julgados à luz dos valores defendidos pela jurisdição indígena. Isso quer dizer que os representantes da sociedade não índia e ainda envolvente acabaram por reconhecer a autoridade do julgamento realizado pela comunidade originária, tendo-o com válido e eficaz para afastar a incidência da jurisdição estatal sobre o mesmo caso.

Indubitavelmente que houve um imenso progresso na relação oficial com os povos indígenas de Roraima, relativizando-se o princípio do monopólio do direito por parte do estado nacional, ainda mais quando promovida por representantes da sociedade não índia, nos moldes do processo formal e democrático que inspira o plenário do Tribunal do Júri no sistema forense brasileiro.

Esse último precedente teve ainda o condão de animar algumas outras decisões judiciais isoladas (como no presente caso), agora proferidas por juízos eminentemente monocráticos e que também reconheceram a autoridade paralela da jurisdição indígena. Entretanto, os atores estatais envolvidos nesse processo de heterointegração (Magistrados, Membros do Ministério Público e advogados) acabam se valendo dos arts. 56, 57 e 58, do Estatuto do Índio (Lei Federal nº 6001/73), para reconhecerem, firmarem e sustentarem direitos indígenas dentro dos respectivos processos, trazendo por destaque e também como motivação para suas decisões passagens normativas há muito descontextualizadas com o atual estágio constitucional, tais como “grau de integração do silvícola”, “tolerância das instituições próprias” e “direito de assistência do índio”.

Não que esteja aquele código plenamente revogado pela Constituição de 1988, uma vez que vigente desde o dia 19 de dezembro de 1973, mas em descompasso com o linguajar da nova ordem constitucional e ainda desalinhado com a novel filosofia da interação, que veio para substituir

5 SILVEIRA, Edson Damas da. *Socioambientalismo Amazônico*. Curitiba: Juruá, 2008.

o antigo preceito da integração, advogando o respeito ao direito de ser índio e de se manter enquanto tal.

Não por desconhecimento, mas com certa timidez e insegurança no domínio desse novo fenômeno jurídico é que os “operadores do direito” locais deixam de manejar particularmente os arts. 215, 216 e 231 da Constituição de 1988, para justificarem eventuais recepções pelo ordenamento brasileiro de certas decisões proferidas na jurisdição indígena. Os novos argumentos constitucionais como o direito à cultura e respeito ao modo de vida daqueles povos quase sempre não são utilizados nas raras decisões de recepção em primeira instância da jurisdição indígena⁶.

O reconhecimento aos povos indígenas da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições raramente são lembrados nesses processos de interlegalidades, deixando transparecer ainda uma enorme dificuldade por parte das autoridades estaduais em se desfazer do antigo ranço da política oficial integracionista.

Mas não há como negar que se observam avanços, inobstante não constar expressamente no texto constitucional o respeito à jurisdição indígena, como sói acontecer – por exemplo - nas atuais constituições da Bolívia (art. 171, inciso III), Colômbia (art. 246), México (art. 4º) e Paraguai (art. 63). E para se efetivar esse processo de aproximação, o aparato do direito do estado depende muito da participação e auxílio das outras ciências sociais, particularmente do trabalho dos antropólogos para descrever e ajudar a compreender o modo de vida de povos estranhos aos nossos valores do ocidente, mas agora aquinhoados constitucionalmente pelo direito à diferença.

3 DIALOGANDO COM O CASO CONCRETO

Retornando aos acontecimentos anteriormente descritos e designado como “Caso Denilson”, a sentença apelada possui características singulares. Se por um lado reconhece o direito à diferença, amparada no Estatuto do Índio e na própria Carta Magna, por outro inova ao avançar para além da necessidade de se evitar a dupla punição, reconhecendo a própria ausência do direito de punir do Estado.

6 Algumas dessas poucas decisões e os seus fundamentos foram lembradas por Barreto (2003), por ocasião da defesa da sua dissertação junto ao Mestrado em Direito Constitucional da PUC/SP.

Aqui não se trata de homologar uma decisão comunitária, mas simplesmente de reconhecer a autonomia da jurisdição indígena, integrada ao nosso próprio sistema jurídico, através de uma interpretação extensiva do art. 231 da Constituição Federal. Ressalte-se, nesse passo, que ao contrário do que pontua o Órgão Ministerial de Primeiro Grau, não houve a violação dos princípios formais afetos ao caso, mas mero exercício de limitação por parte do Estado do seu próprio exercício soberania. Limita-se apenas aquilo que se tem, sendo portanto, a autolimitação um exercício pleno de soberania controlada, não devendo jamais ser entendida como uma espécie de redução inconstitucional dos poderes constituídos do Estado.

Nesse sentido, não prosperam as argumentações Ministeriais de Primeira Instância, pois só faria sentido tal discussão se aceitássemos que a ordem jurídica do Estado não comporta exceções e deve incontestavelmente aplicar-se ao caso sob exame, ao arripio da própria Constituição que, em seu art. 231, expressamente reconhece aos índios a sua organização social, costumes e tradições.

A declaração da extinção do direito de punir do Estado antecede toda a discussão do mérito arguida pelo *Parquet* porque o próprio Texto Constitucional (base jurídica e documento fundante do Estado Nacional Brasileiro) labora na perspectiva de se manter respeitado o funcionamento da organização social daqueles povos, segundo seus usos, costumes e tradições.

Neste desiderato, interessante observar que decisões semelhantes começam a surgir em outras partes do Brasil, como é o caso da transcrição abaixo, proveniente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que no julgamento de homicídio culposo com autor e vítima indígenas, reconheceu usos e costumes culturalmente construídos nas etnias envolvidas, *litteris*:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A VIDA - HOMICÍDIO CULPOSO (CP, ART. 121, § 3º) - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - RECURSO MINISTERIAL - PLEITO CONDENATÓRIO - ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA NA CONDUTA DOS ACUSADOS - NÃO OCORRÊNCIA - *VÍTIMAS DETIDAS EM CELAS DIVERSAS POR INFRAÇÃO ÀS LEIS INDÍGENAS - OFENDIDOS PERTENCENTES À TRIBOS DISTINTAS QUE SE RELACIONARAM AMOROSAMENTE, EM CONFRONTO À CULTURA - INCÊNDIO INICIADO POR CASO FORTUITO NO INTERIOR DAS CELAS - IMPOSSIBILIDADE DO JUS PUNIENDI ESTATAL - CÁRCERE PRIVADO RECONHECIDO COMO LÍCITO PELA JUSTIÇA FEDERAL, EM RAZÃO DE O DELITO TER*

OCORRIDO EM DECORRÊNCIA DE USOS E COSTUMES - CONDUTA TOLERADA PELO GRUPO INDÍGENA - EXEGESE DO DISPOSTOS NOS ARTS. 231 DA CF/88, 6º E 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO E 9º DA CONVENÇÃO DA N. 169 DA OIT - AUSÊNCIA DE NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA E IMPERÍCIA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. CONTRARRAZÕES - PLEITO PELO DEFERIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO AO DEFENSOR NOMEADO - ARBITRAMENTO FEITO NOS PARÂMETROS ORIENTADOS PELA SEÇÃO CRIMINAL DESTA CORTE. (Grifamos)

(TJSC, Apelação Criminal n. 2014.025814-7, de Chapecó, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 25-11-2014).

Ao considerar usos e costumes como fontes imediatas do direito consuetudinário indígena, deve o intérprete ter ainda em mente as diferentes racionalidades jurídicas em tensão. O direito construído culturalmente pelos povos indígenas possui um caráter coletivo que, no presente caso, não encontra correspondente direto no sistema normativo do grupo étnico ao qual pertencem autor e vítima.

No âmbito do direito interno daquela respectiva comunidade indígena, o crime de homicídio não é considerado sob a perspectiva meramente individual, mas notadamente coletiva. O objeto de tutela jurídica não é a vida individualmente considerada, mas a vida como fração de um grupo socialmente constituído. O indivíduo existe para a comunidade e em função da harmonia grupal (ou como normalmente entendemos por “paz social”), razão pela qual deve preponderar sobre os direitos individuais.

Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que no aludido sistema jurídico o homicídio seria um crime praticado contra toda a comunidade envolvida, mormente ferindo de morte a sua “harmonia social”. É por esse motivo que as penas mais comuns praticadas entre eles são o banimento e medidas alternativas de reparação à família da vítima, mecanismos próprios de reparação da ordem social e sem muita intenção de retribuição ao indivíduo pelo malefício causado.

Observa-se que dentro dessa lógica de convivência, a vítima do homicídio não se resume apenas no indivíduo morto violentamente, mas na totalidade da coletividade enquanto sujeito vivo e orgânico. É por isso mesmo que o banimento aplicado se reveste de um caráter protetivo à mesma coletividade, aplicado que foi para evitar com que a presença do infrator venha a ensejar ato reiterado de vingança privada (individual), vindo com isso a novamente perturbar uma harmonia comunitária subjacente.

Entretanto, o banimento pode vir ainda acompanhado de medidas educativas para o indivíduo infrator, como aconteceu no caso concreto, mas sempre visando a sua reeducação com vistas a uma posterior possibilidade de reaproximação com o grupo de origem, mas desde que isso satisfaça exclusivamente aos interesses coletivos.

Essa falta de sincronia entre os sistemas indígena e estatal reforça ainda mais a necessidade de se manter a sentença apelada, pois o julgamento do réu pelo sistema positivo do Estado viria a impor uma situação *sui generis* para eles, onde o indígena seria julgado por um crime que por sua natureza inexistia na sua cultura, cumprindo uma pena não compreendida dentro da sua lógica de vida e que jamais viria a satisfazer sua finalidade maior, qual seja, a reeducação do indivíduo (nos moldes culturais indígenas) e a posterior reinserção no seio do seu próprio grupo.

Ademais, não há que se falar também em malferimento ao *Princípio da Universalidade da Jurisdição*, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da atual Carta da República, tudo porque houve sim manifestação e controle social do Estado Nacional Brasileiro acerca dos fatos ocorridos dentro da Comunidade Indígena do Manoá quando, ainda que concordando e aceitando as penas impostas pelas autoridades comunitárias (nos termos dos seus costumes e tradições), não deixou de exercer a sua jurisdição soberana sobre o presente caso.

É que tanto a manifestação Ministerial de Segunda Instância, juntamente com a decisão de Primeiro Grau e a revisão do julgamento do caso pelo Tribunal de Justiça Estadual, se revestem de provas documentais inequívocas de que o Estado Brasileiro atua com ensanchas sob o controle dos acontecimentos havidos dentro do território nacional sem abrir mão de “dizer a última palavra” no âmbito do seu direito, exercendo plenamente a sua soberania quando decide respeitar os mecanismos de resolução do conflito havidos dentro daquela terra indígena.

A força da ideia estaria no sentido de que, acolher para si uma decisão comunitária como válida e legítima, num estágio de controle posterior aos fatos e desdobramentos culturais, significa sim exercer jurisdição, como última manifestação de vontade e no exercício pleno da soberania. Tanto no Judiciário como em outras instâncias de decisão estatal é muito comum as respectivas autoridades adotarem pareceres ou outros escritos opinativos como razões de decidir, sem que isso represente perda ou mesmo relativização do poder, abrir mão da função de decidir ou ainda categorização de somenos ao órgão julgador oficial.

O que importa verificar nestes autos é que as autoridades do Estado Brasileiro, em todas as suas instâncias forenses (Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário) conheceram do presente caso, atuaram soberanamente nele e dentro das suas respectivas atribuições, prosseguindo-se até final deslinde que, à luz dos atuais comandos constitucionais e como anteriormente demonstrado, nos permite acolher a decisão comunitária como válida e apta a promover o verdadeiro sentido de justiça, sem nunca perder de vista que o provimento jurisdicional deve se prestar à pacificação do contexto social a que se destina, ou seja, promover paz, harmonia social e readequação dentro da Comunidade Indígena Manóá.

Por tabela, e feito isso, estará o mesmo provimento jurisdicional também protegendo um patrimônio cultural brasileiro consistente na preservação de um bem de natureza imaterial que, à luz do que dispõe o inciso II, art. 216, da CF/88, se revela dentre outros, no modo de vida daqueles indígenas. E aí perguntamos: pra que serve o nosso direito senão para regular o modo de vida em sociedade? Não seria o direito mais uma forma de expressão cultural?

Dizendo de outro jeito, a decisão de primeira instância do “Caso Denilson” restou mantida porque veio também para garantir o pleno exercício dos direitos culturais daquele povo, em perfeita sintonia com o *caput* do art. 215 da nossa atual Constituição Federal, alinhada que se desenhou com a mais recente categorização dos direitos fundamentais de terceira geração.

4 CONCLUSÃO

Importa finalmente registrar que as decisões proferidas em ambas as instâncias jurisdicionais do Estado de Roraima no “Caso Denilson” se mostram desde logo corajosas, de vanguarda e ainda representativas de um grande avanço para o direito indígena no Brasil, considerando que arrastou manifestações favoráveis e formais da FUNAI, Advocacia Geral da União e Ministério Público de Segundo Grau em Roraima, consabidamente todos agentes de Estado que (no exercício legítimo das suas funções) se quedaram ao respeito e validade de uma jurisdição indígena alinhada tanto com os direitos culturais brasileiros quanto com os princípios estabelecidos na convenção 169 da OIT.

Sobredita e festejada decisão ainda prestigiou uma nova leva de juristas que se mostram alinhados com os novos ares constitucionais, sem preconceitos e na vanguarda do direito pátrio, alimentados constantemente por instrumentos internacionais contemporâneos e reagentes às mais complexas demandas sociais protagonizadas pela modernidade.

Os encaminhamentos dados ao “Caso Denilson” pelo Judiciário Roraimense nos ensina que em nenhum momento o Estado deixou de conhecer os fatos e assim exercitar a sua jurisdição estatal, mas prestada em sintonia com o sentimento de justiça daquelas minorias étnicas e nos termos respeitosos preconizados pela nossa Constituição Federal. Se não fosse dessa forma, teríamos que negar vigência a outras formas de jurisdição que também implicam o nosso direito interno, tais como a do Tribunal Penal Internacional e de outras esferas de decisão a que se submete o Brasil no exterior.

Ademais, não se pode olvidar que o nosso país – em sede de relações internacionais e com espeque no art. 4º, inciso III da CF/88 – deverá sempre se pautar pelo princípio da autodeterminação dos povos. Em assim sendo, por que não começar exemplarmente pelo respeito à autodeterminação dos nossos povos internos, como se fez no “Caso Denilson”?

E que não venham mais a negar essa multiculturalidade, pois desde o preâmbulo da nossa Constituição, perpassando-se pelos arts. 215 e 216, nos declaramos plurinacionais e forjados por diferentes grupos participantes do processo civilizatório nacional, razão pela qual o julgamento do “Caso Denilson” se mostra perfeitamente sintonizado não apenas com a nossa realidade social, mas sobretudo respeitoso com relação ao outro diferente, tão sujeito de direito quanto os não índios provenientes da colonização do ocidente.

REFERÊNCIAS

ALVEAR, Nilson. *Nilson Alvear: depoimento* (jun. 2015). Entrevistadores: Edson Damas da Silveira, Serguei Aily Franco de Camargo. Letícia/Colômbia, 2015.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.

BRASIL. *Processo Criminal nº 0090.10.000302-0*. Poder Judiciário. Seção Judiciário da Comarca de Pacaraima. Estado de Roraima, 2015.

PEREIRA, André Paulo dos Santos. *Caso Canaimé: estudo acerca de um homicídio com motivação cultural e sua interpretação pelo Poder Judiciário. Caderno de Relações Internacionais e Desenvolvimento Sustentável*, NECAR/UFRR, Boa Vista, nº 003, ano 2009.

SILVEIRA, Edson Damas da. *Socioambientalismo Amazônico*. Curitiba: Juruá, 2008.

RECEBIDO EM: 24.11.2015

APROVADO EM: 20.10.2016

SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E TERRAS DEVOLUTAS

LEGAL SECURITY, BOOD FAITH AND PUBLIC VACAND LANDS

Andre Luiz dos Santos Nakamura

Doutorando em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP

Procurador do Estado de São Paulo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de terras devolutas; 2 Efeitos da declaração de devolutividade – ação discriminatória; 3 A nulidade dos títulos particulares de propriedades em terras devolutas; 4 A boa-fé, a segurança jurídica e a imprescritibilidade dos bens públicos.; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho pretende conceituar terras devolutas, o processo de discriminação, os efeitos da declaração de devolutividade e a necessidade de observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Terras Devolutas. Boa-fé. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: This paper aims to conceptualize public vacant lands, their determination process, the effects of the judgment declaring an area as public vacant land and the obligation of the State to respect the principles of good faith and legal certainty.

KEYWORDS: Public Vacant Lands. Good Faith. Legal Security.

INTRODUÇÃO

Em razão da origem e história da propriedade imobiliária brasileira, existe um caos fundiário que se iniciou ainda nos primórdios da história do Brasil.

O princípio da imprescritibilidade dos bens públicos, aliado à origem dominial dos bens imóveis que derivam da propriedade estatal decorrente do direito de ocupação resultante da colonização do Brasil, torna a prova da propriedade imobiliária uma tarefa extremamente difícil, geradora de grande insegurança jurídica, em especial no tocante às terras devolutas.

Cumpra aos Estados, em nome da segurança jurídica, da boa-fé e do direito fundamental à moradia, renunciar ao direito às terras devolutas ocupadas por um longo período de tempo por particulares.

1 CONCEITO DE TERRAS DEVOLUTAS

São devolutas as terras que “nunca tiveram dono ou o tiveram e já não o tem”¹.

Todas as terras brasileiras, à época do descobrimento, foram adquiridas pela Coroa Portuguesa, em razão do denominado Direito de Conquista. Mesmo antes de 1500, boa parte das terras que hoje compõem o nosso território, eram consideradas de propriedade de Portugal devido ao Tratado de Tordesilhas.

Terras foram concedidas aos particulares pelo regime de sesmarias. Caso o beneficiário não as ocupasse, cultivasse e demarcasse, caía em comisso, sendo devolvidos os bens à Coroa. As terras brasileiras somente podiam ser adquiridas originariamente por meio de sesmarias e qualquer outra forma de aquisição era contrária ao Direito. Ruy Cirne Lima² ensina que “dispondo as leis do reino que as terras do Brasil deviam ser adquiridas unicamente por concessões de sesmarias, bem é de vêr que todo modo diverso de aquisição lhes seria contrario”.

1 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com e Emenda n. 1 de 1969*. tomo I. São Paulo: RT, 1969. p. 529.

2 LIMA, Ruy Cirne. *Terras Devolutas - História, Doutrina, Legislação*. Porto Alegre: Globo, 1935. p. 51.

A maioria dos beneficiários das sesmarias, em razão da grande dificuldade³ em cumprir os requisitos destas, caiu em comisso⁴. Conforme noticia a doutrina⁵, “ao longo dos oitocentos era fato que as sesmarias estavam majoritariamente em comisso, pois os sesmeiros não haviam cumprido a determinação legal de medir e demarcar sua terra”. Sobre o assunto, o Ministro Aliomar Baleeiro, em voto no RE 51.290/GO (relator Min. Evan/dro Lins e Silva, j. 24.9.1968, p. 24.09.1968), nos ensina:

As terras do Brasil foram objeto de conquista e posse, por Pedro Álvares Cabral para o Rei de Portugal. Ela passou a ser uma fazenda do Rei, ficando no domínio real até a Independência, quando foi transferida para o Patrimônio Nacional, lá permanecendo até o tempo do Império, até que o art. 64 da Constituição de 1891 a distribuiu aos Estados em cujos limites se encontrava. Então, os Estados, como sucessores da nação brasileira, e a nação brasileira, como sucessora do patrimônio pessoal do Rei de Portugal, não necessitam trazer nenhum título. O título é a posse histórica, o fato daquela conquista da terra. A terra, no Brasil, originariamente era pública. O Rei desmembrou pedaços, áreas enormes, as chamadas sesmarias, e doou-as. Houve esse processo até quase a Independência. Depois da Independência, estabeleceu-se que não poderiam ser mais objeto de doações ou concessões. Deveriam ser vendidas. Ora, o Rei de Portugal não dava terras. Ele fazia uma espécie de concessão aos sesmeiros, para sua efetiva utilização econômica. O que queria era fundar um império. Queria que o sujeito trouxesse dinheiro, homens, ferramentas, animais, lavrasse a terra, valorizasse-a, com o que o rei receberia seus impostos, tanto que reservava certos direitos regaleanos. Basta o fato de não terem cumprido suas obrigações - como, geralmente, não cumpriam - para com a Corôa portuguesa, para que caíssem em comisso, por diferentes maneiras.

-
- 3 “As sesmarias eram concedidas debaixo das condições de medição, confirmação e verificação de cultivo, sendo esta última uma condição essencialíssima, segundo o alvará de 5 de janeiro de 1785. Só isso já está indicando a inobservância do regime sesmeiro, dada a carência de topógrafos e a inexistência de vias regulares de penetração no interior sertanejo.” (JUNQUEIRA, Messias. *O Instituto das Terras Devolutas*. São Paulo: Lael, 1976. p.35.)
- 4 “Ora, observam todos os escritores e estudiosos do assunto, que na concessão das Sesmarias, no Brasil, as exigências eram realmente excessivas e de tal modo onerosas, que não raro, os titulares preferiam abandonar por completo a concessão. Com êsse abandono, as terras eram invadidas por posseiros sem título algum. Os sesmeiros, mesmo, preferiam deixar a Sesmaria a êles titulada, para ir lavar terras alheias, a salvo das obrigações com o Governo”. (LACERDA, Linhares de. *Tratado das Terras do Brasil*. Rio de Janeiro: Alba, 1960. p. 118).
- 5 MOTTA, Márcia Maria Menendes. Sesmarias e o mito da primeira ocupação. In: *Justiça & História*, v. 4, n. 7. 2004. p. 63.

Em 1822 as sesmarias foram estas extintas. Conforme lição de Ruy Cirne Lima, “desta sorte, portanto, a Resolução de 17 de julho de 1822, pondo termo ao regime das sesmarias no Brasil, sancionava apenas um fato consumado: - a instituição das sesmarias já havia rolado fóra de orbita de nossa evolução social⁶”.

Assim, o instituto das sesmarias fracassou⁷ no Brasil, gerando os latifúndios improdutivos, a concentração de terras e o atraso no desenvolvimento do Brasil.

Entretanto, o fim dos regimes das sesmarias significou o caos fundiário no Brasil. Não houve uma disciplina que substituísse o instituto e a ocupação de terras ficou sem uma disciplina legal durante o período de 1822 a 1850. Esse é o relato de Paulo Garcia que nos noticiou que “assim, de 1822 a 1850, vivemos um regime quase caótico, imperando, então, o princípio que reconhecia valor à posse, ou ocupação⁸”.

Após o fim das sesmarias, houve a multiplicação de posseiros, sem qualquer título sobre as terras que ocupavam. Tal fato exigiu a disciplina do modo como se adquiria o domínio, bem como critérios de distinção entre terras publicas e privadas, o que se deu com a Lei de Terras (Lei 601/1850). Esta tinha o objetivo de retomar os imóveis improdutivos e disponibilizá-los para quem quisesse ocupa-los, iniciando-se, assim, a colonização do Brasil, com o fim da escravidão. Conforme nos noticia Messias Junqueira, “a finalidade da elaboração da lei 601 foi obter terras em que se fizesse a colonização por pessoas livres, de vez que, a esse tempo já havia cessado o tráfico legal de escravos...⁹”

Segundo a Lei de Terras:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

6 LIMA, Ruy Cirne. *Terras Devolutas - História, Doutrina, Legislação*. Porto Alegre: Globo, 1935. p. 44.

7 “Nestas primeiras décadas do séc. XIX, eram as sesmarias identificadas com o atraso na agricultura e no desenvolvimento econômico em geral. Os discursos de José Bonifácio de Andrade e Silva expressam com nitidez essa concepção, quando afirma que a legislação das sesmarias não atendia aos interesses de expansão da agricultura, a qual exigia novos instrumentos legais”. (VARELA, Laura Beck. *Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 112.)

8 GARCIA, Paulo. *Terras Devolutas*. Belo Horizonte: Oscar Nicolai, 1958. p. 23.

9 JUNQUEIRA, Messias. *O Instituto das Terras Devolutas*. São Paulo: Lael, 1976. p. 78.

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.

A definição do que sejam terras devolutas decorre da exclusão das destinadas a um fim específico pelo Poder Público, bem como aquelas sob legítimo domínio particular. Segundo lição de Pontes de Miranda¹⁰, “devoluta é a terra que, devolvida ao Estado, esse não exerce sobre ela o direito de propriedade, ou pela destinação ao uso comum, ou especial, ou pelo conferimento de poder de uso ou posse a alguém...os bens do Estado, se não recebem destino, nem exerce o Estado os direitos que tem, ficam devolutos”.

As terras dadas em sesmarias e caídas em comisso eram de domínio do Império, ressalvada a possibilidade de revalidação, desde que cumpridos os requisitos da Lei (basicamente, efetiva ocupação, moradia e cultura). Também, houve a legitimação das posses dos imóveis onde havia ocupação, moradia e cultivo.

Alerto que não se pode partir de um falso pressuposto: o de que as terras são, *a priori*, do Estado, salvo se o particular comprovar uma regular aquisição. Tal entendimento tinha respaldo jurisprudencial¹¹:

Num país em que pela posse histórica da Coroa Portuguesa, por força do ato de Cabral após o descobrimento, todas as terras foram originalmente do domínio público, quero crer que milita em favor do Estado, hoje sucessor daquele Coroa (Constituição de 1891, art. 64), a presunção *juris tantum* de ser o dono de qualquer solo. O particular é que deve provar pela cadeia de títulos sucessórios, ou por título hábil, o desmembramento da gleba, que o destacou do patrimônio público.

10 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969* – tomo I. São Paulo: RT, 1969. p. 529.

11 Voto do Ministro Aliomar Baleeiro no RE 49.158 em 2.8.1966.

Entretanto, tal entendimento começou a se alterar no Supremo Tribunal Federal¹²:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALÇADA. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ART. 308, VIII. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5. USUCAPIAO. TERRAS DEVOLUTAS. INSUBSISTENTE A INVOCÇÃO DE OFENSA AO ART. 5 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA SUPERAR O OBICE REGIMENTAL DA ALÇADA. DISPONDO ESSE DISPOSITIVO QUE AS TERRAS DEVOLUTAS NÃO COMPREENDIDAS NO ARTIGO ANTERIOR INCLUEM-SE ENTRE OS BENS DO ESTADO, COM ELE NÃO ATRITA A DECISÃO QUE ATRIBUI AO ESTADO O ÔNUS DE PROVAR SEREM, OU NÃO, DEVOLUTAS AS TERRAS, POIS NEM A FALTA DE TRANSCRIÇÃO NO REGISTRO GERAVA ESSA PRESUNÇÃO A SEU FAVOR. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

Nem toda terra que não é de particular é devoluta. Para ser considerada devoluta, deve haver a prova dos fatos que ensejam a devolutividade da área, mediante estudos da cadeia dominial. Nesse sentido é o alerta de Pontes de Miranda¹³:

A concepção de que ao Príncipe toca o que, no território, não pertence a outrem, particular ou entidade de direito público, é concepção superada. As terras ou são dos particulares, ou do Estado, ou *nullius*. Nem todas as terras que deixaram de ser de pessoas físicas ou jurídicas se devolvem ao Estado. Ao Estado vão o que foi abandonado, no sentido preciso do sistema jurídico. Ao Estado foi o que, segundo as legislações anteriores ao Código Civil, ao Estado se devolvia. A expressão “devolutas”, acompanhando “terras”, a esse fato se refere.

E, hoje, prevalece o entendimento de que o Estado tem que comprovar o caráter devoluto das terras sem registro em nome de particulares, conforme decisão abaixo do Superior Tribunal de Justiça¹⁴:

12 STF - RE 8881, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER, Primeira Turma, julgado em 29/04/1980, DJ 23-05-1980 PP-03734 EMENT VOL-01172-02 PP-00418.

13 PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com e Emenda n. 1 de 1969* – tomo I. São Paulo: RT, 1969. p. 529.

14 STJ - REsp 113.255/MT, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/04/2000, DJ 08/05/2000, p. 89.

CIVIL. USUCAPIÃO. ALEGAÇÃO, PELO ESTADO, DE QUE O IMÓVEL CONSTITUI TERRA DEVOLUTA. A ausência de transcrição no Ofício Imobiliário não induz a presunção de que o imóvel se inclui no rol das terras devolutas; o Estado deve provar essa alegação. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial não conhecido.

Anoto que a presunção de titularidade pública de imóveis foi elidida paulatinamente pela legislação. Desde a Lei nº 601/1850 foram editadas disposições legais que cuidaram de preservar o patrimônio privado:

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

.....

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Art. 4º Serão revalidadas as sesmarias, ou outras concessões do Governo Geral ou Provincial, que se acharem cultivadas, ou com principios de cultura, e morada habitual do respectivo sesmeiro ou concessionario, ou do quem os represente, embora não tenha sido cumprida qualquer das outras condições, com que foram concedidas.

Art. 5º Serão legitimadas as posses mansas e pacificas, adquiridas por occupação primaria, ou havidas do primeiro occupante, que se acharem cultivadas, ou com principio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro, ou de quem o represente, guardadas as regras seguintes:

A Lei Imperial reconheceu as posses e a propriedade para aqueles que atendessem os procedimentos para tal. Também estabeleceu o procedimento para “extremar o domínio público do particular”, de modo administrativo (art.10). Assim, somente podem ser consideradas devolutas aquelas áreas que não atendam as determinações da Lei Imperial.

Posteriormente, as terras devolutas foram transferidas para os Estados pela Constituição Republicana, razão pela qual o Estado de São Paulo cuidou de apurar as terras devolutas que lhe cabia. Foi promulgada a Lei a nº 323, de 22.6.1895. Após, surgiu a Lei nº 545, de 2.8.1898 que modificou a primeira, ampliando os casos já previstos naquela de reconhecimento da integração da propriedade no domínio privado. Assim, em seu art. 2.º, estabeleceu:

Art. 2.º Ficam legitimadas em virtude desta lei, independentemente de processo de legitimação:

§ 1.º As terras que estiverem na posse particular por título de domínio obtido 20 anos antes desta lei, ou por decisão judicial proferida desde a mesma data.

Se o título de aquisição for instrumento particular, não se reputará datado senão do tempo em que a seu respeito se houver verificado algum fato de fé irrecusável, nos termos de direito.

§ 2.º As terras que antes desta lei estavam na posse particular, com morada habitual e cultura efetiva, pelo prazo não interrompido de 30 anos, compreendidas as sesmarias ainda não revalidadas...

Foi estabelecido no art. 10 que os títulos *de aquisição das terras* mencionadas no art. 2.º deveriam ser transcritos no Registro Público e no art. 15 determinou que: “*Na discriminação das terras ter-se-ão em vista os títulos de domínio particular e os que estiverem transcritos, na forma dos arts. 9.º e 10 das posses revalidadas e legitimadas em virtude desta lei*”. Posteriormente, a Lei estadual nº 655, de 23.8.1899 que também buscou legitimar posses de particulares. O Decreto nº. 734, de 5.1.00 excluiu do conceito de terras devolutas as que se achavam no domínio privado por qualquer título até a dará da Lei 601/50, o que representou importante providencia para a pacificação do domínio privado no Estado. Por fim, referido decreto regularizou aquisições anteriores a 02/08/1878, bem como reconheceu a aquisição por posse pelo prazo de 30 anos como apta à aquisição da propriedade, sem processo de legitimação:

Art. 9º - Fica legitimado em sua posse, independentemente de processo de legitimação:

§ 1.º. O possuidor de terras que tiver título de domínio obtido até o dia 2.8.1878:

a) consideram-se legítimos todos os títulos hábeis em Direito para transferir domínio;

b) se o título de aquisição for instrumento particular, não se reputará datado senão do tempo em que a seu respeito se tiver verificado algum fato de fé irrecusável, nos termos de direito.

§ 2.º. O possuidor que estiver na posse das terras por decisão judicial proferida até o referido dia 2.8.1878.

§ 3.º. O que por si ou por seu antecessor tiver morada habitual e cultura efetiva nas terras pelo prazo continuado de 30 anos, contado de 2.8.1878, ainda mesmo que as terras constituam objeto de sesmarias ou concessões não revalidadas ou partes delas.

Art. 10: As posses de que trata o artigo antecedente ficam “*ipso jure*” legitimadas, independentemente de processo de legitimação, e o possuidor será reputado pleno proprietária das terras para todos os efeitos de direito.

A legislação do Estado de São Paulo, ao longo do tempo, reconheceu títulos decorrentes de transações privadas, independentemente de seu termo originário, bem como reconheceu a posse como instrumento para a aquisição da propriedade.

Dessa forma, nem todo título que não decorra das sesmarias é nulo. Mesmo títulos que tenham não tenham origem estatal, se foram reconhecidos expressa ou implicitamente pelas seguidas legislações posteriores à Lei de Terras são válidos. Nesse sentido é a lição da doutrina¹⁵:

Os imóveis residentes no patrimônio privado mediante título legítimo de aquisição, segundo os termos das leis do País, não são terras devolutas. Estados e Municípios carecem de poder jurídico para, através de suas

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Terra Devoluta. Imóvel particular assim qualificado em discriminatória administrativa – inadmissibilidade – origens e histórico da propriedade imobiliária no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 4, p. 57, jul. 1979.

leis, absorvê-los nelas. Igualmente não o são as terras que, embora não se pudessem considerar integradas no domínio privado, vieram a nele se incluir em decorrência de leis estaduais e municipais cujas disposições (nas respectivas esferas de domínio) lhes reconheceram tal alojamento. Deveras, neste último caso, Estados e Municípios nada mais haverão feito que se demitir de pretensões dominiais sobre terras próprias, em favor de quem preencheu requisitos por eles estatuídos em suas legislações.

Assim, para fins de apuração da devolutividade de uma área, não basta a mera comprovação de que o título de propriedade não se originou de uma sesmaria. O título que teve origem em transações privadas reconhecidos pela legislação estadual são válidos. A mera inexistência de título formalmente válido não é prova de devolutividade. Para comprovar a natureza de devoluta de determinado imóvel é necessário o estudo da cadeia dominial para que seja comprovado o não enquadramento nas disposições legais acima mencionadas que consideraram válidas transações privadas, bem como reconheceram direitos decorrentes da posse e aproveitamento de terras por possuidores.

Ademais, a própria inexistência de registro em determinada área é um fato de difícil constatação. Nesse sentido é a lição da doutrina¹⁶:

[...] a falta de titularidade pode ser apenas aparente, decorrendo de erro de especificação, de dificuldades de medição, de pontos referenciais removíveis (“...até o ponto onde se acha um figueira, defletindo à direita...”), de falhas dos próprios registros originários, realizados por fólio pessoal e por medidas aproximadas, por destruição, extravio ou danificação de livros, ou por outro fato....

Assim, somente se pode considerar devolutas as terras que não estão aplicadas a algum uso público nacional, estadual, ou municipal; as que não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850 e que não foram legitimadas pela lei de terras (lei 601/19850); as que não estão no domínio de um particular, em virtude de título legítimo; e, por fim, aquelas em que os possuidores não cumpriram qualquer requisito de legitimação previsto nas leis posteriores à lei de terras que regularizaram várias ocupações de terceiros.

16 ASSUNÇÃO, Xavier Lutero. *Direito Fundiário Brasileiro*. Bauru-SP: Edipro, 2008. p. 46.

2 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE DEVOLUTIVIDADE – AÇÃO DISCRIMINATÓRIA

As terras devolutas para serem individualizadas dependem de um procedimento de discriminação, cujo objetivo é “extremar o bem público do privado, exterminando quaisquer dúvidas inerentes à delimitação dos imóveis¹⁷”.

A discriminação pode ser feita administrativamente ou judicialmente.

Em breve síntese, o processo administrativo de discriminação de terras devolutas se dá da seguinte forma, conforme artigos 2º a 17 da Lei 6.383/76: O presidente do INCRA está encarregado de criar as Comissões Especiais - CE, com circunscrição e sede estabelecidas no ato de criação. Essas Comissões Especiais, integradas por um advogado do serviço jurídico do INCRA (presidente), um engenheiro agrônomo (membro) e um funcionário (secretário), ficarão incumbidas de instaurar o processo administrativo discriminatório. Após instaurada, a Comissão instruirá o processo do seguinte modo: a) elaboração do memorial descritivo da área; b) convocação, por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias, dos interessados para apresentarem seus títulos dominiais ou alegarem aquilo do seu interesse. Esse edital deverá ser afixado em lugar público na sede dos municípios e distritos onde se situar a área nele indicada, bem como, por duas vezes, no Diário Oficial da União, do Estado e na imprensa local, onde houver, com intervalo mínimo de 8 (oito) e máximo de 15 (quinze) dias entre a primeira e a segunda publicação; c) autuação da documentação recebida de cada interessado e tomadas por termo as declarações dos interessados e depoimentos das testemunhas se houverem previamente sido arroladas; d) vistoria para identificação do imóvel; e) pronunciamento sobre as alegações, títulos de domínio, documentos dos interessados e boa-fé das ocupações; f) levantamento geodésico e topográfico das terras objeto de discriminação bem como sua demarcação. Excluídas, nessa demarcação, estarão as áreas particulares devidamente comprovadas pelos legítimos proprietários. Encerrada a demarcação, será lavrado termo de encerramento da discriminação administrativa e levado a registro, pelo INCRA, em nome da União, no Registro Civil de Imóveis. Conforme redação do art. 14 da Lei 6.383/76, o não-atendimento ao edital de convocação ou à notificação (artigos 4º e 10 da presente Lei) estabelece a presunção de discordância e acarretará imediata propositura da ação judicial.

17 BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito Imobiliário Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36.

Não é adequada a discriminação administrativa em terras onde exista registro em nome de particulares, pois somente provimento judicial pode determinar o cancelamento de título de propriedade constante no Cartório de Registro de Imóveis, conforme art. 259 da Lei de Registros Públicos e entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁸:

REGISTRO DE IMÓVEIS – Matrícula – Cancelamento – Existência de duplicidade de registro em nome de pessoas diversas em relação a um único imóvel – Pedido formulado por meio de procedimento administrativo – Inadequação da via, sob pena de haver potencial prejuízo a terceiro de boa-fé – Via administrativa que não prestigia o contraditório e a ampla defesa – Pedido que deve ser formulado pela via judicial – Recurso não provido.

Dessa forma, em relação aos imóveis que estiverem registrados, ou mesmo aos que por acaso tenham registro e o mesmo, por algum motivo, não tenha sido localizado, a discriminatória administrativa não se mostra adequada, cabendo ao Estado realizar a discriminação judicial.

Na discriminatória judicial, havendo a declaração de devolutividade, ocorre a desconstituição dos títulos de propriedade existentes em nome de particulares. Após, inicia-se a chamada fase de demarcação. Nesta ocorre a legitimação dos possuidores que cumpram os requisitos previstos em lei, sendo-lhes concedidos títulos de propriedade. As áreas não legitimadas são registradas em nome do Estado.

De toda a disciplina processual acima, percebe-se que a ação discriminatória tem uma natureza preponderantemente declaratória, com efeitos desconstitutivos dos títulos particulares existentes e uma fase executiva. A sentença proferida na ação discriminatória não é meramente declaratória. O domínio é declarado pela sentença de procedência. Esta abre a possibilidade de início da demarcação. Se as terras estiverem tituladas como de domínio privado, a procedência a discriminatória implica a desconstituição dos referidos títulos, razão pela qual tem natureza desconstitutiva negativa. Assim, a discriminatória tem eficácia declaratória positiva, com efeitos desconstitutivos dos títulos particulares na sua fase de conhecimento e eficácia executiva na fase demarcatória. A doutrina¹⁹, ao discorrer sobre a natureza jurídica da decisão proferida na ação discriminatória ensina que:

18 TJSP - Apelação cível n. 492.530-4/8-00 – Ribeirão Preto - 10ª Câmara “D” de Direito Privado – Relator: Lucas Tambor Bueno – 27.06.07 - V.U. – Voto n. 153.

19 ARMELIN, Donaldo. Aspectos Processuais da Ação Discriminatória. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. v. 1, p. 1317, out. 2011.

A respeito de tal natureza remanescem ainda divergências. Isto porque não se limita a sentença de procedência nela prolatada a encerrar o processo. Este prossegue com a demarcação da área discriminada. Por isso mesmo torna-se difícil aceitar a natureza meramente declaratória da ação em tela não obstante o posicionamento de Pontes de Miranda e Jacy de Assis, nesse sentido. Sua estrutura procedimental assemelha-se à executiva *lato sensu*, em que a sentença encerra uma etapa do processo, o qual continua com a atuação da jurisdição no plano empírico. Destaque-se, ainda, o entendimento de Marcos Afonso Borges, sem respaldo na Jurisprudência,⁴ que a reputa condenatória, mesmo quando não cumulada com pedido expresso nesse sentido.⁵ Em verdade, como ressalta este último processualista, a discriminatória, no elenco das ações de divisão de patrimônios oriundas do Direito Romano, como a “*actio communi dividundo*”, “*actio familiae erscicundae*” e “*actio finium regundorum*” melhor se afeiçoa a esta última. Todavia, sendo tais ações dominiais, ou seja, pressupondo domínio, na discriminatória esse domínio emerge declarado da sentença de procedência, que abre, então, a admissibilidade da demarcação, sem solução de continuidade procedimental. Mais, ainda, em se tratando de terras tituladas como de domínio privado, a procedência a discriminatória implica a desconstituição dos referidos títulos e, pois, sob certa angulação em efeitos de natureza desconstitutiva negativa. Em verdade, pois, a discriminatória tem eficácia preponderantemente declaratória positiva, com eventuais efeitos desconstitutivos, na sua fase de conhecimento, sendo executiva na fase demarcatória. Como bem destaca Pontes de Miranda, embora esta última ação sob o prisma do direito material possa ser vista como declaratória, sob a angulação processual é ela executiva. Diferentemente, para o entendimento favorável à sua natureza condenatória essa aparente antinomia não se põe, surgindo a discriminatória como executiva *lato sensu*, se despiendo o processo de execução para entrega de coisa certa, ou como meramente condenatória, quanto à entrega do imóvel, sempre que indispensável o processo de execução.

Assim, não é possível afirmar que a sentença proferida na ação discriminatória é meramente declaratória. O provimento jurisdicional meramente declaratório não ocasiona qualquer modificação em relações jurídicas preexistentes. Como a ação discriminatória culmina na desconstituição de títulos privados, ela não tem natureza meramente declaratória. Sobre o efeito meramente declaratório, a doutrina ensina que²⁰:

20 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença Executiva?. *Revista de Processo*, v. 114, p. 147, mar. 2004.

Tem efeito simplesmente certificativo: não influi na situação jurídica preexistente senão na medida em que lhe agrega uma certeza jurídica oficial. Dela se diferenciam as sentenças que (sempre por sua própria força, independentemente de qualquer atividade jurisdicional complementar) modificam a situação jurídica preexistente.

Como se infere do art. 13 da Lei n. 6.383, de 07 de dezembro de 1.976, uma vez encerrado o processo discriminatório, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA providenciará o registro, em nome da União, das terras devolutas discriminadas, definidas em lei como bens da União. E o parágrafo único prescreve que “Caberá ao Oficial do Registro de Imóveis proceder à matrícula e ao registro da área devoluta discriminada em nome da União”. Desnecessário qualquer medida específica para o prévio cancelamento de títulos existentes em nome de particulares. Assim, “a discriminatória é a ação apropriada para os propósitos dos autos, não obstante a existência de registro na área em nome de particulares, pois que, pela disciplina da Lei n. 6.383/76, é desnecessária a prévia invalidação dos registros por via distinta”²¹.

A discriminação implica aquisição originária da propriedade, visto que a devolutividade não deriva de qualquer título de propriedade, nem de qualquer alienação para o Estado; ela decorre da propriedade estatal das terras decorrente do direito de conquista. Assim, não é desnecessário o cancelamento prévio dos registros. A aquisição originária de propriedade ocasiona o cancelamento do título anterior, como efeito da atribuição da propriedade. Sobre a aquisição originária, Orlando Gomes²²:

Se a propriedade é adquirida por modo originário, incorpora-se ao patrimônio do adquirente em toda a sua plenitude, tal como a estabelece a vontade do adquirente. Se for por modo derivado, transfere-se com os mesmos atributos, restrições e qualidades que possuía no patrimônio do transmitente, segundo conhecida parêmia: *nemo plus jus transferre ad alium potest quam ipse habet*. É que a aquisição derivada se condiciona à do predecessor, adquirindo o novo proprietário o direito que tinha e lhe transmitiu o antigo proprietário.

O registro do título expedido na discriminatória merece ingresso imediato no sistema predial, não se sujeitando aos princípios da continuidade

21 1º TAC, Ap. n. 1.201.33441 rel. Juiz Erbetta Filho.

22 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 137.

e da especialidade. Assim, o cancelamento dos registros é um efeito secundário da sentença que acata o pedido da ação discriminatória.

3 A NULIDADE DOS TÍTULOS PARTICULARES DE PROPRIEDADES EM TERRAS DEVOLUTAS

A propriedade apenas é válida se todos os títulos que a ela deram origem forem válidos. Se, durante a cadeia sucessória de títulos, algum for irregular, todos os demais se tornam inválidos. De um título irregular não pode defluir nenhum efeito jurídico válido. Provar a propriedade é uma tarefa difícil, pois exige a prova de todas as cadeias de sucessões pelas quais passou a propriedade, sendo uma prova diabólica.

Caso exista algum título transcrito no cartório de registro de imóveis sobre terra devoluta cuja origem não tenha ocorrido na forma da lei de Terras ou de título ou posse não legitimada nos termos das leis posteriores acima elencadas, o título de propriedade é nulo, por possuir um vício na origem.

Sobre o conceito de nulidade, cito a clássica lição de Clóvis Bevilacqua²³:

Nulidade é a declaração legal de que a determinados actos se não prendem os efeitos judicicos, normalmente produzidos por actos semelhantes. É uma reacção da ordem juridica para restabelecer o equilibrio perturbado pela violação da lei. Por isso, diz SOLON: 'É uma verdadeira pena, que consiste na privação dos direitos ou vantagens, que o acto teria conferido, se fosse conforme a lei, e que tira todos os beneficios d'elle resultantes, para collocar as partes no estado que se achavam, quando foi praticado o acto illegal.

Célebre é a frase de ULPIANO²⁴ que nos diz: *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, ou seja, *ninguém pode transferir a outrem mais direitos do que tem*. Se não houve a aquisição regular da terra do Estado na origem, a terra era pública e o continua sendo, não gerando efeitos eventual transmissão feita por particular que não tinha direitos a transmitir, salvo convalidações legislativas posteriores.

23 BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil Comentado*. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916. p. 446.

24 Digesto, Liv. 50, Tít. 17, Frag. 54.

O decurso do prazo não transforma o inexistente em existente, ou mesmo em documento putativo. Nas exatas palavras de Pontes de Miranda²⁵, “a nulidade é inconvaleável: não sobrevém, jamais, validação”. E, como não existe usucapião de bens públicos, mesmo prolongada posse e cadeia sucessória de terras devolutas não ocasionará qualquer efeito sobre o ente público e o particular não obterá convalidação pelo decurso do tempo.

Assim, qualquer título de propriedade, mesmo que formalmente esteja perfeito (transcrito no Cartório de Registro de Imóveis) que incida sobre terras devolutas é nulo e não produz efeito algum, em razão de seu vício original, da imprescritibilidade da ação discriminatória²⁶ e da vedação da usucapião de bens públicos.

4 A BOA-FÉ, A SEGURANÇA JURÍDICA E A IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

A imprescritibilidade dos bens públicos impede que o decurso do tempo convalide títulos de propriedade com vícios de origem, bem como impede que as terras devolutas sejam adquiridas mediante usucapião. Entretanto, a imprescritibilidade dos bens públicos não deve ser vista como um valor absoluto e deve ser compatibilizada com o princípio da segurança jurídica e da boa-fé.

O princípio da segurança jurídica é o princípio geral de direito mais importante²⁷, visto que a função de todo ordenamento jurídico é conferir um mínimo de segurança para que as pessoas possam ter uma perspectiva de futuro. O ser humano necessita ter segurança jurídica. Sem esta, não seria possível o trabalho, a acumulação de bens, o travamento de relações jurídicas. Sem ter uma perspectiva de futuro, os homens tornar-se-iam selvagens, vivendo o dia de hoje como se o amanhã não existisse,

25 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. Tomo 11. Campinas: Bookseller, 2001. p. 64

26 “a ação discriminatória é imprescritível e, portanto, não tem o prazo prescricional regulado pelo art 177 do Código Civil”. E porque são “inalienáveis os bens públicos [artigo 67 do Código Civil] não podem ser adquiridos por usucapião”, não havendo, por consequência, “qualquer obstáculo para que a Fazenda utilize a ação discriminatória para ver reconhecido efetivamente o domínio público”. (TAC/SP, apelação de n. 808.933-02, rei. Luis Carlos de Barros).

27 “Ora, bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da “segurança jurídica”, o qual, bem por isso, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119)

sem preocupar-se em construir relações sólidas fundadas na confiança e lealdade²⁸. Nesse sentido é a lição de Canotilho:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos²⁹.

Os Estados devem priorizar a regularização dos ocupantes de boa-fé em terras devolutas. O princípio da imprescritibilidade dos bens públicos, aliado à origem dominial dos bens imóveis no Brasil que derivam da propriedade estatal decorrente do direito de ocupação resultante da colonização do Brasil, torna a prova da propriedade uma tarefa extremamente difícil, geradora de grande insegurança jurídica. A falta de zelo do Estado em zelar pelos imóveis de sua propriedade, bem como a inércia em arrecadar as terras devolutas, têm gerado problemas graves aos ocupantes de boa-fé e de longa data que acreditam serem proprietários dos imóveis onde residem. Há casos em que os particulares, de boa-fé, possuem títulos de propriedade formalmente válidos, mas com vícios na cadeia dominial.

Os imóveis em terras devolutas que têm matrícula no CRI em nome de particulares, conforme preceito do art. 1227 do Código Civil, são presumivelmente de propriedade de quem consta do título. O princípio da

28 “Esta “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 119. p. 119/120).

29 CANOTILHO. *Apud in*: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 85/86.

boa-fé³⁰ dos adquirentes e dos possuidores não pode ser desconsiderado, visto que a própria lei presume que o proprietário do imóvel é o que consta do título registrado no Cartório de Registro de Imóveis, conforme previsão do art. 1245 do Código Civil. Haveria a necessidade do Estado ter, quando da procedência das ações discriminatórias, promovido a anulação de todos os títulos de propriedade, conforme previsão do art. 1247 do Código Civil, não permitindo, assim, que particulares pudessem adquirir a propriedade de tais imóveis, baseados em título formalmente perfeito, expedido por delegatário de serviço público³¹. Ora, se um serviço público estadual expediu um título que é inválido, poderá ocorrer, inclusive, a responsabilização do próprio Estado tanto pela falha no serviço delegado, quanto pela omissão em providenciar o cancelamento dos títulos existentes³².

O desrespeito à boa-fé é uma ofensa ao princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, conforme lição da doutrina³³:

30 “A boa-fé se dá quando uma das partes, em razão do comportamento habitual de outro, espera um determinado comportamento e as conseqüências de sua conduta. Embasa-se na confiança, seguridade e honorabilidade da palavra do outro. Ocorre quando alguém confia na conduta de outro no cumprimento de suas obrigações, confiando que não será enganada. Quando a Administração outorga a alguém uma esperança de obter uma vantagem, não pode desamparar a expectativa legítima de quem agiu de acordo com a expectativa criada. Não pode haver comportamento contraditório, deve haver uma coerência de comportamento. A boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Não há necessidade de dolo. Resultará infringida a boa-fé pelo simples fato de não haver tido em conta a lealdade e confiança devida a quem com os outros se relaciona”. (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, tercera edición. p. 71/77).

31 Conforme art. 236 da Constituição Federal, os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

32 Nesse sentido, existem precedente judicial: “ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS DANOS CAUSADOS PELOS TITULARES DE SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS NÃO-OFICIALIZADAS.1. Já na vigência da Constituição de 1969, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirmava que “os titulares de ofícios de Justiça e de notas, quer do foro judicial, quer do foro extrajudicial (e, portanto, também os tabeliães), eram servidores públicos e por seus atos praticados nessa qualidade respondia o Estado, com base no artigo 107, pelos danos por eles causados a terceiros, embora esse dispositivo constitucional não impedisse que a vítima do dano, se preferisse, acionasse diretamente o servidor público com fundamento no artigo 159 do Código Civil” (RE 116.662/PR, 1ª Turma, Min. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998). Tal orientação foi reiterada após a promulgação da Carta de 1988 (por todos, do AgRg RE 209.354/PR, 2ª Turma, Min. Carlos Velloso, DJ de 16.04.1999). 2. No caso concreto, portanto, deve ser reconhecida a legitimidade do Estado de Goiás para figurar no pólo passivo da ação de indenização por danos causados por titular de serventia extrajudicial não-oficializada. 3. Recurso especial provido, com a determinação do retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que apiece as demais questões suscitadas na apelação. (REsp 481.939/GO, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 218).

33 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Princípio da Moralidade Administrativa e o Direito Tributário. In: *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 420.

nossa Carta, inovadamente, trouxe a moralidade como princípio expresso da Administração e, evidentemente, não poderemos dar uma conotação à moralidade sem qualquer liame com outros princípios, como o da legalidade, da impessoalidade, bem como dos princípios implícitos dentro de um Estado Democrático de Direito, como a boa-fé, umbilicalmente ligada à moralidade. Há uma estreita relação entre estes dois princípios; como bem expressa a citada autora, estão em estrita simbiose, pois a boa-fé é implícita ao princípio da moralidade administrativa. Não poderá a administração agir de má-fé e, ao mesmo tempo, estar a respeitar o princípio da moralidade. Deste modo, vemos que a boa-fé é assegurada constitucionalmente, devendo ser tratada com a relevância que merece, especialmente nas relações de direito público.

4.1 exemplo do caos fundiário: a zona leste do Município de São Paulo

Um exemplo do caos fundiário resultante da atual disciplina da propriedade imobiliária no Brasil é a atual situação da denominada “zona leste” da cidade de São Paulo³⁴.

Em 1.580, a Coroa Portuguesa instituiu a sesmaria do Aldeamento Indígena de São Miguel e Guarulhos, para onde deveriam ser transferidas as tribos indígenas existentes na região. Entretanto, referidas terras foram ocupadas por colonos portugueses. Foram realizados vários aforamentos e permissões para a ocupação dessas terras que foram sendo instituídas ao longo do tempo por várias esferas de governo, sem que fossem tomadas medidas efetivas à localização e demarcação dos imóveis aforados, para que não houvesse a sobreposição de cessões.

E, para piorar ainda mais a precária situação, foi realizada uma grande concessão em 14/10/1890, logo após a Proclamação da República, de 500 milhões de metros quadrados de terras devolutas a um banco, denominado Banco Evolucionista do Brasil. A finalidade era formar duas colônias agrícolas, de ambos os lados do rio Tietê, para receber e instalar imigrantes.

O contrato de concessão ao Banco Evolucionista previa a proibição da demarcação de terras já aforadas ou ocupadas por particulares, obrigava a medição e demarcação das áreas encontradas vazias no prazo de um ano e a instalação dos núcleos em dois anos, sob pena de caducidade do

34 Sobre o relato da zona leste de São Paulo, ver: FRATINI, Hídelcy; IMPARATO, Ellene. *A Regularização Fundiária e a Sobreposição de Títulos*. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/aregularizacao%20fundariaeasobreposicaodetitulos.pdf>>.

contrato, áreas essas compreendidas numa faixa de 13.200 metros de cada lado do referido rio, a partir da Ponte Grande. Senão fossem cumpridas as obrigações, o Banco perderia metade da concessão recebida.

Houve a caducidade do contrato e o Banco Evolucionista recebeu do Governo do Estado de São Paulo um título de 25.000 hectares de terras do lado esquerdo do rio (metade da concessão), levado a registro no 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Paulo (transcrição nº 9.095), relativas às terras demarcadas. Em 1926, o Supremo Tribunal Federal reconheceu haver um condomínio entre o Governo do Estado de São Paulo e o Banco Evolucionista, em razão do artigo 64 da Constituição de 1891 ter transferido as terras devolutas aos Estados.

Entretanto, o Banco e seus sucessores já haviam vendido a parte a que tinham direito e muito mais, resultando no esgotamento do título. Conseqüentemente, na zona leste de São Paulo existem títulos com origem do título do Banco Evolucionista que, em tese, teriam uma nulidade na origem.

E, a partir de 1926, para separar as terras do Estado de São Paulo das do Banco (ou seus sucessores) e dos particulares, a Fazenda do Estado de São Paulo propôs ações discriminatórias. Algumas dessas ações terminaram e outras ainda estão em andamento. Entretanto, vários títulos de propriedade com vícios na cadeia dominial ainda existem, sem qualquer cancelamento, e os adquirentes de boa-fé se veem numa situação extremamente injusta, visto que confiando nos registros existentes nos Cartórios de Registros de Imóveis, adquiram imóveis com a legítima presunção de que são particulares e frequentemente são surpreendidos com a alegação de devolutividade das referidas áreas.

4.2 O respeito à boa-fé dos ocupantes de terras devolutas

A boa-fé é um princípio de extrema importância ao direito e se aplica, também, à Administração Pública. Se o Estado, por longo tempo, tolera a ocupação de áreas públicas por particulares ou a existência de títulos de propriedade nulos em terras de sua propriedade, bem como pratica atos que implicam em reconhecimento ou, ao menos, em tolerância com as referidas ocupações, tais como obras públicas destinadas ao calçamento, infraestrutura e cobrança de tributos, não pode mudar de atitude e pretender retomar terras longinquamente ocupadas por particulares.

Aplica-se o princípio da vedação do *venire contra factum proprium*, ou seja, os atos anteriores vinculam os posteriores, em razão dos princípios

da segurança jurídica e da moralidade administrativa. Nesse sentido é a lição da doutrina³⁵ a qual ensina que existe:

A autovinculação baseada na segurança jurídica e na moralidade administrativa tanto para proteger a coisa julgada administrativa, como para fazer valer promessas do Estado apresentadas mediante ato de declaração unilateral de vontade. Em outras palavras, mesmo fora de um processo administrativo formal, a administração pública deve agir de modo coerente e honesto, respeitando suas próprias promessas. Se o poder público se comprometeu de modo explícito, plausível e inequívoco a um determinado tipo de conduta e se adotou medidas que indicassem ao administrado sua orientação, dando-lhe estímulo para criação de fortes expectativas e para a tomada de decisões (sobretudo com efeitos pecuniários), então deve cumprir o quanto prometido, salvo na presença de justificativa válida e legítima para o descumprimento. A promessa unilateral é exigível na medida em que, além de verossímil e inequívoca, mostre-se legal, moral e condizente com os princípios regentes da administração pública.

A posse e a boa-fé de ocupantes de terras devolutas não pode ser desconsideradas pelo Estado, em razão do direito à moradia, bem como em decorrência da função social da propriedade³⁶.

O único diploma legislativo que buscou melhorar a condição dos ocupantes de terras públicas foi a Medida Provisória 2.220/2001. Entretanto, este diploma normativo se mostra insuficiente ao atendimento pleno do direito fundamental à moradia, visto que, além de somente permitir a concessão de uso aos ocupantes de terras públicas (não permitindo, assim, a outorga do título de propriedade) e ser somente aplicável às terras da União, somente beneficia aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público, situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, desde que

35 MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. – *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 2 set. 2014.

36 “Desde a Lei nº 601, de 1850, a intenção, ao criar-se o procedimento de discriminação de terras devolutas, sempre foi o de legitimar as posses que apresentassem os requisitos da cultura efetiva e morada habitual. Por essa razão, uma vez concluído o processo de discriminação, o Poder Público faz a legitimação de posse em benefício daqueles que preenchem os requisitos legais previstos no art. 29 da Lei nº 6.383/76, entregando o título de domínio em favor do posseiro”. (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 615).

não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Não pode o Estado continuar a se opor às ações de usucapião, impedindo a regularização dos imóveis ocupados por prazo longo, onde é cumprida a função social da propriedade. Não atende ao princípio da eficiência o Estado continuar tentando manter uma propriedade da qual não tem qualquer possibilidade de uso³⁷. A usucapião soluciona as ocupações a *non domínio* em terras particulares. Contudo, em relação às terras públicas, não existe qualquer instrumento que garanta o direito à moradia direito de pessoas que, após décadas residindo em determinado local, podem ser forçadas a saírem de suas residências em razão da imprescritibilidade dos bens públicos.

Entendo que os entes públicos, mediante lei, devem renunciar às propriedades de áreas devolutas onde existam títulos de propriedade em nome de terceiros, com ocupação consolidada e cumprimento da função social da propriedade. Tal solução atenderia ao princípio da função social da propriedade, que se aplica também aos imóveis públicos³⁸, à boa-fé e à segurança jurídica.

5 CONCLUSÕES

São terras devolutas as terras que: i) não estão aplicadas a algum uso público nacional, estadual, ou municipal; ii) não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850 e que não foram legitimadas pela lei de terras (lei 601/1985); iii) e as que não estão no domínio de um particular, em virtude de título legítimo ou considerado legítimo por legislação posterior.

Discriminar é extremar o bem público do privado. A discriminação pode ser feita administrativamente ou judicialmente. A ação discriminatória tem efeitos declaratórios e desconstitutivos dos títulos particulares incidentes sobre as terras declaradas devolutas.

37 “Engloba a eficiência vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade. O ideal de eficiência é inato à conotação dinâmica da atividade administrativa, como ação, como atuação ótima”. (GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: dialética, 2002. p.100/102).

38 Nesse sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>. No mesmo sentido: ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros.

A discriminação implica aquisição originária da propriedade. O registro do título dela expedido merece ingresso imediato no sistema predial, não se sujeitando aos princípios da continuidade e da especialidade.

Qualquer título de propriedade, mesmo que formalmente esteja perfeito (transcrito no Cartório de Registro de Imóveis) que incida sobre terras devolutas é nulo e não produz efeito algum, em razão de seu vício original, da imprescritibilidade da ação discriminatória e da vedação de usucapião de bens públicos.

A segurança jurídica e boa-fé devem nortear a ação do Estado, devendo este renunciar, mediante lei, às propriedades de áreas devolutas onde existam títulos de propriedade em nome de terceiros, com ocupação consolidada e cumprimento da função social da propriedade.

REFERÊNCIAS

- ARMELIN, Donaldo. Aspectos Processuais da Ação Discriminatória. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*. p. 1317, out. 2011.
- ASSUNÇÃO, Xavier Lutero. *Direito Fundiário Brasileiro*. Bauru-SP: Edipro, 2008.
- BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito Imobiliário Registral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brazil Comentado*. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sentença Executiva?. *Revista de Processo*, v. 114, p. 147, mar. 2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O Princípio da Moralidade Administrativa e o Direito Tributário. In: *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FRATINI, Hidely; IMPARATO, Ellade. *A Regularização Fundiária e a Sobreposição de Títulos*. Disponível em: <<http://www.ibdu.org.br/imagens/AREGULARIZAcA0%20FUNDIAERIAEASOBREPOSICaODETITULOS.pdf>>.
- GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: dialética, 2002.

GARCIA, Paulo. *Terras Devolutas*. Belo Horizonte: Oscar Nicolai, 1958.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas, terceira edição.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

JUNQUEIRA, Messias. *O Instituto das Terras Devolutas*. São Paulo: Lael, 1976.

LACERDA, Linhares de. *Tratado das Terras do Brasil*. Rio de Janeiro: Alba, 1960.

LIMA, Ruy Cirne. *Terras Devolutas - História, Doutrina, Legislação*. Porto Alegre: Globo, 1935.

MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, v. 259, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80499>>. Acesso em: 2 set. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Terra Devoluta. Imóvel particular assim qualificado em discriminatória administrativa – inadmissibilidade – origens e histórico da propriedade imobiliária no Brasil. *Revista de Direito Imobiliário*, v. 4, p. 57, julho de 1979.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. Sesmarias e o mito da primeira ocupação. In: *Justiça & História*, v. 4, n. 7. 2004.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 6, abril/maio/junho de 2006, Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-6-ABRIL-2006-MARIA%20SYLVIA.pdf>>.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com e Emenda n. 1 de 1969* – tomo I. São Paulo: RT, 1969.

_____. *Tratado de Direito Privado*, Tomo 11. Campinas: Bookseller, 2001.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros.

VARELA, Laura Beck. *Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RECEBIDO EM: 03/02/2016

APROVADO EM: 13/05/2016

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E AS ALTERAÇÕES DOS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DO SEGURO-DESEMPREGO

*THE PRINCIPLE OF THE SOCIAL REGRESSION AND THE CHANGES
OF REQUIREMENTS FOR ACQUISITION THE BENEFIT OF
UNEMPLOYMENT INSURANCE*

*Beatriz Randal Pompeu Mota
Mestranda pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR*

*Eduardo Rocha Dias
Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR
Procurador Federal - AGU*

*André Studart Leitão
Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP
Professor do Centro Universitário Christus*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípio da vedação ao retrocesso social; 2 As alterações das regras do benefício do Seguro-desemprego; 3 Exame da Lei nº 13.134/2015 sob a ótica do princípio da vedação ao retrocesso social; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo visa analisar as alterações nas regras para a concessão do benefício do seguro-desemprego trazidas pela Lei nº 13.134/2015, bem como verificar se as referidas mudanças ferem ou não o princípio da vedação ao retrocesso social. O desemprego involuntário é uma das contingências sociais prevista no inciso III do artigo 201 da Constituição Federal. Essa referência topográfica leva à interpretação de que o seguro-desemprego possui natureza de benefício previdenciário, enquadrando-se, portanto, no âmbito dos direitos sociais. Essas garantias, para serem concretizadas, necessitam de uma postura ativa do Estado, ou seja, o cumprimento desses preceitos constitucionais dar-se-á mediante a criação de políticas públicas, bem como legislação condizente, além do fornecimento de prestações. O princípio da vedação ao retrocesso social refere-se, por sua vez, à impossibilidade de o Estado alterar ou excluir direitos sociais já devidamente adquiridos pela sociedade. Sob essa perspectiva, o presente estudo pretende examinar se as novas regras para a concessão do benefício do seguro-desemprego conspurcam (ou não) o princípio da proibição do retrocesso social. Referida análise levará em consideração a situação econômica vivenciada no Brasil, assim como a dinâmica do mercado de trabalho formal brasileiro. No que se refere à metodologia aplicada, realizou-se pesquisa do tipo bibliográfica, uma vez que a investigação foi embasada em trabalhos publicados sob diversas formas, em especial, livros e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Hermenêutica Constitucional. Retrocesso Social. Seguro-Desemprego.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the changes in the rules that regulate the granting of unemployment's insurance benefit brought about by Law no. 13.134/2015, as well as to assess whether such changes affect the principle of prohibition of social regression. The unemployment insurance, established by number III of the article 201 of the Federal Constitution, is a social security benefit, included among social rights. For the delivery of these rights it is required an active attitude on the part of the State. In other words, the implementation of those constitutional precepts demands the creation of public policies, as well as suitable legislation. The principle of prohibition of social regression refers, on the other hand, to the impossibility of the State to alter or to exclude social rights already properly acquired. In that perspective, the present studies intends to examine the new rules for the granting of unemployment's insurance unlawfully affect the principle of prohibition of social regression. The present analysis takes into account the economic situation experienced in Brazil, as well as the dynamics of the Brazilian formal job market. As far as methodology is concerned, this study is based upon bibliographical research, especially books and articles published in journals.

KEYWORDS: Constitutional Law. Constitutional Hermeneutics. Social Regression. Unemployment Insurance.

INTRODUÇÃO

A atuação do Estado para concretização das garantias estabelecidas no texto constitucional depende, muitas vezes, da função exercida pelo direito fundamental em questão. Sob essa perspectiva, fala-se, de um lado, em competências negativas, nas quais o poder público não deve interferir e, de outro, tem-se as competências positivas ou prestacionais, as quais requerem uma postura ativa do Estado. Os direitos sociais, aqueles previstos no artigo 6º da Constituição Federal – saúde, trabalho, moradia, lazer, entre outros – enquadram-se nessa última categoria. Sendo assim, a sua realização pressupõe ações positivas do Estado, a exemplo da criação de organizações e procedimentos, além da implementação de políticas públicas.

Como a concretização dos direitos sociais depende de interferências estatais, urge que o Poder Público crie mecanismos legais (em virtude do princípio da legalidade) e execute com eficiência políticas públicas de inclusão e sustentação. A *quaestio*, portanto, consiste em saber até que ponto o Estado encontra-se vinculado ao seu compromisso normativo na hipótese de substancial alteração da conjuntura econômica. Afinal, juridicamente pode-se alterar normas e políticas públicas de realização dos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional?

Fala-se no princípio da vedação ao retrocesso social, o qual visa proteger o *status* social já adquirido em uma dada sociedade, impedindo que o poder público retroaja suas ações. O permanente e o contínuo progresso das condições da vida da sociedade se tornam, portanto, características do Estado Democrático de Direito. Uma vez obtido determinado grau de concretização de um direito social, este passa a constituir uma garantia social, a qual não pode ser alterada pelo poder público¹.

Propõe-se, então, analisar se as recentes alterações das regras do seguro-desemprego trazidas pela Lei nº 13.134/2015 caracterizam (ou não) retrocesso social. Considerando a conjuntura econômica desfavorável e o desmedido gasto público necessário à viabilização do modelo pretérito de proteção ao desemprego, estaria o Poder Público impedido de implementar medidas de retração? A reforma decorrente do cenário de austeridade foi legítima?

1 AWAD, Fahd Medeiros. Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. *Justiça do Direito*, Passo Fundo: n. 24, p.90-100, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/2146/1386>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

Para tanto, o estudo abordará inicialmente o princípio da vedação ao retrocesso social e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, far-se-á a análise comparativa entre os arquétipos de proteção ao desemprego da legislação anterior (Leis nº 7.998/90 e 8.900/94) e do modelo atual previsto na Lei nº 13.134/2015. Por fim, far-se-á o contraponto entre readequação protetiva e retrocesso social, levando-se em consideração os argumentos trazidos pelas ADI's nº 5340 e 5389 ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

No que se refere à metodologia, o estudo envolveu pesquisa do tipo bibliográfica e documental, uma vez que a investigação fora realizada e embasada em trabalhos publicados sob diversas formas: livros, artigos científicos de periódicos nacionais e dados oficiais. Diz-se, enfim, que o presente estudo apresenta cunho descritivo e exploratório, em razão de buscar expor, explicar e descrever sobre as alterações nas normas do benefício do seguro-desemprego e sua relação com o princípio da vedação ao retrocesso social.

1 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Os direitos fundamentais possuem diferentes classificações. Sabe-se que existem garantias relacionadas diretamente com a liberdade do indivíduo perante o Estado, enquanto que outras detêm cunho social, econômico e cultural. No que se refere à característica quanto à função exercida pelas referidas garantias, é possível visualizar, na ordem jurídica constitucional brasileira, a existência de pelo menos dois grandes grupos de direito fundamentais. A distinção entre as referidas funções se faz necessária para saber a forma pela qual deve o Estado atuar e as obrigações que este possui perante os indivíduos².

A primeira função dos direitos fundamentais diz respeito à defesa da pessoa humana, bem como à garantia da sua dignidade em face dos poderes estatais. Essa função pode ser visualizada a partir de duas concepções: 1^a) de competência negativa do Estado em relação a determinadas temáticas, sendo, portanto, proibida a ingerência do poder público nessa esfera; 2^a) do poder do indivíduo de exigir a omissão do Estado. Sobre a função

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 47-48.

de defesa dos direitos fundamentais, plausível é a referência ao exemplo trazido por Canotilho³:

[...] o art. 37.º da CRP garante subjectivamente: (a) direito de exprimir e divulgar livremente o pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio (liberdade positiva); (b) direito de a liberdade de expressão e informação ser feita sem impedimentos ou discriminações por parte dos poderes públicos (liberdade negativa). Além disso, impõe-se objectivamente aos poderes públicos a proibição de qualquer tipo ou forma de censura (cfr. Art. 37.º/2).

A outra função dos direitos fundamentais refere-se ao dever prestacional do Estado, que ora se manifesta como manifestação positiva (entrega de prestação) ora como função de defesa de direitos. A primeira se refere ao direito do particular de exigir do Estado o cumprimento de obrigações no âmbito da saúde, da segurança, da educação, dentre outros. Já a segunda estabelece a obrigação do Poder Público de proteger os titulares de direitos fundamentais em face de agressões de terceiros, além de assegurar o cumprimento das normas reguladoras das relações jurídicos-civis entre os indivíduos⁴.

Sob essa perspectiva, pode-se dizer que a realização dos direitos sociais, como a saúde, educação, trabalho e previdência social, exige do Estado uma atuação positiva, a qual, por sua vez, pressupõe a elaboração de um planejamento que contemple políticas públicas. Por outro lado, considerando a máxima de que todo o direito tem seu custo, é evidente que a efetivação do programa social do Estado encontra-se intrinsecamente vinculada ao problema da escassez, dimensão fática da “reserva do possível”, afinal a realização das políticas públicas demanda a disponibilidade de recursos materiais e econômicos⁵.

Com a consolidação do modelo do *Welfare State* e a expansão dos direitos sociais na segunda metade do século XX, principalmente nos países ocidentais mais desenvolvidos, propalou-se a ideia (circunstancial) de abundância orçamentária, o que levou à (falsa) convicção de que os Estados poderiam suportar o gasto público decorrente de novel modelo de proteção

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 408.

4 *Ibidem*, p. 407.

5 DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência Social do Servidor Público*. 3. ed. São Paulo: Método: 2010. p. 103.

social. No caso de Portugal, por exemplo, os programas sociais foram impulsionados a partir da Revolução dos Cravos em 1974 e da promulgação da Constituição de 1976⁶. Em relação ao Brasil, conquanto a Constituição Federal de 1934 já previsse a aplicação e a realização de direitos sociais, não há dúvida de que a implementação do sistema protetor estruturado em premissas universais somente foi alcançado com a atual Constituição⁷.

O equilíbrio entre receita e gasto é um princípio elementar de economia. Nesse sentido, ao mesmo tempo que se tolera a expansão do sistema protetor em um cenário de economia vigorosa, compreende-se a necessidade de buscar alternativas que visem à ampliação das receitas e à readequação do gasto público em ambientes e momentos desfavoráveis. É inadmissível que o Estado alimente o crescimento de dívida pública.

Portanto, diante do contexto atual de dificuldade econômica vivenciado pelo país, recoloca-se em discussão a temática dos direitos sociais, não apenas como questão política, mas também como problema de relevância jurídica haja vista o propósito de retração de direitos fundamentais previstos no âmbito constitucional. A necessidade de repensar, alterar e, eventualmente, suprimir algumas políticas públicas já devidamente consolidadas, mostra-se cada vez mais evidente no cenário atual. Surge então o problema jurídico-constitucional de saber até que medida pode o Estado interferir em prestações sociais, dependentes da disponibilidade financeira, sem que haja abuso das garantias constitucionalmente estabelecidas⁸. Ou seja, se estabelece um dilema entre duas visões: uma inspirada na perspectiva heraclitiana de que tudo muda, que as mudanças se impõem em virtude das alterações nas circunstâncias materiais e também nas concepções vigentes na sociedade; outra visão inspirada na imagem mítica da górgona Medusa, que transformava em pedra todos que a olhassem diretamente, a cristalizar garantias e previsões normativas como se não pudessem nunca ser alteradas⁹. É necessário, por certo, buscar uma abordagem que evite essas visões extremas.

Ante a possibilidade de retração de direitos sociais, exsurge o princípio da vedação ao retrocesso social que possui como finalidade impedir mudanças capazes de retroagir o desenvolvimento já adquirido pela sociedade. Nas

6 LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 55-56.

7 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 207.

8 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 189-190.

9 LOUREIRO, op. cit., p. 14

palavras de J. J. Canotilho¹⁰, a proibição do retrocesso social objetiva que “direitos sociais e económicos [...] uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”. Segue-se o raciocínio interligando a proibição da contrarrevolução social com o princípio da segurança e da confiança indivíduos no que se refere aos direitos económicos, sociais e culturais.

Tem-se, portanto, na visão de J.J. Canotilho¹¹ como inconstitucional qualquer medida estatal que vise à modificação de direitos sociais devidamente já estabelecidos e enraizados na sociedade. Eventuais alterações dos direitos sociais devem ser acompanhadas de políticas compensatórias e de transição, a fim de amenizar o impacto da retração.

Vieira de Andrade¹², por sua vez, compreende que os limites do legislador sobre as normas de direito social restringem-se ao núcleo essencial de referidas garantias. Isso decorre do fato de que a Constituição, segundo o autor, em se tratando de direitos de prestação, confere inicialmente ao Estado o dever de legislar. É nesse sentido que o conteúdo dos direitos sociais depende diretamente do Poder Legislativo, o qual atua com uma margem substancial de autonomia para melhor definir a forma como os direitos sociais devem ser assegurados.

Sendo assim, Vieira de Andrade¹³ sustenta que, por delegação constitucional, o legislador possui autonomia para desenvolver o próprio conteúdo do direito social, razão pela qual não há que se impor um limite máximo constitucional para eventuais alterações. Em contrapartida, a atuação do legislador não está livre de qualquer parâmetro diante da exigência de elaboração de normas capazes de assegurar a proteção social mínima. Nesse sentido, a proibição ao retrocesso social adstringe-se ao núcleo essencial: a dignidade da pessoa humana.

Jorge Reis Novais¹⁴ defende que não há direitos, liberdades e garantias, de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais, do outro. Há, pura e simplesmente, direitos fundamentais. Os limites usados para a proteção dos direitos de liberdades devem ser igualmente observados quando se estiver

10 CANOTILHO, op. cit., p. 338.

11 Ibidem, p. 339-340.

12 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais*: Na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2011. p. 248-249.

13 Ibidem, p. 249-250.

14 NOVAIS, op. cit., p. 196.

tratando de direitos sociais, pois inexistente qualquer distinção constitucional, e sim um regime de proteção comum para os direitos fundamentais.

Tem-se, pois, que a alegação da reserva do financeiramente possível como justificativa para a restrição de direitos sociais só é constitucionalmente viável em situações nas quais existe a necessidade de proteção de outro bem jurídico considerado de maior relevância. Além disso, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, conquanto o legislador disponha de ampla margem para atuação no âmbito dos direitos sociais, tal realização encontra limite quando se está diante de princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade e proteção da confiança); compromete-se o núcleo essencial já efetivado das garantias sociais; rompe-se a concretização legislativa possuidora de status de direito materialmente constitucional¹⁵.

A reserva do possível expõe-se a partir da vulnerabilidade teórica do princípio da proibição do retrocesso social. O fato é que, em *ultima ratio*, inexistem obstáculos que impeçam a retração de direitos sociais e de direitos clássicos. Apenas se ressalva a necessidade de o Estado apresentar argumentação plausível para a restrição, além, é claro, de resguardar os princípios da igualdade, da proteção da confiança, da proibição do excesso e da dignidade da pessoa humana. A propósito, Eduardo Dias e José Macêdo¹⁶ apontam requisitos que devem ser observados quando da modificação de direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais:

- a) não acarretarem a erosão do nível de proteção existente para os referidos direitos, afetando a dignidade da pessoa humana;
- b) não serem desproporcionais e injustificadas, nem acompanhadas, se for possível, de medidas compensatórias;
- c) respeitarem as situações já constituídas em obediência ao princípio da segurança e da proteção da confiança;
- d) estabelecerem regras de transição para a tutela de situações que, sem estar definitivamente constituídas, justificam a proteção de expectativas legítimas.

15 NOVAIS, p. 197-198.

16 DIAS; MACÊDO, op. cit., p. 108-109.

Sedimentado o conhecimento sobre a proibição apriorística do retrocesso social e possibilidade de retração, passa-se, então, à análise do seguro-desemprego, sobretudo das alterações promovidas pela Lei 13.134/15, fruto da conversão em lei da MP 665/14.

2 AS ALTERAÇÕES DAS REGRAS DO BENEFÍCIO DO SEGURO-DESEMPREGO

Conforme disposto no artigo 7º, inciso II da Constituição Federal, em caso de dispensa involuntária, terá o empregado direito à percepção seguro-desemprego. Esse benefício possui dois propósitos: 1º) trata-se de importante mecanismo de proteção social. Sem o emprego e consequentemente o salário, o benefício passa a ser o único meio de sustento do indivíduo; 2º) intermediar a mão-de-obra na busca de recolocação no mercado de trabalho¹⁷.

Após a previsão constitucional, a Lei nº 7.998/90 desenvolveu, no âmbito das políticas públicas, o programa do seguro-desemprego. Destinado à proteção do trabalhador em face da dinâmica das atividades e dos negócios nas economias capitalistas, o seguro-desemprego atenua as consequências do desemprego involuntário. A proteção, mediante o pagamento de prestação pecuniária, oferece ao indivíduo a segurança quanto à renda para manter a si e à sua família. Além do mais, o programa estimula a reinserção no mercado de trabalho, tendo em vista a orientação e o treinamento profissional que é ofertado¹⁸.

O custeio para o pagamento das parcelas do seguro-desemprego origina-se do Fundo de Amparo ao Trabalho (FAT), vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego. A instituição do FAT permitiu que fossem definidos novos critérios para a concessão do benefício, tornando-o mais acessível aos trabalhadores. A Lei nº 7.998/90 ainda assegurou o modelo democrático de gestão, ao criar o Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT), composto por representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais.

17 KOYANAGI, Raquel. *Programa Seguro-Desemprego: Combinação de eficiência econômica e proteção social*. 2010. 136 p. Dissertação - Curso de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília: 2010. 136p.

18 BALESTRO, Moisés Villamil; MARINHO, Danilo Nolasco Cortes; WALTER, Maria Inez Machado Telles. Seguro-desemprego no Brasil: a possibilidade de combinar proteção social e melhor funcionamento do mercado de trabalho. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília: v. 2, n. 26, p.185-208, maio 2011.

O Regimento Interno do CODEFAT – Resolução nº 596/2009 – prevê no artigo 1º que o Conselho Deliberativo será formado por representantes do Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério da Fazenda, Ministério da Previdência Social, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social. Além disso, deverão integrá-lo seis representantes dos trabalhadores que serão indicados pela Central única dos Trabalhadores, Força Sindical, União Geral dos Trabalhadores, Nova Central Sindical dos Trabalhadores, Central dos Trabalhadores e Trabalhadores do Brasil e Central Geral dos Trabalhadores do Brasil. Outrossim, a classe patronal, por intermédio da Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Sistema Financeiro, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil, Confederação Nacional de Serviços e Confederação Nacional do Turismo, também terá direito de indicar seis representantes para o conselho.

Com a entrada em vigor da Lei nº 8.900/94, para a concessão do seguro-desemprego, passou-se a exigir a comprovação, por parte do trabalhador, de no mínimo seis meses de vínculo empregatício. Quanto maior o tempo de trabalho, maior o número de prestações recebidas. Caso o trabalhador demonstre duração de vínculo empregatício entre seis e onze meses, terá direito ao recebimento de três parcelas; se provar labor entre doze e vinte e três meses, fará jus a quatro parcelas; já se o trabalho exceder vinte e quatro meses receberá cinco prestações do benefício. Logo, infere-se que o seguro-desemprego pode ser concedido por um período mínimo de três meses e máximo de cinco meses.

Além da comprovação da duração do vínculo empregatício, exige-se que o labor tenha ocorrido nos trinta e seis meses que antecedem à data de extinção do contrato de trabalho que originou o requerimento do seguro-desemprego.

Outro pressuposto para o deferimento do benefício é que o trabalhador não possua qualquer renda própria capaz de assegurar o seu sustento e o de sua família ou esteja em gozo de qualquer outro benefício previdenciário, exceto auxílio-acidente e pensão por morte.

Preenchidos os requisitos acima tratados, o obreiro formal deverá requerer o pagamento do benefício a partir do sétimo até o 120º dia, contados da data da dispensa involuntária¹⁹.

19 SEGURO-DESEMPREGO. Caixa Econômica Federal. Brasília. Disponível em: < <http://www.caixa.gov.br/beneficios-trabalhador/seguro-desemprego/Paginas/default.aspx> > Acesso em: 29 nov. 2015.

Em relação ao valor da parcela do seguro-desemprego, o cálculo deverá ser feito levando-se em consideração a média ponderada dos salários dos três últimos meses anteriores à dispensa. É importante salientar que o seguro-desemprego não possui natureza salarial, até porque seu pagamento não é responsabilidade do empregador. Trata-se, na verdade, de benefício previdenciário, conforme preconizado no inciso III do artigo 201 da Constituição Federal, não obstante seja financiado através de recursos do FAT²⁰.

No final de 2014, foi editada a Medida Provisória nº 665, com o propósito de alterar as regras para a concessão do seguro-desemprego. A adoção de referidas mudanças foi justificada pelo Governo Federal como parte do ajuste fiscal proposto para o exercício de 2015. Sob a ótica dos novos requisitos, diante de uma primeira solicitação do benefício, deverá o trabalhador comprovar vínculo empregatício de no mínimo dezoito meses e no máximo vinte e três meses, para perceber quatro parcelas. De acordo com os requisitos anteriores, o obreiro poderia receber, mesmo que em primeira solicitação, três prestações do benefício, desde que demonstrasse pelo menos seis meses de labor²¹.

Com as novas regras estabelecidas pela Medida Provisória nº 665, já convertida na Lei nº 13.134/2015, trabalhadores que buscam o seguro-desemprego, em primeira ou segunda solicitação, tiveram o prazo para demonstrar vínculo empregatício estendido. Contudo, quando se tratar de terceira solicitação, os requisitos permanecem os mesmos da legislação anterior, ou seja, basta comprovar o labor por período superior a seis meses para que sejam concedidas três parcelas do benefício. O objetivo da reforma, sem dúvida, é reduzir a despesa pública decorrente do pagamento do programa, pois a crise econômica do país elevou o número de dispensas involuntárias aumentando²².

Nesse diapasão, pretende-se demonstrar que, a depender do cenário econômico, pode-se veicular medidas que vão de encontro ao princípio da vedação ao retrocesso social, desde que as decisões sejam específicas e não prejudiquem o direito adquirido. Para tanto, o estudo examinará até que ponto as alterações promovidas pela Lei nº 13.134/2015 caracterizam (ou não) retrocesso social.

20 KOYANAGI, op. cit., p. 46-48.

21 GADELHA, Sérgio Ricardo de Brito. Por que os Gastos com Seguro-Desemprego Crescem? *Carta de Economia e Negócios*, Brasília: n. 2, p.3-10, set. 2014.

22 *Ibidem*, p. 8.

3 EXAME DA LEI Nº 13.134/2015 SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Buscou-se no Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade da Lei 13.134/15. Dentre as ações, destacam-se as ADIn's nº 5340 e 5389, ajuizadas, respectivamente pelo Partido Popular Socialista e pelo Partido Solidariedade.

A ADIn nº 5389 argui a inconstitucionalidade formal da Lei nº 13.134/2015, sob o fundamento de que as alterações ali previstas derivaram de uma medida provisória editada sem a observância do disposto no artigo 246 da CF/88, dispositivo que veda a adoção de tal veículo normativo na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.

De fato, a redação constitucional sobre a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário foi dada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, o que poderia levar à interpretação de que esse dispositivo se enquadraria na referida proibição. Contudo, não se está mais a falar de medida provisória, e sim de lei ordinária que disciplina as novas regras a respeito do seguro-desemprego. Outrossim, a legislação ora examinada em nada altera a disciplina constitucional, mas apenas o regramento legal (Leis nº 7.998/90 e 8.900/94), razão pela qual inexistente motivo para considerar a Lei nº 13.134/2015 formalmente inconstitucional.

Também se alega a inconstitucionalidade material das alterações pela Lei nº 13.134/2015, com supedâneo na alegação de retrocesso social. Segundo a petição inicial da ADI, apesar de referido princípio não estar expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, ele pode ser deduzido de outros princípios e argumentos de matriz-jurídico constitucional, como o princípio da segurança jurídica e da confiança resultantes do Estado Democrática e Social de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal). Argumenta-se a impossibilidade de o legislador inviabilizar a garantias constitucionais pertencentes ao núcleo essencial de um direito fundamental social, sem a criação de mecanismos equivalentes ou compensatórios.

Todavia, conforme já salientamos, o princípio da vedação ao retrocesso social não é absoluto, uma vez que se põe em risco a autonomia da função do legislador, passando a considerá-lo como mero órgão de execução das decisões constitucionais. Além disso, ressalte-se a própria

dinâmica das relações sociais e econômicas, pois elas demonstram, muitas vezes, a inviabilidade da aplicação incondicional da proibição ao retrocesso quando analisada sob a ótica dos direitos sociais. Diversos são os fatores que influenciam diretamente na capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade como um todo, sendo, portanto, impraticável a aplicação, sem exceções, do referido princípio²³.

É preciso investigar as razões que levaram à alteração dos requisitos para concessão do benefício. Certamente, a primeira delas tem a ver com o período de recessão econômica estabelecido no Brasil. De acordo com os dados²⁴ fornecidos pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o PIB do segundo trimestre de 2015, quando comparado ao mesmo período do ano anterior, recuou 4,5%, tendo sido configurada maior queda desde 1996. Já entre janeiro e setembro de 2015, a retração do PIB acumulou 3,2%. Os números demonstram claramente a dificuldade econômica enfrentada pelo país.

Atrelado aos índices, há de se observar, também, os dados correspondentes ao desemprego no Brasil. Quanto maior o número de pessoas com o contrato de trabalho extinto involuntariamente, maior será o gasto público decorrente do pagamento do seguro-desemprego. Segundo as pesquisas²⁵ do IBGE, a taxa de desocupação cresceu para 8,9% no terceiro trimestre de 2015, apresentando alta de 0,6% quando comparada ao segundo trimestre do mesmo ano. Quando comparado ao mesmo período de 2014, o índice de desemprego registrou alta de 2,1%.

chegou à média mensal de R\$ 2,15 bilhões. No ano de 2015²⁶, o montante superou R\$ 34 bilhões. A considerável elevação do custo do programa resulta do aumento do número de demissões. Além da elevação

23 TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thais Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 264, n. 1, p.161-186, dez. 2013.

24 PIB cai (1,7%) em relação ao segundo trimestre de 2015. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasília: 1 de dez. de 2015 Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3046&busca=1&t=piB-cai-1-7-relacao-segundo-trimestre-2015>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

25 dez. 2015gal.pdf, acesso em 16/f Humans Rights. Applications nº 13.341/14. Pre. Andrdez. 2015gal.pdf, acesso em 16/f Humans Rights. Applications nº 13.341/14. Pre. Andr PNAD contínua: desocupação vai de 8,9% no terceiro trimestre de 2015. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasília: 24 de novembro de 2015 Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3040&busca=1&t=pnad-continua-desocupacao-vai-8-9-terceiro-trimestre-2015>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

26 PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, *Gastos Diretos por Ação: Seguro-desemprego 2015*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalComprasDiretasPesquisaAcaoFavorecido.asp?Ano=2015&codigoAcao=00H4&codigoFuncao=11>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

da taxa de desocupação no Brasil, a rotatividade no mercado de trabalho também representa um agravante.

No exercício de 2014, conforme os dados obtidos no Portal da Transparência, a despesa pública com o custeio do seguro-desemprego chegou à média mensal de R\$ 2,15 bilhões. No ano de 2015, o montante superou R\$ 34 bilhões. A considerável elevação do custo do programa resulta do aumento do número de demissões. Além da elevação da taxa de desocupação no Brasil, a rotatividade no mercado de trabalho também representa um agravante.

Em síntese, rotatividade significa a substituição de um empregado por outro. Ocorre a demissão do trabalhador A, e posteriormente o trabalhador B é contratado para exercer as mesmas funções de A. Esse fenômeno prejudica tanto o empregador quanto o empregado. O aumento da produtividade pressupõe uma mão-de-obra qualificada. Porém, com esse revezamento de ocupação, nem o trabalhador se qualifica nem a empresa acumula o capital humano necessário para o melhor desempenho das atividades. Além de prejudicar os particulares, a rotatividade no mercado de trabalho acarreta diversas perdas ao governo conforme demonstra Gadelha²⁷:

[...] tanto os recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), quanto os recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) constituem verbas para investimento em infraestrutura urbana (habitação e saneamento), investimento privado para capacidade física produtiva e desenvolvimento tecnológico, abono salarial e seguro-desemprego. Todavia, os desligamentos dos assalariados no mercado formal de trabalho impactam fortemente sobre os resultados contábeis dos fundos públicos FAT e FGTS, onerando o volume de recursos despendido com o seguro-desemprego, em detrimento das outras destinações dos recursos desses fundos.

A partir de pesquisa realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego em parceria com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), o tempo médio de duração dos contratos de trabalho caiu de 4,4 anos em 2000 para 3,9 anos em 2009. Outrossim, a taxa de rotatividade do mercado formal de trabalho é bastante elevada, mesmo quando já excluídos outras formas de desligamento, como transferências, aposentadorias, falecimento e demissão voluntária: 34,5% (2001); 32,9% (2004); 34,3% (2007); 37,5% (2008); 36,5 (2009); e 37,3% (2010).

27 GADELHA, op. cit., p. 4.

Em face da elevada taxa de rotatividade laboral e do aumento do índice de desemprego, com a situação econômica do país e com o elevado gasto público com o pagamento do seguro-desemprego, conclui-se que as alterações realizadas pela Lei nº 13.134/2015 foram necessárias para o equilíbrio das contas públicas. Destarte, não há que se falar em retrocesso social, até porque as alterações não excluem a possibilidade de recebimento do seguro-desemprego. Apenas readequaram as regras para concessão do benefício em virtude do cenário econômico desfavorável.

4 CONCLUSÃO

A realização dos direitos sociais previstos no artigo 6º da CF/88 necessita de uma atuação positiva do Estado, seja por meio de políticas públicas, seja por meio da elaboração de normas, procedimentos e organizações. Atrelado à efetivação das garantias sociais, tem-se o princípio da proibição ao retrocesso social, que, apesar de não se encontrar expressamente previsto na Constituição Federal, pode ser interpretado por intermédio de garantias como a segurança jurídica e o princípio da confiança no poder público.

Conforme demonstrado ao longo deste artigo, a concretização de qualquer direito social – lazer, moradia, trabalho, saúde etc – depende de recursos e de planejamento e, conseqüentemente, de disponibilidade financeira pelo Estado (reserva do possível). O Poder Público, diante da disponibilidade de recursos materiais e econômicos, analisa a viabilidade de determinada política pública. Além do mais, os dados de pesquisas realizadas pelo IBGE demonstram que o PIB do segundo trimestre de 2015 recuaram, enquanto a taxa de desocupação e o índice de rotatividade laboral avançaram. Em razão da situação econômica do Brasil, o governo vem tomando medidas restritivas que visam à redução do gasto público, a fim de recuperar a economia do país.

Apesar de a Lei 13.134/15 estar sendo questionada junto ao STF, basicamente por conta do princípio da vedação do retrocesso social, a reforma é indispensável para conter a despesa pública. Apenas no ano de 2015, o gasto com o seguro-desemprego foi de R\$ 31 bilhões. As novas medidas possuem tanto a finalidade de reduzir os gastos públicos, mas também o objetivo de diminuir a rotatividade no mercado formal de trabalho, fazendo com que os empregados passem mais tempo em um emprego e, por conseguinte, qualifiquem-se e melhorem a qualidade do serviço. Diante dos citados argumentos, tem-se que as novas regras do seguro-desemprego não conspuram o princípio da vedação ao retrocesso

social. Pelo contrário, a Lei nº 13.134/2015 deve ser vista como uma das medidas necessárias à superação da crise econômica.

Ressalte-se que, em situações de crise econômica, a possibilidade de restrições a direitos sociais é ainda mais defensável, sem prejuízo da necessidade de aplicação dos princípios do Estado de Direito, como o da proporcionalidade. Aliás, foi o que entendeu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao negar pedido de cidadã portuguesa que teve reduzido o valor de sua aposentadoria pela aplicação, temporária, de uma “contribuição extraordinária de solidariedade”, prevista por lei e aplicada por dois anos para obtenção de recursos visando a garantir o cumprimento de obrigações assumidas pelo Estado Português para obviar os efeitos da crise instalada a partir de 2008. O valor deduzido de uma aposentadoria bruta de 1.980,72 euros foi de 91,92 euros mensais. O Tribunal Europeu entendeu que a medida não violou a Convenção Europeia de Direitos do Homem e que se baseou em uma situação de interesse público comprovada, foi encaminhada por instrumento normativo adequado e se mostrou proporcional²⁸.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais*: na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina: 2011.

AWAD, Fahd Medeiros. Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. *Justiça do Direito*, Passo Fundo: n. 24, p.90-100, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/2146/1386>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

BALESTRO, Moisés Villamil; MARINHO, Danilo Nolasco Cortes; WALTER, Maria Inez Machado Telles. Seguro-desemprego no Brasil: a possibilidade de combinar proteção social e melhor funcionamento do mercado de trabalho. *Revista Sociedade e Estado*: Brasília, v. 2, n. 26, p.185-208, maio 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v26n2/v26n2a10.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao

28 O inteiro teor da decisão, em inglês, pode ser acessado no link: <<http://s.conjur.com.br/dl/corte-europeia-aposentadoria-portugal.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

Trabalhador (FAT), e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília: 12 de jan. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7998.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.900, de 30 de junho de 1994. Dispõe sobre o benefício do seguro-desemprego, altera dispositivo da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília: 10 de jul. de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8900.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.134, de 16 de junho de 2015. Altera as Leis no 7.998, de 11 de janeiro de 1990, que regula o Programa do Seguro-Desemprego e o Abono Salarial e institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), no 10.779, de 25 de novembro de 2003, que dispõe sobre o seguro-desemprego para o pescador artesanal, e no 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social; revoga dispositivos da Lei no 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e as Leis no 7.859, de 25 de outubro de 1989, e no 8.900, de 30 de junho de 1994; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília: 17 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13134.htm>. Acesso em: 25 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.340. Rel. Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília: 17 de jun. de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 5.389. Rel. Min. Luiz Fux. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília: 17 de jun. de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência Social do Servidor Público*. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

EUROPEAN UNION. *European Court of Humans Rights*. Application nº 13.341/14. Pre. András Sajó. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/corte-europeia-aposentadoria-portugal.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

KOYANAGI, Raquel. *Programa Seguro-Desemprego: combinação de eficiência econômica e proteção social*. 2010. 136 p. Dissertação - Curso de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília: 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8519/1/2010_RaquelKoyanagi.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2015.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?: A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

PIB cai (1,7%) em relação ao segundo trimestre de 2015. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Brasília: 1 de dez. de 2015 Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3046&busca=1&t=pib-cai-1-7-relacao-segundo-trimestre-2015>>. Acesso em: 29 de nov. de 2015.

PNAD contínua: desocupação vai de 8,9% no terceiro trimestre de 2015. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*. Brasília: 24 de novembro de 2015 Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3040&busca=1&t=pnad-continua-desocupacao-vai-8-9-terceiro-trimestre-2015>>. Acesso em: 29 de nov. de 2015.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Gastos Direitos por Ação: Seguro-desemprego 2014*. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/portalComprasDiretasPesquisaAcaoFavorecidoED.asp?Ano=2014&codigoAcao=00H4&codigoFuncao=11&idFavorecido=30071682>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. *Gastos Direitos por Ação: Seguro-desemprego 2015*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalComprasDiretasPesquisaAcaoFavorecido.asp?Ano=2015&codigoAcao=00H4&codigoFuncao=11>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEGURO-DESEMPREGO. *Caixa Econômica Federal*. Brasília. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/beneficios-trabalhador/seguro-desemprego/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: v. 264, n. 1, p.161-186, dez. 2013. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiOzszbLvJAhvNJ5AKHe7ACnIQFggeMAA&url=http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/14080/12948&usq=AFQjCNHf866dPE_wKBRdlgqIN0_dArKiiw&sig2=ImED950Y7qLoW E3FvRuNyw>. Acesso em: 1 dez. 2015.

RECEBIDO EM: 24.05.2016

APROVADO EM: 03.11.2016

REGRESSIVIDADE FISCAL E JUSTIÇA SOCIAL NA MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA: O TRATAMENTO DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PELO SIMPLES NACIONAL

*TAX REGRESSIVE AND SOCIAL JUSTICE IN THE BRAZILIAN TAX
SYSTEM: THE DIFFERENTIAL TREATMENT OF MICRO AND SMALL
ENTERPRISES PORTE BY "SIMPLES NACIONAL"*

Elvira Carolina Moreira de Rezende

Mestranda em Administração Pública pela Universidade de Brasília (UnB)

Pós-graduada em Direito Público

Procuradora da Fazenda Nacional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Por uma visão ampliada do fenômeno da tributação: regressividade fiscal e justiça social na matriz tributária brasileira; 2 Esforços normativos para a mitigação da regressividade tributária: a legislação do Simples Nacional; 2.1 Esclarecimentos iniciais: fundamentos legais e características gerais do Simples Nacional; 2.2 Esclarecimentos adicionais: regulação do mercado por intermédio das contratações públicas; 2.3 Um primeiro esforço normativo: simplificação e desburocratização tributária; 2.4 Um segundo esforço normativo: acesso ao mercado e preferências em sede de contratações públicas; 3 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte pelo Simples Nacional, em termos de reparação da regressividade tributária nacional e de promoção da justiça social. Para tanto, será adotada uma visão ampliadora da matriz tributária brasileira, bem como averiguados estudos sobre o fenômeno da tributação enquanto mecanismo de efetivação da justiça econômica e distributiva. Com amparo neste instrumental teórico, serão examinados dois esforços normativos de mitigação da regressividade fiscal previstos na legislação do Simples Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Matriz Tributária. Regressividade Tributária. Justiça Social. Simples Nacional. Regulação.

ABSTRACT: This article aims to analyse the differential treatment given to micro and small enterprises by the program of simplified taxation model known as “SIMPLES Nacional”, in terms of tax regressive and social justice. Therefore, one ampliative view of the brazilian tax system will be adopted, with studies on the tax phenomenon as a effective mechanism of economic and distributive justice. Based on this theoretical tool, the present study explores two legal mitigation efforts of regressive taxation provided for in the “SIMPLES Nacional”.

KEYWORDS: Tax System. Tax Regressive. Social Justice. SIMPLES Nacional. Regulation.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 entabulou os princípios e fundamentos a partir dos quais deve ser estruturada a economia nacional. Em convívio com a garantia da propriedade privada (erigida a título de direito fundamental) e da livre iniciativa, constituem objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, I e III). O legislador constituinte originário legitimou, assim, esforços estatais de regulação do mercado tendentes à concretização de padrões adequados de justiça econômica e social.

Neste esquete, a tributação assume papel de realce. Abre-se mão de uma visão restrita dos tributos (como simples mecanismos de custeio das políticas públicas e do aparelho burocrático estatal), para compreender o fenômeno em sua completude: de instrumento por meio do qual é possível viabilizar a concepção de justiça social predominante na sociedade.

Muito do que se discute hoje em termos de justificação (ou de refutação) das políticas públicas pode ser analisado também a partir de seu potencial em reparar distorções oriundas da regressividade do sistema tributário brasileiro. Neste esquete, procura-se justificar a previsão de tratamento diferenciado a certos segmentos do mercado, como é caso das regras especiais destinadas às microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), no escopo da Lei Complementar (LC) nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Uma última observação: não se desconhece que o ideal para a revisão da matriz tributária brasileira seria a concentração de esforços em torno de uma reforma tributária consciente e agregadora. Contudo, para suavizar a espera por mudanças estruturais profundas, o presente estudo busca examinar ganhos advindos de reparos, ainda que pontuais, processados em nosso modelo fiscal.

Nesse passo, propõe-se analisar o tratamento diferenciado conferido às ME e EPP, no escopo do Simples Nacional, quanto ao seu potencial de mitigar a regressividade tributária e de promover a justiça social. Para tanto, é preciso adotar uma visão agregadora da matriz tributária brasileira, bem como colacionar estudos sobre o fenômeno da tributação enquanto mecanismo de efetivação da justiça econômica e distributiva. Por fim, com supedâneo nesse tipo de abordagem, serão examinados dois esforços concretos de relativização da regressividade fiscal, previstos na legislação do Simples Nacional.

1 POR UMA VISÃO AMPLIATIVA DO FENÔMENO DA TRIBUTAÇÃO: REGRESSIVIDADE FISCAL E JUSTIÇA SOCIAL NA MATRIZ TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Os manuais de Direito Tributário usualmente gravitam em torno da noção de sistema tributário nacional, a partir da qual são estudados os institutos, conceitos e as normas que regem o fenômeno da tributação. Apesar das distintas definições de sistema tributário, no mais das vezes, a discussão cinge-se à compreensão de expressões como impostos, contribuições, obrigação tributária, arrecadação, dentre outras, que se limitam a denotar temas intrínsecos ao próprio sistema.

A par desta limitação, encontra-se, em doutrina, acordos semânticos mais ampliativos, os quais procuraram compreender a complexa realidade que circunda a matriz tributária brasileira. Busca-se, assim, compreender de forma mais aprofundada a relação entre as questões fiscais e a realidade política, econômica e social de uma determinada sociedade.

É, pois, neste segundo contexto, que se insere o acordo semântico tomado de empréstimo para designar a expressão matriz tributária ao longo do presente estudo. A saber, “[...] entende-se por matriz tributária as escolhas feitas em um determinado momento histórico no campo da ação social, no que diz respeito ao fenômeno tributário”¹.

Com efeito, compreender a tributação brasileira a partir de critérios rígidos e isolados (destacando-se, neste ponto, a ausência de uma perspectiva interdisciplinar no escopo dos estudos usuais de Direito Tributário) acaba por limitar o entendimento do fenômeno e, conseqüentemente, o potencial das reflexões e construções teóricas a seu respeito².

Ora, o senso comum dos juristas tem se preocupado eminentemente como os aspectos internos da tributação (tais como, a obrigação tributária,

1 GASSEN, Valcir. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e o Direito Tributário. In: GASSEN, Valcir (Org). *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário*. Brasília: Consulex, 2012. p. 27-50.

2 Diferentemente, o acordo semântico adotado no presente artigo para definir a expressão matriz tributária, nas palavras Gassen: “Incorpora, portanto, a noção de matriz tributária não só um conjunto de normas jurídicas regulando as relações entre o entre tributante o contribuinte; não só as escolhas feita das bases de incidência (renda, patrimônio e consumo) e sua conseqüente participação no total da arrecadação; não só as opções que se faz no plano político de atendimento de determinados direitos fundamentais; não só as espécies tributárias existentes em determinado sistema tributário; não só a estrutura do Estado a partir das suas condições materiais de existência, no caso das condições de funcionamento do Estado ofertadas pela arrecadação de tributos.” (Ibidem, p. 32-33).

os sujeitos passivos e ativos, dentre outros). Todavia, quando se propõe um acordo semântico vocacionado a agregar tanto aspectos internos quando externos, tal como se verifica acima, é possível articular um leque de conhecimentos dogmáticos ao estudo da matéria, a exemplo da relação entre o Direito Tributário, o direito de propriedade³, o Estado e o constitucionalismo.

Trata-se de rica contribuição do modo de pensar zetético⁴, que procura reunir diversos elementos da tributação para que se possa compreender seu papel em termos de efetivação dos direitos constitucionais e de redução das desigualdades econômicas e sociais. Neste prisma, o conceito de matriz tributária extrapola sua capacidade em fornecer premissas seguras para o entendimento do próprio fenômeno; provendo, igualmente, balizas para a revisão e constante transformação do sistema tributário nacional.

Tecidos estes esclarecimentos iniciais, é preciso averiguar a importância da tributação enquanto mecanismo de estruturação da realidade política, social e econômica de um país; bem como, em última análise, da própria concepção de justiça predominante na sociedade. A respeito, Murphy e Nagel sustentam que:

[...] numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica e distributiva⁵.

3 Designadamente quanto à relação entre o Direito Tributário e o direito de propriedade, vale registrar posição doutrinária de realce no sentido de se considerar a propriedade como um direito pós-tributação. Segundo Murphy e Nagel, “se existe um tema dominante que se faz presente em toda a nossa discussão, ele é o seguinte: a propriedade privada é uma convenção jurídica definida em parte pelo sistema tributário; logo, o sistema tributário não pode ser avaliado segundo seus efeitos sobre a propriedade privada, concebida como algo dotado de existência e validade independentes. Os impostos têm de ser avaliados como um elemento do sistema geral dos direitos de propriedade que eles mesmo ajudam a criar. A justiça ou injustiça na tributação não pode ser outra coisa senão a justiça ou injustiça no sistema de direitos e concessões proprietárias que resultam de um determinado sistema tributário”. (NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11).

4 A respeito, vale a pena conferir a diferenciação cunhada por Tércio Sampaio entre zetética e dogmática, o que pode ser visto: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

5 MURPHY; NAGEL, op. cit., p. 05.

Do que fora transcrito, não há como sustentar a existência de uma imparcialidade tributária. Pelo contrário, o projeto do sistema tributário é edificado a partir de calorosos debates e escolhas políticas em torno do que deve ser feito pelo governo e de como tais ações serão custeadas⁶. Uma vez definidas tais questões, é preciso determinar a melhor forma de taxação (ou seja, quais setores da economia serão ser mais onerados, qual o tratamento a ser dado aos diferentes tipos de contribuintes, bem como outros dilemas que, ao fim e ao cabo, espelham a concepção de justiça econômica hegemônica na sociedade).

Neste âmago, as controvérsias acirram-se em torno do uso do poder governamental não apenas para fornecer coisas boas para todos, mas também para providenciar recursos para as camadas mais pobres. Ou seja, o debate incorpora (ou, pelo menos, deveria incorporar) a evidência de que certas espécies de desigualdades sociais são injustas ou malélicas, de modo que todos os cidadãos têm a obrigação de arcarem com os custos de sua mitigação⁷.

Pois bem, partindo da noção de que a realidade social e econômica de um país é resultado das escolhas políticas cunhadas também em sede de tributação, passa-se à analisar as características do sistema tributário vigente.

Em estudo desenvolvido pelo Observatório da Equidade do CDES (Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social da Presidência da República), no ano de 2011, foram elencados os “Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Brasileiro”⁸. Deste bojo, para fins deste artigo, destaca-se a injustiça e a regressividade do sistema tributário nacional, determinando que as camadas mais frágeis da sociedade paguem proporcionalmente mais impostos do que os cidadãos mais abastados⁹.

6 Sobre o tema, referência inquestionável é a obra *The Cost of Rights*, na qual Holmes e Susteim (1999) sustentam, como argumento central de análise, que todos os direitos têm custos, uma vez que carecem do aparelho estatal para sua efetivação.

7 MURPHY; NAGEL, op. cit, p. 07.

8 BRASIL, Presidência da República, Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES. *Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional*. 2. ed. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/conteudo/6808/publicacoes-do-cdes.html>>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

9 No relatório publicado, foram identificados 5 (cinco) problemas do sistema tributário nacional, quais sejam: *i*) o sistema tributário é regressivo e a carga é mal distribuída; *ii*) o retorno social é baixo em relação à carga tributária; *iii*) a estrutura tributária desincentiva as atividades produtivas e a geração de emprego; *iv*) inadequação do pacto federativo em relação a suas competências tributárias, responsabilidades e territorialidades; e *v*) não há cidadania tributária no Brasil.

No ponto, sem a intenção de adentrar em discussões sobre a regressividade (ou não) do sistema tributário nacional (e tomando tal evidência como um pressuposto corroborado por respeitáveis centros de pesquisa), convém, todavia, abrir um parêntese para melhor explicitar os conceitos de regressividade e progressividade tributárias.

Ab initio, Lagemann¹⁰ pontua que, para tratar do tema da progressividade tributária, o primeiro passo é esclarecer a diferenciação entre o comportamento da alíquota e o da carga tributária, sendo que o comportamento da alíquota está associado à base de cálculo, ao passo que o da carga tributária está associado à questão da renda.

Neste prisma, o comportamento da alíquota pode ser proporcional, progressivo ou regressivo, podendo ser definido das seguintes formas: *i*) pelo comportamento da alíquota média em relação à base de cálculo; e *ii*) pelo comportamento da alíquota média em relação à alíquota marginal. No primeiro caso, o perfil é progressivo, quando a alíquota média sobe com o aumento da base de cálculo. Se a alíquota média se mantém constante quando a base varia, então o comportamento é proporcional. Todavia, se, diante de um aumento na base de cálculo, a alíquota média diminui, o caso é de regressividade. No segundo cenário, se a alíquota média é superior à alíquota marginal, a primeira é regressiva; se ambas são iguais, o comportamento é proporcional; e caso a alíquota média seja inferior à marginal, então ela é progressiva¹¹.

Por sua vez, analisando a questão sob a ótica da carga tributária, temos que se a carga aumenta com a elevação da renda, o comportamento é progressivo. Caso, para quaisquer valores de renda, a carga se mantém constante, será proporcional. E, por fim, se a carga diminui com o aumento da renda, então ela é regressiva¹².

Isto posto, uma boa síntese do tema pode ser vista em Gassen:

Considerando a onerosidade atribuída ao sujeito passivo da relação jurídica tributária os tributos podem ser classificados em regressivos e progressivos. Será regressivo quando cresce a onerosidade relativa

10 LAGEMANN, Eugenio. Tributação: seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios.

In: GASSEN, Valcir (Org.). *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário*. Brasília: Consulex, 2012. p. 51-70.

11 *Ibidem*.

12 LAGEMANN, op. cit., p. 60.

em razão inversa da capacidade contributiva do contribuinte. Será progressivo quando cresce a onerosidade relativa em razão direta à situação econômica do sujeito passivo. No primeiro caso, pelo fato de tributar da mesma forma todas as situações sem levar em consideração a matéria tributável, a renda do contribuinte, e, portanto, o ônus atribuído ao mesmo, ocorre a situação de que paga uma quantia maior de tributo frente à renda que auferir o contribuinte de menor capacidade contributiva. [...] No segundo caso – dos tributos progressivos – pelo fato de ter uma alíquota que varia de acordo com a variação da base de cálculo, portanto, considerando a situação econômica do contribuinte, ocorre o contrário, ou seja, paga uma quantia maior de tributo o contribuinte que tiver uma maior capacidade contributiva¹³.

Fixados os conceitos de regressividade e progressividade tributárias, não há como negar que a solução inversa à verificada na matriz tributária brasileira (ou seja, a progressividade), além de dotar o Estado dos recursos necessários ao custeio da máquina e das políticas públicas, poderia se converter em um virtuoso instrumento de redistribuição de renda.

Ademais, no bojo de artigo seminal sobre as relações entre o Programa Bolsa Família e a justiça fiscal, Derzi¹⁴ sustenta que, nos países em desenvolvimento nos quais o sistema tributário é regressivo, paralelamente, é preciso estruturar uma série de benefícios sociais assistenciais de custo relevante. Para a tributarista, tais benefícios acabam por configurar uma espécie de reparação parcial da alta regressividade tributária, bem como possibilitar a devolução de impostos a todos aqueles desprovidos de capacidade econômica¹⁵.

13 GASSEN, Valcir. *Direito tributário*: pressupostos e classificações de tributos. Mimeo. Brasília: 2009. p. 15-16.

14 DERZI, Misabel. Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio (Relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 108, p. 39 – 64, 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/42>>. Acesso em: 02 maio 2016.

15 Nada obstante, Derzi ressalta existir um silêncio constrangedor em relação à questão tributária na abordagem do tema, senão vejamos: “Apesar das consequências positivas do Bolsa Família e das ‘falas’ dos beneficiados demonstrarem a conscientização inicial da conexão autonomia/dinheiro/cidadania, permanece o silêncio constrangedor em relação à questão tributária. Nem o Estado fundamenta o programa na reparação necessária da injustiça da regressividade do sistema, nem os autores do excelente livro ‘Vozes do Bolsa Família’ se apercebem da omissão. Muito menos os beneficiados demonstram ter a mais leve impressão de que, ao auferirem uma renda mensal regular baixa em dinheiro e, ao gastá-la em suas compras, devolverão mais da metade ao Estado, de que se autofinanciam. O silêncio é total. Instale-se, assim, um círculo vicioso, e não é de se estranhar que, apesar dos gastos elevados com assistência social, a miséria no Brasil persista e resista. [...]” (DERZI, op. cit., p. 51-52).

Assim, o que deveria ser resultado de uma política fiscal mais justa (e, portanto, progressiva), acaba sendo corrigido por ações afirmativas do governo, conforme bem salienta Derzi:

O sistema tributário brasileiro é regressivo e exatamente aqueles cidadãos dotados de mais baixa renda suportam-lhe injustamente a carga. Se a Constituição determina que os tributos sejam graduados de acordo com a capacidade econômica de cada um, é direito daqueles que pagam os impostos, sem qualquer disponibilidade econômica para isso, obter a devolução do montante injustamente transferido aos cofres públicos. Esse deveria ser o marco a adotar como parâmetro. Esse deveria ser o limite a respeitar em que, abaixo dele, a assistência social do programa Bolsa Família seria irreversível. E, acima dele, aí sim, vigoraria o campo discricionário do legislador. Que marco seria esse?² Como se pode entender, nesse contexto, o programa Bolsa Família?¹⁶

A literatura indica que a resposta a estas e a outras questões correlatas deve incorporar a noção de que o valor orientador da política fiscal não pode ser simplesmente a justiça tributária, mas sim a justiça social como um todo¹⁷. Neste esboço, vislumbra-se papel relevantíssimo do Direito Tributário, enquanto instrumento de determinação desta função social e de realização da justiça social em uma dada comunidade.

A partir da abordagem tratada acima, que busca inserir no contexto da tributação o estudo de questões afetas à realidade política, econômica e social (ampliando, assim, seu ângulo de visão), acredita-se ter colacionado instrumental teórico fértil e útil para a análise a ser desenvolvida na segunda parte deste artigo. Passa-se, assim, ao exame de dois esforços normativos, previstos na legislação do Simples Nacional, com vistas à

16 DERZI, op. cit., p. 49.

17 Nesse sentido, Murphy e Nagel asseveram que “[...] essa ampliação do ângulo de visão, da justiça tributária para a justiça social como um todo, não é tanto um afastamento em relação à política comum quanto em relação à análise tributária. É verdade que os debates políticos recentes salientaram excessivamente perante a imaginação do público as questões tradicionais de equidade horizontal, que enfocam de modo estreito o problema de distribuição das cargas tributárias. Mas em geral, quando é a justiça que está em questão nos debates populares sobre o sistema tributário, a ideia de justiça é relacionada às diferentes opiniões que existem sobre a desigualdade econômica, a responsabilidade individual, a diminuição da pobreza, a igualdade de oportunidades, as garantias universais de proteção individual básica e a distribuição dos custos do governo e de outros bens públicos.” (MURPHY e NAGEL, op. cit., p. 239). Neste prisma, é possível aduzir que a justiça tributária se apresenta como uma das facetas necessárias à promoção da justiça social, impondo-se uma relação de subsidiariedade entre os conceitos.

mitigação da regressividade tributária brasileira e, em maior escala, à promoção de níveis adequados de justiça social.

2 ESFORÇOS NORMATIVOS PARA A MITIGAÇÃO DA REGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA: A LEGISLAÇÃO DO SIMPLES NACIONAL

2.1 Esclarecimentos iniciais: fundamentos legais e características gerais do simples nacional

A Constituição da República de 1988, em seu art. 146, inciso III, alínea “d”, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 42, de 2003, estabelece caber à lei complementar a:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Por sua vez, o parágrafo único deste mesmo artigo, igualmente com redação dada pela EC nº 42, de 2003, faculta à lei complementar estabelecer um “regime único de arrecadação” de impostos e contribuições, observadas as condições estabelecidas ao longo de seus 4 (quatro) incisos.

Ademais, no art. 179, o legislador constituinte originário entabulou a obrigação de os entes federativos dispensarem às ME e EPP porte tratamento jurídico diferenciado, com vistas à simplificação (ou, até mesmo, eliminação) de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Neste esboço, foi editada a LC nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte” (ou, como preferem alguns, o SUPERSIMPLES)¹⁸. Com entrada em vigor em 01.07.2007, a LC nº 123, de 2006, não se restringiu a estabelecer normas gerais para a instituição de tratamento tributário especial às ME e EPP; tendo estatuído, diretamente, um regime de tributação favorecido, de âmbito nacional. A saber, o “Regime Especial Unificado de Arrecadação

18 A título de registro histórico, vale anotar que a LC nº 123, de 2006, revogou a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, que dispunha sobre o “regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências”, tendo sido promulgada com supedâneo no art. 179 da Constituição da República de 1988.

de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional”.

Pois bem, apesar do nome conferido pelo legislador, o regime em comento não pode ser considerado apenas um singelo regime especial unificado de arrecadação tributária. Trata-se, a bem da verdade, de um abrangente sistema de tributação simplificado e favorecido para as entidades definidas no art. 3º da LC nº 123, de 2006¹⁹.

Com o fito de estabelecer o “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, vale ressaltar que a LC em relevo não contempla apenas normas tributárias, sendo preenchida também com conteúdo de direito processual, trabalhista e administrativo. No presente estudo, interessa-nos especialmente as disposições entabuladas na Seção I do Capítulo V, que trata do acesso favorecido às ME e EPP ao mercado, por intermédio das aquisições públicas.

Designadamente quanto ao Direito Tributário, a LC nº 123, de 2006, congrega, em um só diploma, uma série de procedimentos e regras práticas para efetivar o regime nacional de tributação favorecido às pequenas empresas (a que se refere o art. 146, III, alínea “d”, da CF/88) e o regime unificado de arrecadação (disposto no art. 146, parágrafo único, da CF/88). No escopo de tais regras, destacam-se: *i*) previsão de documento único de arrecadação de impostos e contribuições; *ii*) instituição de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, quanto às obrigações fiscais acessórias; *iii*) previsão de regras especiais de fiscalização, processamento administrativo e judicial; e *iv*) formação de cadastro nacional único de contribuintes.

Do que fora exposto, verifica-se ser o Simples Nacional um abrangente sistema de tributação favorecido, voltado a conferir às entidades ali definidas, benefícios em termos de simplificação e redução dos custos ordinariamente despendidos pelo setor empresarial, para fins do cumprimento de suas obrigações tributárias federais, estaduais e municipais²⁰. A efetividade de tal sistema, em termos de reparação da regressividade tributária brasileira, ainda será tratada com mais vagar.

19 PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

20 No ponto, a despeito da significativa abrangência do Simples Nacional, alguns tributos não foram incluídos no regime, tais como: IOF, II, IE, ITR e o FGTS.

2.2 Esclarecimentos adicionais: regulação do mercado por intermédio das contratações públicas

Como reforço teórico paralelo para a compreensão das discussões aqui propostas, cumpre analisar, ainda que detidamente, o tema da regulação do mercado²¹.

Nas décadas de 80 e 90 do século XX, deflagraram-se movimentos mundiais de transferência para o setor privado de atividades antes realizadas diretamente pelos Estados nacionais. Tanto em países desenvolvidos, quanto em países menos desenvolvidos, razões políticas (como as privatizações de Thatcher, na Inglaterra) e econômicas (por exemplo, para diminuir os gastos públicos e alavancar a arrecadação), determinaram o surgimento do chamado “Estado Regulador”, o qual continua despertando grande esforço analítico no âmbito do direito público²².

Nas palavras do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, neste contexto:

[...] o Estado não tem de construir e manter infraestruturas rodoviárias, de energia, de telecomunicações, de tratamento de resíduos, mas deve assumir a responsabilidade regulativa dos serviços públicos de interesse geral. Neste sentido se diz que o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado regulador de serviços públicos essenciais [...]²³.

Pois bem, uma das possibilidades para que o Estado possa regular o mercado nacional de produção de bens e serviços é vislumbrada no escopo das contratações públicas. Conforme será abordado adiante, a legislação do Simples Nacional vem corroborando tal assertiva, ao disciplinar distintas regras que conferem protecionismo às ME e EPP, com o fito de ampliar seu acesso ao mercado, por meio das aquisições públicas.

21 Obviamente, o estudo da regulação do mercado reclama a análise de outras questões altamente relevantes (tais como, reforma e modernização do Estado, desestatização, liberalização da economia, marcos regulatórios, dentre outras). Contudo, tendo em vista os limites e finalidades deste artigo, a presente seção destina-se tão somente à apresentação do contexto de surgimento do Estado regulador e de suas características principais, sem que se tenha a pretensão de esgotar a complexidade e profundidade que o exame do tema reclama.

22 MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto Regulação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 228. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123-128.

23 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 352.

Não se discute, dentre os administrativistas, que a preservação da competitividade é pedra de toque das contratações públicas. Todavia, inovando na disciplina da matéria, com respaldo nos princípios e fundamentos da ordem econômica brasileira e na função regulatória do Estado, o legislador houve por bem ampliar o conceito de “vantajosidade das propostas”, conseqüente ao instituto da licitação.

Assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável – um dos fundamentos das licitações, consoante expresso no art. 5º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – passa, necessariamente, pelo incentivo ao desenvolvimento econômico e social igualitário das empresas nacionais. Com efeito, para além do aspecto econômico, a expressão “proposta mais vantajosa” deve ser lastreada por conteúdo mais abrangente, capaz de agregar ideais de fomento e de desenvolvimento de setores mais frágeis economia, como acredita-se ser o caso das ME e EPP.

Neste esboço, a despeito de as regras em tela representarem relativizações da competitividade das contratações públicas (constituindo-se, portanto, em exceções à regra geral que veda o estabelecimento de restrições, distinções e preferências nas licitações), tais arranjos buscam concretizar valores igualmente relevantes que o constituinte determinou ao Estado brasileiro. A saber, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Tecidos estes esclarecimentos iniciais e adicionais, passa-se, então, a analisar as duas manifestações normativas de relativização da regressividade fiscal brasileira, consoante o tratamento tributário diferenciado (tópico 2.3) e as preferências em sede de aquisições públicas (tópico 2.4), conferidas às ME e EPP, no âmbito do Simples Nacional.

2.3 Um primeiro esforço normativo: simplificação e desburocratização tributária

Conforme já explicitado, para a definição do tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP, a legislação do Simples prevê um regime especial e simplificado para a arrecadação, fiscalização, processamento e cumprimentos de suas obrigações tributárias.

Ao analisar o sistema tributário brasileiro, no citado estudo do Observatório da Equidade do CDES, o Simples Nacional foi reconhecido como um novo indicador do cumprimento das obrigações tributárias

pelas ME e EPP, diante das mudanças significativas processadas neste segmento, em termos de redução da burocracia e de diminuição do custo da tributação.²⁴

Ademais, dentre os enunciados proclamados no sobredito estudo, reafirmou-se a necessidade de reforma tributária, com vistas a corrigir a injustiça e a regressividade de nosso sistema tributário, bem como a persistência de distorções expressivas na incidência dos impostos sobre as empresas, o que tem influenciado negativamente as decisões sobre investimentos e a geração de empregos²⁵.

Não é novidade dentre os tributaristas que o excesso de burocracia e a complexidade das regras fiscais são fatores que desincentivam as atividades produtivas e a geração de empregos, impondo barreiras adicionais à manutenção das empresas, senão vejamos:

O grande número de tributos existentes no país, alíquotas e regras tornam o sistema extremamente complexo e pouco transparente, o que resulta em elevados custos para as empresas e pesada burocracia. De acordo com estudo da FIPE, as obrigações fiscais custam, em média, 0,33% do faturamento em empresas de capital aberto e 1,7% nas empresas com faturamento anual inferior a R\$ 100 milhões. Os recursos necessários para os contribuintes cumprirem suas obrigações com o fisco geram um custo estimado em R\$ 7,2 bilhões/ano. A burocracia consome 7% do tempo administrativo das nossas empresas frente aos 4,1% das empresas na América Latina. No Brasil, uma empresa padrão gasta 2.600 horas por ano para recolher seus impostos sobre vendas, salários e lucros, enquanto tal carga não chega a 500 horas na maioria das economias com as quais concorremos no mercado mundial, segundo o Banco Mundial²⁶.

Em contraponto e a despeito de suas fragilidades, o Simples Nacional tem sido tomado como uma alternativa viável em prol da desburocratização tributária e da formalização de atividades desenvolvidas por pequenos empreendedores. Nada obstante, cumpre anotar que, no bojo das recomendações tecidas em seu Relatório, os Conselheiros do CDÉS recomendaram, dentre outras questões:

²⁴ BRASIL, op. cit. p. 14.

²⁵ BRASIL, op. cit. p. 13.

²⁶ BRASIL, op. cit., p. 30.

i) Harmonização e simplificação da legislação dos tributos sobre bens e serviços federais, estaduais e municipais com vistas à redução do número de alíquotas e das obrigações acessórias, término de regimes especiais e eliminação dos focos de cumulatividade que ainda persistem no sistema; e

ii) Aperfeiçoamento e aprofundamento das mudanças introduzidas pelo SIMPLES Nacional com a atualização das faixas de enquadramento, o fim da substituição tributária e inclusão das pequenas cooperativas nesse regime tributário. A simplificação e a desburocratização do sistema tributário, o tratamento preferencial para as micro e pequenas empresas e para as cooperativas são fatores decisivos para diminuir a informalidade e aumentar a base de contribuintes²⁷.

Ressalta-se que tais recomendações, publicadas no ano de 2011, apesar de sinalizarem os benefícios já alcançados com a intuição do Simples, indicam que o modelo carece de aperfeiçoamento e desenvolvimento constantes, com vistas à, efetivamente, dotar o sistema tributário nacional de padrões adequados de justiça econômica e social.

Pois bem, sem embargo dos ajustes que se fazem necessários, certo é que o modelo em tela representa nítido esforço do Estado regulador de, via política tributária, mitigar as desvantagens competitivas vivenciadas pelas ME e EPP, equalizando (ainda que minimante) a disputa mercadológica entre as grandes e as pequenas empresas.

Conforme por vezes salientado, o sistema tributário brasileiro é dotado de viés regressivo, que acaba por desincentivar as atividades produtivas. Tal distorção, sem dúvida, tem sido custeada primordialmente pelos pequenos empresários. Assim, seguindo os passos de Derzi²⁸ ao tratar do programa Bolsa Família, somos de parecer que a instituição de tratamento tributário diferenciado (e menos oneroso) para as ME e EPP justifica-se, inclusive, como forma de reparar a regressividade tributária nacional, mantenedora das ditas desigualdades mercadológicas.

2.4 Um segundo esforço normativo: acesso ao mercado e preferências em sede de aquisições públicas

Paralelamente aos benefícios instituídos em termos de simplificação e desburocratização das obrigações tributárias, ao longo de seus artigos 41

²⁷ BRASIL, op. cit., p. 13-14.

²⁸ DERZI, op. cit. p. 50.

a 49, a LC nº 123, de 2006, disciplina um rol de vantagens às ME e EPP no tocante ao acesso ao mercado, o que é feito por meio de preferências nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos²⁹.

Quanto à previsão legal de tratamento diferenciado para as ME e EPP em sede de contratações públicas, também vale destacar o regramento veiculado na Lei nº 8.666, de 1993. Com redação dada pela LC nº 147, de 2014, o art. 5º - A do Estatuto Geral das Licitações e Contratos dispõe que “As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei”.

Pois bem, caminhando um pouco mais pelo microsistema normativo das contratações públicas, em 5.10.2007, em âmbito federal, entrou em vigor o Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007 (atualmente, revogado pelo Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015). É, pois, no ano de 2007, com a entrada em vigor do Decreto nº 6.204, que os artigos 42 a 49 da LC nº 123, de 2006, de fato, ganharam viabilidade prática.

Com os objetivos expressos de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica, as regras disciplinadas no recente Decreto nº 8.538, de 2015, ampliou o leque de benefícios e beneficiários previstos no antigo normativo³⁰. Neste bojo, destacam-se as seguintes vantagens: *i*) normas mais flexíveis em termos de comprovação de regularidade fiscal das ME e EPP (art. 4º); *ii*) preferência de contratação de ME e EPP como critério de desempate em licitações (art. 5º); *iii*) realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até oitenta mil reais (art. 6º); *iv*) exigência de subcontratação de ME ou EPP, sob pena de rescisão contratual (art. 7º); e *v*) exigência de que, nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os contratantes reservem cota de até 25 % (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME e EPP (art. 8º)³¹.

29 Vale acrescentar que a Seção II do Capítulo V da LC nº 123, de 2006, trata do “Acesso ao Mercado Externo”.

30 No ponto, chama-se a atenção para a previsão de tratamento diferenciado também para os agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas de consumo.

31 Vale ressaltar que o tratamento diferenciado em voga é afastado, em alguns casos expressos, no bojo do art. 10 do Decreto, que, de um modo geral, prevê situações em que a aplicação dos benefícios poderia frustrar a contratação pública.

Pois bem, a despeito de as normas ora explicitadas não possuírem conteúdo propriamente de Direito Tributário (aproximando-se mais ao Direito Administrativo), tal como na seção anterior, refletem um segundo esforço do Estado regulador de, via contratações públicas, minimizar desigualdades competitivas vislumbradas no mercado nacional.

Igualmente, é possível aduzir que o tratamento diferenciado para as ME e EPP em sede de aquisições públicas justifica-se, até mesmo, como instrumento de mitigação da regressividade tributária, devolvendo a tal segmento empresarial parte dos elevados custos suportados em termos de cumprimento de suas obrigações tributárias.

Isto posto, o quadro abaixo demonstra a participação das ME e EPP nos contratos firmados pelos órgãos que compõem o Sistema de Serviços Gerais – SISG³², do Governo Federal, ao longo dos exercícios de 2013 a 2015.

Exercício de 2013 (jan a dez)
Quantidade de contratos: 29.076
Valor total dos contratos: R\$ 29.016.803.047,80
Contratos com ME e EPP: 71,34%
Exercício de 2014 (jan a dez)
Quantidade de contratos: 29.706
Valor total dos contratos: R\$ 27.076.169.877,80
Contratos com ME e EPP: 72,39%
Exercício de 2015 (jan a dez)
Quantidade de contratos: 22.252
Valor total dos contratos: R\$ 27.870.265.208,50
Contratos com ME e EPP: 70,10%
Percentual médio de contratos firmados com ME e EPP ao longo dos anos de 2013 a 2015: 71,27%
Fonte: sítio eletrônico <i>Compras Governamentais</i> ³¹ .

32 O art. 1º do Decreto nº 1.094, de 23 de março, apresenta a definição do SISG:
“Art. 1º Ficam organizadas sob a forma de sistema, com a designação de Sistema de Serviços Gerais (SISG), as atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação.

§ 1º Integram o SISG os órgãos e unidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, incumbidos especificamente da execução das atividades de que trata este artigo.

§ 2º Os Ministérios Militares e o Estado-Maior das Forças Armadas poderão aplicar, no que couber, as normas pertinentes ao SISG”.

33 Disponível em: <<http://painelcompras.planejamento.gov.br/QvAJAZZfc/opedoc.htm?document=Painel%20de%20Compras.qvw&host=Local&anonymous=true>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

Os dados acima noticiam que, do total de contratações celebradas pela administração pública federal ao longo dos anos de 2013 a 2015, mais da metade (no caso, 71,27%) foram firmadas com ME e EPP. A despeito de o sítio eletrônico *Compras Governamentais* não disponibilizar tais valores para os anos anteriores à implementação do tratamento diferenciado em comento (no caso, a partir de 2007); o significativo volume de contratos celebrados com ME e EPP, *per se*, demonstra o potencial do Simples Nacional em impulsionar o acesso ao mercado por este setor empresarial.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, buscou-se examinar o tratamento diferenciado conferidos às ME e EPP, no escopo do Simples Nacional, com vistas à verificar o seu potencial em mitigar a regressividade fiscal e promover padrões adequados de justiça social. Para tanto, como instrumental teórico, foi exposta uma visão agregadora da matriz tributária brasileira, bem como inventariados estudos sobre o fenômeno da tributação em paralelo com questões afetas à realidade política, econômica e social. Esse tipo de abordagem foi considerado salutar para a análise desenvolvida nas seções 2.3 e 2.4, que trataram dos esforços normativos de simplificação das obrigações fiscais e, em seguida, do acesso favorecido ao mercado pelos pequenos empreendimentos.

Conforme exposto, o Simples Nacional tem sido considerado um exemplo válido de desburocratização e simplificação tributária, sem embargo dos necessários avanços e aperfeiçoamentos que se fazem necessários no modelo. Noutro giro, dados oficiais de contratações públicas realizadas pelo Governo Federal, ao longo dos anos de 2013 a 2015, demonstraram que, pelo menos no tocante às aquisições públicas, o acesso ao mercado das ME e EPP tem sido bastante expressivo.

Em que pese tais conclusões, certo é que o presente artigo não é capaz de confirmar (ou refutar) as potencialidades do Simples Nacional, em termos de redução das desigualdades mercadológicas nacionais. A bem da verdade, em face deste estudo, espera-se lançar vereda para que políticas públicas sejam avaliadas no contexto do fenômeno da tributação, a partir de uma visão ampliativa da matriz tributária brasileira. Assim, pugna-se para que a efetividade de programas governamentais também seja examinada à luz de seu potencial em mitigar a regressividade fiscal brasileira, superando o “silêncio constrangedor em relação à questão tributária”, como bem advertiu Derzi³⁴.

34 DERZI, op. cit.

Ora, em economias capitalistas, a tributação não pode ser considerada meramente sob seu viés arrecadatório. O dito Estado regulador tem se valido, cada vez mais, da legislação fiscal para disciplinar distintos instrumentos de regulação, por meio dos quais se procura por em prática a concepção de justiça social prevalecente em determinada comunidade (conceito que, como visto, se sobrepõe ao de justiça puramente econômica e tributária).

No escopo da atividade tributária, portanto, são vislumbradas efetivas possibilidades de manifestação da atividade regulatória do Estado; fazendo emergir a necessidade de que estudos em Direito Tributário se enveredem também no exame do tema da regulação do mercado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Presidência da República, Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES. *Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional*. 2. ed. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.cdes.gov.br/conteudo/6808/publicacoes-do-cdes.html>>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DERZI, Misabel. Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio (Relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 108, p. 39 – 64, 2014. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/42>>.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, Decisão, Dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GASSEN, Valcir. *Direito tributário: pressupostos e classificações de tributos*. Mimeo. Brasília: 2009.

GASSEN, Valcir. Matriz tributária brasileira: uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e o Direito Tributário. In: GASSEN, Valcir (Org.). *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário*. Brasília: Consulex, 2012. p. 27-50.

HOLMES, Stefen & SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York/London: W. W. Norton & Company, 1999.

LAGEMANN, Eugenio. Tributação: seu universo, condicionantes, objetivos, funções e princípios. In: GASSEN, Valcir (Org.). *Equidade e eficiência da matriz tributária brasileira: diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário*. Brasília: Consulex, 2012. p. 51-70.

MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto Regulação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 228. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 123-128.

NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Tributário na Constituição e no STF*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RECEBIDO EM: 30.05.2016

APROVADO EM: 08.11.2016

**O IMPACTO DAS VALORAÇÕES IMPLÍCITAS
NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES
JUDICIAIS: ESTUDO DE CASO DA POSIÇÃO DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO
DA PRETENSÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS
MORAIS SOFRIDOS POR PRESIDIÁRIOS¹**

***THE IMPACT OF IMPLICIT APPRAISAL IN GROUNDS OF
JUDGMENTS: CASE STUDY REGARDING DECISIONS OF THE
BRAZILIAN SUPERIOR COURT OF JUSTICE ABOUT CLAIMS FOR
MORAL DAMAGES BY PRISONERS***

Fábio Luis Furrer

*Especialização em Direito Penal e Processual Penal pela
Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo
Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo - USP
Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Identificação dos argumentos vencedores no STJ; 2 Exame dos argumentos do STJ; 2.1 A ‘fuga da reserva do possível’; 2.2 A reserva do possível no leito de Procrusto; 2.3 Duas lesões individuais perfazem uma lesão coletiva?; 2.4 Dividir para conquistar; 2.5 Um guia prático para tentar esconder um elefante no jardim; 3 Conclusão; Referências.

¹ Dedicado ao Prof. Dr. Luciano de Camargo Penteadó, in memoriam (1976-2015). O valor da homenagem nada diz quanto ao mérito do homenageado; se, aos olhos do leitor, àquela faltar brilho, tal se deve, exclusivamente, aos limites do talento de quem a presta.

RESUMO: O Superior Tribunal de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de negar compensação dos danos morais a presidiário custodiado em situação degradante, apesar de reconhecer ocorrência de violação de direitos humanos em tais condições. Intenta o presente trabalho realizar estudo de caso, analisando os argumentos aplicados e as conclusões adotadas, de modo a testá-los em termos de consistência e coerência. O foco do trabalho não se volta à tentativa de apresentar a resposta mais adequada à questão; objetiva-se comprovar ou não a hipótese de que a resistência do Tribunal à concessão da reparação pecuniária aos presidiários pode estar amparada não em abordagens jurídicas estruturadas, mas no juízo de reprovação que advém implicitamente da esfera moral, este a incidir não sobre a figura do causador do dano que se encontra sob análise judicial (o Estado), mas sobre o próprio lesado, que apenas por isso tem sua pretensão descaracterizada – embora haja grande esforço para a apresentação de justificativas distintas que serviriam para disfarçar a influência predominante do estigma penal.

PALAVRAS-CHAVE: Danos Morais. Direitos Fundamentais. Presidiários. Condições Inconstitucionais de Custódia. Decisão Judicial. Fundamentação. Estigmatização.

ABSTRACT: The paper intends to discuss the arguments and conclusions of the Brazilian Superior Court of Justice to deny awards of moral damages to inmates imprisoned in degrading conditions, although admitting that the plaintiffs' human rights were violated during custody. The paper does not try to reach the 'best solution' to the case; it is focused on the arguments given by the court and it intends to prove – or not – that the court's conclusion to deny compensation to inmates maybe is based not in the Law, but on a reproving judgment implicitly arising from a moral approach not over who violated the inmates' rights (i.e. the State), but on the own inmates, which only for this reason have their claims mischaracterized - although there is great effort to present different justifications that would serve to disguise the predominant influence of the criminal stigma.

KEYWORDS: Moral Damage. Human Rights. Inmates. Unconstitucional Custody. Judicial Decision. Grounds. Criminal Stigma.

INTRODUÇÃO

Está em curso, no Supremo Tribunal Federal (STF), o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 580.252/MS, que versa sobre pedido de compensação por danos morais causados pelo Estado do Mato Grosso do Sul a presidiário custodiado em situação degradante. Até o final de 2015, três votos pela procedência do pedido haviam sido proferidos, embora um deles não coincida com os demais, em seus efeitos².

A questão foi enfrentada algumas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), em ações patrocinadas pela Defensoria Pública daquele mesmo Estado. Nesta Corte, a posição definitiva foi estabelecida pela Primeira Seção no julgamento dos Embargos de Divergência (EREsp) nº 962.934/MS.

O histórico desse julgamento pode ser traçado em poucas palavras. A 2ª Turma do STJ, órgão fracionário composto por cinco Ministros³, havia dado provimento ao Recurso Especial nº 962.934/MS, interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul, de modo a reformar acórdão do Tribunal de Justiça local que, por sua vez, mantivera a procedência do pedido deduzido pelo presidiário. À ocasião já havia, porém, acórdãos divergentes da 1ª Turma do STJ em outros julgados semelhantes, o que permitiu o recebimento dos Embargos de Divergência, quando os dez Ministros da 1ª e 2ª Turma se reuniram para unificar o entendimento a respeito da controvérsia. Nessa ocasião, negou-se provimento aos embargos, de modo a ser mantido o julgamento de improcedência do pleito reparatório.

2 No RE nº 580.252/MS, o STF reconheceu a repercussão geral do tema referente “à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária” (Tema 365). O Relator, Ministro Teori Zavascki, deu provimento ao recurso, acolhendo a pretensão reparatória, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes. Após pedido de vista, o Ministro Roberto Barroso também deu provimento ao pedido, mas afastou (como regra geral) o pagamento de compensação pecuniária para sugerir, em troca, a utilização de um critério de remição de dias de pena. Há muitos e interessantes pontos de conexão entre os julgados do STJ e do STF, além de inovações importantes trazidas por este último; o presente artigo aborda apenas a decisão do Superior Tribunal de Justiça, porém, porque a extensão de uma abordagem conjunta tornaria inviável a publicação do trabalho nos moldes de um único artigo jurídico.

3 O Superior Tribunal de Justiça é, nos termos de seu Regimento Interno, composto por seis Turmas de cinco Ministros que, agrupadas em pares relacionados a determinadas matérias jurídicas (1ª e 2ª Turma; 3ª e 4ª; 5ª e 6ª), formam três Seções de dez Ministros cada (há, ainda, a Corte Especial, que não é relevante para a discussão). Dentre outras incumbências, compete a tais Seções uniformizar o entendimento eventualmente divergente entre julgados das Turmas a elas relacionadas. Uma das possibilidades está na interposição, pelo interessado, de embargos de divergência (EREsp), como ocorreu no caso.

Há, porém, uma segunda descrição cuja narrativa é mais importante, e que aborda as peculiaridades do julgamento do recurso especial (e dos posteriores embargos de divergência).

Na sentença, consignara o juiz que “o presídio de Corumbá é dotado de celas nas quais cumprem penas mais pessoas do que o dobro de sua capacidade, [...] inclusive não havendo sequer colchões para todos os condenados, tampouco qualquer condição mínima de higiene e limpeza”. Esse trecho se encontra transcrito pelo Ministro Relator dos Embargos de Divergência. Tal circunstância assume particular relevo porque o STJ não pode redesenhar o contexto fático⁴, seja ao julgar recurso especial, ou ao decidir os embargos sequenciais; o papel da Corte se resume a receber os dados tais como estabelecidos⁵ e a eles atribuir determinada consequência jurídica, reformando o acórdão se tal conclusão for diversa da anteriormente obtida. A descrição dos fatos é um invólucro espesso que limita os movimentos dos Tribunais Superiores⁶.

Tanto a 1ª Turma, ao julgar o Recurso Especial, quando a 1ª Seção, ao analisar os Embargos de Divergência, já não podiam afirmar que a sentença errara ao entender demonstrada a insuficiente quantidade de colchões, ou a inadequação das condições de higiene e limpeza. Sob pena de grave usurpação de competência, só seria possível chegar a um novo resultado (dando provimento onde antes este havia sido negado, ou

4 O tema versado pelo artigo é bastante vasto; engloba elementos de direito civil, penal, administrativo, processual e de políticas públicas, porque (i) a situação fática deriva da execução penal, mas (ii) o direito pleiteado tem natureza civil e (iii) o pedido se dirige em desfavor do Estado. Não é possível analisar criticamente a totalidade dos institutos ou entendimentos porventura mencionados nesse amplo contexto, porque tal objetivo seria incompatível com a própria extensão do estudo. Os institutos abordados com maior proximidade são os que se comunicam com os argumentos explorados nos votos; os demais têm seus aspectos críticos eventualmente indicados em notas de rodapé, para não dispersar o exame do que realmente interessa. Nesse ponto, seria possível fazer referência às dificuldades (inclusive de cunho metodológico) que se mostram presentes nessa pretendida separação da análise ‘do fato’ e da análise ‘do direito’, na esteira, por exemplo, de Antônio Castanheira Neves (*Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967).

5 A comprovação dessa prática pode ser realizada por consulta a alguns dos milhares de acórdãos do próprio Superior Tribunal de Justiça que aplicam a Súmula nº 7 daquela Corte (segundo a qual “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), dessa forma reconhecendo que a consequência jurídica pretendida pelo recorrente não se sustenta nos fatos preestabelecidos. A aplicação da Súmula nº 7 pelo STJ é motivo de muitas controvérsias, inclusive no âmbito da fixação da compensação devida por danos morais, em face da ausência de sistematização do trabalho do STJ no ponto (para uma visão crítica sobre o tema: FURRIER, Fábio Luis. A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais – como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 295-319, abr. 2012,).

6 Substancialmente, as mesmas dificuldades se colocam no julgamento dos recursos extraordinários no STF.

vice-versa) por meio do estabelecimento de alguma *construção jurídica* antagônica. Construção, porém, obrigatoriamente formatada a partir dos mesmos dados consolidados.

Tomemos um exemplo hipotético de valoração jurídica passível de substituição, envolvendo conceito normativo aplicável ao caso, qual seja, a de que a hipótese demonstraria violação flagrante de direitos fundamentais do presidiário⁷. Obrigado a admitir, na esteira da sentença e do acórdão do TJ/MS, as condições sub-humanas em que custodiado o autor do pedido, ainda assim poderia o Tribunal, em tese, se negar a reconhecer que tais condições ensejariam violação de direitos humanos. O impedimento insuperável imposto ao STJ para que viesse a decidir dessa forma não decorre propriamente de limitações jurídicas, mas na incompatibilidade da tese com as condicionantes reais do julgamento: o desprezo do Estado brasileiro às garantias mínimas de bem-estar da população carcerária é tão evidente e notório que apenas por meio de uma valoração extremamente pobre do conceito de direitos humanos – equivalente à negação material destes, ou à sua admissão puramente formal – seria possível sustentar tal resultado.

Em resumo, quando não há compatibilidade entre realidade e teoria, ou se distorcem os fatos, ou se esvaziam os conceitos. Quando um desses caminhos é escolhido em um julgamento de tamanha importância, é preciso formular a hipótese de que algum elemento de convicção bastante poderoso necessariamente influenciou um desvio tão brusco de rumo. Cumpre descobrir, então, se existe algum argumento declarado que a isso corresponda em força motriz, ou se é um juízo implícito de que falamos, e por isso ainda mais perigoso.

7 Evidente que não se despreza, aqui, o processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais quando se afirma a normatividade desses mesmos direitos (nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 4. ed. rev. e atual., 2005); os processos não são tomados como excludentes. A questão se volta, apenas, a constatar as consequências da normatização: “Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 12. ed. revista, atualizada e ampliada, 2015. p. 61-2).

Como forma de instrumentalizar a abordagem, a primeira parte do presente artigo se volta a *identificar* os elementos inseridos e/ou alterados pelo Superior Tribunal de Justiça para justificar a reversão do entendimento antes acolhido pelo TJ/MS, no caso concreto, e a superação dos entendimentos da 1ª Turma daquele Tribunal, em casos semelhantes.

A mera descrição pouco resultado renderia, porém, se não viesse acompanhada de estudo analítico. A segunda parte intenta *examinar* (i) a *adequação* das escolhas realizadas, o que se mede (i.i) pelo *cotejo* entre os sentidos emprestados pelo STJ a conceitos e valores jurídicos com os que estes possuem na doutrina e em outros julgados, e, em segunda instância, (i.ii) pela *pertinência e validade* dos fundamentos construídos a partir desses conceitos e valores para o fim a que se destinam, qual seja, a sustentação da conclusão do julgado.

Como resultado, o artigo se propõe, ao final, a apresentar uma *conclusão* que, decorrendo dos itens predecessores, naturalmente os unifique sob um único signo capaz de colmatar as lacunas existentes entre as fundamentações e as conclusões adotadas. Não se pretende indicar uma suposta ‘melhor resposta’ ou ‘melhor fundamentação possível’ para a controvérsia. Ainda que, eventualmente, seja possível afirmar que certo argumento foi lançado com o intuito de suprir a omissão deliberada de outro mais pertinente, o escopo do presente estudo se limita a analisar os argumentos aplicados pelo Tribunal, assim como suas relações. Portanto, o trabalho está delimitado pelo teor das manifestações judiciais a que se refere.

1 IDENTIFICAÇÃO DOS ARGUMENTOS VENCEDORES NO STJ

O voto vencedor dos Embargos de Divergência parte de transcrição da fundamentação do voto vencedor proferido no Recurso Especial julgado pela 2ª Turma, de modo a reiterar que: (i) não vingariam as referências contidas no acórdão proferido pelo TJ/MS à dignidade da pessoa humana e à violação do mínimo existencial, porque ausente “razoabilidade ou mesmo proporcionalidade em onerar o ente estatal com mais uma rubrica despida de finalidade pública”; (ii) a solução adequada para a questão se daria no âmbito de uma melhoria no sistema prisional como um todo, e não diante do pagamento de compensações individuais aos presos; (iii) a resolução da controvérsia não diria respeito à reserva do possível; (iv) seria equívoco atribuir caráter pedagógico à compensação moral, assim como apaziguar ‘o sofrimento do recorrido de modo pecuniário’; (v) a condenação, na hipótese, geraria contradição com outros entendimentos jurisprudenciais relacionados a hipóteses de falha do serviço estatal, como

o que isenta o Estado de responsabilidade diante de crime cometido por fugitivo do sistema carcerário; (vi) a Defensoria Pública atuaria mal ao direcionar seus esforços a esse tipo de demanda, ao invés de propô-las em âmbito coletivo ou acompanhar expedientes de execução das penas; e (vii) a compensação financeira, se mantida, daria a impressão de que o Estado aceitaria trocar a efetivação dos direitos constitucionais de dignidade do preso por um ‘pedágio-masmorra’ (expressão a que se atribuiu grande ênfase nos votos vencedores).

A fundamentação do entendimento vencedor nos embargos de divergência acrescentou, por sua conta, dois elementos: (viii) não seria cabível compensação individual por “um dano moral que decorre de uma situação tipicamente coletiva”; e (ix) haveria na improcedência do pedido de compensação uma ‘lógica’, contrastada pela assertiva de que “a decisão em sentido diverso [...] seria ilógica”. Essa ‘lógica’ estaria desdobrada em um aspecto ‘intrínseco’ e em outro ‘extrínseco’: pelo primeiro, compensações individuais agravariam o problema coletivo ao drenar recursos públicos e, pelo segundo, apenas a morte de detento por omissão estatal seria hipótese de compensação aceita na jurisprudência, sendo que “tais precedentes não podem equivaler ao conflito em debate”.

A seguir, o voto vencedor discorreu sobre o papel do Judiciário na equalização dos ‘direitos em colisão’ por meio de duas citações: uma sobre ‘escolhas trágicas’ e outra que, a partir da noção de custos dos direitos, justifica o eventual sacrifício do direito individual em prol dos direitos sociais.

2 EXAME DOS ARGUMENTOS DO STJ

2.1 A ‘fuga da reserva do possível’

O voto menciona uma série de conceitos jurídicos (razoabilidade, proporcionalidade, finalidade pública, caráter pedagógico da pena, reserva do possível, dano coletivo e direitos em colisão), mas não os explicita. A falta de definição dos conceitos surge de plano como um problema, pois sobre alguns deles incidem interpretações controvertidas e, assim, limites esfumados, disso decorrendo maior dificuldade de intelecção acerca da conexão pretendida entre os institutos e o caso concreto⁸.

8 Esse tipo de entrave é recorrente nas decisões judiciais, e pode ser criticado de variadas formas. A título exemplificativo, é de grande valia a explanação de Roberto Freitas Filho a respeito da aplicação do prescritivismo universal de Richard Hare ao trabalho jurídico (Decisões jurídicas e teoria linguística - o prescritivismo universal de Richard Hare. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. 19-43, abr./jun.2008), de onde extraem-se os seguintes excertos, consonantes à presente proposta:

Nesse sentido, desde uma primeira leitura resta claro que da utilização dos termos ‘lógica’, ‘lógico’ ou ‘ilógico’ pelo voto não se pretendeu extrair o real peso argumentativo que deles poderia decorrer se aplicados em sentido próprio; as referências se apresentam veiculadas em sentido meramente coloquial ou como ferramentas questionáveis de retórica, a verbalizar argumentos de autoridade.

Dois outros destaques, porém, são mais importantes para que se compreenda a modelagem do voto – ou seja, o que nele foi acrescentado e, em contrapartida, o que omitido. O primeiro ponto de reflexão pode ser provisoriamente chamado de ‘*a fuga da reserva do possível*’, aspecto interessantíssimo (e muito rico em termos de escolhas argumentativas) do voto vencedor proferido nos Embargos de Divergência.

Como rapidamente mencionado durante a listagem dos argumentos aplicados pelo STJ, a posição prevalente na 1ª Seção seguiu o julgado da 2ª Turma para afirmar que a reserva do possível não diria respeito à controvérsia e, por isso, não seria abordado. Operou-se ali um corte radical, pois na verdade esse instituto era tema imanente à discussão desde a sua origem, fazendo parte do contexto em que recebida a controvérsia pelo STJ porque amplamente veiculada nas instâncias ordinárias, como provam as transcrições constantes do voto vencido. Retomando considerações anteriores, não há dúvida de que o STJ estava efetivamente livre para concluir que a abordagem jurídica tecida pelo juiz e pelo TJ/MS seria na verdade desconectada do problema, apresentando a seguir outras razões (jurídicas) de convencimento que levariam a resultado diverso. Porém, a legitimidade da nova fundamentação, nessas circunstâncias, está atrelada à integral substituição da argumentação antiga, se o pressuposto adotado para tanto é a inadequação da tese jurídica anterior.

Em outras palavras, o STJ poderia desprezar completamente a reserva do possível se apresentasse outro argumento jurídico independente e de consistência e abrangência suficientes para fornecer resposta adequada (mantidas as bases fáticas). A serventia da argumentação posterior, nessa

“Há princípios gerais que são formulados com palavras de valor as quais, se forem tratadas como auto-evidentes, podem gerar problemas lógicos. A importância desse ponto é fundamental para que se esclareça como, no âmbito do Direito, é possível decidir com aparência de fundamentação adequada sem que efetivamente assim se dê. Quando uma norma é formulada com uma palavra de valor, não é possível tratá-la como um conceito analítico” (p. 22). E, mais adiante: “Se não há coerência interna num processo dedutivo entre termos das premissas, ou o aplicador está a falsear intencionalmente o sentido dos (ou de um dos) termos que a compõem ou simplesmente ele os desconhece. No Direito, o problema aparece com frequência em fundamentações de decisões nas quais há o estabelecimento de um sentido a um termo da premissa que discrepa de seu sentido léxico ou em seu jargão específico” (p. 35).

hipótese, passa a estar condicionada à demonstração de que a nova abordagem exclui todos os resquícios da fundamentação desprezada; em caso contrário, não se justifica a premissa inicial, segundo a qual ‘o caso X não se resolve pela tese jurídica Y, mas por Z’.

Se o Tribunal afirma desprezar uma tese e, apesar disso, faz uso de elementos desta no desenvolver da fundamentação, o corte argumentativo não é apenas radical, mas também intencionado à dissimulação de arbitrariedade: uma ‘navalha de Occam’ aplicada como premeditação, não como método⁹.

É o que ocorre com a fundamentação do voto vencedor. O substrato mais forte desse voto trabalha o viés da *questão orçamentária* estatal. Parte-se da noção (correta) de que os recursos do Erário são finitos. Em consequência, precisam ser alocados da melhor forma possível de modo a atender ao maior número de necessidades públicas. Por mais que o voto vencedor repita não estar abordando a reserva do possível, o fato é que tais premissas se comunicam inquestionavelmente com o contexto em que esse instituto costuma ser trabalhado no direito brasileiro¹⁰. O acórdão, portanto,

9 Em rigor, não aparenta haver impedimento à adaptação (criteriosa) do conceito filosófico citado ao trabalho jurídico; é possível vislumbrar a utilidade do método, por exemplo, quando ninguém menos que Oliver Wendell Holmes, Jr., talvez o mais influente dos juízes da Suprema Corte norte-americana, afirma: “What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law” (*The path of the Law*. 10 Harvard Law Review 457, 1897). Ou seja, Oliver W. Holmes, Jr. reconhece a existência de muitas explicações abstratas sobre o que é o Direito, mas prefere a que engloba menor quantidade de elementos: é aquilo que o ‘homem mau’, sujeito à sanção jurídica por causa de suas condutas, espera que sobre ele incida por comando do Tribunal ao qual se sujeita. Aqui, não parece haver erro na aplicação do método, embora ele não garanta, obviamente, o acerto da conclusão; nada garante que uma premissa fundamental não tenha sido indevidamente descartada pelo lendário Justice, ou até que restem ainda outras premissas passíveis de descarte.

10 “Um dos argumentos mais utilizados para justificar a inação da atividade jurisdicional no controle de políticas públicas é a insuficiência atual de recursos públicos para a satisfação do provimento jurisdicional. Afirma-se, em geral, que os direitos sociais demandam enormes investimentos públicos, de forma que a interferência do Poder Judiciário no orçamento, para a respectiva satisfação, poderia inviabilizar economicamente o funcionamento do próprio Estado. Assim é que se condiciona a concessão de direitos sociais à prévia dotação orçamentária do erário público, invocando-se como argumento de referência a teoria da ‘reserva do possível’” (JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a ‘reserva do possível’: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo (orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225-236, p. 225).

nega expressamente fazer uso da ‘reserva do possível’, ao mesmo tempo em que propõe uma solução totalmente voltada à questão orçamentária.

Nesse contexto, pretender que a simples negação verbal quanto à aplicação da reserva do possível seja suficiente para convencer o jurisdicionado de que o voto prescinde de tal instituto é acreditar na existência de uma ingenuidade alheia equivalente à que se fiaria o exército grego se pretendesse avançar através das muralhas de Tróia carregando o famoso Cavalo de madeira nas costas, em vez de estar dentro dele.

O voto propõe, portanto, uma vinculação explícita entre a reparação do dano moral e a melhor alocação possível de recursos financeiros estatais. Disso decorrem dois graves problemas: (i) para que a vinculação funcione, a reparação do dano moral precisa forçosamente ser nivelada a uma política pública¹¹, pois apenas nesse contexto o argumento pode ser operacionalizado; e (ii) sob a perspectiva do resultado que vem a ser dessa forma atingido, admite-se o *dano de existência inquestionável*, o nexo de causalidade e um causador exclusivo, o Estado; mas, ainda assim, sobre este não incidiria a obrigação de reparar.

Abordemos essas duas consequências inerentes ao desenvolvimento xifópago dos conceitos de reparação e orçamento. A ‘reserva do possível’, ou qualquer outro argumento fundado nas mesmas bases, ainda que nominalmente não identificadas, costuma ser pensada em termos judiciais na perspectiva de uma *demanda a ser implementada*, geralmente relativa a direito social cuja efetivação não está sendo concretizada pelo Executivo, por ação ou omissão. Suponha-se, por exemplo, pleito para que todos os presídios passem a contar com aparelhos de desfibrilação, úteis em caso de emergência cardíaca. Há aí uma demanda que se requer implantada, uma pretensão que é, em si, relacionada à saúde de uma parcela determinável da população. Contra ela, pode ser oposta a necessidade igualmente premente de suporte a outras medidas reputadas mais relevantes, inclusive no âmbito da própria proteção à saúde dos presidiários, como o fornecimento normal de vários outros remédios e insumos de administração constante em virtude

11 “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39).

de doenças crônicas mais comuns. Esse é o papel do administrador público, a ser ocasionalmente valorado pelo Poder Judiciário: decidir o que se implanta e o que se deixa de implantar diante da finitude de recursos numa sociedade fragmentada por múltiplos interesses, *numa visão prospectiva*¹².

No julgamento do EREsp, porém, não há similitude ontológica e/ou prospectiva entre a pretensão negada (compensação por danos morais) e a que se reputa mais importante implementar e que, assim, justificaria a negativa daquela (melhoria nas condições carcerárias). *Dano moral não é política pública*; é reparação de dano anterior, já ocorrido e acabado¹³. Parece que escapa ao entendimento dominante no âmbito do STJ distinção explanada no voto vencido proferido naquela ocasião, segundo a qual *dano moral é passado e políticas públicas são presente e futuro*¹⁴. O ponto está formulado de modo mais elegante pela posição minoritária, mas a essência condensada do argumento é essa. Passado, presente e futuro não se misturam, não podem se anular; o componente temporal por si já é uma barreira invencível.

-
- 12 Como afirma Pablo Malheiros da Cunha Frota (*Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014), “[...] o Direito Civil [e talvez todo o sistema jurídico, da forma como tradicionalmente o concebemos] tem uma função de presentificação do pretérito, a torná-lo conservador. Isso não o impede de, na contemporaneidade, também deter um viés prospectivo, que respeite e observe a dignidade do passado, aplicando no presente o que dele é adequado, a projetar tendências e caminhos do devir e do porvir” (p. 218).
- 13 A assertiva diz respeito ao dano moral, especificamente; e de qualquer sorte, deve ser necessariamente entendida como antítese aos argumentos do voto. Pressupõe, evidentemente, o confronto do julgado com a visão contemporânea da responsabilidade civil, de modo que o valor da crítica está, justamente, em demonstrar que a posição do STJ a respeito da compensação por danos morais aos presidiários sequer se amolda aos conceitos correntes que são simultaneamente defendidos pelo mesmo Tribunal, em uma infinidade de outros casos. Não representa, portanto, uma crítica ou desqualificação de visões mais progressistas em relação à responsabilidade civil. A respeito de tais perspectivas, a obra recente de Pablo Malheiros da Cunha Frota, resultado do doutoramento do autor sob orientação do Ministro Luiz Fachin (*Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014) é leitura obrigatória.
- 14 Evidente que as políticas públicas, ao menos na perspectiva de sua avaliação, também possuem um ‘passado’. Acerca das várias modalidades de avaliação de políticas públicas, o texto clássico de Marcus Faria Figueiredo e Argelina Maria Cheibub Figueiredo, *Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica* (In: *Análise & Conjuntura Belo Horizonte*: Fundação João Pinheiro, v. 1, n° 3, pp. 107-27, set/dez. 1986) é uma obra referencial; mais recentemente, Carla Giane Soares da Cunha apresenta estudos de casos voltados à realidade brasileira (*Avaliação de políticas públicas e programas governamentais: tendências recentes e experiências no Brasil*. Universidade Federal do Pará. Trabalho do curso ‘The Theory and Operation of a Modern National Economy’. Programa Minerva. George Washington University, 2006). Não é esse, porém, o contexto em que se coloca a discussão, a partir do que disposto pelo acórdão do STJ. Neste, a ideia de política pública é relacionada àquilo que deveria ser feito, não ao juízo sobre o que foi realizado.

É evidente que a melhoria das condições carcerárias poderia levar ao esgotamento da base fático-jurídica sobre a qual se debruça a violação do direito moral perquirido, mas nem mesmo cadeias construídas de acordo com padrões nórdicos de qualidade fariam apagar o dano ocorrido até o momento em que inauguradas. O acórdão, portanto, se esforça em equiparar circunstâncias incommunicáveis sob o aspecto temporal e, para isso, distorce a reparação do dano moral, tratando-o como se política pública fosse. Ao fazê-lo, encontra legitimação formal para se limitar a tecer juízo de valor sobre qual das duas supostas políticas públicas seria mais eficaz na solução do apontado problema carcerário, agora unificado em um contexto artificial.

Dáí a estranha referência a expressões usadas nos votos vencedores com o objetivo de criar algum impacto retórico, segundo as quais a procedência da reparação do dano moral individual seria equivalente à concessão ao condenado de um ‘pedágio-masmorra’ ou ‘bolsa indignidade’. A utilização desse último epíteto, empregando termo amplamente relacionado a políticas públicas governamentais voltadas à população de menor renda (bolsa-família, bolsa-escola *etc*), por si só é prova da transmutação proposital da natureza do dano moral operada pelo voto; ninguém menos que Schopenhauer, grande sistematizador da dialética erística e dos modos de combatê-la, afirmou de certa feita que “um orador delata com frequência sua intenção pelos nomes que dá às coisas”¹⁵. ‘Bolsas’ são concedidas como instrumentos de ajuda a necessitados e como forma de incentivo ao

15 Acrescentando, ainda, que “de todos os estratagemas, este é o que se usa mais frequentemente de maneira instintiva” (SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratagemas (dialética erística)*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho, tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho, p. 144). A dialética erística era entendida por Schopenhauer como “a arte de discutir de modo a *vencer*, e isto *per fas et per ne fas* (por meios lícitos ou ilícitos)” (p. 95 – grifos no original), conceito bastante afastado do entendimento aristotélico de dialética, como demonstrado na longa introdução de Olavo de Carvalho e confirmado por Franco Volpi, em ensaio crítico publicado na edição da Martins Fontes por ele organizada (SCHOPENHAUER, Arthur. *A arte de ter razão – exposta em 38 estratagemas*. São Paulo: Martins Fontes, 3. ed. 3ª tiragem, 2014. p. 78-9). Não por acaso, muitos dos 38 estratagemas citados por Schopenhauer poderiam ser exemplificados pelos argumentos abordados nos votos em exame, além deste, de nº 12 (denominado por Olavo de Carvalho [em subtítulo que não consta da edição organizada por Franco Volpi] de ‘manipulação semântica’). Dentre os 38, há um muito utilizado no trabalho judiciário, que é o “argumento *ad verecundiam*”, quando “em vez de argumentos, utilizamos autoridades, segundo os conhecimentos do adversário” (p.163 da tradução de Caldas e Carvalho; p. 40 da tradução de Volpi), ou o que Schopenhauer chama de ‘preconceitos gerais’, consistentes em opiniões genericamente aceitas pela maioria, muito embora na origem emanem de “duas ou três pessoas” (p. 169 e p. 43, respectivamente). Diz expressamente o filósofo: “Nos tribunais disputa-se recorrendo exclusivamente a autoridades; à autoridade da lei, que é firme. O papel próprio da autoridade judicial é encontrar a lei, isto é, a autoridade aplicável a um caso concreto. Mas a dialética tem um espaço de ação suficiente quando, numa situação determinada, o caso concreto e a lei, na realidade alheios um ao outro, são girados até que se possa considerar que têm uma relação entre si; e também ao contrário” (p. 172 da tradução de Caldas e Carvalho).

desenvolvimento pessoal e familiar; em termos de políticas públicas, talvez possam ser representadas por uma adaptação do brocardo popular, segundo o qual seria necessário ‘dar o peixe e ensinar a pescar’¹⁶. Porém, aquele que vê reconhecida, pelo Judiciário, uma violação de direito de personalidade não precisa de ajuda nem de incentivo. Merece simplesmente a reparação do dano sofrido, na condição de vítima.

Há enorme engano na negação da compensação moral ao argumento de que esta representaria “mais uma rubrica despida de finalidade pública, em sua essência”, como afirma literalmente a posição vencedora no STJ. O argumento parece pressupor que toda despesa estatal deve estar estritamente vinculada a uma ‘utilidade pública’, mas não há e nem pode existir finalidade pública nessa reparação. Reparar dano moral é uma obrigação constitucional de natureza diversa, derivada do art. 37, § 6º, da CF/88.

A partir dessa equiparação falsa, a posição vencedora no EREsp ainda supõe, sem o demonstrar, que o Estado não possuiria recursos para fazer frente à compensação, muito embora o entendimento minoritário tenha esclarecido, ainda no curso dos debates, que o pagamento das condenações judiciais se vincula ao sistema de precatórios e não ao orçamento do sistema prisional genericamente considerado.

É demasiadamente grave notar que esse desvio de perspectiva a respeito da questão orçamentária não foi cometido exclusivamente pelo voto vencedor. A sentença, ao julgar procedente o pedido de compensação dos danos morais, havia emitido juízos sobre as políticas públicas do governo e afirmado, textualmente, que deveria ocorrer a “[...] priorização do que deve ser feito (como, *v.g.*, segurança pública) em detrimento de investimentos (*v.g.*, exagerada ‘propaganda institucional’) que poderiam ser postergados para momento em que o Poder Público não estivesse com tantas deficiências em áreas essenciais ao bem estar comum”. Ora, trata-se de equívoco de mesma natureza, irrelevante que cometido em direção inversa¹⁷. A sentença propôs

16 Nesse sentido: “Os CCTs [‘conditional cash transfers’, ou transferências de renda condicionadas] têm certos elementos que os distinguem de outros tipos de políticas sociais: funcionam por meio de transferência de renda, utilizam mecanismos de focalização, são acompanhados de condicionalidades e voltam-se ao objetivo de reduzir a pobreza. A maior parte dos CCTs procura, ainda, combinar o objetivo (imediate) de reduzir a pobreza com metas de longo prazo, voltadas para o desenvolvimento de capital humano” (COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2012. p. 73-122 (p. 96)).

17 Não é de se estranhar que premissas equivocadas eventualmente gerem resultados satisfatórios – o que pode trazer complicações bastante graves ao exame das decisões judiciais. Em lógica formal, é preciso

substituir o confronto entre dano moral e política pública inexistente (qual seja, a da construção de presídios) pela confrontação do dano moral contra todos os gastos e políticas públicas que existem. Aceitar esse argumento é admitir, colateralmente, que o dano moral pode deixar de ser reparado pelo Estado se este vier a gastar bem o que arrecada. Em resumo, aqui há o mesmo processo de relativização do dano moral em face das políticas públicas, o mesmo processo de aviltamento e de submissão dos direitos individuais ao crivo da atividade executiva do Estado.

2.2 A reserva do possível no leito de procrusto

Abordemos agora a segunda consequência controversa da vinculação entre reparação e orçamento.

A formulação alemã da reserva do possível, extraída do conhecido caso “*numerus clausus 1*”, conforme julgado pelo Tribunal Constitucional Federal em 1973¹⁸, fazia incidir a razoabilidade e proporcionalidade sobre pretensão individual frente às limitações globais da prestação estatal, num juízo relacionado à efetivação de direito social (naquele caso, de amplo acesso ao curso superior de medicina, do que resultaria imposição ao Estado alemão no sentido de proporcionar tantas vagas quantos fossem os interessados). Em outras palavras, o tribunal alemão afirmou a impossibilidade da extensão indefinida do acesso ao curso de medicina apenas com base na demanda, quando vagas estavam sendo disponibilizadas numa proporção considerada aceitável – e ainda que disponíveis recursos financeiros estatais para, em tese, ampliar aquela oferta.

É preciso analisar a demanda em si, apartada da capacidade prestacional do Estado; se irrazoável ou desproporcional, pode haver recusa ainda que existam recursos disponíveis¹⁹. Esta é a parte da reserva

diferenciar validade e correção. Validade diz com a forma; em um silogismo, basta que se respeite, por exemplo, a ordem ‘Todo A é B; c é um A; c é B’ e, nesse caso, premissas não verdadeiras eventualmente poderão levar a uma conclusão verdadeira. As premissas só justificarão a conclusão se forem verdadeiras, o que leva à correção do argumento como um todo. A correção, porém, não é objeto da lógica formal, como indica seu próprio nome (MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001. p. 16-22).

- 18 As referências diretas ao julgado alemão foram retiradas, em linhas gerais, de Luís Fernando Sgarbossa (*Críticas à teoria dos custos dos direitos: volume 1, reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.p. 133-141 e 215-6).
- 19 Quanto a esta última afirmação, no sentido de que a negativa na prestação do serviço pode ocorrer ainda quando existentes os recursos: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível’*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 29.

do possível que o voto pretendeu, deliberadamente, ‘olvidar’. O alcance do instituto não se esgota na discussão a respeito de gastos públicos²⁰; também leva em consideração a razoabilidade da demanda, sendo esta, aliás, sua perspectiva original. Por que, então, o STJ não se limitou a julgar irrazoável a pretensão, se já havia procedido à indevida equiparação entre compensação de dano moral e políticas públicas? Se assim houvesse feito, teria ao menos apresentado resposta mais condizente à teoria – não obstante mantendo premissa equivocada.

Ocorre que a impossibilidade de alterar as bases fáticas anteriormente descritas pelas instâncias de origem direciona a discussão não propriamente à razoabilidade, mas à questão do *mínimo existencial*, conforme ressaltou o entendimento minoritário. Atingido esse substrato, o Estado não tem autonomia constitucional para barganhar o essencial; em caso contrário, haveria evidente contrassenso, pois um limite negociável é meramente indicativo. A realidade brasileira não deixa dúvidas a respeito da inadimplência completa do Estado quanto à sua obrigação de custodiar dignamente os condenados. As condições materiais de violação da dignidade da pessoa humana são gritantes e desmerecer tais fatos, relativizando-os em termos de gravidade, equivale a proclamar a existência apenas formal daquele direito fundamental.

O acórdão proferido pela 1ª Seção do STJ, em resumo, tergiversa a respeito da reserva do possível; nega aplicá-la, mas na prática a divide em duas partes, aproveitando a metade consonante com o vetor de improcedência do pedido – a ‘questão orçamentária’ – e rejeitando aquilo que lhe traria dificuldades argumentativas intransponíveis – o ‘mínimo existencial’. Com isso, o acórdão não relê formalmente as provas dos autos, mas as ignora o suficiente para não ter que equacionar a decisão a partir delas. Com o objetivo de contornar a sistemática constitucional-processual relativa ao julgamento dos recursos especiais, portanto, os votos vencedores proferidos no STJ desconnectam a decisão das provas existentes nos autos, e a seguir isolam-na da totalidade das consequências geradas pelos próprios institutos jurídicos incidentes à controvérsia.

20 Após explanar controvérsia a respeito da dimensão dúplice ou tríplice da reserva do possível (que incluiria ou não, segundo a perspectiva adotada, a proporcionalidade como elemento, havendo consonância em relação às dimensões fática e jurídica), Ingo W. Sarlet afirma que “de qualquer sorte, o mais importante é que se tenha presente que a problemática posta pela reserva do possível abrange um conjunto diferenciado de aspectos, que não pode ser reduzido à questão da efetiva disponibilidade de recursos materiais” (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 296, nota de rodapé n° 162).

Essa reformatação *a forceps* do processo remete às lendárias práticas do ladrão Procrusto, conforme referidas no ciclo mitológico do herói Teseu, que o enfrentou. O salteador possuía duas camas, uma muito grande e outra muito pequena. Se um viajante lhe pedisse repouso em suas terras, e fosse de baixa estatura, Procrusto lhe oferecia o leito amplo. Após constatar que sobrava espaço, matava o hóspede esticando seus membros até que ocupasse toda a cama. E se o estrangeiro fosse alto, colocava-o na cama pequena e cerrava parte de seu corpo, até que suas medidas se adequassem perfeitamente²¹.

O juiz-Procrusto revivido pelo STJ vai mais longe porque sequencia as técnicas: primeiro coloca um problema grande numa cama pequena e lhe corta as provas; depois passa a uma cama ainda menor e decepa metade da teoria jurídica que, desde a primeira instância, havia sido reconhecida como fundamental para a abordagem do problema; e, por fim, arremessa a controvérsia ao leito grande e estica o que sobrou – o viés orçamentário – até que este, completamente distorcido, dê a impressão de que, sozinho, preenche totalmente o espaço. Assim é que o STJ chega à chocante afirmação, veiculada pela ementa do EREsp nº 962934/MS, no sentido de que “não é razoável – e ausente de lógica – indenizar individualmente”. O conceito de razoabilidade não poderia estar mais distante de seu sentido jurídico; e se alguma ‘lógica’ existe no voto, esta é puramente a lógica da autoridade que impõe determinada conclusão e, com nítido enfado, apenas formalmente cumpre o dever de fundamentá-la.

Na ‘lógica’ do voto, o que se estabelece é uma falsa dicotomia entre melhorar a cadeia ‘versus’ pagar reparações (ao que se atribui um midiático rótulo: ‘pedágio-masmorra’). Não há qualquer esforço ou tentativa de demonstração da consistência dessa associação direta, que é apresentada, pois, como verdade evidente. Contudo, se alguma verdade evidente existe no que diz com a situação carcerária brasileira, ela aponta para o sentido inverso, qual seja, o de que reparações por danos morais nenhuma influência possuem sobre as condições atuais do sistema prisional, pelo simples fato de que até o momento as reparações não estão sendo pagas, enquanto as cadeias só fazem piorar²².

21 Resumido a partir de SCHWAB, Gustav. *As mais belas histórias da Antiguidade Clássica – os mitos da Grécia e de Roma*. São Paulo: Paz e Terra, 6. ed. v. 1, tradução de Luís Krausz, 2001. p. 251-2. Em outras fontes, haveria uma única cama de ferro, que seria regulável.

22 Anteriormente, foram feitas referências à existência de diversos pontos em que os votos em exame teriam utilizado elementos de dialética erística. Por dever de honestidade intelectual, é de se reconhecer que a presente objeção representa, na mesma linha, o que se chama de ‘retorsio argumenti’: “[...] quando o argumento, que o adversário quer usar a seu favor, pode com mais razão ser utilizado

A fundamentação da posição vencedora é cruel e terrivelmente reducionista, exatamente como Procrusto, o lendário mutilador. Ao desprezar enorme quantidade de variáveis relacionadas ao problema carcerário em função de apenas duas que estão associadas exclusivamente à vítima (reparação individual x reparação coletiva), aprioristicamente resta excluído das considerações relativas ao problema ninguém menos do que o causador do dano (como se este não fosse por ele responsável), além do nexo de causalidade. Outra valoração não é possível extrair de tal abordagem além daquela que aponta para a deliberada busca de um responsável onde ele sabidamente não existe; como que envoltos pela penumbra no aeroporto de Casablanca, estamos a observar o Capitão Louis Renault (Claude Rains) ordenando aos seus subalternos da força policial que não meçam esforços para capturar os suspeitos de sempre, após presenciar o homicídio de um oficial nazista por seu amigo Rick Blaine (Humphrey Bogart)²³, com quem conversa tranquilamente.

Afinal, que culpa poderia ter o Estado se os presos não se adequam ao leito que lhes é oferecido?

2.3 Duas lesões individuais perfazem uma lesão coletiva?

A predeterminação do resultado do julgamento a partir da redução do problema a um confronto maniqueísta entre vitimização individual ou coletiva é veiculada de forma mais transparente, no entendimento majoritário do STJ, pela repetição da expressão ‘dano coletivo’ em referência à lesão cuja reparação seria efetivamente devida (por meio da implantação de uma política pública carcerária de grandes dimensões). Tal expressão, citada expressamente ao menos por três vezes no corpo do voto condutor, aparenta significar apenas que todos os presos sofrem do mesmo problema, inobstante se apresente isolado o autor em seu pedido reparatório. Como argumento para justificar o indeferimento da pretensão unipessoal, o socorro à expressão representa nova arbitrariedade, por mais de um motivo.

contra ele. Por exemplo, ele diz: ‘É apenas um menino, devemos deixá-lo fazer o que quiser’. *Retorsio*: ‘Precisamente porque é um menino, deve-se castigá-lo para que não persevere em seus maus hábitos’” (SCHOPENHAUER, ob. cit., p. 157 da tradução de Caldas e Carvalho). A utilização do mecanismo como crítica ao voto parece se encontrar autorizada, porém, porque objetivamente fundada em dados notórios.

23 *Casablanca*, filme dramático norte-americano lançado em 1942 pelo estúdio Warner Bros., dirigido por Michael Curtiz e produzido por Hal B. Wallis, com Humphrey Bogart, Ingrid Bergman e Paul Henreid nos papéis principais. A citação se refere a uma das últimas falas do Capitão Renault, que, após presenciar o tiroteio entre Rick e o oficial nazista, assim se dirige aos policiais: “Major Strasser’s been shoot... Round up the usual suspects”.

O argumento está fundado no confronto entre a situação material, concreta, de todos os detentos e o polo ativo processual individual. Disso extrai a posição vencedora um descompasso que, a rigor, é mero veículo de um juízo de valor: por que só o autor deveria ser isoladamente reparado em seu dano, se há vários outros nas mesmas condições?

Deixemos de lado, por enquanto, o subtexto valorativo encerrado nessa objeção. No momento, o que importa salientar é que o argumento foi levantado em embargos de divergência e que estes, por sua vez, só foram admitidos em face da existência de outras demandas semelhantes (advindas do mesmo Estado do Mato Grosso do Sul, inclusive) que haviam sido julgadas procedentes pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça. Portanto, a pretensão não era tão ‘individual’ quanto o argumento quer fazer parecer, e a 1ª Seção tinha plena consciência disso. O voto fez uso de um conceito de ‘individualidade’ meramente processual²⁴, relacionando-o puramente à formação do polo ativo de uma única demanda, para mascarar a discussão sobre a natureza material do direito envolvido, quando em relação a esta, haveria bons fundamentos na própria teoria da reparação dos danos morais, notadamente no que diz com a necessidade de exame das circunstâncias de cada caso concreto para a fixação do justo valor²⁵, a justificar diversas proposituras individuais de pedido semelhante, para vários presos isoladamente considerados.

Em segundo lugar, bastaria, de qualquer sorte, notar que a artificialidade do conflito fomentado entre ‘dano individual’ *versus* ‘dano coletivo’ concede primazia a detalhe externo aos limites da pretensão, com o que esta se relativiza, sutilmente. Deixa de ser importante a descrição fático-jurídica de lesão de direito individual. A maioria formada no STJ não

24 À primeira leitura, talvez fosse possível identificar por ‘dano coletivo’ um suposto reconhecimento de ‘dano moral coletivo’. O voto não define o que entende por aquela expressão. Do contexto, porém, a referência a ‘dano coletivo’ se adequa à situação fática dos presos (que, coletivamente, sofrem as mesmas privações) e não à categorização jurídica do dano que sofrem.

25 Existem centenas de ementas de julgados do próprio STJ sobre o tema dos danos morais que repetem, à exaustão, os critérios reconhecidos pela Corte para a fixação da justa compensação. Geralmente, com pequenas variações de redação que impõem a nota pessoal de cada Ministro, o texto reiterado costuma variar em torno do que estipulado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao julgar o REsp nº 269.407/RJ, 4ª Turma, julgado em 28.11.2000: “Certo é, no entanto, que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato”. Para uma análise mais crítica desses critérios: FURRIER, op. cit., p. 301 e ss.

nega frontalmente a indignidade das condições carcerárias e a violação dos direitos humanos, mas sustenta que não é esse o dado essencial. Fundamental seria notar que *as condições são indignas para todos*. E disso o Tribunal salta para concluir que se todos sofrem, ninguém merece compensação; o dano é ‘coletivo’. Assim é que se compreende, finalmente, a frase inicial da fundamentação do entendimento dominante, e que topograficamente não poderia estar situada em posição mais esclarecedora (porque é a partir da predeterminação da resposta a ser dada à questão ali colocada que toda a argumentação posterior se estrutura): “o que se questiona nos autos não é a existência, ou não, de dano moral. O que se discute é se o sistema jurídico deve acolher a tese da indenização individual”.

O salto dado entre a assertiva segundo a qual ‘todos os presidiários sofrem’ à negativa da obrigação jurídica de prestar reparação individual ocorre porque o voto não pode admitir, mesmo em tese, a hipótese óbvia segundo a qual se todos os condenados são vítimas, todos mereceriam receber reparações. Não aparenta constranger o acórdão a clara confusão entre pluralidade de titulares de direitos lesados e a natureza desses mesmos direitos. A constatação de que são vários os ofendidos não altera o fato de que individuais e constitucionais são os direitos de dignidade da pessoa, de personalidade e de devido cumprimento da pena em condições não degradantes, e que cada um dos presos deve vê-los respeitados em prestações específicas e adaptadas às exigências legais. Geralmente, doutrina e jurisprudência desenvolvem novos institutos jurídicos a partir de outros mais tradicionais com o objetivo de ampliar a proteção de direitos. O STJ, ao contrário, criou um tipo de ‘dano moral coletivo’ cuja única função é afastar a proteção antes concedida pelo ‘dano moral individual’.

2.4 Dividir para conquistar

Até o momento, este trabalho visou ao exame compartimentado dos argumentos veiculados pelo entendimento majoritário. Embora o leitor arguto encontre nisso todas as pistas que precisa para direcionar uma conclusão global a respeito das predisposições do julgado, há ainda um detalhe notável nos votos, cuja menção estabelece de forma inequívoca o elemento panorâmico que poderia faltar à analítica.

Impressiona que se tenha destinado espaço considerável, nas manifestações prevalentes, ao intuito de criticar de modo áspero a Defensoria Pública, órgão patrocinador dos interesses do presidiário em juízo. Há dois longos trechos, tanto no voto vencedor proferido no Recurso Especial quanto naquele proferido nos Embargos de Divergência, onde

sequer fica claro quem ou o que está sendo julgado, tamanha a virulência dirigida ao representante judicial do autor da demanda: a conduta da Defensoria é alvo de críticas muito maiores do que o descaso do Poder Executivo com a situação dos presídios. Essa constatação é tão profícua que estaria a requerer desenvolvimento autônomo em oportunidade própria; contudo, a raridade da ocorrência de um evento dessa natureza, assim descortinado de forma tão explícita em julgamento de Tribunal Superior, não pode passar sem algum destaque.

Nesse ponto da argumentação o STJ, sem poder ser advogado do Estado, mas definitivamente reconhecendo que também não consegue ser juiz dele equidistante, toma partido do réu e passa a se indispor contra os representantes legais do presidiário, olvidando que todos – juiz, réu e advogado do autor – são parte de um mesmo corpo que, em tese, tem por dever de ofício bem servir o povo, grupo do qual os presidiários definitivamente condenados, embora não tenham direito a voto (e nisto talvez resida sua grande fraqueza²⁶), ainda não deixaram de fazer parte. A argumentação ‘ad hominem’, nesse caso, é sintoma de esquizofrenia jurídica²⁷; ‘comigo me desavim’²⁸, poderia o julgado lamentar, porque a agressividade contra a Defensoria Pública é veiculada sob um modelo que remete à caricatura de uma tradição estrangeira, em que se enfatiza a contenda direta com o adversário e a desqualificação pessoal não só do titular do direito, mas também de seu representante jurídico, num tipo de embate onde aparenta ser admissível, e até admirável, certo nível de

26 É bastante conhecida a *Sentencia T-153/98* da Corte Constitucional colombiana, que, após relatar com riqueza de detalhes a situação fática dos presídios daquele país (em tudo semelhantes aos nossos), declarou a existência de um estado de coisas inconstitucional e estabeleceu uma longa série de determinações a várias autoridades públicas e órgãos estatais para que fizessem cessar esse estado. Os paralelismos com a questão ora versada, porém, devem ser tomados com cuidado, porque a *Sentencia T-153/98* analisou pretensão totalizante da situação carcerária, numa perspectiva mais direcionada às políticas públicas propriamente ditas; ainda assim, há certas passagens que reproduzem perplexidades inerentes à América Latina. Afirmou aquela Corte Constitucional, por exemplo, que “De todo lo dicho hasta ahora cabe extraer la siguiente conclusión: el problema de las cárceles y de las condiciones de vida dentro de ellas no ocupa un lugar destacado dentro de la agenda política. [...] La actitud de los gestores de las políticas públicas frente al problema de las cárceles obedece a la lógica del principio de las mayorías, que gobierna los regímenes democráticos. Los reclusos son personas marginadas por la sociedad. [...] En estas condiciones, los penados no constituyen un grupo de presión que pueda hacer oír su voz. Por eso, sus demandas y dolencias se pierden entre el conjunto de necesidades que agobian las sociedades subdesarrolladas, como la colombiana”.

27 “[...] diz-se argumento *ad hominem* aquele que busca criticar mais determinado homem do que as idéias que ele profere” (RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 4. ed. revista . e ampliada, 2005. p. 195-6).

28 De Sá de Miranda, poeta português do século XVI: ‘Comigo me desavim,/sou posto em todo perigo;/não posso viver comigo/nem posso fugir de mim’.

falácia e de belicosidade²⁹. Como resultado, o acórdão “tende menos a esclarecer-se do que a desenvolver argumentos em favor de uma tese”³⁰, argumentando em favor de uma das partes ao invés de decidir por elas.

2.5 Um guia prático para tentar esconder um elefante no jardim

Parafraseando Chesterton, o problema com alguns erros dogmáticos é que eles se tornam cada vez mais perigosos quanto mais se aproximam da verdade³¹. Por isso, é preciso reconhecer que boas intenções nem sempre levam a grandes resultados. Muitas das premissas adotadas pelo voto vencedor do STJ são, efetivamente, de grande valia, quando se enfrenta o problema das prisões a partir de uma espécie de *brainstorming*, olvidado por um instante o compromisso com a realidade. Nesse sentido, não há dúvida de que a solução definitiva da questão prisional passaria pela concretização de uma política pública voltada para os presídios. Da mesma forma, é verdade que, em tese, a Defensoria Pública poderia mover demandas coletivas. E de forma nenhuma, sequer em delírio, a importância da preocupação orçamentária deveria ser minimizada quando se trata deste problema ou de qualquer outro. As premissas principais do entendimento vencedor no STJ, assim expostas em assertivas curtas e descontextualizadas, seriam consentidas por qualquer plateia.

Porém, tudo se perde porque o pragmatismo real que se poderia supor ali presente sucumbe ao falso pragmatismo. Falso porque hiperdimensiona alguns elementos do real até o ponto em que, uma vez misturados, acabam por gerar como conclusão a negativa daquela mesma realidade; ainda crível, mas não realidade. “Se você disser que há elefantes voando no céu, as pessoas não vão acreditar em você”, uma vez afirmou Gabriel García

29 “Another context of dialogue is the (forensic) debate. [...] Sometimes very damaging personal allegations are allowed in questions, and the answerer may be hard pressed to respond to extremely aggressive questions while still answering the question. Such fallacious moves may not only be tolerated, but even be praised as good tactics of debating. [...] This means that fallacious arguments and personal attacks are a good idea if they help you to win the argument” (WALTON, Douglas N. *Informal logic: a handbook for critical argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. p. 4-5).

30 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2. ed. tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2005. p. 43.

31 Chesterton, ao tratar da biografia de São Tomás de Aquino e do conflito deste com Siger de Brabante a respeito da adoção do aristotelismo pelo cristianismo, afirmou que a falsidade nunca é tão falsa “como quando está bem próxima da verdade”, e que “uma distinção sutil pode ser uma contradição total” (CHESTERTON, G. K. *São Tomás de Aquino e São Francisco de Assis*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves, Rio de Janeiro: Ediouro, 2003. p. 267-9).

Márquez, mestre do realismo fantástico; “mas se disser que há quatrocentos e vinte e cinco elefantes no céu, as pessoas provavelmente acreditarão”³².

O entendimento predominante afirma que não devem ser pagas as reparações morais porque com isso o Estado gastaria os recursos necessários para construir melhores cadeias; esta é uma proposição aparentemente pragmática. Mas não verdadeiramente, porque nada é feito em contrapartida para forçar o Estado a essa atividade; e talvez sequer se saiba exatamente como isso poderia ser feito, porque a ideia de reformar a prisão, ao menos segundo Foucault, é tão antiga e perene quanto a própria instituição³³.

Cobra-se da Defensoria Pública a propositura de demandas coletivas em defesa dos interesses dos presidiários; mas o pedido deduzido, se procedente, já seria suficiente para forçar o Estado a despender recursos com quem não deseja. E se tudo se limita a uma questão de orçamento, ao menos de forma indireta essas condenações poderiam motivar o Estado a melhorar, de uma vez por todas, as condições dos presídios: trata-se de uma hipótese plausível, que só por isso não merece menor consideração do que as outras. Quando se deseja realmente resolver um problema, é melhor aplicar uma coação indireta, nenhuma coação ou ficar eternamente esperando a solução ideal? Se toda a controvérsia passa a ser reduzida forçosamente a um problema de política pública, não está justificada a posição que deixa de ver, na atuação da Defensoria, um meio ao menos indireto de coerção sobre o Estado; indireto, mas imediatamente aplicável

32 Entrevista concedida pelo escritor ao *The Paris Review* nº 82 (*The Art of Fiction* nº 69), em 1981. Trecho no original: “That’s a journalistic trick which you can also apply to literature. For example, if you say that there are elephants flying in the sky, people are not going to believe you. But if you say that there are four hundred and twenty-five elephants flying in the sky, people will probably believe you. *One Hundred Years of Solitude* is full of that sort of thing”. Disponível em: <<http://www.theparisreview.org/interviews/3196/the-art-of-fiction-no-69-gabriel-garcia-marquez>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

33 “Devemos lembrar também que o movimento para reformar as prisões, para controlar seu funcionamento, não é um fenômeno tardio. Não parece sequer ter nascido de um atestado de fracasso devidamente lavrado. A ‘reforma’ da prisão é mais ou menos contemporânea da própria prisão. Ela é como que seu programa. [...] A prisão fez sempre parte de um campo ativo onde abundaram os projetos, os remanejamentos, as experiências, os discursos teóricos, os testemunhos, os inquiridos” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 21. ed. tradução de Raquel Ramalhet, 1999, p. 197-8). Claro que o ‘reformar’ no contexto do voto não é o mesmo ‘reformar’ de Foucault. Este se refere a uma visão crítica da teleologia do modelo prisional, no contexto das linhas mestras de seu pensamento filosófico. A controvérsia do voto parte de problema muito mais grave, delineado pela completa ausência de condições materiais aptas a favorecer qualquer teleologia. Mas é justamente por isso que o alerta de Foucault serve para demonstrar como a menção ao ‘ideal de reforma dos presídios’, que algumas manifestações judiciais erigiram como contraponto à reparação dos danos morais pleiteados, levaria a discussão para um patamar ainda mais distante da nossa realidade.

(ao contrário da suposta melhor solução possível). Não é, certamente, uma escolha fácil decidir entre a solução perfeita e idealizada ou a resposta ‘menos pior’, porém factível. De qualquer sorte, desqualificar aquele que propôs tal solução não faz com que a alternativa suma.

Para perceber a natureza da pretensão, e o que ela efetivamente tem de coletivo (por mais que pareça ser egoisticamente dirigida), basta dar mais atenção ao único elefante que está pastando em nosso jardim, com as quatro patas bem fincadas no chão, do que aos quatrocentos e vinte e cinco que talvez, algum dia, passem voando sobre nossas cabeças³⁴.

3 CONCLUSÃO

O trato analítico dos fatores versados sugere não só a insuficiência de cada um dos argumentos adotados pelos votos vencedores no STJ, mas também que o recurso a tais argumentos apenas se explica quando todos eles são tomados em conjunto e entendidos sob a influência de um juízo etéreo na forma (porque não explicitado), mas denso o suficiente para alterar negativamente os rumos que seriam trilhados por uma condução exclusivamente jurídica do trabalho forense.

Esse juízo, implícito e antecedente, se manifesta por meio de reverberações de reprovações passadas; são ecos de vozes que tiveram sua razão de ser quando se levantaram contra um ato censurável, mas que não se calam quando a realidade muda e o ato não se faz mais presente; suas ondas perduram, retornam com força desproporcional e se chocam, intermináveis, contra aquele que as provocou. Ao direito que assume o papel de punir caberia, também, o papel de fazer tais ondas cessar, pois é também para isso que o discurso da execução penal se impõe: para a ressocialização. Ou o direito luta para evitar as consequências da estigmatização daqueles a quem pune, ou ridiculariza seu próprio poder de punir tanto quanto Xerxes,

34 Na sessão do Pleno de 13.8.2015, o STF analisou o RE nº 592.581/RS (processo com repercussão geral admitida), interposto contra acórdão proferido em ação civil pública que a considerou incabível como instrumento para determinar ao Poder Executivo a realização de obras emergenciais (apenas estas) em um determinado presídio (a ação não se referia, portanto, ao sistema presidiário como um todo). Trata-se, portanto, de ação que se referiu a pedido de intervenção urgente em uma única unidade prisional, compartimentalizando atômica o problema, de modo a aliviar a pressão sobre o temor do peso orçamentário da decisão de procedência. Nessas estritas condições, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul foi reformado, à unanimidade, a partir de considerações que envolveram basicamente os mesmos elementos manejados pelo STJ no caso abordado neste artigo, mas com sinal trocado – violação da dignidade da pessoa humana, impossibilidade de aplicação da reserva do possível no caso, ausência de violação à separação dos poderes *etc.* Aparentemente, o que muda de forma determinante, de um caso para o outro, é o peso financeiro da decisão.

o lendário Rei da Pérsia que mandou chicotear o oceano para castiga-lo após a destruição, em uma tempestade, da ponte suspensa sobre centenas de barcos que mandara construir para cruzar o Helesponto.

Tornando inútil a punição que determinam, quando dão o exemplo daquilo que deveriam ser os primeiros a evitar, os Tribunais relativizam, na figura do condenado, justamente o que constitui o cerne do pedido deduzido em juízo, qual seja, o valor da dignidade da pessoa humana.

E se, apesar de tudo quanto foi dito e sugerido, ainda assim restarem dúvidas no espírito do leitor acerca de qual seria esse juízo tão controverso, não há por que se constranger, pois constrangedor é o juízo em si, não o conhecimento ou desconhecimento dele; se o tema não fosse embaraçoso, estaria posto às claras nas manifestações judiciais e não subtraído, por meio de tantos esforços e subterfúgios, à compreensão direta, inobstante seja por natureza tão difícil de esconder quanto um elefante no jardim. Não houvesse pudores, tão às claras estaria ele colocado quanto efetivamente se encontra explícito nas contrarrazões de apelação subscritas pela Procuradoria do Estado do Mato Grosso do Sul ao EREsp nº 962.934/MS, onde, quem sabe por ato falho, o Estado literalmente afirmou (segundo transcrição contida no voto do Desembargador vencedor) que aos presos não deveria ser assegurada a proteção íntegra dos direitos fundamentais porque eles haviam deixado de cumprir seus deveres em face da sociedade, quando praticaram crimes.

REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). O conceito de política pública em direito. In: *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHESTERTON, G. K. *São Tomás de Aquino e São Francisco de Assis*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves Rio de Janeiro: Ediouro, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 4. ed. revista e atualizada, 2005.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas sociais brasileiras: um estudo sobre o programa Bolsa Família. In: SCHAPIRO, Mario G.; TRUBEK, David M. (org.). *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva; Direito GV, 2012. p. 73-122.

CUNHA, Carla Giane Soares da. Avaliação de políticas públicas e programas governamentais: tendências recentes e experiências no Brasil. Universidade Federal do Pará. Trabalho do curso 'The Theory and Operation of a Modern National Economy'. Programa Minerva. George Washington University, 2006.

FIGUEIREDO, Marcus Faria; FIGUEIREDO, Argelina Maria Cheibub. Avaliação política e avaliação de políticas: um quadro de referência teórica. In: *Análise & Conjuntura*, Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, v. 1, nº 3, p. 107-27, set./dez. 1986.

FILHO, Roberto Freitas. Decisões jurídicas e teoria linguística - o prescritivismo universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 178, p. 19-43, abr./jun. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: o nascimento da prisão*. 21. ed. Tradução de Raquel Ramallete, Petrópolis: Vozes, 1999.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por danos, imputação e nexos de causalidade*. Curitiba: Juruá, 2014.

FURRIER, Fábio Luis. A atuação do STJ no exame do justo valor compensatório dos danos morais – como adicionar objetividade a partir de duas propostas de método. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 206, p. 295-319, abr. 2012.

HOLMES, JR., Oliver W. The path of the Law. 10 *Harvard Law Review* 457, 1897.

JUNIOR, Osvaldo Canela. O orçamento e a 'reserva do possível': dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; Watanabe, Kazuo (orgs.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORTARI, Cezar A. *Introdução à lógica*. São Paulo: Unesp, 2001.

NEVES, Antônio Castanheira. *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Almedina, 1967.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação – a nova retórica*. 2. ed. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filehtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e 'reserva do possível'*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratégias (dialética erística)*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, introdução, notas e comentários de Olavo de Carvalho, tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho.

_____. *A arte de ter razão – exposta em 38 estratégias*. 3. ed. 3ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2014.

SCHWAB, Gustav. *As mais belas histórias da Antiguidade Clássica – os mitos da Grécia e de Roma*. 6. ed. v. 1. Tradução de Luís Krausz, São Paulo: Paz e Terra, 2001.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Críticas à teoria dos custos dos direitos: v. 1, reserva do possível*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

WALTON, Douglas N. *Informal logic: a handbook for critical argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

RECEBIDO EM: 02.11.2016

APROVADO EM: 13.02.2017

**O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E SUA
CONSISTÊNCIA ENQUANTO PROPOSIÇÃO
LÓGICO-ARGUMENTATIVA – UMA ANÁLISE DO
PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE EXPRESSO PELO
MINISTRO DO STF CARLOS AYRES BRITTO EM
SUAS OBRAS LITERÁRIAS E JULGADOS**

*THE FRATERNAL CONSTITUTIONALISM AND ITS CONSISTENCY AS A
LOGICAL ARGUMENT PROPOSITION - AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF
FRATERNITY EXPRESSED BY THE SUPREME COURT JUSTICE CARLOS AYRES
BRITTO IN HIS LITERARY WORKS AND JURIDIC DECISIONS*

Francisco Lopes Neto

Mestrando em Direito Constitucional,

Políticas Públicas, no Centro Universitário de Brasília (CEUB)

Especialização em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Teoria da Constituição e Humanismo como Categoria Constitucional - obras que tratam o princípio da fraternidade com excessiva abertura interpretativa; 2 Os indicadores de inferência como ferramentas úteis para o desvendamento da linha argumentativa; 3 Julgados emblemáticos invocando o constitucionalismo fraternal à luz do método de Alec Fisher – a retórica vence a lógica; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar os votos do ex-ministro Carlos Ayres Britto em julgados de grande complexidade nos temas Cotas Raciais, Lei de Biossegurança e União Homoafetiva, cotejando-os com suas duas obras que embasam o constitucionalismo fraternal: A Teoria da Constituição e Humanismo como Categoria Constitucional. Nesse estudo, a aplicação do princípio da fraternidade é colocada à prova frente aos parâmetros de interpretação de Alex Fisher em A Lógica dos Verdadeiros Argumentos. A defensabilidade do princípio da fraternidade transita bem frente às desigualdades sociais em que vivemos, mas a sua abertura semântica tende a remeter o intérprete para além das questões suscitadas nos caso concreto, principalmente quando se discutem questões de grande complexidade e de grande impacto no tecido social. Ao estabelecer critérios objetivos, com base em indicadores de inferência, pode-se identificar se a conclusão é aceitável em termos de lógica argumentativa, distinguindo-se daí os argumentos válidos dos inválidos, os bons dos maus. O crivo dessa análise mediante sua sujeição à pergunta de asseribilidade afasta a simples retórica, que visa simplesmente fazer o leitor aderir aos pontos de vista apresentados. Ao fim, percebe-se que as teses fundamentadas no constitucionalismo fraternal privilegiam a retórica emocional sobre a técnica lógico-argumentativa; e a consequência disso é a redundância argumentativa, a falta de foco no problema e, mais importante, a impossibilidade de se colocar ponto final nas questões suscitadas. Tudo isso colaborando para uma indesejável insegurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Fraternal. Lógica Argumentativa. Indicadores de Inferência. Argumentos Retóricos. Insegurança Jurídica.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze votes of former Minister Carlos in decisions of great complexity concerning racial quotas, bio security and same-sex Union Law, by matching them with his two supporting works on the fraternal constitutionalism: The Theory of the Constitution and Humanism as a Constitutional Category. In this study, the implementation of the principle of fraternity is put to the test against Alex Fisher's parameters of interpretation in The Logic of Real Arguments. The defensibility of the principle of fraternity is an easy-going matter due to the social inequalities in which we live, but its large semantic gap tends to place the interpreter beyond the real issues raised in the case, especially when considering such complexes and large spectrum subjects of great social impact. When establishing objective criteria, based on indicators of inference, we can identify whether the conclusion is acceptable in terms of argumentative logic or not, distinguishing valid arguments from invalid ones, good ones from bad ones. The final test of

this analysis by its subjection to the confirmation question move way the simple rhetoric, which aims to make the reader simply adhere to the views presented. Finally, we comprehend that the arguments based on fraternal constitutionalism favor the emotional rhetoric over the argumentative logic technique; the outcome is redundancy, lack of focus on the problem and, more importantly, the impossibility of putting an end on the issues raised. All this being contributing factors for an undesirable judicial uncertainty.

KEYWORDS: Fraternal Constitutionalism. Argumentation. Inference Indicators. Rhetorical Arguments. Judicial Uncertainty.

INTRODUÇÃO

A revista eletrônica CONJUR¹ divulgou um balanço da gestão do ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do STF, quando passou a presidência da corte para a ministra Cármen Lúcia. Foram 5.379 processos encerrados apenas naquela gestão. Isso não representa um indicador nada auspicioso, na medida em que os 11 ministros da Suprema Corte não poderiam se desincumbir bem de suas funções em um espectro de demanda dessa magnitude. Mas o problema é maior quando se observa que os votos tendem a ser demasiadamente longos, especialmente aqueles que discutem questões de maior complexidade, situação claramente identificada com o advento da TV Justiça, a partir de 2002². O resultado disso é a grande proliferação de decisões brilhantes na forma mas de difícil entendimento quanto aos protocolos da lógica argumentativa. Não raro, são prolatadas sentenças fartas em tamanho e erudição, mas comedidas em objetividade e em racionalidade.

O constitucionalismo fraternal, a despeito da sua louvável aptidão filosófica para garantir os direitos ínsitos à própria condição humana, presta-se ao estudo dessa conjuntura, justamente pela riqueza dos seus postulados como direito fundamental e pela estreita correlação com outros preceitos de igual envergadura jurídica como a igualdade, a liberdade e

1 CONJUR, *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo editorial publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-11/ministro-ricardo-lewandowski-encerra-gestao-493-mil-decisoes>>.

2 FONTE, Felipe de Melo. TV Justiça. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. CONJUR, *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em: 09 fev. 2017. Demonstra que a média histórica do Supremo pós-1988, considerados os anos de 1988 a 2012, é de 21,76 páginas por acórdão, o que deixa o Supremo pós TV Justiça superior em 32,44% à média histórica.

a dignidade. Decorre disso uma grande abertura interpretativa que dá margem a argumentos nem sempre válidos.

Ocorre que constitucionalismo fraternal tem forte influência humanista. E como quase todas as questões atuais (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, a assistência etc.) têm correlação direta com os direitos fundamentais da pessoa humana, praticamente qualquer tese pode ser manejada com fulcro no parâmetro da fraternidade.

Todavia, não se trata de avaliar o conteúdo ético-filosófico do constitucionalismo fraternal; mas importa saber se ele contribui ou não para elucidar os complexos casos que são levados à Suprema Corte. O problema pode ser colocado da seguinte forma: em que medida os parâmetros balizadores do constitucionalismo fraternal oferecem argumentos sólidos o suficiente para que se possa chegar a decisões conclusivas e aceitáveis juridicamente?

Para se chegar à resposta, serão abordadas, num primeiro momento, as duas obras-referência do constitucionalismo fraternal: A Teoria da Constituição e Humanismo como Categoria Constitucional, com o intuito de expor a grande abertura interpretativa que envolve o tema. Em seguida, será apresentado sucintamente o método desenvolvido por Alec Fisher em A Lógica dos Verdadeiros Argumentos, a fim de familiarizar o leitor com o método e de demonstrar a sua aptidão para uma análise da coerência argumentativa dos votos. Finalmente, os julgados selecionados serão analisadas com base nos indicadores de inferência, dentro das principais linhas argumentativas oferecidas.

O objetivo do estudo não é fazer uma crítica das obras, nem tampouco das ideias que ali estão sustentadas, mas entender o valor dos argumentos veiculados pelo constitucionalismo fraternal como critério de fundamentação da dogmática jurídica. Nesse aspecto, a metodologia é adequada para que se possa verificar como se dá a abertura interpretativa relacionada ao princípio da fraternidade (capítulo 1); a compatibilidade dos indicadores de inferência de Alec Fisher como instrumentos de análise em julgados dessa natureza (capítulo 2); e, por fim, como os votos proferidos são considerados sob o crivo desses mesmos critérios objetivos de análise (capítulo 3).

A pesquisa é dogmática, com vistas a trabalhar o conteúdo normativo do constitucionalismo fraternal, ou do princípio da fraternidade que lhe está diretamente associado. A metodologia consiste em identificar as principais

linhas argumentativas dos votos e submetê-las a uma análise qualitativa segundo os indicadores de inferência de Alec Fisher. A delimitação do assunto exclui o aspecto quantitativo e o mérito dos votos, pois se trata de um estudo meramente qualitativo das referências teóricas que promovem o constitucionalismo fraternal na decisão jurídica, a fim de prescrutar-lhes a consistência lógico-argumentativa mediante o cotejamento dos indicadores de inferência e de conclusão estabelecidos por Alec Fisher.

Optou-se pelas obras citadas porque são essas as principais fontes propagadoras do constitucionalismo fraternal na jurisprudência brasileira e por serem da autoria do próprio Ayres Britto, reconhecido agente de promoção do constitucionalismo fraternal nos ambientes jurisprudencial e acadêmico brasileiros. Escolheu-se os indicadores de inferência de Alec Fisher porque eles possibilitam estabelecer critérios objetivos para se definir a qualidade das premissas e se elas se relacionam entre si, tendo em vista o padrão textual normalmente composto por parágrafos e frases longos que dificultam a identificação da linha argumentativa. Pretende-se que essa metodologia ofereça condições seguras para se determinar se houve ou não o devido cotejo entre as conclusões dos votos e as razões que supostamente lhes deram fundamento. O primeiro passo é entender os pressupostos do constitucionalismo fraternal, por intermédio de uma análise de duas bibliografias que são referência no assunto.

1 A TEORIA DA CONSTITUIÇÃO E HUMANISMO COMO CATEGORIA CONSTITUCIONAL - OBRAS QUE TRATAM O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COM EXCESSIVA ABERTURA INTERPRETATIVA

A ideia central da obra *Teoria da Constituição* é demonstrar o papel primordial da Carta Magna como fonte de direito, segundo uma lógica relacionada ao “reconhecimento da existência de uma lei que nasce para governar as outras leis”³. Defende-se a primazia do Direito Constitucional perante os demais ramos do direito e a aplicação dos princípios constitucionais, ao dizer que o termo hermenêutica da Constituição é mais adequado do que o termo interpretação da Constituição já que a hermenêutica trata da abordagem abstrata, ao passo que a interpretação é elaborada sob a luz do caso concreto. As normas-princípio têm o poder de atribuir unidade axiológica ao texto constitucional, impedindo o excesso de rigidez normativa. O princípios não apenas constituiriam vias interpretativas à disposição do juiz, mas formariam também uma maneira de fazer convergir suas decisões para um futuro melhor.

3 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 122.

[...] é que certos princípios (dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, moralidade, eficiência), se traduzem numa materialidade ou estrutura conceitual em parte é atual e em parte é prospectiva... como janelas abertas ao porvir⁴.

A aplicação preferencial do modelo principiológico por si só já atrai para o instituto do constitucionalismo fraternal uma gama infindável de argumentos de base humanista em prol da igualdade, da liberdade, da equidade, da dignidade, da segurança, da educação, da saúde etc. Porém, o termo é tratado como um paradigma jurídico, pelo cuidado que é devotado aos grupos minoritários. Nessa ótica, o caráter fraterno seria uma das marcas registradas da CF 1988, sendo esse, o fundamento das políticas de ações afirmativas que marcam bem a fraternidade como “ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade, de um lado, e, de outro, da igualdade”⁵. Essa postura será recorrente no julgamento sobre a união homoafetiva (ADPF 132), quando foi defendida a interpretação conforme a constituição para o conceito de família, a especial proteção antidiscriminatória aos homoafetivos e a não distinção entre o homem e a mulher como titulares de garantias constitucionais.

Até alcançar o Estado Fraternal, o direito constitucional teria caminhado longo trajeto, desde a Carta Magna de 1215. Portanto, o constitucionalismo fraternal é visto sob o prisma de uma evolução histórica, tendo passado do modelo liberal, para o social, e daí para o fraternal. Só agora então poderia ser explorada essa nova dimensão das ações afirmativas, “que são atividades assecuratórias de abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como os negros, os deficientes físicos e as mulheres”⁶. Esse enfoque será reiterado em diversas passagens, mas em especial no julgamento das cotas raciais (ADPF 186), quando se afirma que a CF 1988 inaugurou o pluralismo no ordenamento jurídico brasileiro por razões raciais históricas, a despeito do fato de que o constitucionalismo fraternal é conceitualmente aberto suficientemente para garantir praticamente todos os direitos individuais e sociais, desde bem antes de 1988.

Tudo começando, embrionariamente, com a *Magna Charta Libertatum* de 1215, inaugural do que depois veio a se chamar de Estado de Direito. Este, por seu turno, a figurar como o primeiro elo dessa corrente de

4 BRITTO, op. cit., p.170.

5 Ibidem, p.218.

6 Ibidem, p.216.

que vieram a fazer parte, sucessivamente, o Estado Democrático de Direito (liberal por excelência), o Estado de Direito Democrático (eminentemente social) e agora o Estado de Justiça ou Estado Holístico (assim nos permitimos cunhar, face à crescente densificação dos princípios constitucionais e da própria constitucionalização de temas antes reservados à legislação comum ou de segundo escalão). Que é um Estado de funcionalidade fraternal⁷.

Em Humanismo como Categoria Constitucional, reflete-se sobre temas sociais à luz de uma justiça que só poderia ser obtida pela tomada de consciência do inseparável vínculo que existe entre humanismo e Direito. O termo humanismo seria uma exaltação à humanidade, como forma de expressão de uma vida coletiva civilizada que só atingiu a plenitude com o estado fraternal. Sintetizaria o relacionamento próximo entre humanismo e Direito pela expressão: “O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim”⁸, significando dizer que a democracia é ínsita ao humanismo, devendo portanto ser exercida sob o paradigma do compromisso assumido para com aqueles que estão na base da pirâmide social, e “não daquelas pessoas já situadas no topo da hierarquia estatal, ou econômica”.

A proposta é louvável. Entretanto, ao admitir o humanismo como fim, o constitucionalismo fraternal assume um conteúdo de interpretação excessivamente aberta. Não há como ponderar todos os direitos que convergem atualmente para questões rotineiras envolvendo educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência etc., pois todos eles têm correlação direta com os direitos fundamentais da pessoa humana. Dito de outra maneira, no âmbito do constitucionalismo fraternal, todos esses direitos têm proteção de direito fundamental, o que implica grandes dificuldades hermenêuticas.

Para o autor, a CF 1988 estabelece critérios humanistas claros no seu Art. 3^o⁹, mas que estão longe da realidade. Propõe o desenvolvimento de uma nova mentalidade voltada para a prática humanista, como única saída

7 BRITTO, op. cit., p. 210.

8 BRITTO, Carlos Ayres. *Humanismo Como Categoria Constitucional*. 2^a reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 37.

9 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: Art. 3^o Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

para que se chegue a uma sociedade verdadeiramente fraterna e justa. Mais uma vez, agrega-se espaço interpretativo disponível para quaisquer linhas argumentativas de base humanista que cedem facilmente à retórica antes de serem submetidos a um encadeamento lógico de argumentos jurídicos.

São valorizados os métodos sistemático de interpretação, de forma a explorar o lado mais susceptível aos valores abstratos, assim entendidos “os bens coletivos que se aninham nas regiões ônticas do civismo, da ética, da verdade, da estética e da bondade”¹⁰. Isso tudo, lembra o autor, sem perder de vista que os valores constitucionais são referência para todo o ordenamento jurídico, que lhe deve obediência quanto à materialização do viés humanista que fundamenta a democracia. Esse enfoque poderá ser claramente reconhecido no julgamento sobre a lei da biossegurança (ADI 3.510/DF), quando foi defendida a validade das pesquisas científicas com células-tronco com base puramente nos cânones do constitucionalismo fraternal. Ali, argumentos de grande apelo emocional alinharam-se comodamente ao princípio da fraternidade, até porque é difícil posicionar-se contra as esperanças daqueles que dependem das pesquisas com células-tronco para sobreviverem.

Em resumo, nas duas obras percebe-se que o constitucionalismo fraternal é flexível o suficiente para atender a quaisquer demandas, até por se tratar de um instituto com elevada carga humanitária e principiológica. Justamente para não se perder em suas vastas possibilidades argumentativas, é preciso diminuir ao máximo a subjetividade da sua análise, como forma de garantir o perfeito entendimento dos argumentos que o sustentam. Isso será possível com o auxílio dos indicadores de inferência de Alec Fisher.

2 INDICADORES DE INFERÊNCIA COMO FERRAMENTAS ÚTEIS NO DESVENDAMENTO DA LINHA ARGUMENTATIVA

O conceito normalmente aceito em lógica se refere a uma fórmula constituída de duas partes: premissas e conclusão. As premissas pressupõem informações essenciais que servem de base para um raciocínio. Se as premissas forem aceitáveis, a lógica as levará a uma conclusão também aceitável.

Como sem raciocínio não há lógica argumentativa, é preciso identificar os contextos nos quais há raciocínio e separá-los dos demais, já que “raciocinar ou argumentar a favor de algo consiste em oferecer

¹⁰ Ibidem, p. 77.

fundamentos ou razões a favor de conclusões, e as razões são apresentadas a fim de sustentar, justificar, estabelecer, provar ou demonstrar a conclusão”¹¹.

Por isso Fisher descreve, em *A Lógica dos Verdadeiros Argumentos*, um método sistemático para se extraírem argumentos aceitáveis de um texto. O método se aplica a todo tipo de argumentação, mas serve em especial para aqueles do dia-a-dia, que giram em torno da linguagem cotidiana, muitas vezes encontradas como forma de convencimento nos julgamentos jurídicos. Não abandona a lógica clássica, mas transita bem nessa informalidade útil que existe na defesa oral dos argumentos jurídicos.

Fisher demonstra com vários exemplos a instrumentalidade dos indicadores de inferência¹² que devem ser entendidos como palavras ou expressões indicadoras da presença de razões e de conclusões. Esses indicadores, quando localizados e analisados de maneira sistemática, são de grande valia, porque depois de se extrair os argumentos de seu contexto podemos chegar a uma conclusão aceitável do que foi dito. Via de regra, todos os argumentos têm ou deveriam ter, uma conclusão, que e normalmente poderá ser identificada pela presença de um dos seguintes indicadores de conclusão:

Logo, portanto, dessa forma, assim, conseqüentemente, o que prova que, concludo que, segue-se que, o que implica que, o que nos permite inferir que, deduz-se disso que, estabelece o fato de que, justifica a crença de que, demonstra que etc.

Todos os argumentos possuem, ou deveriam possuir, fundamentos ou razões que levassem às conclusões. Segundo Fisher, “uma razão é geralmente apresentada como verdadeira e como uma razão a favor de uma conclusão”¹³. Isso não é uma regra. Conforme alerta Fisher, é possível existirem palavras que sugerem razões que não existem: “não estamos dizendo que, independentemente do contexto em que essas palavras e expressões forem usadas, haverá uma razão; mas que costumam indicar a presença de uma razão”¹⁴. Portanto, é preciso criatividade e imaginação, algumas vezes, tanto para se verificarem as verdadeiras razões por trás dos indicadores como para verificar se razões de fato existem onde não há

11 FISHER, Alec. *A Lógica dos Verdadeiros Argumentos*. São Paulo: Novo Conceito, 2008. p.25.

12 *Ibidem*, p. 23. O autor se refere assim tanto aos indicadores de razões quanto aos de conclusão. Também podem ser entendidos como indicadores de argumento.

13 *Ibidem*, p. 25.

14 *Ibidem*, p. 25.

indicadores explícitos. Entre os indicadores de razões mais usados estão: porque, a razão é que, pois, em primeiro lugar, em segundo lugar, já que, uma vez que, pode ser inferido do fato de que, segue-se do fato de que.

Em resumo, o texto deve: 1 - ter premissas verdadeiras¹⁵; e 2 - sua conclusão deve decorrer dessas premissas. Mas, às vezes, é difícil desvelar o fio da meada em determinados argumentos, em especial nos extensos e complicados julgados do STF, compilados de debates orais, carregados, portanto de uma linguagem quase coloquial. Nem sempre é possível encontrar visualmente esses indicadores. Em algumas situações eles estarão implícitos, em outras nem existirão. Para isso, Fisher desenhou a pergunta de asseribilidade¹⁶, como uma forma oblíqua de encontrar os verdadeiros argumentos e de analisá-los. Que argumento ou indício me daria justificção para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão?

Somente se chegarmos a uma resposta racional é que se pode, como diz o autor, “olhar para longe” do texto, no sentido de se chegar ao verdadeiro significado daquilo que se pretende dizer, mostrar ou comprovar. A partir daí, poderemos usar a criatividade para “pensar as coisas rigorosamente”, para perguntar: “O que comprovaria isso?” ou “Como eu argumentaria a favor disso?”.

Segundo Fisher ainda, a maior dificuldade reside em saber se a conclusão realmente se segue das premissas e não simplesmente se estas são verdadeiras ou falsas. O teste para definir essa correlação é dado pela seguinte pergunta: As premissas poderiam ser verdadeiras e a conclusão falsa? Ou, com mais flexibilidade interpretativa: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível?

Com esses cuidados, ainda que as obras-referência imprimam grande espectro interpretativo ao constitucionalismo fraternal, como vimos no capítulo 1, o método de Fisher é extremamente útil para que se possa analisar objetivamente as principais linhas argumentativas identificadas nos votos seguintes.

15 No caso de serem premissas independentes, Fisher admite que apenas uma delas seja verdadeira.

16 *Ibidem*, p.33.

3 JULGADOS EMBLEMÁTICOS INVOCANDO O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL À LUZ DO MÉTODO DE ALEC FISHER – A RETÓRICA VENCE A LÓGICA

Esses julgados se referem aos questionamentos suscitados com relação à Lei de Biossegurança, às Relações Homoafetivas e às Cotas Raciais na UNB. Em todos eles, o constitucionalismo fraternal defendido por Ayres Britto será aferido pelos indicadores de inferência preconizados por Alec Fisher.

3.1 Lei de Biossegurança¹⁷

O primeiro texto legal a regular o uso das técnicas de engenharia genética no Brasil foi a Lei 8.974, de 05 de janeiro de 1995, revogada pela Lei 11.105, de 24 de março de 2005, esta criada no intuito de melhor normatizar o assunto. A Lei 11.105/05 foi arguida em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3510/DF) no dia 16 de maio de 2005, pelo Procurador-Geral da República com fulcro no seu do art. 5º e demais parágrafos. O principal argumento usado foi o de que esses dispositivos afrontariam os preceitos constitucionais do direito à vida e da dignidade humana. Em 29 de maio de 2008, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei 11.105/05.

Evidentemente, em se tratando de um assunto tão complexo, vários pontos permanecem controversos e abertos a debates. A utilização de embriões humanos produzidos *in vitro* em pesquisas com células-tronco é um tema de notória polêmica, porque envolve questionamentos de ordem jurídica, moral, ética e filosófica. Quando se inicia a vida? É uma pergunta elementar, mas ao mesmo tempo de difícil resposta, tendo em vista o envolvimento de todas essas dimensões.

Nada obstante, em 29 de maio de 2008, o STF decidiu pela improcedência da ação direta por margem apertada de 6 votos contra (Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Melo); e 5 que julgaram a ADI parcialmente procedente (Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau).

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0/Distrito Federal*.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>.

Acesso em: 13 set. 2016.

O relator, Min. Carlos Ayres Britto recorreu à interpretação sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, em prol do constitucionalismo fraternal, visto este como um aperfeiçoamento dos paradigmas liberal e social.

Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. *Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do Art. 3º da nossa Constituição: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária*. (grifo no indicador de conclusão).

Entendeu que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, sendo então dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa e não ao embrião *in vitro*.

Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado [...]. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. (grifo no indicador de conclusão).

Salientou que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto, posto que a lei em questão

se referia a embriões derivados de fertilização artificial, obtida fora da relação sexual. Considerou ainda, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada.

Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo fraterna. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária [...] (grifo no indicador de conclusão).

Ayres Britto defendeu a primazia do direito à saúde. Frisou que o § 4º do art. 199 da CF faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), cuja relevância pública se daria sob a égide de uma regra constitucional de cunho essencialmente fraternal. Na verdade, o bem jurídico a tutelar seria o infortúnio alheio, este preponderantemente sobre a vida do embrião “in vitro”, com base nos valores de uma sociedade fraterna regida pelo constitucionalismo fraternal.

A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto: “A lei disporá sobre as condições os requisitos que facilitem a remoção de órgãos,

tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização”. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida. (grifo no indicador de conclusão).

Defendeu o desenvolvimento da pesquisa científica, registrando que o artigo impugnado seria um concatenado bloco normativo que contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica sobre as propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*¹⁸.

“Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões *in vitro*, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus.

Por fim, recorreu a exemplos de pessoas que, sofrendo com doenças degenerativas, depositam suas esperanças nos resultados obtidos a partir das pesquisas com células-tronco, validando assim a lei 11.105. Nomeou Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz de televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade:

O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter 15 crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida”.

18 As células-tronco embrionárias são capazes de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto.

Constituiriam, por isso, tipologia celular que oferece melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos.

Citou também o jornalista Diogo Mainardi, que tem um filho com paralisia cerebral, e o questionamento de uma “garotinha brasileira de três anos, parapléstica, que segundo relato da geneticista Mayana Zatz, havia dito: por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas”?

3.1.1 Linha argumentativa quanto ao fato de o constitucionalismo fraternal ser um aperfeiçoamento dos constitucionalismos liberal e social

A - INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – O constitucionalismo evolui por estágios constitucionais.
- 2 – Os estágios liberal e social foram incorporados pelo estágio fraternal.
- 3 – O advento do constitucionalismo fraternal tem por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do Art. 3º da nossa Constituição”.

ANÁLISE

As premissas são retóricas, porque simplesmente assumem que o constitucionalismo fraternal se deu por meio de uma natural evolução histórica e com base comunitária.

Como a conclusão não decorre naturalmente delas, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, porque é perfeitamente possível que o inciso I do Art. 3º da CF 1988 não reflita uma evolução dos constitucionalismos liberal e social, mas simplesmente a eficácia deles.

Como o indicador de conclusão não é claro, pode-se elucidar a linha argumentativa por intermédio da pergunta de asseribilidade: Que argumento ou indício me daria justificação para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão? Seria preciso aceitar o constitucionalismo fraternal sem maiores críticas, porque, ainda que ele possa ser considerado um estágio mais avançado do Direito, o

constituente de 1988 pode ter inserido o inciso I do Art. 3º da CF 1988 por razões tipicamente sociais e não fraternais.

O mais provável é tratar-se aqui de uma linha argumentativa retórica; afinal, a constituição cidadã teve uma grande preocupação quanto aos direitos sociais, com se depreende do seu Art. 6º¹⁹. O próprio Ayres Britto reconheceu que o constitucionalismo social e não o fraternal significa a preservação do real valor da igualdade, pela “preservação das conquistas liberais dos indivíduos e dos cidadãos contra o Estado; e pela desmanietação do Estado frente aos proprietários dos bens de produção”²⁰.

3.1.2 LINHA ARGUMENTATIVA QUANTO AO FATO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NÃO PROTEGE OS DIREITOS DOS EMBRIÕES *IN VITRO*

B - INDICADORES DE RAZÃO.

- 1 - O embrião *in vitro* não tem cérebro e nem é alocado em útero materno.
- 2 - O embrião *in vitro* não tem chance de ser uma pessoa natural.
- 3 - O Art. 5º CF 88 diz respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “Assim, numa primeira síntese, a carta magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa”.

ANÁLISE

As premissas levam à conclusão, mas não são necessariamente verdadeiras. Além disso, a conclusão contraria a tese do constitucionalismo fraternal. Quanto à premissa 2, por exemplo, o ministro Cezar Peluso reconheceu no embrião o atributo da humanidade conforme trecho extraído de seu voto: “estou convencido de que o atributo de humanidade já está presente, tanto no embrião quanto nas demais fases do desenvolvimento da criatura”. Considerando esse ponto de vista, a premissa 3 demonstra até uma inconsistência da CF 1988 perante o Pacto de São José da Costa Rica,

19 Art. 6º CF 88 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

20 BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 82.

nos artigos 1º, n. 2 e 3º²¹. O principal argumento do autor da ação direta - de que os dispositivos afrontariam os preceitos constitucionais do direito à vida e da dignidade humana -, podem ser perfeitamente defendidos com base nos parâmetros do próprio constitucionalismo fraternal, uma prova de que o instituto pode servir a ambos os lados da lide. Se há vida, como negar-lhe a dignidade amparada pela CF 1988? Esse o ponto defendido por diversos juristas simpatizantes da teoria concepcionista²². Em uma análise mais apertada, a conclusão de que “*a Carta Magna não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico*” contraria princípios caros ao próprio constitucionalismo fraternal.

3.1.3 Linha argumentativa quanto ao fato de que as pesquisas científicas com embriões *in vitro* não constituem aborto

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – O constitucionalismo fraternal incorporou o valor fundante da integração comunitária.
- 2 - As pesquisas com células-tronco embrionária são direcionadas para a superação do infortúnio alheio.
- 3 – O preâmbulo da CF 1988 qualifica a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*”.

ANÁLISE

A premissa 1 é retórica, pois tanto constitucionalismo fraternal como integração comunitária são termos de significado aberto. A premissa 2 é válida. A premissa 3 é retórica, pois apenas afirma o seu conteúdo; além disso, o termo sociedade fraterna também tem significado aberto.

21 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Art. 1º, n. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. [...]. Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

22 GOMES, Delcí. *Células-tronco embrionárias: implicações bioéticas e jurídicas*. Artigo de Revisão, Centro Universitário São Camilo, 2007. p.79.

Mesmo considerando-se verdadeiras as premissas, a conclusão não decorre naturalmente delas. Portanto, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, porque é perfeitamente possível que os argumentos humanistas disponibilizados pelo constitucionalismo fraterno possam ser utilizados também para defender a tese contrária, ou seja, a de que a Lei da Biossegurança despreza sim o embrião *in vitro*, (é aborto) ainda que para obter um ganho maior em termos de bem-estar alheio.

3.1.4 Linha argumentativa quanto à primazia da saúde sobre a proteção jurídica do embrião *in vitro*

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – A relevância pública do §4º do art. 199 da CF²³ se dá sob a égide de uma regra constitucional de cunho essencialmente fraternal.
- 2 – O infortúnio alheio tem prioridade no confronto com a proteção da vida do embrião *in vitro*, segundo os valores de uma sociedade fraterna.
- 3 - o § 4º do art. 199 da CF transfere para a lei 11.105 a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas”.

ANÁLISE

As premissas 1 é meramente retóricas, afirmando que o constitucionalismo fraternal é o motor capaz de alavancar a relevância pública do §4º do art. 199 da CF e o infortúnio alheio. A premissa 2 não é necessariamente verdadeira, pois o infortúnio alheio não tem prioridade no confronto com a proteção da vida do embrião *in vitro* para pessoas religiosas, por exemplo. O mesmo vale para a premissa 3, pois nem sempre a preservação da própria saúde vai se impor sobre a vida do embrião

23 Art. 199 CF 88. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 4º: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

in vitro, considerando-se a possibilidade de advirem daí experimentos eticamente inaceitáveis.

Como a conclusão não decorre naturalmente das premissas como “única trilha” possível, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, porque, como já dito, o infortúnio alheio pode não ter prioridade no confronto com a proteção da vida do embrião *in vitro*, bem como nem sempre a preservação da própria saúde vai se impor nesse dilema. É perfeitamente possível que os argumentos humanistas disponibilizados pelo constitucionalismo fraterno possam ser utilizados também para defender a tese contrária, ou seja, a de que a Lei da Biossegurança despreza sim o embrião *in vitro*, (é aborto) ainda que para obter um ganho maior em termos de bem-estar alheio.

3.1.5 Linha argumentativa quanto à validade das pesquisas científicas com células-tronco, sob o espírito do constitucionalismo fraternal

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 - As pessoas querem ajudar o próximo em um ambiente fraterno.
- 2 – Pesquisas com células embrionárias podem trazer melhorias ao próximo.
- 3 - Isabel Fillardis e Diogo Mainardi dependem das pesquisas com células-tronco embrionárias.
- 4 – Uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, disse: “por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas”.

INDICADOR DE CONCLUSÃO (implícito): Logo, as pesquisas com células-tronco são perfeitamente válidas, bem como a lei 11.105.

ANÁLISE

A premissa 1 é retórica, porque as pessoas querem ajudar o próximo em todo tipo de sociedade constituída em estado de direito, e não apenas no estado fraternal. A premissa 2 é categórica, mas encontra resistências, porque a ciência ainda engatinha nessa área; há claros limites terapêuticos

sobre da utilização das células-tronco. As premissas 3 e 4 são de caráter eminentemente emocional.

Como não há indicador de conclusão evidente, cabe a pergunta de asseribilidade: Que argumento ou indício me daria justificação para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão? Para acreditar que as pesquisas são válidas seria preciso aceitar o fato de que a vontade a ajudar o próximo é, por si só, suficiente para superar todos os argumentos contrários. Só que todos os argumentos utilizados em prol do constitucionalismo fraternal podem ser utilizados também para defender a tese contrária pela proteção do embrião *in vitro*. Além disso, o fato de as pessoas quererem ajudar o próximo (premissa 1) não significa que elas apoiem pesquisas com células embrionárias (premissa 2). Portanto, aqui, a conclusão se baseia unicamente no apelo emocional dos casos citados nas premissas 3 e 4 para validar a Lei 11.105.

3.2 UNIÃO HOMOAFETIVA²⁴

O governo do Rio de Janeiro ajuizou a ADPF 132, argumentando que o reconhecimento da união homoafetiva iria de encontro a preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal.

A Procuradoria-Geral da República havia entrado anteriormente com pedido de interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, na ADI 4277, para que fosse reconhecida a união “entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura, formada com o objetivo de constituição de família”. Em função disso, os mesmos argumentos foram trazidos novamente a juízo, quais sejam:

- 1 - o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar feriria os princípios da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal – CF;
- 2 – o princípio da igualdade (artigo 5º, caput, da CF);
- 3 - a vedação de discriminação odiosa (artigo 3º, inciso V, da CF);
- 4 - a liberdade (artigo 5º, caput); e

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. União Homoafetiva. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 set. 2016.

5 - e da proteção à segurança jurídica (artigo 5º, caput).

Nos dias 4 e 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade (10 a 0) que as uniões estáveis formadas por pessoas do mesmo sexo merecem a mesma proteção jurídica dada às uniões estáveis entre homem e mulher. O colegiado captou os costumes aceitos como válidos pela sociedade, justificando o voto como uma antecipação às modificações legislativas. Isso não é incomum. Foi assim com a separação de fato, antes da lei do divórcio; com o concubinato, antes da união estável; com a compartilhada, antes de sua regulamentação. Em todas essas situações, o percurso seguido pela evolução do direito foi nessa ordem: costumes, jurisprudência, legislação.

Ayres Britto votou pela procedência das ações, afirmando que o conceito constitucional de família ou entidade familiar é aberto e abrange cidadãos do mesmo sexo. Lembrou que o artigo 1.723 do Código Civil é quase uma cópia do parágrafo 3º do artigo 226 da CF. Mas ressaltou a diferença fundamental de que o artigo 1.723 do CC permite uma interpretação mais aberta:

Enquanto a CF nos fornece elementos para eliminar uma interpretação reducionista, o Código Civil não nos dá elementos, ele sozinho, isoladamente, para isolar dele uma interpretação reducionista” [...] o texto em si do artigo 1.723 é plurissignificativo, comporta mais de uma interpretação; [...] e, por comportar mais de uma interpretação, sendo que, uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição, estou dando uma interpretação conforme, postulada em ambas as ações. (grifo no indicador de conclusão).

Ayres Brito invocou o constitucionalismo fraternal para subsidiar seus argumentos pela não discriminação do sexo, em busca de um equilíbrio na sociedade. Na sua visão, o constitucionalismo fraternal possibilita a eliminação do preconceito de sexo ao permitir que o indivíduo tenha metas mais positivas para suas vidas. Na sua ótica, a CF 1988 trouxe mudanças significativas em termos de direitos individuais, sendo que, a partir dela, o sexo pode ser visto como uma característica inseparável do ser humano, portanto, não categorizável como homem e mulher.

Bem de todos, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, bem de todos enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados

à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. [...] Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo pró indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que sediado. *Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles.* (grifo no indicador de conclusão).

Afirmou que o constitucionalismo fraternal foi a porta de entrada para a efetivação de políticas públicas afirmativas, em prol dos segmentos sociais menos favorecidos, colocando nesse rol os homossexuais.

Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homo afetivos” [...] *Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico.* Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. (grifo no indicador de conclusão).

Citou os pensadores Nietzsche e Hegel como desbravadores desse caminho pela busca do aperfeiçoamento individual.

Que termina sendo uma busca de si mesmo, na luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich

Nietzsche. Uma busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória).

Ayres Britto fez uma distinção entre amor e sexo, considerando o primeiro como um sentimento mais elevado, supondo que isso tenha inspirado Jung a considerar a homossexualidade como uma identidade psíquica e não como uma anomalia. Tudo isso sob os auspícios do preâmbulo da CF 1988.

Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No particular, as barreiras artificial e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bÍlis que só faz embarçar os nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens, e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a enunciar que “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição, precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”. *Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como conduta juridicamente lícita se dá por antecipação.* (grifo no indicador de conclusão).

3.2.1 Linha argumentativa quanto ao fato de que o conceito constitucional de família requer uma interpretação conforme a constituição

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 - A CF 1988 fornece elementos para eliminar uma interpretação reducionista.

- 2 – O Código Civil não nos dá elementos, ele sozinho, isoladamente, para isolar dele uma interpretação reducionista.
- 3 – O artigo 1.723 do Código Civil comporta mais de uma interpretação, sendo que, uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “E por comportar mais de uma interpretação, sendo que uma delas se põe em rota de colisão com a Constituição, estou dando uma interpretação conforme”.

ANÁLISE

A conclusão decorre das premissas, mas essas não são absolutas. A premissa 1 faz apenas alusão à força normativa da CF de 1988, no sentido de prevalecer seus princípios sobre as regras postas no Código Civil. As premissas 2 e 3 são questionáveis, pois o artigo 1.723 do Código Civil define textual e claramente que apenas é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher.

3.2.2 Linha argumentativa quanto ao fato de que o constitucionalismo fraternal protegeu homens e mulheres da discriminação

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – O preâmbulo da CF 1988 consagrou o constitucionalismo fraternal.
- 2 - O constitucionalismo fraternal nos autorizou a eliminar o preconceito advindo das relações homoafetivas.
- 3 – Na *Terra Brasilis* pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas passou a ser um todo pró indiviso, por alcançar o ser e o respectivo aparelho genital.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual que abarca a dimensão sexual de cada qual deles”.

ANÁLISE

Todas as premissas são retóricas, assumindo como verdade que a CF 1988 trouxe uma nova proteção constitucional à questão discriminatória dentro de parâmetros fraternais. A linha argumentativa não permite concluir que proibir a discriminação em razão do sexo é proteger o ser humano “como um todo psicossomático”, ao ponto de não ser possível categorizá-los como homem e mulher apenas pelo sexo. A linha argumentativa serve mais ao propósito de conquistar a aceitação do público, conforme a concepção de Perelman²⁵ no sentido de que o discurso, para ser eficaz, deve ser adaptado aos leitores.

3.2.3 Linha argumentativa quanto ao fato de que o constitucionalismo fraternal permitiu que os homossexuais sejam tratados com mais proteção, ou seja, como homoafetivos

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – O constitucionalismo fraternal está voltado para a integração comunitária, mais do que para uma simples inclusão social.
- 2 – A livre disposição da sexualidade do indivíduo é um autêntico bem de personalidade, no constitucionalismo fraternal.
- 3 - Os negros, os índios, as mulheres, os portadores de deficiência física e/ou mental e os homossexuais merecem encontrar a plenitude existencial.
- 4 - Nietzsche e Hegel também acolhiam a busca pelo aperfeiçoamento individual.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico, ou seja, um autêntico bem de personalidade”.

ANÁLISE

A premissas 1 é retórica, ao apresentar a inclusão comunitária como sendo mais abrangente do que a inclusão social, mas isso tem pouco significado como argumento jurídico. A premissa 2 é retórica, pois apenas

²⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 143. Para o autor, a noção de auditório é central na retórica. Pois um discurso só pode ser eficaz se é adaptado ao auditório que se quer persuadir ou convencer.

afiança ao constitucionalismo fraternal o mérito pelo qual a sexualidade se tornou um bem de personalidade, intrínseca ao indivíduo. A premissa 3 não apresenta nada mais do que um direito constitucionalmente previsto para qualquer cidadão, com base no princípio da igualdade, pois todos têm o direito à plenitude existencial, o que quer que isso signifique. A premissa 4 é um apelo retórico instrumentalizado pelo argumento de autoridade, mas também com demonstração de erudição. O todo argumentativo serve, sobretudo, para angariar a adesão do público. Não foi demonstrado um silogismo que suporte o entendimento de que a livre disposição da sexualidade do indivíduo seja um instituto jurídico merecedor de especial proteção constitucional.

3.2.4 Linha argumentativa quanto ao fato de que não há distinção entre o homem e a mulher

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – A liberdade e a igualdade estão na lista dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.
- 2 – O amor é um sentimento mais elevado do que o sexo, que está sujeito ao preconceito.
- 3 – Jung já dizia que a homossexualidade não é apenas uma anomalia patológica, mas uma identidade psíquica.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “Nesse fluxo de interpretação constitucional das coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie masculina”.

ANÁLISE

A premissa 1 não é absoluta, porque a liberdade e a igualdade são direitos protegidos em todos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, fraternais ou não. A premissa 2 é uma afirmação retórica; e, ainda que o amor seja um sentimento mais elevado do que o sexo, isso não agrega qualquer valor argumentativo jurídico pela identidade entre homem e mulher. A premissa 3 traz a intenção de convencer pela citação de argumentos de autoridade.

Como os indicadores não têm conteúdo jurídico-argumentativo, cabe a pergunta de asseribilidade: Que argumento ou indício me daria

justificação para asserir a conclusão? O que teria eu de saber ou acreditar para aceitar a conclusão? Seria preciso outro tratamento hermenêutico para provar que as normas aqui não distinguem os homens das mulheres, embora a CF 1988 o faça em diversos dispositivos. Ou teríamos simplesmente que aceitar o fato de que o constitucionalismo fraternal induz a esse tipo de conclusão, como um dogma. De toda forma, nenhuma das premissas conduz categoricamente à conclusão de que as normas aqui não distinguem a espécie feminina da espécie masculina.

3.3 Cotas Raciais²⁶

Ayres Britto sugeriu que a leitura contra o preconceito foi inaugurada pela CF 1988, por intermédio de uma visão nova e pluralista. Na sua ótica, foi a CF 1988 que trouxe esse espírito juridicamente mais avançado para o ordenamento brasileiro. Antes, não havia esse comando fraternal, que surgiu para aperfeiçoar o estado social fundado em um preconceito histórico.

A Constituição, a meu sentir, louvou-se numa verificação, numa constatação, no ponto de partida da nossa Constituição. Ali, no ponto empírico de elaboração constitucional, o que havia? Um Estado genérico e persistente de desigualdades sociais e raciais, a desequilibrar o País, na perspectiva do que a Constituição desejava também e proclamou: A harmonia, a solução pacífica dos conflitos. Isso na ordem interna e na ordem internacional. *Ou seja, o preconceito nosso é histórico.* Ele é perpetrado pela nação brasileira, o preconceito racial, desde o segundo século, o início do segundo século da nossa colonização. A Constituição foi além e partiu para a afirmação de uma sociedade fraterna, que é justamente um *plus* em relação ao social. Disse a Constituição: "... uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos..." (negrito no indicador de conclusão).

Para Ayres Britto, o constitucionalismo fraternal superou o estado social, porque permitiu uma verdadeira integração social no Brasil. Teria sido esse o motivo porque houve uma nítida separação entre os temas de ordem social e os de ordem fraternal na CF 1988.

É a própria Constituição que, a partir do preâmbulo, faz essa separação, do social e do fraternal. Não se contentou com o social; foi ao fraternal. Porque o social promove uma inclusão material, econômica, financeira,

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 186. Cotas Raciais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 13 set. 2016.

patrimonial. Mas o fraternal promove uma integração, possibilita a fraternidade, que todas as pessoas transitem em igualdade de condições, ao menos, aproximativamente, pelos espaços institucionais de que a sociedade se compõe: escola, família, empresa, igreja, repartição pública e, por desdobramento, condomínio, clube, sindicato, partido. As pessoas têm de transitar por esses espaços institucionais de que a sociedade se compõe com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito. *Por isso que a Constituição separa o social do fraternal* e diz, com todas as letras, para quem quiser conferir: “Art. 3º São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III. Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. (grifo no indicador de conclusão).

Para além dessa separação formal, houve outra distinção igualmente impactante, desta vez separando o social do racial. A CF 1988 teria feito isso com tanta clareza justamente porque o constituinte percebera a necessidade de derrubar as barreiras social históricas que foram erguidas contra os negros no Brasil.

Mas a Constituição abriu um outro dispositivo para separar o social do racial, é o IV. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo [...]” - e aí vem. Mas não ficou nisso não, a Constituição quis mesmo cotas sociais diferentes de cotas raciais. É só ler o artigo 23. E é uma imposição normativa a todos os entes da federação brasileira. Diz a Constituição: Art. 23. É competência comum” - e competência aqui é dever - “da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] X. Combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos”. *O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros, pois é preciso que haja o plus da política pública promocional. Então, é preciso que haja uma política pública diferenciada no âmbito das próprias políticas públicas.* (grifo no indicador de conclusão).

Todo esse contexto de cunho fraternal justificaria a imposição de políticas públicas afirmativas como as engendradas pela UNB e discutidas no âmbito da ADPF 186.

O discurso da Constituição é coerente, é de reforço. Se historicamente há desigualdades nas desigualdades, atualmente tem que haver políticas públicas no âmbito das políticas públicas, as primeiras correspondendo a um plus. Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam.

Por fim, trouxe à discussão palavras de efeito postas por personalidades consagradas como Darcy Ribeiro e Rui Barbosa, para lhes servirem de lastro argumentativo em prol das políticas públicas afirmativas a favor dos negros.

Eu apenas terminaria, só para confirmar o espírito da própria Constituição, que usou a palavra raça num sentido coloquial, ou seja, histórico-cultural, não científico, não de ciência natural, e usou racismo também no sentido coloquial, proverbial, de acordo com as nossas práxis, dos nossos costumes desfavorecedores dos negros, Darcy Ribeiro disse o seguinte: “A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide na origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele.” (Povo brasileiro, editora Companhia das Letras, p. 225). É nesse contexto brasileiro de multirracialidade para além da cor da pele, porque também pegam aqueles segmentos, aqueles povos que têm características histórico-culturais inconfundíveis, que a Constituição deve ser interpretada. Agora, o todo constitucional, sobretudo a sua densa axiologia de não discriminação e de proclamação de igualdade naquele sentido aristotélico e também retomado por Rui Barbosa, toda a política de promoção racial que se dote de proporcionalidade e de razoabilidade deita raízes, repousa no regaço da Constituição brasileira. (Indicador de conclusão implícito).

3.3.1 Linha argumentativa quanto ao fato de que de que a CF 1988 inaugurou o pluralismo no ordenamento jurídico brasileiro por razões históricas

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – Antes havia um Estado genérico e persistente de desigualdades sociais e raciais, a desequilibrar o País.
- 2 – A CF 1988 foi além e partiu para a afirmação de uma sociedade fraterna, que é um *plus* em relação ao social.
- 3 – A CF 1988 proclamou a harmonia, a solução pacífica dos conflitos. Isso na ordem interna e na ordem internacional.

INDICADOR DE CONCLUSÃO: “Ou seja, o preconceito nosso é histórico”.

ANÁLISE

As premissas 1 e 2 são retóricas, porque apenas afirmam que o constitucionalismo fraternal foi inaugurado com a CF 188 como um aperfeiçoamento do constitucionalismo social. A premissa 3 é igualmente retórica, porque está baseada no óbvio; afinal, toda constituição almeja a harmonia e a solução pacífica dos conflitos.

Como a conclusão não decorre das premissas, cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, pois, mesmo que o constitucionalismo fraternal tenha sido colocado em prática a partir de 1988, o que já é duvidoso, pois seria preciso aceitar que as constituições anteriores não contemplavam essa mesma leitura pluralista, isso não significa necessariamente que o pluralismo tenha surgido por conta de uma ação sistemática contra o preconceito racial.

3.3.2 Linha argumentativa quanto ao fato de que a CF 1988 separou o social do fraternal, para melhor promover a igualdade

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 – As pessoas têm de transitar com o mesmo desembaraço, com o mesmo respeito na escola, na família, na empresa, na igreja, no condomínio etc.
- 2 - O preâmbulo da CF 1988 não se contentou com o social; foi ao fraternal.
- 3 - O social promove apenas uma inclusão material, econômica, financeira, patrimonial.
- 4 – O fraternal possibilita que todas as pessoas transitem em igualdade de condições.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “Por isso que a Constituição separa o social do fraternal”.

ANÁLISE

A premissa 1 afirma o óbvio, já que se trata de garantias normalmente asseguradas em qualquer estado democrático de direito. A premissa 2

qualifica o preâmbulo da CF 1988 como fraternal, mas não explica porque liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça são características fraternais e não sociais, por exemplo. As premissas 3 e 4 são retóricas, sugerindo que o constitucionalismo fraternal promovido pela CF 1988 possibilitou um avanço em termos de igualdade social.

As premissas não formam um todo argumentativo coeso o suficiente para comprovar que a CF 1988 separou o social do fraternal para o fim de promover a igualdade. Cabe a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, pois é possível que a igualdade seja obtida apenas com os direitos sociais previstos no Art. 6º, cuja dicção é bem mais categórica e abrangente do que a do preâmbulo da CF 1988.

3.3.3 Linha argumentativa quanto ao fato de que a CF separou o social do racial para evidenciar a histórica discriminação contra os negros

INDICADORES DE RAZÃO

- 1 - O Art. 3º CF 88 prevê, no seu inciso III, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.
- 2 - A CF 1988 abriu outro dispositivo para separar o social do racial no seu inciso IV: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo.
- 3 - O Art. 23, inciso X, CF 88 estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização.
- 4 - Não basta proteger, é preciso promover, elevar, fazer com que os segmentos ascendam.
- 5 - Darcy Ribeiro já sabia que a cor da pele gera graves discriminações raciais no Brasil e Rui Barbosa já defendia a igualdade no sentido aristotélico.

INDICADOR DE CONCLUSÃO. “O que a Constituição está dizendo é que historicamente há desigualdades nas desigualdades desfavorecendo os negros”.

ANÁLISE

As premissas 1 e 2 apresentam dispositivos constitucionais que protegem distintamente os direitos sociais dos raciais. A premissas 3 reforça o argumento, indicando separadamente a competência comum para promover a integração social dos setores desfavorecidos. A premissa 5 é um argumento de autoridade.

As premissas não levam automaticamente à conclusão, cabendo a pergunta: Podem as premissas serem verdadeiras e a conclusão ser falsa, a julgar pelos padrões adequados de prova e pelos padrões adequados sobre o que é possível? Sim, pois o fato de que a CF 1988 tenha dispositivos separados para questões sociais e raciais não implica necessariamente que isso se tenha dado por conta do racismo histórico contra negros e nem que esse arranjo topográfico seja mais protetivo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar com objetividade os julgados propostos pela pesquisa, vê-se que o constitucionalismo fraternal é interessante como figura linguística, mas não responde bem às complexidades dos temas atuais. Se o que se pretende é a efetividade da justiça, é preciso trabalhar as decisões jurídicas dentro de um conjunto coeso de ideias capaz de trazer uma resposta definitiva às questões.

Não há como deixar fazer uma ligação entre o constitucionalismo fraternal e o neoconstitucionalismo, pois ambos lançam mão de valores pouco definidos. Tudo é possível, a depender das preferências do intérprete. Contra esse estado de coisas, Galvão demonstra que, no fundo, esse pensamento multifacetário enfraquece o ideal do Estado de Direito, porque, ao fim e a cabo, acaba por servir ao um mero pragmatismo jurídico²⁷.

O neoconstitucionalismo encontra-se, então, em uma encruzilhada. Enquanto pretensão apresenta-se como um discurso totalizante, sendo um descendente direto do constitucionalismo dirigente, cujo objetivo era preparar a transição para o socialismo. A ausência de um substrato normativo semelhante transforma essa doutrina em um discurso vazio, desaguando numa das mais virulentas versões do pragmatismo jurídico, em que nem as normas devem ser respeitadas nem há rumo

27 GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva: 2014. p.33.

a ser tomado, abrindo-se espaço para o arbítrio. Isso se torna muito evidente quando seus autores permitem a utilização de argumentos de política e sua ponderação com princípios: não há uma ordem de valores prioritários para esses teóricos, mas apenas preferências que cambiam a depender do contexto fático e, principalmente, de quem interpreta o texto constitucional. *Ao dissipar a densidade normativa das normas jurídicas e autorizar os juízes a decidirem com base em preferências pessoais o Neoconstitucionalismo golpeia com intensidade o conceito de Estado de Direito, aproximando-o do fim.* (grifo nosso).

O constitucionalismo fraternal, andando de mãos dadas com o neoconstitucionalismo, aparece como uma forma de valorizar o papel do intérprete, com o objetivo de fazer pender para o judiciário o poder político da nação. Vários subterfúgios são usados como instrumento dessa lógica: a força normativa da Constituição; os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a constitucionalização do Direito, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a derrotabilidade das regras perante os princípios etc. Ocorre que, sem uma referência normativa clara, o juiz fica livre para decidir como bem entende²⁸. Tudo isso colabora para que o STF, no cumprimento de suas extensas funções como órgão julgador máximo, atente pela quantidade mais do que pela qualidade de suas decisões.

Todavia, o Estado de Direito requer que as normas jurídicas sejam respeitadas e que sirvam como guias de conduta. Contrariamente a essa lógica, a aplicação das teses abertas com base no constitucionalismo fraternal podem retirar segurança jurídica e prejudicar a eficiência do ordenamento jurídico, que funciona mais eficiente e previsivelmente com regras postas. Em muitos casos, os princípios devem ser manejados para sopesar direitos fundamentais, mas, extraordinariamente. Na verdade, as regras, essas sim, devem prevalecer, já que a CF 1988 é uma norma dirigente²⁹, onde predominam regras e não princípios, na caracterização de Ferreira Filho. Ou seja, a CF 1988 foi concebida para definir programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos sob a forma de regras, como os dispositivos do Código Civil.

Pelo seu conteúdo aberto a praticamente todos os direitos judicializáveis, as balizas do constitucionalismo fraternal não oferecem argumentos sólidos o suficiente para que se possa chegar a decisões conclusivas e aceitáveis

28 GALVÃO, op. cit., p.23.

29 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais* 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.156.

juridicamente. Em termos argumentativos, como se viu na análise das decisões, é difícil haver cotejo entre as conclusões e as razões que lhe dariam fundamento. Encontra-se, ao contrário, referências pontuais a argumentos genéricos fundamentados em retórica. A lógica jurídica, portanto, não consegue funcionar como limite ao julgador; atua, ao revés, como uma conveniente oportunidade para sustentar pontos de vista pessoais e preconcebidos.

A visão humanista, marcadamente impressa no constitucionalismo fraternal, acaba por negar o seu próprio desígnio, dificultando a proteção constitucional que pretende garantir às minorias. Nos casos analisados, ao invés de silogismos convincentes, baseados em premissas de certeza absoluta, temos argumentos de mera possibilidade. Ao invés de fórmulas analíticas, prevaleceram citações e metáforas que buscaram obter o convencimento pela emoção, quando não por simples argumentos de autoridade.

O efeito disso é o de que as razões apresentadas com fundamento do constitucionalismo fraternal dificilmente poderão levar a uma solução definitiva para casos futuros semelhantes. Como há uma correlação direta com os direitos fundamentais da pessoa humana, praticamente qualquer tese contrária pode ser manejada com fulcro nesses mesmos parâmetros. Decisões sem consistência lógico-formal não são bem-vindas, porque abrem as portas a insegurança jurídica, este sim um problema grave a ser enfrentado com decisões jurisprudenciais claras e objetivas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. *Humanismo Como Categoria Constitucional*, 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 set. [..]2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação *Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0/Distrito Federal*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277*. União Homoafetiva. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186*. Cotas Raciais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 13 set. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510* / Distrito Federal – Lei da Biossegurança. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 13 set. 2016.

CONJUR, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo editorial publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-11/ministro-ricardo-lewandowski-encerra-gestao-493-mil-decisoes>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FISHER, Alec. *A Lógica dos Verdadeiros Argumentos*. São Paulo: Novo Conceito, 2008.

FONTE, Felipe de Melo. *TV Justiça*. Votos do STF são cada vez mais para o grande público. CONJUR, Revista Eletrônica Consultor Jurídico, artigo publicado em 11 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/felipe-fonte-votos-stf-sao-dirigidos-cada-vez-grande-publico>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

GALVÃO, Jorge Otávio Lavocat. *Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva: 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GOMES, Delci. *Células-tronco embrionárias: implicações bioéticas e jurídicas*. Artigo de Revisão, Centro Universitário São Camilo, 2007.

RECEBIDO EM: 04/02/2016

APROVADO EM: 27/04/2016

O INTERESSE PÚBLICO E AS ALTERNATIVAS PARA A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

*THE PUBLIC INTEREST AND THE ALTERNATIVES FOR THE
PROTECTION OF LEGAL CERTAINTY*

Guilherme Pinato Sato

Mestre em Droit public des affaires

Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne, PARIS 1, França

Especialização em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

Procurador Federal - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 As correntes do interesse público e da defesa dos direitos fundamentais: seus objetivos e diferenças; 2 O ativismo judicial na execução dos interesses individuais; 3 As alternativas ao ativismo judicial; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa as transformações ocorridas no conceito de interesse público após a Constituição de 1988 e as suas diferenças e aproximações com a corrente de defesa dos direitos fundamentais. O estudo tem por escopo abordar o ativismo judicial e a consequente sobreposição do Poder Judiciário, em detrimento da discricionariedade do Poder Executivo em praticar atos administrativos e executar políticas públicas. Por fim, cita os acordos extrajudiciais como instrumento de pacificação de conflitos e alternativa eficaz à insegurança jurídica ocasionada pelo ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse Público. Ativismo Judicial. Segurança Jurídica. Poder Executivo. Acordos Extrajudiciais.

ABSTRACT: This article analyzes the changes that occurred in the concept of public interest after the 1988 Constitution and their differences and approaches to the fundamental rights of defense current. The study has the scope to address judicial activism and the consequent overlapping of the Judiciary, rather than the discretion of the Executive Power in practicing administrative acts and executing public policies. Finally, it cites extrajudicial agreements as an conflict peacemaking instrument and effective alternative to legal uncertainty caused by judicial activism.

KEYWORDS: Public Interest. Judicial Activism. Legal Certainty. Executive Power. Extrajudicial Agreements.

INTRODUÇÃO

Este artigo analisa as interpretações dadas ao interesse público pela jurisprudência e doutrina após o advento da Constituição de 1988, quando as funções executiva, legislativa e judiciária foram sensivelmente remodeladas, acarretando a sobreposição dessa última em detrimento das demais, no que se refere à edição de atos administrativos e à própria técnica de edição de normas.

No conceito tradicional, o interesse público consistia em demarcar as atribuições e prerrogativas dos entes públicos e em preservar a supremacia do interesse do Estado em relação aos direitos individuais. Estavam jungidos em um único conceito tanto os anseios estatais da pessoa jurídica quanto os interesses gerais abstratos da sociedade.

Na nova ordem constitucional, os direitos do Estado podem ser até contrários aos interesses da sociedade. Assim, o interesse público transmudou-se, da proteção dos interesses da própria Administração Pública, para a salvaguarda dos direitos individuais.

Embora este trabalho tenha como objetivo abordar o interesse público, a corrente dos direitos fundamentais também será analisada, mesmo que de modo sucinto. Ela se contrapõe à corrente do interesse público, no que se refere aos limites de atuação do Estado e à forma de concretização dos direitos individuais, e para tanto utiliza meios diversos.

No interesse público, ao Poder Judiciário são atribuídas novas funções, antes exercidas pelos demais poderes. O juízo singular é ator de relevo na efetivação dos direitos sociais, frente às omissões legislativa e executiva.

Na defesa dos direitos fundamentais, ao contrário da primeira corrente, o ordenamento jurídico se impõe, delineando os direitos individuais, restringindo e especificando os limites da ação estatal.

No novo modelo de interesse público, os princípios e normas constitucionais ganham aplicação imediata na concretização de direitos individuais, independentemente da existência de leis que os regulem, que lhes deem um norte.

Surge então uma pluralidade de decisões judiciais, com diversas interpretações da norma constitucional, para atender os direitos individuais em cada caso concreto.

O ativismo judicial, além de adentrar nas funções do Poder Legislativo, criando leis individuais para garantir a concretização de direitos sociais, interfere nas funções típicas do Poder Executivo, ou seja, na execução e na efetivação das políticas públicas.

O papel do Judiciário se intensificou, na medida que é o órgão responsável pela interpretação dos princípios e normas constitucionais e pela sua aplicação diretamente nos processos judiciais. O presente texto comenta as respostas encontradas pela Administração Pública e pelo sistema normativo para conter o avanço do ativismo judicial, ensejador de insegurança jurídica nas relações contratuais.

São exemplos dessas respostas a realização de acordos na esfera administrativa, a criação de câmara de conciliação e arbitragem na esfera federal e a previsão, ainda que incipiente, de um procedimento administrativo de negociação entre os entes públicos e os administrados.

São mecanismos importantes de resolução de conflitos na esfera extrajudicial que visam a dar previsibilidade à Administração Pública e ao indivíduo na celebração de contratos, prevendo hipóteses de pacificação de litígios sem a necessidade de se socorrer ao Judiciário.

Na esfera privada, os indivíduos, em regra, podem realizar transações extrajudiciais embasadas na autonomia da vontade, mas em relação à Administração Pública há dúvida sobre a necessidade de lei autorizadora para a transação administrativa.

Entendemos pela sua possibilidade, pois o anseio de todos é um Estado conciliador, ativo na defesa dos interesses legítimos da sociedade. A negociação pode atender os próprios interesses da coletividade, os princípios da moralidade e da eficiência, deixando de lado os meros interesses patrimoniais das pessoas jurídicas.

O presente artigo comenta os seguintes temas: a defesa dos direitos fundamentais e o interesse público, suas aproximações e diferenças; os modos alternativos encontrados pela Administração Pública para conter o ativismo judicial; o interesse público singular para uma pluralidade de interesses públicos reconhecidos pelo ordenamento jurídico e suas consequências; a indisponibilidade do interesse público, traduzida pela “melhor decisão no caso concreto” e suas consequências na preservação da segurança jurídica.

1 AS CORRENTES DO INTERESSE PÚBLICO E DA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SEUS OBJETIVOS E DIFERENÇAS

As correntes do interesse público e da defesa dos direitos fundamentais¹ têm como fundamento a proteção e a efetivação dos direitos do administrado frente à Administração Pública. Não se trata, assim, de entendimentos contraditórios, pois ambos têm como objetivo delimitar as funções executivas para o atendimento de direitos subjetivos de diferentes grupos da sociedade, embora utilizem meios diversos para atingir o mesmo resultado.

A defesa dos direitos fundamentais põe em evidência a proteção de direitos individuais e seu emaranhado de leis assecuratórias que detalham os limites da atuação estatal, prevalecendo a “não interferência” pública em prol da concretização desses direitos. Ao Executivo e ao Judiciário cabem a observância e a aplicação das leis em respeito aos direitos de propriedade, de ir e vir e de livre concorrência, dentre outros.

Tomemos como exemplo a intervenção estatal direta na esfera econômica. Quais são os limites do Estado para atuar na área privada? Pode o Estado intervir diretamente, por meio de empresas públicas, de sociedades de economia mista e mesmo com participação minoritária em empresas privadas, com fins exclusivamente financeiros, como se um particular fosse?

Em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas há necessariamente a prestação de determinados serviços de interesse coletivo, embora atuem também em setores de livre concorrência com os demais agentes econômicos.

Em relação ao Estado acionista minoritário, o Poder Público almeja obter dividendos como um acionista privado, comprando e vendendo as suas ações segundo as suas conveniências. A defesa dos direitos fundamentais na esfera econômica tece críticas à desmensurada atuação estatal nesse setor, em detrimento à liberdade profissional, à livre concorrência, pois se trata de atividades estritamente empresariais e de mercado.

1 A análise das duas correntes tomou por base a classificação de Fernando Dias Menezes de Almeida, pois ilustram de maneira bem elucidativa as principais tendências de pensamento no direito administrativo brasileiro, após 1988. Segundo o autor, a vertente liberal de defesa dos direitos fundamentais tende a valorizar a decisão do legislador no tocante à definição da ação administrativa, enquanto a vertente estatizante tende a ter no “interesse público” o critério do órgão jurisdicional para aferir o cumprimento da legalidade da ação administrativa, segundo o parâmetro da melhor decisão (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 370-376).

À guisa de exemplo, na França² o Estado é acionista minoritário em várias empresas de diversos setores econômicos: automobilístico (Renault – 15%), aviação civil (Air France – 15%), nuclear (AREVA- 21%), equipamentos industriais, defesa e aeroespacial (Thales – 27%), dentre outros, demonstrando os interesses estratégico e privado do Estado em angariar fundos e celebrar contratos internacionais.

A autora francesa Christine Maugüé³ menciona que não há expressamente liberdade de comércio para as pessoas de direito público e que a intervenção estatal deve se pautar em uma das seguintes hipóteses:

- a) atividade industrial desenvolvida somente pela pessoa pública e que posteriormente é exercida por agentes privados; assim, os investimentos públicos justificam a manutenção da estrutura estatal em livre concorrência com os entes privados;
- b) segundo o princípio da especialidade, pelo qual a atividade empresarial estatal é um complemento do serviço público;
- c) por motivos de interesse geral.

Em relação à atuação direta do Estado em atividades estritamente privadas, a autora europeia menciona antiga jurisprudência do Conselho do Estado de 1942 relativa à construção da Cidade Universitária em Paris. Tal obra pública era destinada a acolher estudantes nacionais e estrangeiros em albergues residenciais subsidiados pelo Poder Público.

O setor hoteleiro do Quartier Latin alegou os prejuízos que teria com a construção da Cidade Universitária e que o setor privado poderia suprir a demanda de alojamentos e apartamentos para os estudantes.

2 FRANCE. Agence des Participations de L'État (APE). *L'État actionnaire 2014-15: énergie, industries, services et finance, transports*. Disponível em: <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Rapport_APE.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2015. A Agence des Participations de l'État é o órgão específico de atuação do Estado francês como acionista em empresas privadas de grande porte.

3 MAUGÜÉ, Christine. La liberté du commerce et de l'industrie des personnes privées s'est-elle transformée? In: DRAGO, Guillaume; LOMBARD, Martine (Dirs.). *Les libertés économiques*. Paris: Panthéon Assas; LGDJ Diffuseur, 2003. p. 51-57. A autora menciona a seguinte jurisprudência: C.E., Ass., 27 février 1942, Mollet, Rec.64.

O Conselho do Estado entendeu que a Cité Universitaire era um complemento necessário ao serviço público de educação e, portanto, não violava as liberdades de livre comércio e de livre concorrência.

Interpretando a corrente de proteção aos direitos fundamentais na área econômica, o Estado não deve atuar diretamente como investidor em setores em que não há carência na prestação por parte dos entes privados em atividades estritamente empresariais.

Tal entendimento não impede, todavia, que o Estado atue como agente regulador, para coibir e punir a concorrência desleal entre os próprios agentes econômicos, em prejuízo dos consumidores, e que promova políticas públicas de inserção de novos usuários.

A crítica a essa corrente é o seu caráter privatístico na defesa de interesses meramente individuais, na promoção da igualdade formal e da legalidade, sem se ater aos diversos grupos heterogêneos que compõem a sociedade brasileira, marcada por profunda desigualdade social.

Por sua vez, a corrente do interesse público tem o foco na promoção da igualdade material de diferentes grupos da sociedade, procurando em “cada caso” o melhor direito, como sinônimo de indisponibilidade dos interesses da sociedade.

O interesse público, que era único, tornou-se multifacetário e passou da proteção das prerrogativas e pretensões do ente público para a salvaguarda de interesses de grupos de indivíduos, desde que reconhecidos pelo direito.

É no conflito entre tais grupos que o Poder Judiciário tutela o direito subjetivo que mais se aproxima dos interesses da sociedade em cada caso concreto, tendo o Judiciário como intérprete dos anseios da coletividade.

A ideia da multiplicidade de interesses públicos é bem explicitada por Jean-François Lachaume, Claudie Boitteau e Hélène Pauliat⁴, ao descreverem o conceito de *intérêt général*.

Para eles, a necessidade coletiva integra necessariamente a satisfação do interesse individual de cada usuário. Todavia, o *intérêt général* não é

4 LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. *Droit des services publics*. 3e éd. Armand Colin, 2004. p. 33.

a simples soma desses interesses pessoais, pois o bem-estar de todos os usuários depende da organização do serviço público que atenda, dentro de limites possíveis, cada interesse individual.

Os autores franceses arrematam dizendo que se cada expectativa individual devesse ser atendida, todos os serviços públicos seriam gratuitos e citam o caso do transporte urbano, em que se deve realizar uma ponderação entre os interesses individuais, que podem ser contraditórios.

Nesse exemplo, eles mencionam que o itinerário do transporte público deve ser definido conciliando interesses dos usuários que moram em bairros, ruas diferentes e também trabalham em horários diferentes. Caso pretendessem ser atendidos os interesses individuais em sua integralidade, seria necessário colocar um ônibus ou um trem à disposição de cada usuário, segundo as suas necessidades e suas preferências de horário.

Os ensinamentos da doutrina francesa servem de exemplo à concepção de multiplicidade de “interesses públicos” tutelados pelo Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida⁵ observa que a Escola do Interesse Público brasileira recebeu fortes influências do direito francês e dos seus conceitos de um regime jurídico de prerrogativas e sujeições.

O Estado tornou-se mediador dos interesses individuais, que podem ser até mesmo contraditórios. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Peixoto Marques Neto⁶ cita que o papel do Estado, de intérprete autoritário, passou a conciliador de interesses públicos:

Os interesses públicos – adverte Pizzorusso - nada mais são que finalidades concretas a serem efetivadas pelos órgãos ou entes públicos, pois, em sociedades pluralistas, como a que vivemos; há tantos interesses públicos quantos forem as comunidades nela coexistentes.

O Poder Executivo é a esfera mais apropriada para a concretização dos interesses públicos heterogêneos, promovendo o diálogo entre os diversos grupos que o representam e executando políticas públicas na efetivação gradual dos direitos sociais.

5 ALMEIDA, op. cit., p. 438.

6 MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 152.

2 O ATIVISMO JUDICIAL NA EXECUÇÃO DOS INTERESSES INDIVIDUAIS

Na corrente do interesse público, o Poder Judiciário assume a função primordial de encontrar a melhor solução em cada processo, o que significa a tutela de determinado direito subjetivo, o que corresponderia na própria indisponibilidade do interesse geral.

A consequência da transferência ao Judiciário do manejo e concretização das políticas públicas é a prolação de inúmeras decisões contraditórias, mesmo que se trate de casos semelhantes.

Se na defesa dos direitos fundamentais o papel principal cabe ao Legislativo, ao detalhar a operacionalidade dos direitos individuais, no interesse público o Judiciário é o responsável pela efetivação dos interesses individuais.

O juízo singular excede suas funções de subsunção do caso concreto à lei para adentrar no papel de legislador em demandas individuais, tendo como alicerce, em muitos casos, somente os princípios e normas constitucionais. Essas últimas são caracterizadas pela sua abstração e por conceitos programáticos no que diz respeito à consecução dos direitos sociais.

O Judiciário aplica “leis individuais”, valendo-se do princípio da proporcionalidade, para que a lesão ao direito alheio seja a menor possível, para a satisfação do interesse público no caso concreto.

O ativismo judicial pode interferir na execução de políticas públicas, concedendo liminares em áreas de saúde, educação e moradia, sobrepondo-se à existência de cadastramentos de interessados efetuados previamente pelo Poder Público.

A conduta ativa do Judiciário na concretização de direitos sociais traz a necessidade de alocação adicional de recursos para o atendimento das decisões judiciais, que antes estavam destinados a outras finalidades também públicas, como o próprio atendimento efetuado na esfera administrativa.

Há de se indagar se nos dias atuais ainda existe discricionariedade na realização de atos administrativos e de políticas públicas em que não tenha havido a interferência do Judiciário em seu modo de operação.

Se de um lado deve-se ter em conta a necessidade premente dos demandantes que procuram a Justiça para a aquisição de vagas em escolas, creches ou hospitais, de outro lado encontram-se, na esfera administrativa, indivíduos em situações também emergenciais que se cadastraram em lista de espera para atendimento.

O ideal seria o acesso de todos aos direitos sociais previstos na Constituição Federal, mas frente à escassez de recursos públicos, caberia ao Judiciário a tarefa de fiscalizar, coibir preferências injustificadas nos cadastramentos de espera e punir a prática de malversação.

Assim, o Judiciário contribui na efetivação dos direitos sociais e no oferecimento gradativo, pelo Poder Executivo, de novas vagas para a positivação e ampliação dos direitos sociais. Deixaria de haver a preferência dos atendimentos judiciais em detrimento da ordem cronológica de cadastro realizada na esfera administrativa.

O ativismo judicial se beneficia de uma Constituição analítica e da própria omissão dos demais poderes em editar leis e ampliar o acesso aos direitos sociais. Elival da Silva Ramos⁷ ensina que:

No que concerne ao desdobramento infraconstitucional de normas-regras os riscos de extrapolações ativistas são consideravelmente menores, em face do maior grau de precisão e determinabilidade dos comandos constitucionais. Todavia, a ampla projeção sistêmica das normas-princípios, mormente as de porte constitucional, pode vir a converter-se em elemento de propulsão ao ativismo judiciário, que restará configurado se as normas de desdobramento resultarem de decisões judiciais e não de atos formalmente legislativos, como de rigor.

O ativismo judicial se mostra bem presente nas lides previdenciárias, a tal ponto que um número significativo de segurados da Previdência Social escolhe o ajuizamento direto de demandas de concessão de aposentadorias e pensões sem tê-la requerido inicialmente em uma agência da Previdência Social.

O Poder Judiciário exerce as atribuições típicas da autarquia previdenciária, ao praticar atos administrativos de concessão ou indeferimento de benefícios. Em resposta ao ativismo judicial, o STF firmou entendimento, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 631.240/

7 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 187.

MG⁸, da necessidade do prévio requerimento ao INSS, para a concessão de benefícios previdenciários, como regra geral.

Não se exige o exaurimento da esfera administrativa, mas que, na concretização dos direitos da seguridade social previstos na Constituição Federal, sejam observados os procedimentos e prazos determinados em lei. O artigo 174 do Decreto n. 3.048/1999 estipula o prazo de 45 dias para o INSS efetuar o primeiro pagamento na via administrativa.

A partir do 46º dia do requerimento administrativo sem resposta do INSS, o administrado poderá ajuizar a demanda previdenciária. Caso a autarquia federal notifique o indeferimento do pedido antes do prazo estipulado, o segurado já terá interesse processual em ajuizar a demanda, não havendo necessidade de esperar o transcurso restante dos 45 dias.

Apesar das inúmeras críticas ao ativismo judicial de invasão das competências dos demais poderes, em casos específicos ele foi um avanço na ampliação de direitos sociais, principalmente no que se refere a temas em que o Legislativo e o Executivo não desejavam suportar o ônus político. Podemos citar o reconhecimento de pensão por morte previdenciária para o dependente homossexual.⁹

O STF¹⁰ vem reconhecendo a legitimidade do Poder Judiciário na efetivação de políticas públicas insculpidas na Constituição Federal e que a abstenção do Estado em cumpri-las viola, segunda a Corte Constitucional, a própria integridade da Lei Fundamental, e estimula, no âmbito do Estado, o fenômeno da erosão da consciência social.

Entretanto, o próprio Poder Judiciário vem delimitando o ativismo judicial a medidas necessárias ao mínimo existencial, não podendo

8 STF - RG RE n. 631.240/MG, Plenário, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03.09.2014, DJe, de 07.11.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

9 MPF - Parecer n. 1663/2006/AR/SPGR, do Subprocurador-Geral da República Aurélio Virgílio Veiga Rios, de 15.12.2006, no REsp n. 814595/RS (2006/0020743-3), 5ª Turma, rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Parecer%20-%20ACP%20-%20INSS%20-%20inclusao%20do%20companheiro%20homossexual%20c.pdf>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

10 STF - AgR ARE n. 639.337/SP, 2ª Turma, rel. Min Celso de Mello, j. 23.08.2011, DJe, de 15.09.2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

ultrapassar tal limite, sob pena de violar a reserva do possível, a da separação dos poderes e a criação de desigualdades entre os administrados.

Cite-se acórdão do próprio STF¹¹ em que, apesar de não ter admitido o Recurso Extraordinário por questões processuais, prevaleceu o acórdão do tribunal de origem, em que fora concedido ao demandante vítima de enchentes o benefício de aluguel social, e não o direito à moradia.

A Corte Suprema zela para que as decisões judiciais não ultrapassem medidas que garantam o mínimo existencial, evitando-se assim decisões políticas que transbordem as atribuições típicas do Poder Judiciário na aplicação e interpretação da lei no caso concreto.

3 AS ALTERNATIVAS AO ATIVISMO JUDICIAL

A aplicabilidade direta de princípios no caso concreto pode ter como consequência o questionamento, pelo controle difuso, da constitucionalidade de leis que venham detalhar a própria dimensão e procedimentos das normas previstas na Lei Maior.

Apesar de a lei ter passado pela verificação de constitucionalidade pelos Poderes Executivo e Legislativo, ela pode ser inquinada de inconstitucional desde o seu início de aplicação em controle difuso, ocasionando incerteza nas relações contratuais quanto ao cumprimento da nova legislação em vigor.

A multiplicidade de interpretação de princípios pelo Judiciário pode ocorrer tanto pela omissão legislativa em editar lei explicitando a dimensão deles, como por decisões judiciais que, ao aplicá-los, vão de encontro ao próprio ordenamento jurídico existente.

11 STF - AgR AREn. 870.010/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j.25.08.2015, DJe, de 10.09.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9363365>>. Acesso em: 06 dez. 2015. Cite-se excerto do mencionado acórdão do TJRJ: "Entende-se que o citado benefício, de prestação mensal, é apto a assegurar minimamente o direito fundamental à moradia da parte autora/apelante, preservando o núcleo essencial de sua dignidade. Logo, revela-se suficiente à garantia do mínimo existencial, não competindo ao Judiciário exceder desse patamar, onerando os cofres públicos além de suas possibilidades. Conceder judicialmente nova moradia à agravante implicaria violação injustificada da reserva do possível e de separação de poderes, criando, ademais, situação anti-isotômica com relação aos demais administrados. Destarte, descabida a condenação dos agravados à concessão de nova moradia à autora/gravante, havendo meios menos onerosos à garantia do núcleo mínimo do direito fundamental à moradia, como o benefício do aluguel social já implantado."

Tendo como objetivo efetivar a segurança jurídica, o Poder Público pode se valer da ação declaratória de constitucionalidade, antecipando-se aos próprios questionamentos jurídicos em futuros casos concretos. Criou-se a ADC para estabelecer a certeza sobre a constitucionalidade das leis, servindo de mecanismo de contenção do ativismo judicial.

Fernando Dias Menezes de Almeida¹² analisa os mecanismos de reação à amplificação da legalidade pela aplicação direta de princípios constitucionais e a conseqüente pluralidade de decisões. Segundo o autor, as medidas de reação são em um primeiro movimento o reforço do controle concentrado e, em um segundo, a contratualização da ação administrativa (normatividade individual e concreta) e as súmulas vinculantes (normatividade geral e abstrata).

Este artigo analisa a contratualização pela via do consenso e apresenta alguns exemplos desse mecanismo: a resolução de conflitos previstos em procedimento administrativo e as câmaras de conciliação na esfera pública federal.

A atividade conciliatória pode ser efetuada na esfera administrativa, pois o Poder Público deve se guiar pelo atendimento do interesse público primário, de direitos indisponíveis da coletividade, que podem até contrariar os próprios interesses secundários e financeiros do Estado.

Sobre a possibilidade de a Administração Pública realizar convenções extrajudiciais, Fernando Dias Menezes de Almeida¹³ leciona:

Mas, mesmo ante a ausência de expressa previsão, é sustentável a possibilidade da celebração desses acordos no Direito brasileiro. Isso porque está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que circunstancialmente não é exercido. Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua ação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se chegue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção.

12 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latins, 2015. p. 415-428.

13 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latins, 2012. p. 302.

O consenso extrajudicial traz segurança, pacificação às partes envolvidas e natural conformismo aos interessados, diferentemente do que ocorre com o contencioso judicial, no qual o sucumbente será impelido por meio da força estatal a fazer ou a pagar, em processo de longa duração e de resultado incerto.

Ao negociar, a Administração Pública põe-se em condição de igualdade em relação aos particulares, despindo-se do seu poder de supremacia, de intangibilidade, negociando cláusulas econômicas, mas resguardando para si as atribuições no modo de prestação de suas atividades e de suas competências constitucionais, que não podem ser delegadas ou negociadas.

O mencionado professor da USP¹⁴ lembra que a Administração possui o poder unilateral de decidir por si mesma, independentemente de acordo, mas decide pelo modo consensual, quando possível. O jurista finaliza sobre as vantagens do acordo:

O recurso ao módulo convencional substitutivo da decisão unilateral tem, portanto, o sentido finalístico de aproveitarem-se os benefícios inerentes aos aspectos funcionais da essência contratual, propiciando a pacificação social a partir do respeito à confiança e à palavra consensualmente dada – além de potenciais vantagens pragmáticas ligadas à celeridade e eficiência das medidas almejadas.

Nesse mesmo sentido, Eduardo García de Enterría¹⁵ lembra que as fórmulas convencionais são:

[...] un modo de administrar en el que la Administración renuncia, en principio, a imponer de forma imperativa y unilateral su propio criterio y se esfuerza en encontrar un punto de equilibrio adecuado entre los intereses públicos por los que debe velar en todo caso y los intereses particulares de las personas, físicas o jurídicas, sin cuyo concurso no podría conseguir sus objetivos.

14 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latins, 2012. p. 298.

15 GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008. v. 2, p. 520-521.

A Lei paulista n. 10.177/1998¹⁶, em seu artigo 65, estipula hipótese de procedimento de acordo na esfera administrativa, mais especificamente de ressarcimento por danos causados por funcionários públicos a terceiros.

Segundo a norma mencionada, o administrado, ao descrever os fatos e o dano, deve indicar o montante atualizado, sendo que o pedido pode ser acolhido total ou parcialmente pelo Estado. O requerente será intimado da contraproposta oferecida pela Administração, sendo o seu silêncio entendido como aceitação.

O administrado que recusar a transação não pode invocar em posterior processo judicial o reconhecimento da responsabilidade administrativa, ou seja, não pode utilizar o requerimento administrativo para reconhecer somente a responsabilidade extracontratual e socorrer-se posteriormente ao Judiciário para obter indenização mais vantajosa.

Apesar da proposta inovadora prevista na lei paulista, tal instituto é pouco utilizado, seja pelo desconhecimento do próprio administrado, seja pelas contrapropostas ofertadas pela Administração, que geralmente não são aceitas pelo requerente.

Outra possibilidade de realização de acordo extrajudicial é a previsão legal da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal. A sua previsão¹⁷ de funcionamento vem estabelecida no artigo 18 do Decreto n. 7.392/2010, cujo inciso III estipula a competência do mencionado órgão administrativo para dirimir por meio da conciliação as controvérsias entre a União e os demais entes federais ou entre esses e as Administrações Públicas estaduais e municipais.

A Câmara de Conciliação pode atuar tanto em litígios em andamento na Justiça, como em fase anterior, evitando o próprio ajuizamento, com a pacificação do conflito na esfera administrativa. Tais entes públicos representam órgãos, autarquias responsáveis pela formulação e execução de políticas públicas, sendo que a solução célere e amigável na esfera administrativa pode trazer melhorias, reparos à execução de programas de concretização de direitos sociais.

16 Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

17 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217569>. Acesso em: 06 dez. 2015.

São exemplos de controvérsias em que figuraram posteriores acordos ou tentativas de propostas de acordos em andamento na esfera da Câmara de Conciliação:¹⁸

- a) controvérsias entre a FUNAI, INCRA e ICMBio relacionadas à sobreposição de interesses agrários, indígenas e ambientais em terras indígenas e em assentamentos agrários no extremo sul do Estado da Bahia (Processo n. 00410006126200406);
- b) controvérsia entre os Correios e o INSS sobre o pagamento de aluguéis atrasados por parte da empresa pública e posterior celebração de novo contrato de locação (Processo Administrativo n. 35318001937/2010-93);
- c) conflito entre a Universidade de Brasília e o Ministério da Saúde sobre a comercialização de obra editada para distribuição gratuita. O acordo foi celebrado para compensar o prejuízo do Ministério da Saúde pela não publicação e distribuição dos livros sob guarda da Universidade. Esta última comprometeu-se a publicar, no prazo de 120 dias a partir da entrega do arquivo digitalizado, a nova obra escolhida pelo Ministério da Saúde (Processo Administrativo n. 25000.625556/2009-81).

Os procedimentos de conciliação nas esferas federal e estadual são exemplos de alternativas encontradas pelo Poder Público para resolver os seus litígios valendo-se do entendimento entre as partes e uma forma de evitar o acaso, a morosidade e o ativismo das decisões judiciais, que se sobrepõem à discricionariedade do Poder Executivo em sua atividade típica de concretização de normas programáticas previstas na Constituição Federal.

4 CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi analisar a intromissão do Poder Judiciário em atividades típicas administrativas, sobrepondo-se às atribuições do Poder Executivo e de sua discricionariedade na promoção e execução de direitos sociais.

Ele abordou as transformações no conceito de interesse público ocorridas após a Constituição Federal de 1988, passando de interesse uno, indivisível, que se confundia com a defesa patrimonial da própria pessoa

18 Disponível em: <<https://siscon.agu.gov.br/facilitador/pesquisa.php?pagina=25&&pesquisa=CCAF>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

jurídica de direito público, para a multiplicidade de interesses públicos legitimados pelo ordenamento jurídico.

As diferenças entre as correntes administrativas do interesse público e da defesa das garantias fundamentais foram apontadas, pois ambas influenciaram intensamente a redefinição das relações entre o indivíduo e a Administração Pública, após o advento da Constituição de 1988.

Os dois pensamentos, embora partam de pontos de vista diferentes, visam ao mesmo fim: a limitação da atuação estatal e a proteção dos direitos individuais. Na defesa das garantias fundamentais, o arcabouço legal é responsável pela proteção dos direitos subjetivos dos administrados, tutelando sobretudo os direitos fundamentais de 1ª geração.

Para a corrente do interesse público, o Judiciário tem papel de destaque, ao encontrar o interesse indisponível, em cada processo judicial, na concretização de direitos sociais.

A consequência das atribuições do Poder Judiciário na tutela dos direitos sociais amparados diretamente em princípios e normas programáticas é a multiplicidade de decisões diferentes em situações similares, ocasionando insegurança jurídica e intervenção injustificada de juízes singulares na própria concretização e manejo das políticas públicas.

O STF vem delimitando, em seus entendimentos pelo controle concentrado, pela via de súmulas vinculantes e mesmo por acórdãos em recursos extraordinários, a amplitude do ativismo judicial, para que ele seja o estritamente necessário à garantia de um mínimo existencial e não interfira em decisões políticas de competência do Poder Executivo.

Apesar do engajamento da Suprema Corte em coibir sentenças e acórdãos de caráter político, o ativismo judicial é bem presente nos dias atuais.

O Poder Executivo utiliza cada vez mais acordos consensuais como alternativa ao ativismo judicial. Os contratos servem de instrumento para a celebração de convenções com o objetivo de pacificar conflitos e efetivar a segurança jurídica.

Este texto apresentou exemplos de procedimentos conciliatórios previstos na lei paulista, em relação à reparação de danos extracontratuais, e, no âmbito federal, a atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem em controvérsias havidas entre entes públicos federais ou entre estes e Estados e Municípios.

Trata-se de interessantes mecanismos de resolução de conflitos na esfera administrativa, mas que poderiam ser ampliados pela edição, pelos próprios entes federados, de procedimento geral de conciliação, especificando as matérias patrimoniais possíveis de acordo, o rito, os prazos e os mecanismos que garantam a imparcialidade dos conciliadores.

O interesse público é a consecução dos princípios da eficiência, da moralidade administrativa e da legalidade, que podem ser amparados tanto por procedimentos administrativos, como por demandas judiciais. Os acordos pacificam conflitos e atendem aos anseios da sociedade, beneficiando tanto os interesses legítimos de grupos de indivíduos, como da própria Administração Pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

FRANCE. Agence des Participations de L'État (APE). *L'État actionnaire 2014-15: énergie, industries, services et finance, transports*. Disponível em: <http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/agence-participations-etat/Rapport_APE.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2015.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. v. 2, Madrid: Thomson Civitas, 2008.

LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT Hélène. *Droit des services publics*. 3e éd. Paris: Armand Colin, 2004.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAUGÜÉ, Christine. La liberté du commerce et de l'industrie des personnes privées s'est-elle transformée? In: DRAGO, Guillaume; LOMBARD, Martine (Dir.). *Les libertés économiques*. Paris: Panthéon Assas; LGDJ Diffuseur, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

RECEBIDO EM: 22.07.2016

APROVADO EM: 22.12.2016

OS CONTORNOS OBJETIVOS DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

*THE OBJECTIVES OUTLINES OF THE INELIGIBILITY FOR HIRING
WITH THE GOVERNMENT*

João Pedro Accioly Teixeira

Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Advogado e consultor jurídico

SUMÁRIO: Introdução; 1 Preservação da Empresa e Proporcionalidade; 2 Abrangência territorial (ou institucional) da vedação; 2.1 A possibilidade de extensão justificada da abrangência da vedação.; 3 Espécies de contratos e benefícios fiscais não alcançados pela reprimenda.; 4 Os contratos já assinados: ato jurídico perfeito e continuidade dos serviços públicos; 5 Proposições Conclusivas; Referências.

RESUMO: O escopo desta pesquisa, como possibilita inferir o título outorgado ao trabalho, é delimitar o alcance da proibição de contratar com o Poder Público – enquanto sanção aplicável, nos termos do art. 12, da Lei 8.429/92, aos atos de improbidade administrativa. Nesse sentido, espera-se elucidar questões de pouca elaboração ou intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial, com vistas a repelir excessos e corrigir atecnicidades no manejo da medida proibitiva – promovendo, assim, a segurança das relações jurídicas, a preservação das empresas e a proporcionalidade das reprimendas impostas pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Proibição de Contratar com o Poder Público. Improbidade Administrativa. Preservação da Empresa. Proporcionalidade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The scope of this research is to adress relevant matters about the ineligibility for hiring with the Government - as one of the applicable sanctions under Brazillian Law to the acts of administrative misconduct. Therefore, it is expected to clarify issues of little doctrinal elaboration or intense jurisprudential controversy, in order to ward off some excesses and to correct some technical faults in the legal management of the prohibitive measure - with the view to promoting the legal certainty, the preservation of the companies and the proportionality of reprimands imposed by the state.

KEYWORDS: Ineligibility for Hiring with the Government. Administrative Improbability. Preservation of the Companies. Substantive due Processo of Law. Legal Certainty.

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer, com indesejável segurança, que a improbidade administrativa, na intensidade e com as particularidades manifestadas em nosso país, é fenômeno endêmico à sociedade e ao Estado brasileiro.¹ Trata-se de um infeliz traço identitário nacional – tão bem apontado e analisado por destacados e densos estudos sociológicos e historiográficos.²

Em função desta constatação, diversos atores jurídicos, especialmente desde o advento da Constituição Federal de 1988, têm conjugado esforços para erigir um sistema efetivo de tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público – pressionados por claudicantes manifestações públicas, diuturnas denúncias jornalísticas e constante e generalizada insatisfação popular.

Nesse contexto, dentre as inúmeras medidas dirigidas a combater os atos ímprobos, a ordem jurídica brasileira prevê a possibilidade de suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração Pública para pessoas ou empresas que tenham enriquecido ilicitamente, causado danos ao erário ou transgredido os princípios que orientam a atividade administrativa.

Contudo, o tratamento legal do aludido instituto, de contornos não exaurientemente definidos, ao lado de um justificado, porém pernicioso, desejo de erradicar, praticamente a qualquer custo, os tão corriqueiros e arraigados atos de improbidade do cenário nacional, abre espaço para o seu manejo inadequado e, via de consequência, para a violação de um sem número de interesses públicos e privados de destacado valor constitucional.

As questões que serão debatidas neste trabalho, mais do que academicamente relevantes, são concretamente primordiais para a Administração Pública, o empresariado, a comunidade jurídica e a sociedade

1 Em 1960, Francisco Bilac Moreira Pinto já identificava que a “corrupção em numerosos e importantes setores governamentais do nosso país assumiu tal intensidade e extensão que, desgraçadamente, parece ter sido institucionalizada. A pertinácia com que a improbidade administrativa se exerce e a apatia da opinião pública em face dela retiraram tôda a acústica às vozes isoladas que a denunciam e condenam”. (PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 322).

2 Exemplificativamente, confira-se: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012; DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; DAMATTA, Roberto. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

civil brasileira como um todo. Para que se possa dimensionar o quanto, registre-se que, até 18.08.2015, o Conselho Nacional de Justiça computava 25.949 registros no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade³, dentre inúmeras empresas de destacada relevância no cenário econômico nacional.

A Operação Lava-Jato, que vem dominando o noticiário nacional desde março de 2014, também bem ilustra a importância das questões que se pretende debater. No bojo da aludida operação, já foram oferecidas diversas ações de improbidade administrativa contra as maiores empreiteiras do país, dentre as quais destacam-se a Construtora Norberto Odebrecht, a OAS, a Camargo Corrêa, a Mendes Júnior e a Engevix.

Além de requerer condenações pecuniárias que perfazem uma monta superior a dez bilhões de reais, o Ministério Público Federal pediu *“também a proibição de contratarem com o Poder Público e de receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, e que as penalidades atinjam as empresas ligadas ao mesmo grupo econômico que atuem ou venham a atuar no mesmo ramo de atividade das empreiteiras”*.⁴

1 PRESERVAÇÃO DA EMPRESA E PROPORCIONALIDADE

De modo equivocado, grande parte dos operadores do direito parece considerar – ainda que implicitamente – que quanto maior for o rigor e o alcance da proibição de contratar com o Poder Público melhor se estaria protegendo o erário e a moralidade administrativa.

Todavia, o que se percebe é que essa premissa acaba por prejudicar não só as empresas que são injustamente alijadas do direito de contratar com a Administração, mas também os seus empregados e outras sociedades insertas em suas respectivas cadeias de produção, bem como, de modo reflexo, por paradoxal que soe, o próprio Poder Público que se tenta salvaguardar.

No que toca às empresas indevidamente sancionadas, os prejuízos são evidentes. Nos dizeres dos Ministros Luiz Fux e Eliana Calmon, tal

3 Tal dado foi obtido através do pedido de informação nº 150.782, protocolado pelo autor junto ao CNJ em 14.08.2015.

4 Assessoria de Comunicação da Procuradoria da República no Estado do Paraná, *“Lava-Jato: Ações de improbidade do MPF cobram R\$ 4,47 bilhões por desvios de recursos da Petrobras”*, Disponível em: <<http://www.prpr.mpf.mp.br/news/lava-jato-acoes-de-improbidade-do-mpf-cobram-r-4-47-bilhoes-por-desvios-de-recursos-da-petrobras>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

reprimenda equivale à “sentença de morte” da empresa⁵, eis que expressivo percentual das receitas da generalidade das empresas de grande porte advém de contratos celebrados com entes públicos ou estatais.⁶

Sob o ângulo do Estado, a indiscriminada proibição de que empresas contratem com a Administração pode reduzir significativamente o plexo de potenciais concorrentes – notadamente em segmentos econômicos e localidades sem grande oferta do serviço de que se necessita –, aviltando-se, desse modo, o princípio da ampla competitividade e, eventualmente, inviabilizando-se a própria vantajosidade a que visam a generalidade dos processos licitatórios.

Mais do que isso, ao proibir-se levemente empresas de contratarem com Poder Público, especialmente em setores vocacionados à prestação de serviços estatais, gera-se efeitos econômicos graves, que reverberam inclusive na perspectiva da arrecadação tributária⁷ – fonte primordial de custeio de toda máquina pública contemporânea.⁸

5 “A moralidade administrativa e a razoabilidade no atuar da Administração e do sancionamento das condutas ímprobas reclamam exemplaridade que encontra limite na exasperação a qual, a pretexto de interditar participação em licitações, impõe um espectro tão extenso à punição, que inviabiliza as atividades empresariais, resultando na morte civil da empresa, fato que implica a redução da parte inoficiosa da sanção. [...] 18. A sanção remanescente que interdita às empresas a participação em licitações em geral acarreta a morte civil das pessoas jurídicas”. (STJ, REsp 827.445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010); “Examinando a querela no ponto da sanção, pelo princípio da proporcionalidade, não me parece razoável que uma empresa como a CBPO, mesmo tendo cometido grave infração contratual que a torna ímproba, venha a ter decretada sentença de morte. Sim, porque nenhuma empresa de grande porte resistirá a ficar por cinco anos sem contratar com o serviço público em toda e qualquer unidade da Federação”. (STJ, EDcl no REsp 1021851/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009; Excerto retirado do voto da Min. Eliana Calmon)

6 “É imperioso assinalar a dimensão dos efeitos produzidos por uma punição generalizada, que inviabilize que o sancionado participe de qualquer contratação administrativa. Essa solução é dotada de gravidade extrema e somente pode ser aplicada em situações muito graves. Deve-se anotar que existem empresas cuja atuação se faz preponderantemente no setor de contratações administrativas. Impor sanção impeditiva dessa atuação equivale a promover a extinção da empresa. A sanção pode equivaler, então, a uma determinação de dissolução da empresa”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1162-1163).

7 A depender das circunstâncias, a proibição de que diversas empresas contratem com o Poder Público pode levar a demissões em massa e a desorganização de setores produtivos. As retrações econômicas, a exemplo da recessão que o Brasil vem enfrentando desde o final de 2014, prejudicam a arrecadação tributária na medida em que a reduzem a quantidade de riquezas tributáveis que são geradas no país.

8 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 8.

A desorganização de setores produtivos⁹ pode induzir ou agravar crises econômicas e, como evidenciam os dados a seguir apresentados, também prejudicar consideravelmente a arrecadação tributária.

De acordo com estudo realizado pela consultoria GO Associados¹⁰, somente a Operação Lava-Jato, que ainda nem chegou a culminar na proibição de contratar com o Poder Público das empresas investigadas, já gerou (i) perdas de R\$ 142,6 bilhões na economia brasileira (o equivalente a 2,5% do PIB brasileiro em 2015); (ii) redução de 1,9 milhões de empregos diretos e indiretos; (iii) queda de R\$ 22,4 bilhões em salários e (iv) diminuição de R\$ 9,4 bilhões em arrecadação de impostos.

Esses números demonstram também a concreta essencialidade do seguinte princípio implícito à ordem constitucional brasileira:¹¹ o princípio da preservação da empresa.¹²

A empresa – entendida como unidade de fatores humanos, técnicos e econômicos organizada para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva¹³ – é a célula do desenvolvimento

-
- 9 Na avaliação de Pedro Celestino, Presidente do Clube de Engenharia: “O combate à corrupção é de todos, não só no Brasil. Em outros países, as empresas foram punidas com multas pesadíssimas, os responsáveis, após o processo legal, foram punidos também, mas as empresas foram preservadas. As empresas são patrimônios desses países. Nós corremos o risco, se esse setor for desmontado, de perder o patrimônio tecnológico acumulado ao longo de 60 anos e um milhão de empregos”. Para acessar a íntegra da entrevista, confira-se: <<http://www.portalclubedeengenharia.org.br/info/pedro-celestino-faz-defesa-intransigente-da-engenharia-brasileira-na-globo-news>>. Acesso em : 25 fev. 2016.
- 10 ALVARENGA, Darlan. “Impacto da Lava Jato no PIB pode passar de R\$ 140 bilhões, diz estudo”. *G1*, São Paulo, 11/08/2015. Reportagem jornalística disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/08/impacto-da-lava-jato-no-pib-pode-passar-de-r-140-bilhoes-diz-estudo.html>>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- 11 É o que defende, por exemplo: CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação de empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 45.
- 12 “O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial”. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 1: Direito de Empresa. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76). Sobre o tema, v. também: NEDER CERZETTI, S. C. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012; PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- 13 Na definição de Sérgio Campinho, a empresa “manifesta-se como uma organização técnico-econômica, ordenando o emprego de capital e trabalho para a exploração, com fins lucrativos, de uma atividade produtiva”

econômico em uma sociedade capitalista. Portanto, é através das empresas que se gera a maior parte dos postos de trabalho (CF, art. 170, VIII; art. 1º, IV e art. 6º), a maior parte das riquezas (CF, art. 170, I e II) e, conseqüentemente, a maior parte da arrecadação tributária (CF, art. 145, § 1º).¹⁴

Por essa ordem de razões, as empresas são complexos tutelados pelo ordenamento jurídico pátrio¹⁵ e, nos termos do art. 47, da LC 101/2001, devem, sempre que se mostrarem economicamente viáveis, ser preservadas.

É possível perceber, nesse quadrante, que existe um conflito entre valores constitucionalmente relevantes. De um lado, o princípio da moralidade administrativa reclama, conforme previsto pelo direito infraconstitucional, que as empresas ímprobas sejam impedidas de contratar com o Poder Público. Do outro, a ordem constitucional também prescreve a preservação, até o limite da viabilidade econômica e jurídica, das empresas nacionais.

(CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11). Segundo Arnaldo Rizzardo, a “empresa como entidade organizada, ou como, na denominação de Américo Luís Martins da Silva, ‘fenômeno econômico da produção organizada’, é instituto genérico e impessoal que abrange os vários tipos de sociedade, voltados à produção e circulação de bens ou serviços, com finalidade econômica, e objetivando o lucro”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Empresa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 20). De acordo com Fábio Ulhoa, conceitua-se “empresa como sendo *atividade*, cuja marca essencial é a obtenção de lucros com o oferecimento ao mercado de bens ou serviços, gerados estes mediante a organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia)”. Nesse prisma, Arnaldo Wald acrescenta que a empresa “configura-se como atividade econômica e envolve uma gama muito maior de interesses, tais como dos empregados, dos consumidores, do Fisco, etc.” (WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. XIV: livro II, do direito de empresa. Coordenadores: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30).

14 PERIN JÚNIOR, Élcio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59-60.

15 De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a dissolução desnecessária de uma sociedade empresária “nada aproveitaria aos valores sociais envolvidos, no que diz respeito à preservação de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento econômico do país. À luz de tais razões, o rigorismo legislativo deve ceder lugar ao princípio da preservação da empresa” (STJ, EREsp 111.294/PR, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/06/2006, DJ 10/09/2007, p. 183). Em outro julgado, a Ministra Nancy Andrighi nos lembra que “existe o interesse público, igualmente considerável, na preservação da empresa em dificuldades financeiras, com a manutenção das unidades produtivas e de postos de trabalho” (STJ, AgRg no AgRg no CC 119.970/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 17/09/2013; Excerto do voto da ministra relatora).

Como se sabe, a colidência entre normas de natureza principiológica¹⁶ é equacionada através da ponderação¹⁷ - que, como bem conceitua a professora Ana Paula de Barcellos, consiste na “técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”.¹⁸

A primeira conclusão a que se chega é que a proibição de contratar com o Poder Público é sanção de natureza gravíssima e de efeitos muito severos, de tal sorte que a sua aplicação deve se dar apenas em face de fatos excepcionalmente graves.

Nessa perspectiva, parece-nos inadequado aplicar a sanção em comento de forma automática¹⁹, acrítica e imotivada. O juiz só deve aplicá-la quando o autor da ação a requerer e conseguir comprovar a sua adequação e necessidade²⁰, devendo o magistrado sentenciante ainda se

16 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2. ed. 1997. p. 86: “Princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Por essa razão, os princípios devem ser lidos como mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos princípios e regras opostas”. (Tradução livre). Nos termos do célebre conceito de Humberto Ávila: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e da parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 102).

17 Conformes pontuamos em outra oportunidade: “Diferente do que ocorre na hipótese de conflito entre regras jurídicas, a colisão de princípios não impõe à exclusão permanente de um deles. A lógica hermenêutica é outra e a solução a que se chega também, pois, apenas de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, é que se pode inferir qual princípio deve ceder e em que medida isso ocorrerá – sendo a solução construída válida somente para aquele episódio específico (TEIXEIRA, João Pedro Accioly. “A Colidência e a Igualização de Direitos Fundamentais na Seara Biográfica”. *Revista da EMERJ*, v. 18, p. 115-128, 2015).

18 BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

19 “A imposição da pena de proibição de contratar com a Administração Pública e à restrição de recebimento de benefícios por parte do Poder Público não é automática, devendo guardar pertinência com os atos ímprobos praticados” (TJMG - Apelação Cível 1.0702.11.005333-8/002, Rel. Des. Raimundo Messias Júnior, 2ª Câmara Cível, julgamento em 11/11/2015, publicação da súmula em 27/11/2015).

20 A expressão “adequação e necessidade” foi empregada em seu sentido técnico, em referência aos dois primeiros subprincípios da proporcionalidade – tema que será abordado na próxima nota de rodapé.

desincumbir do ônus argumentativo de fundamentar suficientemente a medida²¹, ante as particularidades do caso que estiver apreciando.²²

Observe-se que os preceitos da lei de regência respaldam a interpretação ora proposta:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou

21 Fábio Medina Osório acolhe entendimento diferente. Manifestando-se especificamente quanto à proibição de contratar com o Poder Público, ele assevera que: “Primeiro, o legislador estipulou a regra, vale dizer, a imposição da sanção, que, assim, emerge como consequência lógica da improbidade administrativa. Desnecessário até mesmo fundamentar sua imposição. Basta que se reconheça a improbidade administrativa. Mas da sentença há de emergir, naturalmente, uma fundamentação reconhecedora da gravidade do ato ímprobo e da consequente necessidade da medida restritiva da liberdade no mundo negocial. Em palavras diversas: a sanção há de estar respaldada na proporcionalidade, seja com a invocação direta desse princípio, seja indiretamente conectada às bases e fundamentos do *decisum*”. (OSÓRIO, Fábio Medina. “As Sanções da Lei 8.429/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais - Direito Administrativo. Volume VII - Agentes Públicos e Improbidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 882).

22 Não nos parece suficiente, nem mesmo, a fundamentação meramente retórica – que, não apregoando os caracteres específicos do caso concreto, limite-se a rotular tautologicamente a gravidade da conduta apreciada. Nesse sentido, é oportuno apontar que o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), no art. 489, § 1º, II e III, não considera fundamentada a decisão judicial, de qualquer natureza, que “II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” e “III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”.

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Em outros termos, tem-se que a própria Lei 8.429/1992, ao cominar as penas aplicáveis aos atos de improbidade, exorta o operador do Direito a examinar a gravidade do fato (notadamente, a extensão dos danos causados e dos proveitos econômicos obtidos) e, com base em um juízo de proporcionalidade e razoabilidade²³, aplicar, de modo cumulado ou isolado²⁴, as penalidades que foram legalmente previstas.

23 A maior parte da doutrina, na qual se insere o professor Luís Roberto Barroso, entende que o conteúdo jurídico dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade seria o mesmo, havendo diferenças apenas quanto à origem histórica do instituto – a proporcionalidade derivaria da elaboração jurídica alemã e a razoabilidade seria uma construção jurisprudencial norteamericana (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 277-280). Para essa parcela doutrinária, a razoabilidade e a proporcionalidade seriam instrumentos dirigidos a refrear a edição de atos normativos desprovidos de racionalidade ou legitimidade finalística. Aponta-se também que tais princípios seriam compostos de três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Tais subprincípios são compreendidos como “testes” para aferir a validade de uma norma. Em outros termos, a constitucionalidade de um ato normativo depende (i) da sua capacidade material de promoção da finalidade que o fundamenta (adequação); (ii) da inexistência de outro meio menos gravoso ao Direito Fundamental restringido e igualmente eficaz à promoção da finalidade visada (necessidade) e, por fim, (iii) da demonstração de que os benefícios gerados pela norma são maiores e mais significativos do que os seus ônus (proporcionalidade em sentido estrito). Na feliz síntese de Willis Santiago Guerra Filho: “uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e, finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens (*Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 84-85). Registre-se, por derradeiro, que o professor Humberto Ávila, minoritariamente, porém embasado em sólido levantamento jurisprudencial, atribui conteúdos distintos e autônomos aos referidos princípios (Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 189-223).

24 “Cabe lembrar que toda disciplina punitiva subordina-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, que contém a razoabilidade e que impõe equivalência entre agressão e repressão, que restaria definitivamente comprometida com a obrigatoriedade de imposição da totalidade de uma extensa relação de penalidades a fatos substancialmente diferentes no que concerne ao comprometimento dos bens tutelados pelo Direito.

O Superior Tribunal de Justiça, em relevante precedente já citado, assenta que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade tem imperiosa e larga aplicabilidade no subsistema da Lei 8.429/92. No caso concreto em referência, o STJ, a despeito de fixar multa civil aos demandados, afastou, por considerar excessivamente graves, “as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público”:

7. O juiz, na medida da reprimenda (= juízo de dosimetria da sanção), deve levar em conta a gravidade, ou não, da conduta do agente, sob o manto dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que têm necessária e ampla incidência no campo da Lei da Improbidade Administrativa. [...]

12. Recurso Especial provido, somente para restabelecer a multa civil de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), afastadas as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público, pretendidas originalmente pelo Ministério Público.²⁵

Seguindo essa orientação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), ao apreciar ação de improbidade intentada contra vereador que utilizava carro oficial para fins privados, entendeu que:

De outra parte, contudo, embora reprováveis as condutas ímprobas, reputo excessivas a aplicação das sanções cumulativas cominadas na r. Sentença recorrida - Princípio da proporcionalidade - Razoável a exclusão das condenações em perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos por cinco anos e a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos, remanescendo somente a multa civil reduzida para o valor equivalente à remuneração de um mês então percebida pelo requerido quando ocupava o cargo de vereador bem como a condenação de ressarcimento do dano ao erário a ser apurado em sede de execução – Precedentes.²⁶

Lastreado nos mesmos princípios, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em recente oportunidade, assim se pronunciou:

[...] Assim, o Judiciário, atento aos ditames desse princípio, deverá considerar cada caso concreto em face dele, podendo perfeitamente deixar de aplicar uma ou mais sanções dentre as previstas no art. 12 da Lei 8.429, de 1992”. (PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 153).

25 STJ, REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010.

26 TJ/SP, Apelação: 0001791-17.2012.8.26.0282, Des. Rel. Sidney Romano dos Reis; 6ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/12/2015; Data de registro: 16/12/2015.

No caso de aplicação das penalidades decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, cabível é a individualização e gradação das penas proporcionalmente à natureza e a gravidade da conduta do réu, levando em consideração a reincidência na prática ímproba. 3- É mister o decote da penalidade de proibição de contratar e receber incentivos do Poder Público, quando a pena não encontra correlação direta com a conduta ímproba reconhecida, e não possui efetividade para a reprimenda e prevenção de novas práticas da mesma natureza.²⁷

Dessarte, considerando os princípios da razoabilidade e da preservação da empresa, propõe-se que a proibição de contratar com o Poder Público deva ser aplicada somente quando (i) os atos de improbidade sancionados possuírem comprovada gravidade, (ii) a medida proibitiva revelar-se adequada e necessária à tutela do erário e houver, nesse sentido, (iii) pedido expresso do autor da ação e (iv) fundamentação bastante e específica do magistrado sentenciante.

2 ABRANGÊNCIA TERRITORIAL (OU INSTITUCIONAL) DA VEDAÇÃO.

Nesse tópico, abordar-se-á a controvérsia relacionada à abrangência territorial, ou institucional, da proibição de contratar com a Administração. Em outros termos, o que se pesquisa é se uma condenação, por improbidade, que implique a interdição do direito de contratar com o Poder Público, alcança, independentemente das particularidades e das dimensões do fato sancionado, todas as pessoas jurídicas de direito público ou privado, integrantes da Administração Pública direta ou indireta, de todas as unidades federativas brasileiras.²⁸

Antes de fornecer as minhas impressões e entendimentos sobre o tema, penso ser oportuno recuperar o que se tem escrito sobre o ponto a ser tratado. Não sem antes, contudo, alertar que o presente trabalho aborda, especificamente, a proibição de contratar com o Poder Público em função de ato de improbidade – não sendo objetos de análise, embora conclusões possam ser aproveitadas pela via analógica, outros fenômenos

27 TJ/MG, Apelação: 1.0040.11.001992-0/001, Des. Rel. Sandra Fonseca, 6ª Câmara Cível, julgamento em 02/02/2016, publicação da súmula em 16/02/2016.

28 Em nosso heterodoxo federalismo tridimensional, atualmente compõem a República Federativa do Brasil a União, o Distrito-Federal, 26 Estados e cerca de 5.570 municípios.

correlatos, como as sanções pela inexecução de contratos administrativos previstas no art. 87, III e IV, da Lei 8.666/1993.

De imediato, consigne-se que há esparsas e divergentes manifestações doutrinárias acerca do tema, embora pareça prevalecer, ao menos em doutrina, a tese de que a proibição de contratar irradia efeitos sobre todos os entes públicos brasileiros.

Nesse sentido, destaque-se que Marino Pazzaglini Filho considera que a extensão da proibição de contratar “extrapola o âmbito do ente lesionado, estendendo-se a todos os entes da federação e seus organismos da administração direta e indireta”.²⁹

Wallace Paiva Martins Júnior, igualmente, defende que essa “suspensão é absoluta, irradiando-se para todo e qualquer nível de governo (federal, estadual, municipal) e de Administração (direta, indireta e fundacional)”.³⁰

Arnaldo Rizzardo segue a mesma orientação dos autores citados³¹, sendo ainda acompanhado por José dos Santos Carvalho Filho, para quem “a Administração Pública é uma só, é una, é um todo, mesmo que, em razão de sua autonomia, cada pessoa federativa tenha sua própria estrutura”.³²

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves dedicam mais tinta para tratar do tema:

À expressão Poder Público deve ser dispensada interpretação condizente com a teleologia da norma, alcançando a administração pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e não somente o sujeito passivo do ato de improbidade praticado pelo ímprobo. A aplicação dessa sanção resulta da incompatibilidade verificada entre a conduta do ímprobo e o vínculo a ser mantido com a administração pública, o que torna desinfluyente qualquer especificidade em relação a esta, já que a sanção circunda a esfera subjetiva do ímprobo, a qual não é delimitada pelo ente que

29 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 140.

30 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 282.

31 RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 538.

32 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 225.

tenha sido lesado pelo ato de improbidade, tornando-se extensiva a todos os demais.³³

Nada obstante, informa-se que essa interpretação extensiva foi expressamente adotada pelo Parecer nº 113/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União.

Na seara jurisprudencial, o seguinte acórdão, proferido pelo TJ/SP, também consagra o entendimento de que a proibição de contratar com o Poder Público seria intrinsecamente universal:

Já em relação ao âmbito de delimitação para aplicação da pena de proibição de contratar com o poder público, convém considerar o que dito expressamente pela Lei, segundo a qual, no caso de ofensa do art. 10, da Lei nº 8.429/62, possível a aplicação desta penalidade de “proibição de contratar com o PODER PÚBLICO” (art. 12, II). Desta forma, tanto os entes Municipais, como os Estaduais e o Federal são considerados para esta finalidade como PODER PÚBLICO, não havendo como destacar deste termo a limitação imaginada pela corre ENOPS, a apenas ao ente Municipal que sofrera o prejuízo.

Reputado e provado que houve ato ímprobo praticado pelos corréus, disso não se tem a menor dúvida, e não será agora objeto de novo julgamento, já que ambos os embargos de declaração não têm esta extensão pretendida, não faz o menor sentido restringir a contratação com o PODER PÚBLICO apenas em relação ao ente Municipal, principalmente porque o comportamento ímprobo deve obstaculizar a relação negocial com o PODER PÚBLICO, e não como o ENTE MUNICIPAL, não podendo o intérprete fazer esse elastério não contido na Lei (art. 12, II, da Lei nº 8.429/92).³⁴

33 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 675.

34 TJ/SP, Embargos de Declaração nº 0005274-82.2010.8.26.0037, Des. Rel. Rebouças de Carvalho; 9ª Câmara de Direito Público; 09/04/2014; Data de registro: 10/04/2014. Acresce a ele, acórdão mais antigo prolatado pelo TJ/MG: “A expressão ‘Poder Público’ vertida no art. 12, I, da referida Lei, não deixa margem a interpretações outras senão que a proibição de contratar alcança a Administração Pública como um todo, atingindo todos os seus níveis. (TJMG - Embargos de Declaração 1.0000.00.198715-5/001, Des. Rel. Lucas Sávio de Vasconcellos Gomes, 3ª Câmara Cível, julgamento em 31/05/2001, publicação da súmula em 29/06/2001).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça tem interessante precedente, relatado pela Min. Eliana Calmon, que respalda uma visão restritiva da proibição de contratar com o Poder Público:

1. O princípio da legalidade estrita enseja o exame do questionamento dos embargantes quanto à modulação das sanções administrativas diante da previsão constante do parágrafo único do art. 12 da LIA, para verificar se as condenações foram proporcionais e razoáveis à extensão do dano causado.
2. Constatada a demasia nas sanções administrativas aplicadas às empresas, merecem acolhida os embargos de declaração, para readequá-las às condutas examinadas.
3. Proibição de contratar com o serviço público que deve restringir-se, para a empresa ODEBRECHT S.A. às avenças com a empresa LIMPURB, diante do fato de só ter participado de três aditamentos, nenhum deles para inserir serviços sem licitação. Pela mesma razão, a vedação ao recebimento de benefícios e incentivos deve ficar restrito ao Município de São Paulo.
4. Aceita-se ainda a moderação para a empresa CBPO LTDA., para limitar a sanção quanto à contratação com o serviço público e ao recebimento de benefícios e incentivos ao Município de São Paulo.
5. Prejudicada a análise dos embargos de declaração na MC 10.517/SP, cujo pleito era para manter o efeito suspensivo do recurso especial até o julgamento dos presentes embargos declaratórios.³⁵

Observe-se, o trecho do voto da relatora que aborda, com maior detença, a questão ora discutida:

Examinando a querela no ponto da sanção, pelo princípio da proporcionalidade, não me parece razoável que uma empresa como a CBPO, mesmo tendo cometido grave infração contratual que a torna ímproba, venha a ter decretada sentença de morte. Sim, porque nenhuma empresa de grande porte resistirá a ficar por cinco anos sem contratar com o serviço público em toda e qualquer unidade da Federação. Daí a necessidade de delimitar-se a reprimenda administrativa para situá-

35 STJ, EDcl no REsp 1021851/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 06/08/2009.

la dentro dos limites do Município de São Paulo, estabelecendo-se a sanção de proibição de contatar com o serviço público municipal, dentro da cidade de São Paulo, o que deixa livre a empresa para contratar com outros Municípios, inclusive os que formam a chamada Grande São Paulo.

Em outro julgado, relatado pelo Min. Teori Zavascki, o STJ aplicou o mesmo raciocínio que fundamentou a decisão acima transcrita:

No que se refere à proibição de contratar com o Poder Público, a pena, no caso, deve ficar restrita aos limites do Estado de Rondônia, lesado com o ato de improbidade. Impedir que os demandados, especialmente a empresa de ônibus, possam contratar com outros órgãos da Administração Pública (da União, de outros Estados ou de Municípios), representaria pena desproporcional, incompatível com o princípio da [razoabilidade,] com o qual deve ser ajustada.³⁶ [Trecho do voto do relator].

No âmbito dos Tribunais de Justiça, também se encontra acolhida para essa segunda tese:

Ilicitude consistente na contratação direta (sem licitação) da FGV (Fundação Getúlio Vargas) para prestação de serviços de consultoria administrativa, no quadro do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, com subcontratações ao IFF (Instituto Florestan Fernandes) e a empresa Frontseviles, indevidas: trespasse do objeto nuclear ou essencial do contrato principal, em circunstâncias reveladoras da deslealdade, má-fé e dolo de direcionamento contratual às subcontratadas - Ofensa aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa - Classificação do ato ímprobo no art. 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa, sem condenação ao ressarcimento de danos, ante a prestação dos serviços realizada - Sanções de multa civil e proibição de contratar com a Administração Pública ou dela receber benefícios, ou incentivos, por três anos, nos termos do art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa justificada - Razoabilidade e proporcionalidade das sanções aplicadas, em regra - Exceção, contudo, para uma das corrés (FGV), a justificar, por maioria de votos, o realinhamento da sanção de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, ou incentivos fiscais, ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da

36 STJ, DJe 18 ago. 2008, REsp 1003179/RO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki.

qual seja sócio majoritário, para o fim de limitar esta sanção restritiva de direitos apenas em relação ao ente público com o qual contratou (PMSP) - Sentença confirmada em seu núcleo, com essa alteração, a refletir a procedência parcial da demanda - RECURSO DO AUTOR E DOS CORRÉUS DESPROVIDOS, SALVO O DA CORRÉ FGV, PROVIDO EM PARTE.³⁷

Na seara doutrinária, acolhendo a orientação jurisprudencial propalada pelo STJ³⁸, Márcia Pelegrini defende que a extensão territorial da proibição de contratar com o Poder Público deva ser fixada na decisão judicial que aplica a reprimenda, de acordo com as circunstâncias do caso concreto:

37 TJ/SP, Apelação: 0047677-52.2009.8.26.0053, Des. Rel. Vicente de Abreu Amadei; 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 18/11/2014; Data de registro: 21/11/2014.

38 Insolitamente, já que inexistente *ratio iuris* para tanto, o STJ não aplica esse entendimento às hipóteses de suspensão do direito de contratar com a Administração Pública previstas no art. 87, III e IV, da Lei de Licitações. Exemplificativamente, confira-se: “ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE EXARADA PELO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO A TODOS OS ENTES FEDERADOS. 1. A questão jurídica posta a julgamento cinge-se à repercussão, nas diferentes esferas de governo, da emissão da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, prevista na Lei de Licitações como sanção pelo descumprimento de contrato administrativo. 2. Insta observar que não se trata de sanção por ato de improbidade de agente público prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992, tema em que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência limitando a proibição de contratar com a Administração na esfera municipal, de acordo com a extensão do dano provocado. Nesse sentido: EDcl no REsp 1021851/SP, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 23.6.2009, DJe 6.8.2009. 3. ‘Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” (art. 87 da Lei 8.666/1993). 4. A definição do termo Administração Pública pode ser encontrada no próprio texto da citada Lei, que dispõe, em seu art. 6º, X, que ela corresponde à “Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas’. 5. Infere-se da leitura dos dispositivos que o legislador conferiu maior abrangência à declaração de inidoneidade ao utilizar a expressão Administração Pública, definida no art. 6º da Lei 8.666/1993. Dessa maneira, consequência lógica da amplitude do termo utilizado é que o contratado é inidôneo perante qualquer órgão público do País. Com efeito, uma empresa que forneça remédios adulterados a um município carecerá de idoneidade para fornecer medicamentos à União. 6. A norma geral da Lei 8.666/1993, ao se referir à inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, aponta para o caráter genérico da referida sanção, cujos efeitos irradiam por todas as esferas de governo. 7. A sanção de declaração de inidoneidade é aplicada em razão de fatos graves demonstradores da falta de idoneidade da empresa para licitar ou contratar com o Poder Público em geral, em razão dos princípios da moralidade e da razoabilidade. 8. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o termo utilizado pelo legislador - Administração Pública -, no dispositivo concernente à aplicação de sanções pelo ente contratante, deve se estender a todas as esferas da Administração, e não ficar restrito àquela que efetuou a punição. 9. Recurso Especial provido”. (STJ, REsp 520.553/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 10/02/2011, Publicado no Informativo de Jurisprudência de nº 414).

Se a proporcionalidade é a adequação das medidas tomadas diante da necessidade, de forma que os interesses individuais só devem ser sacrificados na medida da estrita necessidade ao atendimento do interesse público, não desdobrando do que seja realmente indispensável ao atendimento da finalidade da lei e da necessidade pública, só se pode concluir pela impossibilidade da interpretação no sentido de que em toda e qualquer situação o alcance da pena de proibição de contratar com o Poder Público se estende a todo o território nacional.³⁹

Feita essa breve incursão na doutrina e na jurisprudência, passa-se a enfrentar a questão colocada. A partir de uma leitura rápida, a expressão “Poder Público” parece, de fato, remeter a uma ideia abrangente, capaz de englobar todos os entes e pessoas jurídicas vinculadas, ainda que indiretamente, ao Estado. Do ponto de vista exclusivamente gramatical, essa realmente parece ser a significação mais óbvia e imediata e, talvez por isso, a doutrina administrativista incline-se preponderantemente a defendê-la.

Contudo, como alerta Carlos Maximiliano, a “linguagem, como elemento de Hermenêutica, assemelha-se muitas vezes a certas rodas enferrujadas das máquinas, que mais embarçam do que auxiliam o trabalho”.⁴⁰ Desse modo, são “inevitáveis os extravasamentos e as compressões; resultam da pobreza da palavra, que torna esta inapta para corresponder à multiplicidade das ideias e à complexidade da vida”.⁴¹

Assentado nessas premissas, o maior o exegeta brasileiro de todos os tempos pontifica: “Nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas”.⁴²

Nessa ótica, o entendimento de que qualquer ato de improbidade – independentemente do seu grau de reprovabilidade, do seu alcance e da magnitude de suas consequências – implique a proibição de contratar com todos os entes públicos brasileiros parece colidir frontalmente

39 Márcia Pelegrini, Lei de improbidade administrativa – extensão territorial dos efeitos da pena de proibição de contratar com o poder público, *Boletim de direito administrativo* 6:677, 2009.

40 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 98.

41 *Ibidem*, p. 92.

42 *Ibidem*, p. 97.

com os princípios da livre iniciativa, da preservação da empresa e da proporcionalidade.⁴³

Como bem aponta Carlos Ari Sunfeld, “com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses”⁴⁴ constitucionalmente relevantes. É, justamente, o que se espera que ocorra com a locução “Poder Público”, em relação à reprimenda em estudo.

Nessa perspectiva, convém destacar que o professor Carlos Ari, na obra supra aludida, defende serem extensíveis, aos magistrados que julgam com base em princípios⁴⁵, os ônus típicos dos agentes reguladores - concluindo que é dever dos juízes:

Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, anteveer os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das instituições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.⁴⁶

43 Na formulação da professora Odete Medauar, o “princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social”. (*Direito Administrativo Moderno*, 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 163);

44 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 67.

45 O atual paradigma jurídico, de índole neoconstitucionalista e pós-positivista, tem como um de seus principais traços distintivos a centralidade normativa dos princípios (Cf. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A nova Interpretação Constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 327-378). Nessa linha, embora a intensidade e o tipo de aplicação variem caso a caso, o magistrado contemporâneo não mais pode esquivar-se de julgar com base em princípios jurídicos.

46 SUNDFELD, op. cit., p. 83-84.

Mais especificamente, cabe enfatizar que ao jurista contemporâneo não é dado ignorar as consequências que emanarão da opção interpretativa que ele acolher. E, como visto no primeiro capítulo, escolhas hermenêuticas equivocadas, quanto à proibição de contratar com o Poder Público, podem gerar a extinção de numerosas sociedades empresárias e de milhões de empregos, acarretando perversos efeitos econômicos e fiscais.

Sobre o ponto, revelam-se preciosas as lições de Daniel Sarmiento, para quem a “interpretação deve envolver a avaliação das necessidades humanas e sociais” e “o modo como a decisão repercute no mundo social”.⁴⁷ Para o mencionado autor, o hermenêuta deve guardar especial “preocupação com as consequências não apenas da decisão do caso concreto, mas também com aquelas que derivam da adoção ou rejeição de determinados argumentos ou teoria hermenêuticas”.⁴⁸

[N]ão deve o intérprete se revelar insensível às questões e problemas práticos do mundo real com que se depara, fechando os olhos para as consequências das suas decisões. Aliás, sob a égide de Constituição dirigente, que se propõe a atingir determinados fins, seria profundamente contraditório que se negasse ao intérprete a possibilidade de considerar os efeitos que as suas decisões tendem a produzir, no sentido da efetiva realização daqueles fins. Intérpretes constitucionais responsáveis não podem ignorar os efeitos das suas decisões.

Contudo as consequências das escolhas interpretativas devem ser avaliadas não a partir de pautas utilitárias, ou das preferências subjetivas de cada intérprete, mas com base no sistema de valores da própria Constituição.⁴⁹

A partir dessas premissas, parece ser mais razoável, além de mais consentâneo com os valores tutelados pela ordem constitucional brasileira, propor que a proibição de contratar com o Poder Público recaia, em princípio, apenas sobre o ente político diretamente lesado.

Em outros temas, advoga-se que exista uma relação de apriorística congruência entre o alcance do ato de improbidade sancionado, quanto aos entes políticos prejudicados, e a sanção que lhe for correspondente.

47 SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 423.

48 *Ibidem*, p. 424.

49 *Ibidem*, p. 427.

2.1 A possibilidade de extensão justificada da abrangência da vedação

A despeito das considerações acima apresentadas, penso ser prudente ressaltar a possibilidade de universalizar a vedação ora analisada, ou aumentar a sua abrangência de modo proporcional, na hipótese de se comprovar a prática de múltiplos e sistemáticos atos ímprobos – o que exigiria do magistrado sentenciante um ônus argumentativo especificamente dirigido a tal finalidade.

Nesse prisma, parece necessário diferenciar e conceder distintas sanções jurídicas ao ato ímprobo isolado e à empresa que se utiliza, orgânica e frequentemente, de expedientes ilegais contra o Estado.

Não se afiguraria constitucionalmente viável, por exemplo, impedir que uma empreiteira de grande porte, nacionalmente capilarizada, seja impedida de contratar com os quase seis mil entes políticos brasileiros e suas incontáveis pessoas jurídicas por força de um fato isolado, ocorrido numa municipalidade do interior de Roraima.⁵⁰

As empresas não podem ser compreendidas, nem punidas, como se invariavelmente fossem um bloco monolítico. Em regra, grandes corporações são subdivididas em gerências, diretorias ou agências – que usualmente atuam com relativa autonomia. Se a sanção em tela for aplicada sempre em termos absolutos, as empresas serão, com frequência, desproporcionalmente punidas e, com isso, serão também penalizados os seus empregados, a sociedade e o próprio Estado brasileiro – dados os já mencionados papéis econômicos e sociais das empresas.

No entanto, se a sociedade empresária demonstra possuir um histórico de transgressões reiteradas, que indiquem a existência de um “DNA intrinsicamente corrupto”, o juiz tem o poder-dever de estender a abrangência da medida proibitiva à Administração Pública brasileira como um todo, com vistas a tutelar os entes públicos de novos danos.

⁵⁰ Exemplo similar consta da obra de Marçal Justen Filho: “Numa licitação de pequeno porte, num Município no interior distante, um representante local de uma grande empresa praticou o despropósito de falsificar uma certidão negativa de tributos estaduais. A falsificação foi descoberta e se pretendeu aplicar a declaração de inidoneidade. Isso significaria possivelmente a extinção da empresa. Essa solução não pode ser admitida. É cabível produzir sancionamento exemplar, mas não é defensável a imposição da ‘pena de morte’ para a empresa. Em suma, tem-se verificado no âmbito da atividade administrativa sancionatória uma certa banalização das sanções mais severas. Deixam de ser reservadas para condutas insuportáveis e são aplicadas sem medida de proporcionalidade. Essa orientação não merece adesão e nem encontra respaldo na disciplina constitucional vigente”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1163).

Perceba-se que a universalização da reprimenda, nos termos da proposta ora apresentada, depende da comprovação de condutas ímprobas profusas ou, ao menos, da existência de uma estrutura empresarial dirigida à prática de múltiplos atos de improbidade.

A depender das circunstâncias verificadas, o juiz pode haver por bem ampliar, porém não universalizar, o âmbito de eficácia da proibição de contratar com o Poder Público. Essa aparenta ser a sanção mais adequada para hipóteses em que uma grande empresa, nacionalmente espaiada, apresenta um histórico de casos de improbidade adstritos a determinadas localidades ou região.

Em breve síntese, defende-se que o postulado da proporcionalidade não incide apenas quando da decisão entre afastar ou aplicar a reprimenda em estudo. Os caracteres do caso concreto apreciado e os princípios constitucionais devem orientar também a definição da abrangência da sanção – que deve ser individualizada (CF/88, art. 5º, XLVI), para não pecar nem pelo excesso, nem pela insuficiência. O alcance territorial da medida proibitiva deve corresponder, pois, ao grau de lesividade do ato ímprobo sancionado.

Esse raciocínio jurídico deveria permitir, ao juiz, individualizar também o tempo de proibição de contratar com o Poder Público aplicável a cada episódio de improbidade por ele apreciado. Contudo, a lei de regência da matéria apresenta claro sistema de tarifamento temporal – baseado, ainda que de forma insatisfatória, justamente na lógica da razoabilidade. Na forma do art. 12, da Lei 8.429/92, as hipóteses de condutas ímprobas previstas no art. 9º da Lei (enriquecimento ilícito) acarretam interdição de dez anos; os casos elencados no art. 10 (danos ao erário) implicam proibição de cinco anos e os tipos constantes do art. 11 (ofensa aos princípios administrativos) ensejam a vedação do direito de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos.⁵¹

Seria oportuno que o legislador ordinário tivesse fixado uma escala temporal, semelhante à técnica de cominação de reprimendas empregadas no direito penal, para cada espécie de improbidade administrativa, permitindo ao magistrado sentenciante melhor adequar o período de interdição do direito de celebrar contratos administrativos às particularidades do fato sancionado. Contudo, dada a sistemática legal vigente, essa é hipótese que não se pode cogitar. Tem-se aqui, no máximo, uma proposta de *lege ferenda*.

51 A propósito, v. OSÓRIO, Fábio Medina. "As Sanções da Lei 8.429/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa". In: SUNDFELD, Carlos Ari; Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais - Direito Administrativo. Volume VII - Agentes Públicos e Improbidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 882.

3 ESPÉCIES DE CONTRATOS E BENEFÍCIOS FISCAIS NÃO ALCANÇADOS PELA REPRIMENDA

A medida proibitiva objeto deste trabalho, conforme prevista pela Lei 8.429/92, não interdita somente o direito de licitar e contratar com a Administração Pública, impedindo também que o sujeito apenado receba benefícios fiscais ou creditícios do Estado.⁵²

Convém registrar que, ao fazê-lo, o legislador ordinário não ressaltou, expressamente, qualquer exceção à regra aludida. Contudo a análise sistemático-teleológica do instituto, mais do que recomendar, impõe importantes exceções.

Em primeiro lugar, parece-nos intuitivo que a medida proibitiva em estudo não impede que o contribuinte seja favorecido por benefícios e incentivos fiscais de ordem genérica e disponibilidade *erga omnes*, instituídos em prol da coletividade – como é o caso, por exemplo, das faixas de isenção do Imposto de Renda e da redução de alíquotas do IPVA para veículos movidos à Gás Natural, previstas no art. 10, da Lei nº 2.877/1997 do Estado do Rio de Janeiro (na redação dada pela Lei Nº 7.068/2015).

O *telos* da proibição em referência é impedir que o Poder Público conceda alguma vantagem tributária especial à pessoa física ou jurídica declarada ímproba - o que pode ser facilmente obtido caso o sujeito da punição mantenha relações antirrepublicanas com outros funcionários e mandatários da burocracia estatal. Em breve síntese, o que se veda é a concessão de um privilégio fiscal, de natureza *intuitu personae* e índole imoral, ao sancionado.

Nesse ponto, concordamos com a opinião professada por José dos Santos Carvalho Filho – para quem a proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais “não dá ensejo para excluir os benefícios genéricos (ex.: as isenções gerais), o que violaria o princípio da impessoalidade tributária”.⁵³

52 Nos termos da Lei 8.429/92, fala-se em “proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário”.

53 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1139. Sobre o tema, vale transcrever também as lições de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: “Tratando-se de benefícios ou incentivos incondicionais, em que não é exigido do interessado o preenchimento de requisitos especiais, ou determinada contraprestação, inexistirá óbice a que o ímprobo venha a auferi-los, pois [os] referidos benefícios, em verdade, não representam um privilégio, mas medida de política fiscal adotada em prol da coletividade, sendo concedidos de forma genérica. Deve-se observar que entendimento contrário ensejaria o surgimento de múltiplos questionamentos sem solução adequada. Como

Dessa forma, concluí o mencionado autor que “a sanção se restringe à vedação de benefícios e incentivos fiscais ou creditícios de natureza pessoal, podendo alcançar anistia fiscal, remissão tributária, isenção restrita, subvenções e subsídios pessoais e outras benesses do gênero”.⁵⁴

Nada obstante, é relevante perquirir também se a reprimenda analisada abrange ou não todos os tipos de operações creditícias e de contratos celebrados com órgãos estatais. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves são categóricos ao defender que:

À proibição de contratar deve ser dispensada uma interpretação condizente com a extensão atribuída a essa sanção pelo texto legal, abrangendo todos os contratos passíveis de serem estabelecidos com o Poder Público, quer sejam unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, comutativos ou aleatórios. A proibição de contratar implica, ipso iure, na proibição de participar da licitação. Alcança, igualmente, os contratos individuais, ainda que de natureza trabalhista. [...]

Quanto à proibição de receber incentivos creditícios, ela veda a realização de empréstimos, financiamentos e doações ao ímprobo, os quais, como contratos que são, já estariam abrangidos pela proibição de contratar com o Poder Público.⁵⁵

Embora a argumentação transcrita seja sedutora, a sua aplicação inflexível, sem quaisquer temperamentos, revela-se bastante problemática. Como se sabe, os Estados contemporâneos são notadamente complexos e multifacetados.⁵⁶ Caracterizam-se pelo desempenho, através dos seus diversos órgãos e entidades, de amplo rol de atividades administrativas – que se estendem do exercício do poder de polícia à intervenção econômica direta

exemplo, pode-se mencionar a situação do ímprobo considerado isento por estar abaixo da faixa mínima tributável pelo imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza. Qual seria a alíquota aplicável a ele com a desconsideração da faixa legal de isenção? Qual seria a parcela fixa de dedução do imposto encontrado após a aplicação da alíquota? Considerando que referido imposto é progressivo, seria aplicada a mesma alíquota da primeira faixa tributável ou seria “criada” outra inferior? Poderia o ímprobo beneficiar-se das deduções gerais, as quais acarretam a redução da base de cálculo do tributo? Estes e outros questionamentos certamente permaneceriam sem resposta e, se resposta houvesse, ela fatalmente, não encontraria correspondência no princípio da legalidade em matéria tributária, já que a lei não contempla a tributação daqueles que percebem montante inferior ao mínimo, estipulado”. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2013, p. 677).

54 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1139.

55 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013. p. 675-677.

56 Por todos, v. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 34-35.

em regime de concorrência com particulares, passando pela regulação, pela composição de algumas espécies de litígios⁵⁷ e pela prestação monopolista (ou não) de serviços públicos.

Nesse sentido, a Administração Pública não só contrata, após realizar processo licitatório ou dispensá-lo com base em permissivo legal, prestadores de serviços para suprir as suas próprias demandas. Em casos vários, a Administração é quem oferta, aos particulares em geral, ampla gama de serviços.

Tendo isso em mira, é imperioso restringir o objeto da medida proibitiva, fazendo com que esta não repercurta sobre os negócios jurídicos em que órgãos ou entidades administrativas sejam contratados para a prestação de serviços oferecidos ao público em geral.

Entender em sentido diverso, implicaria interditar, por exemplo, o direito dos apenados de contratarem serviços bancários, como os de conta corrente e de conta poupança, dos Bancos Públicos. Levada às últimas consequências, a opção hermenêutica proposta por Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves vedaria que as pessoas sancionadas com essa medida contratassem, de empresas estatais, o fornecimento de serviços postais, energéticos, telefônicos, de transporte, de água e de esgoto.

Perceba-se que os exemplos aludidos não são meramente acadêmicos ou alegóricos, eles integram o cotidiano de milhões de brasileiros – entre os quais, certamente, também estão pessoas físicas e jurídicas condenas por improbidade administrativa. À guisa ilustrativa, cite-se empresas estais relevantes que prestam serviços à população em geral: o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (“CEDAE”), a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (“SABESP”), a Companhia Energética de Minas Gerais (“CEMIG”), a Empresa Pública de Transporte e Circulação de Porto Alegre (EPTC), a Petrobrás Distribuidora S.A. (“BR Distribuidora”) e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (“CORREIOS”).

Estender a proibição de contratar às hipóteses aventadas acima contraria o princípio da proporcionalidade, em sua tripla dimensão, eis que (i) a medida não se mostra adequada a tutelar o erário⁵⁸; (ii) acaba

57 Exemplificativamente, alude-se ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

58 Em razão da natureza dos contratos em referência, o apenado não tem meios materiais de adotar novas condutas ímprobos em prejuízo do Estado. O único risco que a Administração terá, como em relação a qualquer outro contratante, é o da inadimplência.

restringindo excessivamente diversos Direitos Fundamentais do apenado (como o direito ao transporte⁵⁹, à luz⁶⁰, à água⁶¹ e ao saneamento básico⁶²) e, por fim, (iii) parece provocar muito mais prejuízos do que vantagens.

Em respaldo à tese ora proposta, traz-se à colação irretocável precedente exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO, BEM COMO OBTER BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS. PENALIDADE. EXTENSÃO. 1 - A penalidade imposta ao agente público, que cometeu crime de improbidade administrativa, de contratar com o Poder Público e obter incentivos fiscais, não são extensivos àqueles serviços oferecidos ao público em geral, tais como aqueles oferecidos pelo Banco do Brasil S.A. para o correntista. 2 - Recurso provido. (TJ/MG - Agravo de Instrumento 1.0620.03.004685-3/003, Rel. Des. Nilson Reis, 2ª Câmara Cível, DJ: 07/05/2008)

As exceções defendidas neste tópico são explicadas, de modo preciso, pelo postulado normativo da “razoabilidade como equidade”, conforme a doutrina do professor Humberto Ávila.⁶³ Segundo leciona o mencionado autor, a aplicação de uma sanção jurídica não depende meramente da satisfação dos requisitos que delimitam a hipótese de incidência legalmente prevista. Além da subsunção do fato concreto à norma, é necessário que a aplicação da regra não seja “excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária”.⁶⁴

Em outro trabalho, o professor Humberto Ávila trata especificamente do fenômeno da “superinclusão” – que é, justamente, o que parece ocorrer tanto na proibição do recebimento de benefícios fiscais genéricos, quanto na vedação à contratação de serviços amplamente oferecidos à população por

59 CF/88, art. 6º, *caput*.

60 A propósito, v. ROSA, Taís Hemann da. “Direito Fundamental Social de Acesso à Energia Elétrica”. In: *III Seminário Internacional de Ciências Sociais e Ciência Política*, 2014, São Borja. Anais do III Seminário Buscando o Sul, 2014.

61 A propósito, v. ROSA, Taís Hemann da; PES, J. H. “O Direito Fundamental de Acesso à Água e a Interrupção do Serviço Público de Abastecimento”. In: *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, 2012, Uberlândia. Direitos Fundamentais e Democracia I, 2012. p. 9176-9204.

62 A propósito, v. CARVALHO, S. A.; ADOLFO, L. Gonzaga S. “O direito fundamental ao saneamento básico como garantia do mínimo existencial social e ambiental”. *Revista Brasileira de Direito*, v. 8, p. 6-37, 2012.

63 Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 195-197.

64 *Ibidem*, p. 197.

entidades estatais. Em ambos os casos, é preciso restringir a abrangência da norma proibitiva, para que ela não extrapole a finalidade que lhe anima e acabe alcançando situações ontologicamente distintas das hipóteses sobre as quais deve precipuamente incidir.

A propósito, confira-se o seguinte trecho da doutrina do professor Ávila:

De um lado, pode fazer com que alguns elementos, que eventualmente deveriam ter sido considerados, dependendo do ponto de vista, não sejam considerados na descrição legal contida na regra e, com isso, não possam ser considerados pelo aplicador, diante do caso concreto. É o fenômeno da “superinclusão” ou “sobreinclusão”: como as regras selecionam elementos a serem considerados, aqueles elementos por elas não selecionados, dependendo da rigidez com que a regra seja compreendida (que pode variar da rigidez absoluta de um modelo de formalismo puro à flexibilidade total de um modelo de particularismo puro, passando por modelos intermediários de rigidez moderada), não podem ser considerados no ato de aplicação, o que pode gerar uma solução injusta ou sub-ótima. Seria, por exemplo, o caso de aplicação da regra que proíbe a condução de animais de estimação em veículos de transporte público também para o caso de um cego cuja liberdade de locomoção depende do auxílio de um adestrado e dócil cão-guia. Nessa situação anormal, poder-se-ia afirmar que a hipótese da regra foi além do exigido pela sua finalidade. [...]

Nessas situações, comprovada e visivelmente anômalas, caberá ao aplicador deixar de aplicar a regra geral ao caso particular, com base no postulado da razoabilidade, no sentido equidade”.⁶⁵

Esse raciocínio deve ser adotado também na hipótese de operações creditícias entre o sujeito sancionado e o Poder Público, em sentido lato. Não nos parece haver óbice quando a avença se tratar de contrato de empréstimo com Bancos Públicos em que sejam praticados os juros e as condições oferecidas ao mercado em geral.

Veda-se, aqui, que o particular e os agentes públicos penalizados sejam beneficiados por programas oficiais de crédito – que são

65 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘Ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binbenjoni. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 197.

operacionalizados à taxa de juros inferior ao custo de captação ou oportunidade do Governo Federal.⁶⁶

Além dos programas oficiais de crédito, entendo que a medida proibitiva estudada também alcança contratos de mútuo feneratício que fixem condições e juros não oferecidos de forma abrangente ao mercado, ainda que as taxas praticadas sejam superiores ao custo de captação dos recursos emprestados. Esse é o caso, por exemplo, de diversas avenças especiais celebradas no âmbito do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES.⁶⁷

Encerrando o tópico, mostra-se possível concluir que a pena de proibição de contratar e receber benefícios fiscais ou creditícios do Poder Público não é materialmente absoluta e, por força da sua finalidade e do princípio da proporcionalidade, tal reprimenda não alcança avenças ou benefícios que sejam disponibilizados, de modo amplo, à população em geral.

4 OS CONTRATOS JÁ ASSINADOS: ATO JURÍDICO PERFEITO E CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Buscaremos analisar, neste breve tópico, se a interdição do direito de contratar com o Poder Público produz efeitos retroativos ou prospectivos. Em outras palavras, o que se pesquisa é se a superveniência da reprimenda implica, ou não, a rescisão automática dos contratos, celebrados entre o Poder Público e o apenado, que já se achavam em vigor ao tempo do aperfeiçoamento do ato proibitivo.

66 Os “benefícios ou subsídios creditícios são os gastos decorrentes de programas oficiais de crédito que oferecem condições mais acessíveis para os tomadores de empréstimo do que os recursos oferecidos no mercado financeiro, também denominados subsídios implícitos ou indiretos, em função de não constarem no Orçamento Geral da União, embora se ressalte o aspecto de que os recursos do Tesouro a eles alocados têm taxa de retorno inferior ao seu custo de captação (ou seja, há um custo sendo suportado)” [TCU, Plenário, AC 1.718/2005 e AC 2.446/2014]. Na definição da Portaria do Ministério da Fazenda nº 379/2006, art. 2º: “Para efeito desta Portaria, considera-se: [...] II - benefícios ou subsídios creditícios são os gastos decorrentes de programas oficiais de crédito, operacionalizados por meio de fundos ou programas, à taxa de juros inferior ao custo de captação do Governo Federal”.

67 Uma vez mais, o elemento teleológico da norma definirá o seu âmbito de incidência. A hipótese acima aventada parece ser um caso de subinclusão normativa. Em outros termos, tem-se uma situação de fato que deveria, dada a finalidade almejada pela norma, ser abarcada por sua hipótese de incidência (situação de fato genericamente descrita pelo legislador) – eis que tal tipo de empréstimo, embora não consista precisamente num benefício creditício, sobressai como operação de crédito especialmente vantajosa ao mutuário, dado que as condições e taxas de juros aplicáveis não são acessíveis de modo abrangente ou por critérios puramente objetivos. Ter-se-ia exemplo do fenômeno da subinclusão normativa se, em aplicação de norma que vede o ingresso de animais domésticos em transportes públicos, fosse permitido o ingresso de leões ou outros animais selvagens em tais meios coletivos de transporte.

Em nosso entendimento, consigne-se desde logo, os contratos vigentes não podem ser automaticamente extintos por sanção posterior à sua assinatura. Isso porque o respeito ao ato jurídico perfeito⁶⁸, além de fim em si mesmo, como expressão da previsibilidade e da segurança das relações jurídicas⁶⁹, configura, *in casu*, especial proteção à própria Administração e aos administrados, dada a sua íntima relação com o princípio da continuidade das atividades administrativas.⁷⁰

68 Na definição legada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (LINDB, art. 6º, § 1º). De acordo com as lições de Francisco Campos: “O que a Constituição assegura, portanto, ao determinar que o ato jurídico perfeito continuará a ser regido pela lei do tempo em que se consumou, é, precisamente, o efeito jurídico daquele ato, isto é, as transformações por ele operadas nas relações jurídicas que constituem o seu conteúdo, seja criando, seja modificando, transferindo ou extinguindo direito. O que resulta do ato jurídico perfeito é, precisamente, a aquisição de um direito, – ou a pretensão fundada a uma prestação, ou a modificação ou a extinção de direito anterior a determinada prestação. O ato jurídico perfeito é subtraído ao império da lei posterior precisamente para que não seja prejudicado pela sua aplicação o direito que emergiu daquele ato e que por seu intermédio se tornou adquirido ou se incorporou ao patrimônio do indivíduo”. (CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. p. 11).

69 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 128: “Ora bem, é sabido e ressabido que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensinar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da ‘segurança jurídica’, o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles. [...] Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas da imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas. Esta ‘segurança jurídica’ coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. É a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que ensina projetar e iniciar, conseqüentemente – e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso –, comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas”.

70 Confira-se o conceito proposto por Alexandre de Aragão: “Como as funções administrativas estão estabelecidas em lei ou na própria Constituição, o aparelho administrativo não pode parar de desempenhá-las, sob pena de violar essas determinações, cometendo ilicitude por omissão. O conteúdo do princípio da continuidade das atividades administrativas é, em essência, bastante simples: as atividades administrativas devem ser prestadas, sempre que possível, de modo temporalmente contínuo e ininterrupto” (*Curso de Direito Administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 94-5). Na síntese de Odete Medauar, “as atividades realizadas pela Administração devem ser ininterruptas, para que o atendimento do interesse da coletividade não seja prejudicado”. (*Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 163-164).

Interpretação diversa poderia ensejar a abrupta interrupção de obras estratégicas para a Administração ou então paralisar indefinidamente a prestação de serviços públicos caros à sociedade⁷¹, além de comprometer gravemente o planejamento econômico da empresa punida, dos seus fornecedores e dos seus credores.

Na concepção de Jorge Reinaldo Vanossi, o princípio da segurança jurídica corresponde, justamente, ao plexo de condições que tornam possível, às pessoas, o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências que emanarão dos seus atos, fatos e negócios jurídicos, com base no regramento jurídico vigente ao tempo da ocorrência de tais fatos, atos ou negócios.⁷² Na síntese de José Afonso da Silva, a ideia fulcral de segurança jurídica corresponde à “certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”.⁷³ A tutela da confiança legítima dos administrados⁷⁴ e da previsibilidade das relações jurídicas são, nessa linha, fundamentais para o estabelecimento de um ambiente propício ao desenvolvimento econômico, aos investimentos financeiros e, de modo mais geral, ao harmônico convívio em sociedade.⁷⁵

71 De acordo com julgado exarado pelo STJ: “A rescisão imediata de todos os contratos firmados entre a embargada e a Administração Pública, em razão de declaração de inidoneidade, pode representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público, já que se abrirá o risco de incidir sobre contrato que esteja sendo devidamente cumprido, contrariando, assim, o princípio da proporcionalidade, da eficiência e obrigando gasto de verba pública com realização de novo procedimento licitatório. Interpretação sistemática dos arts. 55, XIII e 78, I, da Lei 8.666/93”. (STJ, EDcl no MS 13.101/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009).

72 VANOSI, Jorge Reinaldo A. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 1982, p. 30. No campo sociológico, a obra de Luhmann fornece respaldo ao conceito exposto, indicando que a confiança é o instrumento que permite ao indivíduo, através da análise das circunstâncias presentes e do cálculo dos seus riscos, adotar um curso específico de ação antevendo, com razoável grau de certeza, os seus resultados. Para aprofundar-se no tema, consulte-se: LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005. Confira-se, também, o que escreve Anthony Giddens – a partir de outra perspectiva de análise – sobre o tema: GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991. p. 40-46.

73 SILVA, José Afonso da. *Curso Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 434.

74 Sobre o ponto, v. BAPTISTA, Patrícia. “A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública - A proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa”. In: *Revista de Direito do Estado*, v. 3, p. 155-181, 2006; ARAÚJO. Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança. Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009; BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Administrativo*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.

75 Para Alain Peyrefitte, a confiança é o único instrumento capaz de “resgatar as disposições mentais e comportamentos coerentes que sejam capazes de livrar o homem individual e social da obsessão da segurança, da inércia dos equilíbrios já alcançados, do peso das autoridades ou do piche dos costumes. Trata-se de pô-lo no

Dessa forma, a retroação da medida proibitiva, além de expressivos prejuízos diretos às empresas sancionadas (e, muito provavelmente, as suas cadeias de fornecedores, credores e empregados), provocaria também consequências negativas, socialmente difusas, ao comprometer a previsibilidade da economia e a segurança das relações jurídicas – condições essenciais ao progresso econômico.

Nada obstante, mostra-se imperioso considerar também que os custos associados à realização de uma nova contratação tendem a ensejar, na maior parte dos casos, dilatados prejuízos ao erário.⁷⁶

Em razão de todos esses fatores, parece lícito concluir que a rescisão automática de todos os contratos vigentes, entre a empresa apenada e o Poder Público, pode implicar elevado e súbito custo social e financeiro – tanto para o Estado, quanto para as empresas punidas, bem como para a sociedade globalmente considerada.

Contudo, evidentemente, não se pode confundir a ausência de efeito rescisório automático com a supressão dos poderes contratuais exorbitantes previstos em favor da Administração, a exemplo, nomeadamente, da prerrogativa de resilir unilateralmente o contrato administrativo em determinadas circunstâncias (Lei 8.666, art. 79, I c/c art. 78, incisos I a XII e XVII).

caminho não da rebelião e da destruição, mas da construção de um mundo onde a satisfação das necessidades materiais e o desabrochar das aspirações naturais possam beneficiar-se de progressos constantes”. Sobre as relações entre confiança e progresso econômico, v. PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Top Books, 1999 e FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Trad. Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

76 Tais custos costumam abranger, dentre outros elementos, a desmobilização do maquinário e dos obreiros da empresa contratada, a depreciação dos equipamentos já adquiridos, os custos fixos de canteiro, a mobilização de novas equipes. Em alguns casos, grande parte do avanço físico da obra pode ser pedido durante o interregno necessário à realização de nova licitação e contratação. Observe-se, a propósito, esclarecedor precedente do Tribunal de Contas da União sobre o tema: “Os atrasos na obra e as consequentes alterações contratuais implicaram aumento considerável no prazo de execução do empreendimento, resultando em aumento desarrazoado dos custos de ‘administração da obra’ e ‘operação e manutenção do canteiro’. [...] Cabe esclarecer que as despesas administrativas de uma obra variam em função das suas especificidades, dentre as quais o prazo é uma das mais relevantes, pois é fator condicionante para o dimensionamento das quantidades dos insumos que compõem estes custos. Além disso, o cronograma também influencia na quantidade de mão de obra e de equipamentos necessários à realização dos serviços, determinando, no tocante às despesas administrativas, as dimensões do canteiro de obras (refeitório, vestiário, áreas destinadas à guarda de equipamentos, etc.). Desta forma, conclui-se que a quantidade de engenheiros, mestres, auxiliares administrativos, entre outros que compõem as despesas de administração local, bem como as dimensões do canteiro de obras (e, conseqüentemente, os custos com sua manutenção) são calculados em função do prazo da obra” (TCU, Plenário, Acórdão nº 3443/2012, Rel. Min. Valmir Campelo, Data da Sessão: 10.12.2012).

Nesse prisma, cumpre destacar que, como bem leciona Jessé Torres Pereira Junior, a ocorrência dos motivos que ensejam a rescisão unilateral do contrato administrativo sequer impõe, à Administração, a rescisão do pacto; ela apenas confere à entidade contratante a faculdade de rescindi-lo:

Interessa saber se a só ocorrência do motivo obriga a rescisão, descartada qualquer avaliação quanto à conveniência para o interesse do serviço ou do contratado. A resposta é negativa. A uma, porque, mesmo caracterizado o motivo que renderia azo à rescisão, pode a Administração (nos casos em que o particular é o causador, por exemplo) considerar que melhor atenderia ao interesse do serviço manter o contrato, adotando-se medidas mais severas de fiscalização ou introduzindo alterações que, compatíveis com os limites e motivos legais (art. 55, I), estimulem o desempenho do contratado, até porque a realização de nova licitação acarreta custos ou redundância em elevação de preços nem sempre compensadores. A duas, porque os direitos do contratado também hão de ser levados em conta, tanto que a rescisão será decidida em processo regular, assegurados o contraditório e a ampla defesa.⁷⁷

O entendimento defendido acima é integralmente abonado pela jurisprudência consolidada no âmbito do STJ para todas as sanções, não só as aplicadas com base na Lei 8.429, que interditem o direito de licitar e contratar com o Poder Público.⁷⁸ Ilustrativamente, confira-se:

Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade “só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento” (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de “licitar ou contratar com a Administração Pública” (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover

77 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro, 2009. p. 778.

78 Confira-se outros precedentes no mesmo sentido: AgRg no REsp 1148351/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010; MS 14.002/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.⁷⁹

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - INIDONEIDADE
DECRETADA PELA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
- ATO IMPUGNADO VIA MANDADO DE SEGURANÇA.

1. Empresa que, em processo administrativo regular, teve decretada a sua inidoneidade para licitar e contratar com o Poder Público, com base em fatos concretos.
2. Constitucionalidade da sanção aplicada com respaldo na Lei de Licitações, Lei 8.666/93 (arts. 87e 88).
3. Legalidade do ato administrativo sancionador que observou o devido processo legal, o contraditório e o princípio da proporcionalidade.
4. Inidoneidade que, como sanção, só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento.
5. Segurança denegada.⁸⁰

Manifestando-se sobre a declaração de inidoneidade, Marçal Justen Filho assinala que a questão em exame é controvertida, embora pareça admitir a eficácia da medida proibitiva também sobre os contratos que já estavam em vigor ao tempo da eficácia do ato proibitivo.⁸¹ Jessé Torres Pereira Júnior, por seu turno, assevera de forma contundente que:

79 STJ, Primeira Sessão, DJe 25.05.2009, MS 13.964/DF, ReI. Ministro Teori Albino Zavascki.

80 STJ, MS 13.101/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 09/12/2008.

81 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1159: "Outra questão controversa se relaciona com os efeitos de eventual punição relativamente a contratos vigentes. O art. 55, XIII, determina que o contratado deverá manter os requisitos de habilitação e qualificação ao longo da execução do contrato. Essa disciplina é compatível com o entendimento de que o preenchimento dos requisitos de habilitação envolve não propriamente uma formalidade a ser cumprida somente por ocasião da licitação, mas evidenciam a capacitação do sujeito para executar a contratação. Portanto, desaparecido o requisito de habilitação durante a contratação, o contrato deve ser rescindido. No entanto, há diversos julgados do STJ adotando tese diversa, inclusive no sentido de que contratações mantidas com outros sujeitos – que não aquele que impôs a declaração de inidoneidade – não são afetadas pelo sancionamento".

A sanção administrativa de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública acarreta, para o sancionado, a proibição de firmar novos vínculos contratuais com o Poder Público; os contratos anteriormente celebrados não devem ser automaticamente rescindidos com espeque exclusivo nessa sanção. A declaração de inidoneidade produz efeitos para o futuro (*ex nunc*), ou seja, proíbe que o sancionado venha a firmar novos vínculos contratuais com a Administração Pública, mas não rescinde aqueles em vigor. A aplicação da sanção não tem efeito automático e imediato de rescindir todos os contratos anteriormente firmados entre o sancionado e a Administração, uma vez que isso poderia representar prejuízo maior ao erário e ao interesse público. Verificando-se que o processo administrativo de que resultou a sanção obedeceu ao contraditório e à ampla defesa, bem como que os fatos evidenciados são relevantes e tornam a manutenção do contrato risco real para a Administração, a segurança de seu patrimônio ou de seus servidores, será legítima, em tempo oportuno, a rescisão contratual.⁸²

Atualmente, esse entendimento é acolhido também pelo Parecer do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal nº 06/2014/DEPCONSU/PGF/AGU e pelo Parecer da Consultoria-Geral da União de nº 113/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Advogado-Geral da União. Observe-se trecho do despacho proferido pelo Advogado-Geral da União, ao aprovar o retromencionado parecer:

Entretanto, é evidente que os direitos das partes condenadas por improbidade administrativa em primeiro grau que, antes de proferida a sentença, já detenham contratos administrativos em plena vigência com a Administração Pública Federal devem ser preservados, desde que inexistentes outros motivos suficientes para a respectiva anulação ou rescisão. Nesse sentido, a jurisprudência da Primeira Seção (Direito Público) do Superior Tribunal de Justiça, firmada em torno do art. 87 da Lei 8.666/93, é pacífica no sentido de que a pena de declaração de inidoneidade não deve automaticamente atingir os contratos administrativos válidos e em curso de execução, tendo em vista que seus efeitos se projetam apenas para o futuro (*ex nunc*). Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de adoção de medidas administrativas específicas para rescindir (ou mesmo anular) os contratos, nos casos

82 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinés Restelatto. "Responsabilidade do Contratado na Administração de Compras, Serviços e Obras". *Revista Síntese Direito Administrativo*, v. 7, 2012. p. 104.

autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

O único reparo que teríamos a fazer à manifestação transcrita é referente ao marco temporal proposto pelo Advogado-Geral da União, eis que não parece adequado entender que a medida proibitiva já adquira eficácia com a prolação da sentença, em primeiro grau de jurisdição.⁸³

Em resumo, entende-se que inexistente efeito rescisório imediato sobre os contratos já vigentes quando da superveniência de título judicial, definitivo ou não, que proíba dada empresa ou pessoa natural de contratar com o Poder Público, embora se preserve o poder resilitório que é conferido, pela Lei 8.666/93, à Administração contratante, na forma e nas hipóteses previstas nos seus arts. 77 a 80.

5 PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS

A proibição de contratar com o Poder Público, consoante se demonstrou, é medida de consequências severas e de difícil reversão, que tende a conduzir as empresas sancionadas a graves crises financeiras e, até mesmo, a processos falimentares. Desse modo, o manejo pródigo e desacomodado do instituto colide frontalmente com o Princípio da Preservação da Empresa – levando a desempregos em massa, a crises econômicas sistêmicas, a agruras fiscais e, em algumas circunstâncias, à desestruturação de setores produtivos e ao sensível encarecimento das contratações públicas – dada a constrição de competitividade que a medida pode encerrar.

Com base nesse raciocínio e norteados pelo princípio da proporcionalidade, defendemos que a proibição de contratar com o Poder Público só deve ser aplicada quando (i) os atos de improbidade sancionados possuírem comprovada gravidade, (ii) a medida proibitiva revelar-se adequada e necessária à tutela do erário e houver, nesse sentido, (iii) pedido expresso do autor da ação e (iv) fundamentação bastante e específica do magistrado sentenciante.

83 Abordamos essa discussão, de forma aprofundada, no estudo monográfico que deu origem a este artigo: TEIXEIRA, João Pedro Accioly. *A proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de improbidade administrativa: contornos objetivos, subjetivos e temporais*. 131 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

Em sequência, tivemos a oportunidade de propor uma interpretação restritiva quanto à abrangência territorial da reprimenda estudada. Ao contrário de grande parcela da doutrina, não entendemos que a aplicação de tal sanção implique automática e invariável interdição de contratar com todos os órgãos e entidades da Administração Pública, direta e indireta, de todos os milhares de entes políticos brasileiros.

Em linhas gerais, defendemos que cabe ao juiz fixar os limites e o alcance institucional da proibição de contratar, balizado sempre no princípio da razoabilidade e da preservação da empresa. Dessa forma, propôs-se uma relação apriorística de congruência entre o alcance do ato de improbidade sancionado, quanto aos entes políticos prejudicados, e a sanção que lhe for correspondente. Contudo, ressaltou-se a possibilidade de universalização da reprimenda, ou de dilatação proporcional de sua abrangência, na hipótese de se comprovar a prática de múltiplos e sistemáticos atos ímprobos, perpetrados por empresas que se utilizem, de modo orgânico e reiterado, de expedientes ilegais em prejuízo do Estado.

No tópico seguinte, defendemos que os contratos e benefícios fiscais colocados à ampla disposição da população não devam ser alcançados pela sanção em estudo. Assim, defendemos que o objetivo almejado pela norma é, por um lado, evitar a concessão de privilégios fiscais e creditícios, *intuitu peronae*, em favor de pessoas físicas ou jurídicas que tenham sido sancionadas. De outra ponta, no que toca às contratações administrativas, defendemos que a aludida medida não alcança as avenças em que pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, figurem na condição de contratadas, para a prestação de serviços largamente oferecidos à sociedade como um todo – a exemplo daqueles prestados por estatais que exploram serviços bancários, postais, energéticos, telefônicos, de transporte, de água e de esgoto.

Por derradeiro, tendo em vista o princípio da segurança das relações jurídicas e da continuidade das atividades administrativas, posicionamo-nos pela não rescisão automática dos contratos em vigor quando da superveniência da interdição do direito de contratar com o Poder Público. Pontuamos que interpretação diversa poderia ensejar a abrupta interrupção de obras estratégicas para a Administração ou então paralisar indefinidamente a prestação de serviços públicos caros à sociedade. Contudo, ressaltamos que a inexistência de efeito rescisório imediato não exclui o poder de rescisão unilateral dos contratos, que é conferido, pela Lei 8.666/93, à Administração contratante, nas hipóteses e na forma previstas arts. 77 a 80 do mencionado diploma legal.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O Princípio da Proteção da Confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. “‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘Ciência do Direito’ e o ‘Direito da Ciência’”. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAPTISTA, Patrícia. “A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública - A proteção às expectativas legítimas dos cidadãos como limite à retroatividade normativa”. *Revista de Direito do Estado*, v. 3, p. 155-181, 2006.
- _____. *Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Administrativo*. CreateSpace Independent Publishing Platform, 2014.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro”. In: Luís Roberto Barroso (Org.). *A nova Interpretação Constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CAMPINHO, Sérgio. *O direito de empresa à luz do novo código civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. v. II. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, S. A.; ADOLFO, L. Gonzaga S. “O direito fundamental ao saneamento básico como garantia do mínimo existencial social e ambiental”. *Revista Brasileira de Direito*, v. 8, p. 6-37, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação de empresa no Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v 1: Direito de Empresa. 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

FUKUYAMA, Francis. *Confiança: as virtudes sociais e a criação da prosperidade*. Tradução de Alberto Lopes. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 7. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da Modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Tradução de Amada Flores. Barcelona: Anthrope, 2005.

PELEGRINI, Márcia. Lei de improbidade administrativa – extensão territorial dos efeitos da pena de proibição de contratar com o poder público, *Boletim de direito administrativo* 6:677, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEDER CERZETTI, S. C. *A recuperação judicial de sociedade por ações: o princípio da preservação da empresa na Lei de Recuperação e Falência*. São Paulo: Malheiros, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. “As Sanções da Lei 8.429/1992 aos Atos de Improbidade Administrativa”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Coleção Doutrinas Essenciais - Direito Administrativo. Volume VII - Agentes Públicos e Improbidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. Rio de Janeiro, 2009.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. “Responsabilidade do Contratado na Administração de Compras, Serviços e Obras”. *Revista Síntese Direito Administrativo*, v. 7, 2012.

PERIN JÚNIOR, Élcio. *Curso de direito falimentar e recuperação de empresas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEYREFITTE, Alain. *A sociedade da confiança: ensaio sobre as origens e a natureza do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Top Books, 1999.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

- PRADO, Francisco Octavio de Almeida. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- _____. *Direito de Empresa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ROSA, Taís Hemann da. “Direito Fundamental Social de Acesso à Energia Elétrica”. In: *III Seminário Internacional de Ciências Sociais e Ciência Política*, 2014, São Borja. Anais do III Seminário Buscando o Sul, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TEIXEIRA, João Pedro Accioly. *A proibição de contratar com o Poder Público em decorrência de improbidade administrativa: contornos objetivos, subjetivos e temporais*. 131 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.
- _____. A Colidência e a Equalização de Direitos Fundamentais na Seara Biográfica. *Revista da EMERJ*, v. 18, p. 115-128, 2015.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Universitária, 1982.
- WALD, Arnaldo. *Comentários ao Novo Código Civil. V. XIV: livro II, do direito de empresa*. Coordenadores: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RECEBIDO EM 29/02/2016
APROVADO EM: 25/05/2016

O COSTUME NA TEORIA PURA DO DIREITO: UMA ANÁLISE PELO MÉTODO DA HISTÓRIA DO DIREITO

*CUSTOMS IN THE PURE THEORY OF LAW: AN ANALYSIS BY THE
METHOD OF HISTORY OF LAW*

Juliano Scherner Rossi

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em

Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Procurador Federal - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 A história como método para o direito; 2 A pureza metodológica; 3 O costume: História do direito na Teoria Pura do Direito?; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Será analisado o costume jurídico na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a partir do método da história do direito: se a Teoria Pura articula de algum modo história do direito como elemento de sua proposta metodológica quando trata do costume e como. Tem-se então não a Teoria Pura na história, mas a história na Teoria Pura. Na primeira seção é apresentada uma proposta metodológica para a história do direito, com base nas obras de Costa, Grossi e Hespanha. Na segunda, é feita análise da proposta de pureza metodológica da Teoria Pura. Na última, é discutido o costume na Teoria Pura e se a abordagem de Kelsen acerca da vigência da norma costumeira incorpora elementos de história do direito, segundo o método proposto. A questão jurídica no exame do costume diz respeito à existência de um ato de vontade que estabeleça o costume como norma e seu conteúdo desta. O método da história do direito é útil para averiguação dos dois aspectos, mas Kelsen não estabelece um método para investigação do costume ou sua formação (especula-se que em razão da própria pureza metodológica). O método histórico se aplica sem prejuízo do método kelseniano, no âmbito de cada um, o que revele abertura deste em relação àquele.

PALAVRAS-CHAVES: História do Direito; Teoria Pura do Direito; Hans Kelsen; Costume

ABSTRACT: It will be analysed the custom as a source of law in the the Pure Theory of Law (Hans Kelsen) from a historical perspective: does the Pure Theory articulates somehow history as part of its methodological approach when dealing with customs and how? The first section presents a methodology for a historical investigation of law, based on the works of Costa, Grossi and Hespanha. The second section presents an analysis of the methodological purity proposed in the Pure Theory. The last section discusses how customs are addressed in the Pure Theory and how customs can incorporate elements of legal history, according to the proposed method. According to Kelsen, the legal analysis of customs involves determining the existence of an act of will establishing its compulsoriness and its normative content. The historical approach is useful to investigate these two aspects, but Kelsen does not establish any method for that (it is speculated that the reason lies in his methodological purity proposal). The historical approach applies without prejudice to the Kelsenian method, each one applicable to different domains, which reveals the opening of the last in relation to the former.

KEYWORDS: Legal History; Pure Theory of Law; Hans Kelsen; Customs.

INTRODUÇÃO

Um dos aspectos controversos da teoria de Hans Kelsen é de sua proposta de pureza metodológica. O recorte que ele propôs, que ao fim levará à conclusão de que a ciência do direito – e seu método – se ocupam do estudo de relações entre normas positivas, pode levar a uma compreensão incompleta do fenômeno jurídico. O direito, como fenômeno social, cultural e político, encarna não apenas seu aspecto técnico de solução de controvérsias, mas também ideais de civilização e projetos de sociedade. Na concepção de Kelsen, a despeito do reconhecimento da relevância dessas esferas, elas não são ocupação do jurista, mas de outros cientistas, como sociólogos, historiadores, cientistas políticos. Para ele, essa era uma resposta satisfatória. Se for tomada a sua concepção positivista de ciência, até pode ser.

Este artigo buscar analisar historicamente o costume na Teoria Pura (Teoria Pura, deste ponto em diante). Uma das leituras históricas possíveis da obra de Kelsen é situar a Teoria Pura como produto da história e de seu tempo. Essa vertente já foi bastante explorada e aqui serão dadas algumas pinceladas sobre esse aspecto, de modo lateral. Outra ainda é analisar a Teoria Pura como um documento histórico conforme um método historiográfico. Essa leitura é possível e aqui também são dadas algumas pistas de como fazê-lo. O objetivo principal aqui, entretanto, é outro, analisar se a Teoria Pura articula de algum modo história do direito como elemento de sua proposta metodológica quando trata do costume e como. Tem-se então não a Teoria Pura na história, mas a história na Teoria Pura. Não se pretende com isso procurar trincas em um vaso de porcelana, mas antes identificar os elementos de história do direito que possam servir a uma leitura renovada de uma concepção fundante de direito, uma leitura nova de uma teoria que já se aproxima do centenário.

É certo que o costume tem perdido importância como fonte de normas, o que de certa forma levanta a questão da relevância da pesquisa. O recorte foi escolhido por ser talvez o tema que tenha maior aproximação com a história do direito. Ainda, o costume é o campo do direito com maior aproximação ao direito internacional, em razão da anarquia que caracteriza a sociedade internacional. Um resultado satisfatório pode indicar algum caminho para pesquisa posterior. Uma resposta inicial, por outro lado, seria que há pouco espaço para a história do direito na Teoria Pura, em razão de a relação entre normas não pressupor análise histórica. Ainda assim, a construção das instituições jurídicas ao longo do tempo pode afetar o modo como essas relações se construíram.

A primeira seção tratará da história do direito e sua importância em uma visão ampliada do fenômeno jurídico, sua dimensão cultural e na formação das instituições. O aspecto atual dessas instituições jurídicas relaciona-se com o passado, mas libertar-se do presente ao interpretá-lo, ainda que ao fim a interpretação se destine ao presente, é um dos grandes desafios. A segunda seção analisará a proposta de pureza metodológica contida na Teoria Pura. Será exposta segundo o pensamento de Kelsen e alguns comentários com respeito a suas implicações a partir de outros autores. O objetivo da crítica é posicionar a teoria no tempo e no seu contexto histórico e abrir espaços para a história, o que será visto na terceira seção. Esta estuda o costume na Teoria Pura e busca colocar a história do direito como em algum aspecto relevante na teoria, seja no seu método, seja como complementação.

O método empregado aqui é o dedutivo e a técnica, bibliográfica. As obras de referência de Kelsen serão a Teoria Pura do Direito (doravante Teoria Pura), em sua 2.^a edição, e a Teoria Geral do Direito e do Estado (doravante Teoria Geral), duas obras de maturidade que revisaram a produção teórica do autor. Será também consultada a autobiografia, cuja principal função será encontrar alguns elementos de política que tenham ficado de fora da teoria, em razão da sua proposta de pureza metodológica. Não se pretende com isso propor uma visão eclética, mas antes encontrar elementos de história do direito que possam corroborar um papel ampliado da história que tenham sido apenas sugeridos na Teoria Pura e na Teoria Geral. Eventualmente podem surgir daí propostas para pesquisa adicional.

Um esclarecimento: o termo estado, normalmente grafado com inicial maiúscula, será grafado como o comum das palavras em português, com maiúscula apenas quando abrir frase ou fizer parte de nome próprio. Não se crê que o termo mereça maior deferência apenas por significar aquilo que é, especialmente porque os tempos de ele ser considerado a realização da ideia moral já passaram.

1 A HISTÓRIA COMO MÉTODO PARA O DIREITO

Uma pergunta, talvez a primeira que surja a alguém que se depara com a ideia de história para o direito – e não história do direito – seja sua serventia. A segunda, o como isso se faz. A ideia de a ciência jurídica se ocupar das normas tornou-se tão naturalizada que há alguma dificuldade em se encontrar espaço para sua aplicação a que sirva ao direito. Isso é verdade mesmo nas vertentes mais recentes do positivismo que se adotam a pragmática, ou seja, a compreensão da norma a partir do contexto de

aplicação – um passo adiante do enfoque semântico, de compreensão da norma em referência a si ou a outras normas, que Kelsen tinha em mente quando escreveu a Teoria Pura do Direito. Isso porque a norma continua sendo a lente pela qual a realidade é apreciada. A história pode ser útil para a reconstrução factual do contexto de aplicação, mas ela será somente útil para apreender o sentido da norma se for considerado aquilo que se conhece por interpretação histórica, um procedimento heurístico de reconstrução histórica da formação da norma, especialmente de seu texto, como debates no parlamento. O formalismo do direito contribui para uma visão estreitada da história, pois os referenciais de análise prescindem da história, algo que destoa do senso comum de que a história é necessária para conhecer a realidade.

Grossi¹ atribui essa visão estreitada ao estado moderno e ao Iluminismo, em especial ao jacobinismo, o momento mais incisivo da Revolução Francesa que acentuou a função de controle do direito e o seu nexos com o poder político. O ideal revolucionário de reconstrução total da sociedade apropriou-se de um conceito já existente de soberano para fundá-lo na vontade geral, transformando o estado em um bloco compacto e unitário que exala o direito por meio da lei. Após a Revolução, assistiu-se um processo contínuo e maciço de legalização de todo o direito. A identificação do direito com a lei é a novidade do estado moderno. Tal processo levou ao que Grossi² chama de mito da lei, a crença acrítica na redução do direito a um sistema de leis.

Isso significou a superação da visão medieval de ordenamento jurídico como ordenamento da razão, um ato de conhecimento, de interpretação da realidade e sua tradução em regras. Essa concepção fundamentou o jusnaturalismo medieval, no qual o ordenamento será plenamente realizado apenas se a realidade for tomada em consideração, o que enfatiza o papel da interpretação e reduz a importância do legislador.

Grossi ainda observa que “a história do direito reforça no jurista a persuasão crucial de que este pertence a uma dimensão de civilização”.³ A identificação do direito com o ordenamento jurídico comprometeu sua autonomia e diminuiu suas relações naturais com a sociedade e com a história. Uma das consequências desse afastamento é a incapacidade de

1 GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

2 *Ibidem*.

3 *Ibid.*, p. 35.

analisar criticamente os valores jurídicos atuais “como se fossem únicos, ou, inclusive, os melhores que caiba conceber”.⁴

Em uma leitura abrangente da história do direito, o objeto da história do direito é também a história do poder e das instituições. Segundo Hespanha, a teoria política liberal e o positivismo jurídico estabeleceram “um conceito segundo o qual o poder político tinha a ver com o ‘Estado’, sendo relevantes do ponto de vista da história e da ciência política apenas as instituições, os mecanismos e organizações instituídos por ele”.⁵

Essas observações já são suficientes a uma redefinição do papel da história do direito ao menos como crítica, relativizando o estatuto epistemológico perante a história e oferecendo um ponto de vista alternativo para ressignificação do direito e redescoberta de sua complexidade. Aqui ainda estamos na dimensão do porquê. Adiante será visto o como.

Inicialmente, Grossi⁶ propõe antes uma atitude que um método, o contato e o diálogo contínuos do historiador do direito com que atua no direito positivo. Sua preocupação é com o rompimento do isolacionismo dos juristas e dos historiadores do direito. O primeiro desses isolacionismos decorre da estrutura da própria ciência, pois história e direito possuem métodos próprios autônomos que dificultam o diálogo e a empatia. Grossi não faz menção, mas parece tratar dos paradigmas científicos a que se refere Kuhn,⁷ que funcionam como lente e como sistema de legitimação de produção científica, selecionando o que é e o que não é ciência. O autor propõe que historiadores e juristas busquem os enfoques uns dos outros para que possa se construir uma base comum de diálogo. Isso não se faz com ecletismo metodológico, pois cada saber mantém sua autonomia, mas é necessário identificar na história aquilo que um jurista buscaria para que seja possível se construir uma história do direito. O jurista, por sua vez, não deve olhar para a história como exegese, aplicando um referencial teórico lógico-formal, “psicologicamente alheios a respeito de um complexo de normas, em cujo processo de produção eles próprios não tiveram, nem tem, tarefa alguma”,⁸ pois isso limitaria demais o horizonte histórico do texto.

4 GROSSI, op. cit., p. 37.

5 HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. Lisboa: Almedina, 2015. p. 49. E-book.

6 Ibidem, 2015.

7 KUHN, Tomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

8 GROSSI, op. cit., p. 42.

Costa⁹ enfatiza a dimensão hermenêutica da historiografia e propõe que a historiografia não seja a descrição de coisas o estado de coisas, mas atribuição de sentido: portanto interpretação. Isso é perceptível pelo fato de, em nenhum sentido da expressão, o historiador “observar os fatos”, pois eles estão no passado; quando muito há sinais. A objetividade das ciências, especialmente considerado o paradigma positivista, já foi questionada ao longo do séc. XX: o cientista não apenas registra fatos, mas também os seleciona, os ordena e lhes dá significado. Não é possível separar o objeto cognoscível do sujeito cognoscente, mesmo nas ciências naturais. A observação é um processo mediado pela linguagem, pelas teorias e pela cultura. A inexistência de objetividade como pressuposto da ciência não leva, todavia, ao niilismo ou negação da ciência. Costa¹⁰ sugere que o próprio texto seja capaz de fixar os limites de sua interpretação, pelos significados possíveis, seu contexto, sua coerência e sua unidade.

Partindo da historiografia como hermenêutica, ainda é necessário estabelecer as abordagens. Costa¹¹ estabelece um horizonte de possibilidades partindo da evolução do pensamento da historiografia do direito. Para Savigny, inicia Costa,¹² o direito é absorvido no pensamento jurídico; a experiência jurídica não se apoia sobre a lei, a jurisprudência ou os costumes, mas mediada pelos juristas como produtores de saber. O pensamento jurídico, por sua vez, se dá na tradição, que reforça a unidade do sistema jurídico e sua representação no pensamento por acumulação progressiva. A função do historiador do direito seria conferir harmonia entre direito e história, “atualizando” o direito, lendo retrospectivamente, procurando nos textos “a prova de que os conceitos e institutos actuais já tinham aflorado no passado”.¹³ Hespanha contesta essa visão da história do direito, pois ela confere à história um papel essencialmente dogmático: a continuidade dos dogmas jurídicos (conceitos, classificações, princípios) constitui via “para a naturalização do direito e dos modelos estabelecidos de poder para a aceitação de um direito natural, de uma organização política racional, fundados no primado de um espírito humano transtemporal”.¹⁴

Positivismo e marxismo romperam com a autossuficiência do direito proposta por Savigny, deslocando-o para dentro de uma “grande

9 COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.

10 Ibid.

11 Ibid.

12 Ibid.

13 HESPANHA, op. cit., p. 70.

14 Ibid., p. 54.

narrativa” histórica da sociologia e da economia. O positivismo dá por objeto a reconstrução do fato, a lei, a jurisprudência e os costumes, levando a uma compreensão meramente funcionalista do direito. Essa abordagem provocaria a cisão entre dogmática e história, antes harmonizadas por Savigny; de um lado o direito e seus conceitos, do outro a história e a reconstrução do passado. Betti, citado por Costa,¹⁵ resolveria a questão da abordagem pela compreensão histórico-jurídica do direito a partir dos instrumentos conceituais do cientista: a dogmática hodierna seria o instrumento de abordagem de uma experiência jurídica do passado. Como consequência, direito e história voltam a harmonizar-se, mas sob outra ótica: “o saber jurídico do presente permite o diálogo como passado não porque o intérprete escolhe livremente (arbitrariamente) usar uma linguagem para atribuir significados e narrar textos, mas porque o passado do direito é “objetivamente” conexo com o presente na inquebrável unidade da tradição”.¹⁶

A partir dessas considerações, Costa propõe, então, uma historiografia como interpretação: “a história do direito é a interpretação de textos jurídicos”.¹⁷ Na sua concepção, o direito não é um setor da experiência bem delimitado, compreensível em sua objetividade e unidade – “a juridicidade não é uma estrutura do texto”¹⁸ – mas busca construir uma narrativa aberta cujo standard de juridicidade é definido pela cultura do intérprete que não seja uma descrição acabada, totalizante, de uma experiência unitária de direito (o direito). O método, a abordagem, serão definidos conforme a narrativa – história do pensamento jurídico ou da legislação, por exemplo – e em função dos seus limites. Não há, ainda segundo Costa,¹⁹ um protocolo pré-determinado para tanto; deve ser, por outro lado, respeitada a alteridade do passado e evitadas as falácias anacrônicas, os interpretar o passado a partir das categorias presentes.

Hespanha qualifica o respeito à alteridade do passado como uma atitude de tomar os textos a sério, “preservar a lógica original das fontes, mesmo que esta não coincidissem com a actual”.²⁰ A primeira implicação da preservação da lógica original das fontes é recuperação dos sentidos originais, cuja perda ocorre por meio das sucessivas reinterpretações que

15 COSTA, op. cit.

16 Ibid., p. 21.

17 Ibid., p. 31.

18 Ibid., p. 23.

19 Ibid.

20 HESPANHA, op. cit., p. 70.

selecionam significados a partir de categorias presentes, em especial em função de um objetivo de harmonização.

A cada nível, portanto, o esforço é o de recuperar a estranheza, não a familiaridade, do que é dito; o esforço de evitar deixar-se levar por leituras pacíficas; o de ler e reler, pondo-se porquê a cada palavra, a cada conceito, a cada proposição, a cada “evidência” e procurando as resposta, não na nossa lógica, mas na própria lógica do texto. Até que o implícito deste se tenha tomado explícito e possa ser objecto de descrição. Nessa altura, o banal carrega-se de sentidos novos e inesperados. O passado, na sua escandalosa diversidade, é reencontrado.²¹

Com esse ferramental teórico, passa-se então à análise da Teoria Pura do Direito.

2 A PUREZA METODOLÓGICA

Hans Kelsen (1881-1973) queria fundar, na Teoria Pura do Direito, uma ciência do direito e purificar esse empreendimento acadêmico. A ciência jurídica deveria ser mantida livre de todos aqueles elementos estranhos aos métodos específicos de uma ciência cuja única finalidade é a cognição do direito. Pode parecer antiquado insistir-se em aderir a um método jurídico em uma época como a nossa, em que o holismo e a complexidade são elogiados ou mesmo exigidos. É provável que a época de Kelsen não seja tão diferente da nossa e os problemas que resultem de sincretismo metodológico sejam atemporais.

As filosofias tradicionais legais na época eram, conforme Kelsen alegou, irremediavelmente contaminadas com ideologia política e moralizante, por um lado, ou com tentativas de reduzir o direito às ciências naturais ou sociais, por outro. Ele considerava ambos estes esforços reducionistas seriamente falhos. Em vez disso, Kelsen sugeriu uma teoria “pura” do direito que permitiria evitar o reducionismo de qualquer tipo. A pureza é estabelecida logo no início da obra como pressuposto metodológico:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica

21 HESPANHA, op. cit., p. 73.

de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²²

Na Teoria Pura do Direito, Kelsen desenvolveu uma teoria geral de direito que tentou responder às perguntas sobre o que o direito é e como ele é feito, não as questões de que o direito deveria ser ou como deveria ser feito. A tese positivista não afirma que o valor do direito é ininteligível, sem importância ou periférico, mas afirma eles não determinam a existência de leis ou sistemas jurídicos. Kelsen concentrou-se em questões analíticas e estruturais, colocando o direito e a norma jurídica como o objeto de cognição focal de sua ciência jurídica. Sua teoria pura foi nessa medida firmemente localizada dentro da tradição do positivismo jurídico. Como uma teoria geral, a Teoria Pura do Direito não tem como objetivo proporcionar interpretações específicas de determinadas normas jurídicas nacionais ou internacionais. Segundo Warat, a Teoria Pura do Direito “foi concebida como um sistema conceitual destinado a fornecer tanto as normas metodológicas para a adequada produção do saber dogmático do direito, como as categorias gerais desse modelo de conhecimento”,²³ tanto como epistemologia e dogmática geral. A Teoria Pura aspirava a generalidade e ao mesmo tempo implicitamente afirmava a universalidade de sua aplicação: ele pretendia dar conta da lei em todos os momentos e em todos os lugares.

Kelsen propõe uma abordagem diferente de análises sociológicas ou psicológicas da lei. A fim de separar a ciência jurídica de ciências sociais, Kelsen afirma que se deve analisar a natureza essencial do direito, sem qualquer referência à obediência dos cidadãos à lei ou aos determinantes psicológicos das ações humanas. A abordagem de Kelsen não permite inferir que existam normas legais a partir de observações de padrões de seguir regras ou a partir de estudos psicológicos de como os cidadãos ou burocratas se comportam diante da lei.

A separação dos “elementos que lhes são estranhos” é realizada pela identificação daquilo que é próprio do direito, partindo do conceito mais amplo e geral para o particular. Kelsen procurou separar as esferas do moral do jurídico e rejeitou a visão de que o direito é parte da moral. O direito também foi diferenciado a partir da noção de justiça, entendida em três sentidos: como uma categoria moral, no sentido jurídico de conformidade com o direito positivo e como um valor absoluto. Kelsen concluiu que a

22 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 1.

23 WARAT, Luis Alberto. *A partir de Kelsen*. Seqüência. Florianópolis, v. 3, n. 5, 1982. p. 108.

justiça (no sentido de valor absoluto) é irracional e tautológica, pois não é dada à cognição, não é exprimível de modo objetivo. A Teoria Pura adota, assim, uma postura antiideológica, descrevendo o objeto como ele é, sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto. Neste sentido, a neutralidade axiológica a tornava “uma verdadeira ciência do Direito”.²⁴ Era uma ciência cognitiva: a “teoria do Direito radicalmente realista”.²⁵ Por meio da tese da normatividade, Kelsen procurou separar o mundo do direito do mundo de fato. Kelsen não negou que o direito é um fenômeno social, observável na sociedade, mas distinguiu a sua noção de ciência jurídica de sociologia jurídica que – na Teoria Pura do Direito e em outros lugares – ele retratou como uma ciência puramente causal, naturalística, por assim dizer. Kelsen estabeleceu um reino autônomo para a ciência jurídica, separada de uma variante particular da sociologia.

A separação entre as esferas da sociologia e do direito, entre o fato e a norma, dá-se em Kelsen a partir de um juízo de imputação, de dever-ser “se A é, deve ser B”. A norma estatui um dever-ser, uma prescrição cuja validade independe de a conduta prescrita verificar-se ou não na prática. Esse raciocínio difere das ciências naturais, que seguem juízo de causalidade, expresso pela fórmula “se A é, é B”. Essas categorias faziam parte do neokantismo de sua época. A consciência humana, segundo essa concepção, ou vê as coisas como elas são (esta cadeira é de madeira) ou como elas devem ser (esta cadeira deve ser de madeira). Normas são prescrições de dever-ser, conferindo ao comportamento humano um sentido prescritivo.

Enquanto prescrição, “a norma é o produto de um ato de vontade que proíbe, obriga ou permite um comportamento”.²⁶ Embora produzida por um ato de vontade, a norma não se confunde com ele nem tem sua existência dele dependente: “sua ‘existência’ específica é sua validade”.²⁷ A razão essencial da validade se localiza na competência normativa do autor, competência esta conferida por outra norma e assim por diante, até uma norma hipotética fundamental que encontra seu fundamento nela própria (autorreferenciada). Kelsen²⁸ exemplifica esse processo com a obediência aos princípios religiosos: – Não devo matar. – Por quê? – Por que devo obedecer ao mandamento. – Por quê? – Porque devo obedecer a Deus. –

24 KELSEN, op. cit., p. 75.

25 Ibid, p. 75.

26 FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, *um divisor de águas 1881-1981*. Sequência, Florianópolis, v. 2, n. 4, p. 133-138, 1981. p. 135.

27 Ibid., p. 136.

28 KELSEN, op. cit.

Por quê? – Porque sim. Esse “porque sim” indica que obedecer a Deus é uma norma autorreferenciada que funda todas as demais. No direito, a norma fundamental, o “porque sim”, decorreria de uma eficácia geral do ordenamento jurídico. Desse modo, Kelsen torna a ciência jurídica uma ciência pura de normas, que as investiga como entidades a serem analisadas no seu encadeamento hierárquico. Cada norma vale “não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental”.²⁹

A ideia de uma norma fundamental está ligada diretamente a uma concepção de estado como único produtor legítimo de normas. Essa formulação é compatível com o conceito de Weber³⁰ de estado moderno: a comunidade humana que reivindica com sucesso o monopólio da violência física legítima em um território; uma associação compulsória que organiza a dominação. A Teoria Pura não faz referência a Weber, como em geral não faz referência ao pensamento de outros autores, mas Kelsen conhecia a sua obra, tanto assim que referiu-o em sua opção de tratamento puramente formal das proposições jurídicas.³¹ Essa concepção de estado revela uma das limitações da Teoria Pura e que explica em boa parte os problemas para descrever o direito internacional a partir dela, algo que Kelsen empreendeu na Teoria Geral do Direito e do Estado e no Princípios de Direito Internacional.

A formulação do dever-ser é ainda análoga ao is-ought problem (ou Navalha de Hume), como articulado por David Hume, que propôs que há uma diferença significativa entre enunciados descritivos (o que é) e enunciados prescritivos ou normativos (sobre o que deveria ser), e que não é óbvio que se possa mover de forma coerente de afirmações descritivas para prescritivas.³² Se em Hume a formulação tem implicações no campo da moral e da limitação do raciocínio indutivo, por exemplo, em Kelsen ela se traduz na impossibilidade de deduzir fatos a partir de normas e vice-versa.

Essa conclusão expõe uma inconsistência na Teoria Pura, de fundar o ordenamento sobre um fato (a sua eficácia geral), o que também não deixa

29 FERRAZ JR., op. cit., p. 136.

30 WEBER, Max. *Ciência e política*: duas vocações. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

31 TOFFOLI, José Antonio Dias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (estudo introdutório para a edição brasileira da “Autobiografia” de Hans Kelsen). In: KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

32 HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. [s. l.]: Project Gutenberg, 2010. Ebook. Revisado em 2012.

de implicar que o direito se funda na força, ao menos do grupo humano que reivindicou com sucesso o monopólio da violência física legítima. Do ponto de vista da coerência interna da teoria, essa pressuposição é desnecessária. Isso, todavia, desafiaria o problema da coerência externa e como ancorá-la para que ela efetivamente descrevesse a realidade e não um fosse um esquema puramente abstrato. Esse dilema é exposto por Kelsen ao tratar do bando de salteadores: uma organização criminosa, quando propõe e aplica um código de condutas, produz direito? A saída encontrada por ele está no monopólio da força do estado. O bando de salteadores não produz direito porque suas normas não derivam das normas postas pelo estado, que não reconhece essa faculdade e que pode se fazer valer pela coerção em última instância. Perceba-se que não são feitas referências a valores, como bem comum, como fundamento. O como as coisas são, o estado em sua objetividade, também implica não justificá-lo em valores éticos. Sua prevalência não decorre de sua superioridade moral, como, por exemplo, em Hegel,³³ que o define como a máxima realização da ideia moral.

O pressuposto de monopólio normativo da teoria kelseniana revela uma limitação em seu aspecto descritivo (âmbito do ser) que a qualificaria como um direito da normalidade institucional, ou seja, um direito de uma sociedade em que o estado não encontra rival como associação que organiza a dominação, voltando ao conceito de Weber. A implicação mais evidente está nos momentos de exceção, como nas revoluções, guerras de independência ou desagregação institucional, mesmo que não haja organização que busque substituir o estado, como no caso das guerras: como cobrar uma dívida se os tribunais ou não existem mais ou não conseguem fazer valer suas decisões? No que restou da polícia? Com a ajuda dos vizinhos ou do que restou da associação de moradores? Nessas situações não há direito?

Outra implicação diz respeito à relação de como se compreende a relação entre estado e sociedade. Estado algum é capaz de controlar todos os aspectos da sociedade, mesmo os totalitários, mas existe essa pretensão quando há monopólio da produção normativa, mesmo nos democráticos. O interessante é perceber que Kelsen³⁴ não tinha em mente estados totalitários ao desenvolver sua teoria, mas buscava uma solução para o direito do Império Austro-húngaro, um estado plural, ao menos se comparado com os congêneres europeus da época. Teorias institucionalistas, como a de Santi Romano, propõem que a fonte do direito não está no estado, mas

33 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

34 KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

na sociedade.³⁵ Esta operaria a partir de referenciais próprios e organiza-se espontaneamente em instituições, comunidades que estruturam a convivência social por meio de normas criadas nos seus seios. O estado seria uma das instituições, mas certamente não a única, e haveria tantos direitos quantas instituições houvesse. Essa concepção explica mais facilmente a pluralidade nas sociedades, como a internacional, e, em boa medida, a cobrança de uma dívida onde não existem mais tribunais. Por outro lado, afirma a juridicidade do bando de salteadores, a menos que se recorra a elementos éticos para caracterizar as instituições (algo que, Santi Romano, por exemplo, não fez), o que implicaria um retorno a concepções jusnaturalistas.

Pelas considerações acima, há um obstáculo conceitual à existência de elementos de história do direito na Teoria Pura senão como originada de sua incoerência interna. O que se deve explorar, todavia, é a abertura que a pureza metodológica tem à história não como equívoco, mas como parte do método. É isso que será feito a seguir.

3 O COSTUME: HISTÓRIA DO DIREITO NA TEORIA PURA DO DIREITO?

Os lugares mais óbvios para uma abertura para a história na Teoria Pura está naquilo de mais “real”, não nas operações lógico-formais de derivação que caracterizariam o ordenamento jurídico ou nos juízos de dever-ser, mas onde a teoria se ancora na realidade. O primeiro deles diz respeito ao costume jurídico. O segundo, à aplicação das normas.

Kelsen³⁶ conceitua costume da seguinte forma:

uma linha de conduta de observância generalizada, durante a qual os indivíduos atuantes não têm o propósito consciente de criar Direito; mas eles devem considerar seus atos como estando em conformidade com uma norma obrigatória e não como uma questão de escolha arbitrária.

Kelsen³⁷ não o diferencia da norma passada pelo parlamento em substância. As duas situações são qualificadas como norma positiva:

o sentido subjetivo dos atos constitutivos do costume apenas pode ser interpretado como norma objetivamente válida se o costume é assumido

35 ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: FUNJAB, 2008.

36 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 167.

37 Id., 1998b, 1999.

como fato produtor de normas por uma norma superior. Visto o fato do costume ser constituído por atos de conduta humana, também as normas produzidas pelo costume são estabelecidas por atos de conduta humana e, portanto, normas postas, isto é, normas positivas, tal como as normas que são o sentido subjetivo de atos legislativos. Através do costume tanto podem ser produzidas normas morais como normas jurídicas. As normas jurídicas são normas produzidas pelo costume se a Constituição da comunidade assume o costume - um costume qualificado - como fato criador de Direito.³⁸

O sentido de Constituição a que alude Kelsen no contexto de sua teoria: “a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais”,³⁹ produzida por via consuetudinária ou por ato individual coletivo dirigido a esse fim.⁴⁰ A norma consuetudinária está no escalão imediatamente inferior à Constituição, pois dela deriva imediatamente. O sentido de dever-ser surge de uma norma constitucional com a formulação devemos nos conduzir conforme o costume. Essa norma pode inclusive ter sido criada pelo costume.

Segundo Kelsen,⁴¹ o costume para que se torne norma jurídica deve ser reconhecido como tal por um ato de vontade – este o sentido de direito positivo, posto – individual ou coletivo. Não há diferença substancial entre a norma costumeira e a promulgada pelo parlamento, pois ambas decorrem de um ato de vontade, apenas havendo diferença de fonte legiferante. A ideia de que a norma consuetudinária seja produto de um ato de vontade somente pode ser compreendida nos termos do devemos nos conduzir conforme o costume, pois é do processo de formação do costume a indeterminação quanto aos sujeitos ou ao momento de sua criação. Do ponto de vista histórico, esse fato pode ser item de investigação, mas, do ponto de vista jurídico, o resultado é indiferente, pois a existência específica do costume

38 KELSEN, op. cit., 1999, p. 7.

39 Ibid., p. 155.

40 Kelsen (1999) diferencia Constituição em sentido material, o sentido aqui apresentado, de Constituição formal, “um documento designado como ‘Constituição’ que - como Constituição escrita - não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.”

41 Ibid., 1998b, 1999.

como norma independe de quando, por que o costume existe ou qual seu germe, mas apenas de se no dado momento há o reconhecimento de sua obrigatoriedade por um ato de vontade do estado (ainda que esse mesmo ato seja consuetudinário).

Kelsen nega o caráter declaratório do costume, conforme proposto por Savigny e pela escola histórica alemã, segundo o qual o costume é expressão do direito e não sua causa. Nessa concepção, o direito não é produzido nem pela legislação nem pelo costume, mas pelo espírito do povo (*Volksggeist*); a função do direito positivo é antes a de reconhecê-lo, deduzindo as normas positivas a partir dele. Uma das implicações desta visão é o condicionamento da validade das normas positivas à conformidade com o espírito do povo e que o conteúdo da lei não pode ser determinado senão por referência a princípios morais. Kelsen⁴² avalia essa concepção como jusnaturalista ao atribuir a criação do direito a uma entidade imaginária. Essa concepção seria mistificadora, na medida em que retira da criação do direito o conteúdo de poder (ato de vontade), naturalizando o discurso. Essa noção leva ao costume como constitutivo do valor de justiça.⁴³

No mais, por serem norma positiva, direito estatuído e consuetudinário revogam-se mutuamente conforme o *lex posterior*. O mesmo se diz da desuetude como fator de revogação de norma positiva. Essas questões são resolvidas conforme as prescrições da Constituição em sentido material como decorrência de sua própria definição. A formulação é flexível o suficiente para dar ao costume maior ou menor relevância como fonte de normas a depender da organização de dada sociedade.

Uma das dificuldades do direito consuetudinário reside na dificuldade da certificação de sua validade – verificar a sua criação constitucional, “a existência específica da normas”⁴⁴ – pelo órgão aplicador do direito, em comparação com o direito estatuído, geralmente publicado em jornal oficial. Essa dificuldade, todavia, segundo Kelsen, não implica diferença de um e de outro em sua substância, pois nos dois casos preexiste uma norma jurídica geral ao ato de aplicação do direito, que tem eficácia retroativa: “o fato é havido como já posto no momento determinado pelo órgão aplicador do Direito e não como apenas posto no momento dessa averiguação”.⁴⁵

42 KELSEN, op. cit., 1999.

43 KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

44 *Ibid.*, 1998b, p. 43.

45 KELSEN, op. cit., 1999, p. 159.

E só. Kelsen não elabora o como averiguar a existência de uma norma consuetudinária, na Teoria Pura ou na Teoria Geral. Igualmente não explica o motivo pelo qual deixou de fazê-lo. É possível inferir, entretanto, que a proposta de pureza metodológica tenha imposto esse limite ao jurista. Essa frustração se sente também na leitura do Cap. 8 da Teoria Pura, quando trata da interpretação e propõe a célebre analogia da ciência do direito como moldura. A ciência do direito, segundo o raciocínio de Kelsen, não é capaz de resolver sozinha um único problema de direito, pois precisa do apoio da ciência da linguagem para que se conheça o sentido exato dos termos da norma (Kelsen estava no campo da semântica, não da pragmática).

Surgiram ao longo do século XX outras concepções de ciência que questionaram alguns dos pressupostos da concepção positivista, como a separação de sujeito e objeto, a neutralidade do cientista, especialmente nas ciências sociais. Para o que nos interessa aqui, talvez a questão mais importante seja outro desses pressupostos, a proposta cartesiana de análise e síntese: dividir-se o problema em outros menores, de compreensão mais simples, até que, solucionados estes, chegue-se à solução do problema maior. A metódica da interpretação (o literal, o histórico, o teleológico, etc.) parte desse pressuposto. Kelsen parece dar ao problema da interpretação uma resposta coerente com sua proposta de pureza metodológica: a ciência jurídica, como sendo uma ciência da linguagem, não é capaz de resolver esse problema antes de a própria linguística estabelecer um método racional de interpretação. Do ponto de vista da ciência jurídica, por outro lado, mesmo que a ciência da linguagem não esteja plenamente desenvolvida – e nem venha a ser, ao menos em uma concepção de ciência como acúmulo de conhecimento –, mais importante que o ato de conhecimento é o ato de vontade que constitui a norma (no caso, a norma positiva individual criada pelo juiz). Se esta norma for produzida conforme a previsão constitucional, ela é norma válida.

Aplicado o mesmo raciocínio ao costume, na certificação da norma costumeira, ainda que não se tenha um método suficientemente desenvolvido que estabeleça o ato de conhecimento, prevalecerá o ato de vontade que reconhece – ou não – a norma consuetudinária como válida. Nesse sentido, ao menos quando se averigua o costume, parece não haver trinca no vaso de porcelana; a proposta de pureza metodológica foi coerente com o tratamento da matéria.

Há abertura para a história do direito, por outro lado, enquanto ciência autônoma, operando por método próprio. Parece pouco, mas já se considera algo novo. O fato de a Teoria Pura ignorar a história do

direito não implica negá-la com método, mas antes afirma sua autonomia epistemológica.

O objetivo do estudo histórico é limitado, todavia, pela implicação jurídica. Se a ciência do direito se ocupa de normas, são essas que o historiador do direito deve entregar ao jurista. Nessa acepção, o objeto da história do direito – talvez história para o direito – é a pesquisa da existência das normas (consuetudinárias, no âmbito desta pesquisa), do ato de vontade que lhe deu existência e do seu enunciado. O método para tanto será o da historiografia jurídica.

Uma última observação quanto à historiografia aplicada à norma consuetudinária. A proximidade dos fatos no tempo talvez diminua a importância de algumas das advertências feitas por Hespanha e Costa no que tange aos textos, pois as mesmas categorias jurídicas provavelmente orientam tanto os textos hodiernos como os históricos que se analisam. Os processos de seleção de significados devem ser investigados nesse caminho. Nas situações em que o costume seja antigo, pode haver mudanças de significado que devam ser tomadas em consideração, mas os significados, para efeito da aplicação da norma, são aqueles vigentes no momento dos fatos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O risco que se corre hoje é o do ecletismo metodológico, capaz de produzir resultados incoerentes ou inconsistentes, a pretexto de serem científicos. Se a pureza metodológica revela limitações como proposta epistemológica, a autocontenção que ela determina ao jurista com respeito ao método pode ser compreendida como abertura, e não como fechamento: abertura a outros campos da ciência. Essa observação é feita não com base no conceito atual de ciência, mas no conceito empregado por Kelsen. Ao historiador do direito caberia partir de onde parou o jurista. É bem verdade que esse tipo de raciocínio parece artificial, na medida em que qualquer problema de direito precisaria de um sem número de profissionais. Em verdade, é mesmo, pois do que se trata aqui não é de profissões, mas de métodos. O método da ciência jurídica seguido do método da historiografia do direito. O nome para isso é rigor científico.

Não é necessário refutar a Teoria Pura para haver uma história do direito que seja compatível com ela. No campo do costume, o caminho ao menos está aberto.

REFERÊNCIAS

- COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Hans Kelsen, um divisor de águas 1881-1981. *Sequência*, Florianópolis, v. 2, n. 4, p. 133-138, 1981.
- GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milénio*. Lisboa: Almedina, 2015. E-book.
- HUME, David. *A Treatise of Human Nature*. [s. l.]: Project Gutenberg, 2010. Ebook. Revisado em 2012.
- KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- _____. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KUHN, Tomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- ROMANO, Santi. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: FUNJAB, 2008.
- TOFFOLI, José Antonio Dias; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Hans Kelsen, o jurista e suas circunstâncias (estudo introdutório para a edição brasileira da “Autobiografia” de Hans Kelsen). In KELSEN, Hans. *Autobiografia*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.
- WARAT, Luis Alberto. A partir de Kelsen. *Sequência*. Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 107-115, 1982.
- WEBER, Max. *Ciência e política: duas vocações*. 15. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.

RECEBIDO EM: 18/10/2015

APROVADO EM: 05/05/2016

O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

*THE PRINCIPLE OF THE ECONOMIC AND FINANCIAL BALANCE IN
THE SOCIAL SECURITY GENERAL SYSTEM*

Luciano Palhano Guedes

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra

Especialização em Direito Previdenciário pela UNIDERP

Procurador Federal - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 Direito à Previdência Social: um panorama; 1.1 Conceito e características; 1.2 Fundamentalidade do Direito à Previdência Social; 1.3 O modelo brasileiro; 2 O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial; 2.1 O equilíbrio financeiro e atuarial na Constituição; 2.2 Conceito; 2.3 Reserva do Possível; 2.4 Equilíbrio atuarial e princípio da solidariedade; 2.5 Eficácia Jurídica do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial; 2.6 O

equilíbrio financeiro e atuarial como garantia da confiabilidade do sistema previdenciário; 3 Déficit da Previdência; 3.1 Déficit da Previdência: visões constitucionalista; pragmática e fiscalista; 3.2 O problema da previdência rural; 3.3 Da diminuição da proteção como *ultima ratio*; 3.4 Conteúdo essencial do direito à previdência social como limite da reforma; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo pretende analisar o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social. Para tanto, buscou-se analisar o conceito de equilíbrio financeiro e atuarial, sua inserção no texto constitucional e a sua relação com a ideia de reserva do possível e com o princípio da solidariedade. Por fim, discute-se a problemática do déficit da previdência, com indicação de diversas opiniões acerca da matéria, com destaque para a questão da Previdência Rural, tida como causa maior do desequilíbrio das contas da previdência. Concluiu-se pela legitimidade de reformas que reduzam a proteção previdenciária, desde que não haja outras alternativas e seja respeitado o conteúdo essencial do direito à previdência social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Previdência Social. Regime Geral. Equilíbrio Financeiro. Equilíbrio Atuarial. Reserva do Possível. Déficit.

ABSTRACT: This article analyzes the principle of financial and actuarial balance of the General System of Social Security. To this end, it sought to analyze the concept of financial and actuarial balance, its inclusion in the Constitution and its relation with the idea of proviso of the possible and the principle of solidarity. Finally, it discusses the problem of the social security deficit, indicating different opinions on the matter, highlighting the issue of Rural Welfare, considered the major cause of imbalances in the pension accounts. It concludes for the legitimacy of reforms that reduce the social security protection, as long as there is no other alternative and respecting the essence of the right to social security.

KEYWORDS: Law. Social Security. General System. Financial Balance. Actuarial Balance. Proviso of the Possible. Deficit.

INTRODUÇÃO

A previdência social é uma das políticas públicas mais importantes para o país. Além da função conhecida de proteger o segurado e seus dependentes diante da ocorrência de determinados eventos indesejados e de ampará-lo na velhice, a previdência ainda tem uma função de redistribuição de riquezas e de desenvolvimento econômico. Sabe-se de cidades do interior cuja economia inteira está fundada no pagamento dos benefícios previdenciários.

Também não é desconhecido que a previdência apresenta déficits mensais bilionários. Esta, no entanto, não foi uma opção do constituinte, que incluiu expressamente o equilíbrio financeiro e atuarial como um dos princípios constitucionais previdenciários. A necessidade de reformas que garantam a viabilidade econômica do regime é levantada todos os dias pelo governo, mídia e especialistas da área.

A partir daí se constrói a proposta do presente trabalho. Tentar estabelecer parâmetros para que seja alcançado um equilíbrio das contas da previdência sem que o direito à previdência social se torne mera retórica.

O artigo será iniciado com uma definição de previdência social e a indicação de suas características. A seguir, abordar-se-á a fundamentalidade do direito à previdência. O item dois será concluído com uma análise dos modelos de organização do sistema previdenciário, com destaque para a opção brasileira.

No item três, será estudado o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, partindo de seu extrato constitucional e conceito, passando por sua relação com a noção de reserva do possível e com o princípio da solidariedade. Tentar-se-á identificar os efeitos jurídicos do princípio e seu papel como garantia de confiabilidade do sistema previdenciário.

O déficit da previdência será objeto do ponto quatro. Primeiramente, serão apontadas as principais teorias acerca do déficit e o impacto que a previdência rural tem sobre as contas da previdência. Será sustentado que a diminuição da proteção social só deve ser feita em último caso, após esgotadas outras medidas de racionalização do sistema. Por fim, haverá uma tentativa de identificar o núcleo duro do direito à previdência social que não pode ser atacado nem mesmo em razão da necessidade de adequação das contas.

1 DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL: UM PANORAMA

1.1 Conceito e Características

A previdência social pode ser definida como um seguro social, de caráter compulsório e contributivo, financiado pelos trabalhadores e pela sociedade, cujo objetivo é fornecer a segurados e dependentes os meios indispensáveis à sua subsistência quando estes estiverem sujeitos a condições que tornem inviável ou desaconselhável o sustento pelo trabalho.¹

Quando se afirma que a previdência social tem caráter compulsório, quer-se dizer que a vinculação ao regime se dá, em regra, independentemente da manifestação de vontade do segurado. Tendo o regime previdenciário natureza institucional, cabe à lei definir a forma de filiação. No caso do regime geral de previdência social (RGPS), o rol de segurados obrigatórios está descrito no artigo 11 da Lei nº 8.213/91 e pode-se afirmar, grosso modo, que o ingresso no regime acontece pelo simples exercício de atividade remunerada (com vínculo empregatício ou não)². Ou seja, basta que o indivíduo esteja enquadrado em uma das situações descritas na legislação previdenciária para que ele esteja submetido ao regime jurídico previdenciário.

A contributividade, por sua vez, decorre da própria forma securitária, e torna obrigatória a participação do próprio segurado no custeio do sistema, o que se faz por meio das contribuições previdenciárias. Em regra, o recolhimento fica sob responsabilidade do empregador ou tomador de serviços, de modo a garantir que a participação do trabalhador efetivamente chegue aos cofres da previdência, mas também pode ficar a cargo do próprio segurado³. Sem a técnica da substituição tributária seria materialmente impossível fiscalizar o cumprimento desta obrigação por cada um dos milhões de trabalhadores.

Segundo Daniel Machado da Rocha, a compulsoriedade e a contributividade são as únicas maneiras de tornar viável este gigantesco seguro social. Segundo ele, mesmo os Estados Unidos, único país que seria capaz de generalizar o seguro sob um regime privado, não

1 ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 9. ed. revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

2 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 145.

3 Vide artigo 30 da Lei nº 8.212/91.

ofereceu resistência à implantação de seguros obrigatórios após a grande crise de 1929⁴.

Preenchendo os requisitos, terá o segurado um direito público subjetivo àquela prestação previdenciária, que poderá ser exercido por meio da simples manifestação de vontade (requerimento administrativo). Na lição de Wladimir Novaes Martins: “*Quando o Estado interveio na órbita privada e expropriou o indivíduo, administrando sua poupança, obrigando-o à filiação e à contribuição, fez nascer o direito subjetivo às prestações.*”⁵

1.2 Fundamentalidade do Direito à Previdência Social

Quando se fala na fundamentalidade formal de um direito, fala-se na sua inclusão na carta de direitos da Constituição de determinado país. Neste sentido pode-se afirmar que o direito brasileiro reconheceu a fundamentalidade do direito à previdência social ao incluí-lo expressamente no rol de direitos sociais do artigo 6º. Também incluiu entre os diversos direitos trabalhistas elencados no artigo 7º alguns que só podem ser concretizados por meio de prestações de natureza tipicamente previdenciária, como o seguro contra acidentes de trabalho e a aposentadoria.

No âmbito do direito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos previu o direito à previdência de forma bastante genérica. Posteriormente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais previu o direito à proteção social como um direito humano. No âmbito da OIT, a Convenção nº 102 trata da norma mínima de proteção social, estabelecendo prestações obrigatórias como auxílio-doença, prestações por desemprego e aposentadoria por velhice.

A fundamentalidade material do direito à Previdência Social, por sua vez, decorre de sua estreita vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecida pela doutrina previdenciária. Como visto, a previdência se destina a proteger as pessoas contra situações de contingência, garantindo a manutenção em um nível existencial minimamente adequado.

A doutrina tem obrado esforços na construção de um conteúdo essencial do direito à previdência social. Por conteúdo essencial se entende o núcleo do direito social, aquela configuração mínima cuja exigibilidade

4 ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p 152.

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 781.

independe de regulamentação infraconstitucional e, portanto, não pode ser recusada sob o fundamento da ausência de recursos.

Marcelo Leonardo Tavares, por exemplo, vincula a previdência social mínima aos valores da liberdade e igualdade. O autor faz distinção entre previdência mínima e previdência máxima. Esta teria por objetivo proporcionar conforto e elevado padrão de vida, devendo ser implementada na medida do possível e das possibilidades econômicas. Na previdência mínima, por sua vez, “*as prestações, na garantia da dignidade humana, são consideradas como ‘rede de proteção’, destinadas a impedir que os indivíduos ‘caiam’ abaixo do patamar mínimo da existência digna e passem privações materiais*”.⁶

Ricardo Lobo Torres, por sua vez, reconhece a fundamentalidade do direito à previdência enquanto garantidor do mínimo existencial, afirmando que o Estado só está obrigado a garanti-lo em sua expressão mínima, como contrapartida de prestações tributárias. Expressão desta garantia mínima seria a impossibilidade de o benefício ter valor inferior ao salário mínimo⁷.

Fábio Zambitte Ibrahim afirma ser a previdência social, em sua dimensão objetiva uma garantia institucional, e enquanto tal é que se deve reconhecer a sua jusfundamentalidade. Segundo o autor, isto implica no reconhecimento da possibilidade de alteração do rol de prestações, com redução ou exclusão de algumas delas, desde que o conjunto ainda seja capaz de assegurar uma vida digna⁸.

Não se pode, no entanto, reduzir o âmbito da proteção previdenciária de tal forma que ela se torne um equivalente contributivo da assistência social. A assistência, também ramo da atividade de seguridade social, é orientada pelos princípios da necessidade e gratuidade, ou seja, deve-se garantir proteção assistencial de forma gratuita a quem dela necessite. De forma semelhante à previdência, destina-se a garantir mínimos sociais, resgatando pessoas da situação de miserabilidade. A previdência, no entanto, por exigir participação financeira dos segurados, exige um

6 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 86/89.

7 TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 257/258.

8 IBRAHIM, Fábio Zambitte. A Previdência Social como Direito Fundamental. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Org. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1062.

âmbito de proteção mais alargado. A questão será melhor desenvolvida no item quatro.

1.3 O Modelo Brasileiro

Existem diversos modelos de organização do sistema previdenciário ao redor do mundo, que podem ser classificados em: repartição simples, regime de capitalização, sistema misto e capitalização estrutural. Os dois últimos são variações ou combinações dos dois primeiros.

Pelo sistema de repartição simples, as contribuições feitas por trabalhadores e empresas são utilizadas para pagamento dos benefícios em manutenção. Os atuais contribuintes terão seus benefícios pagos pela geração vindoura⁹.

O modelo de capitalização nada mais é que uma espécie poupança individual. Através da contribuição para uma conta individualizada, o segurado constituirá as reservas para o custeio de seu próprio benefício, recebendo o montante acumulado acrescido dos ganhos de capital¹⁰.

O sistema misto conjuga os dois modelos anteriores e funda-se na ideia de múltipla proteção. Funda-se em três pilares: a) um pilar obrigatório, com função redistributiva, financiado por impostos e com pagamento de benefícios não vinculados à remuneração (modelo universalista) ou proporcionais à remuneração e com um teto baixo (modelo laborista); b) um segundo pilar, facultativo ou obrigatório de poupança, não-redistributivo, baseado na solidariedade de grupo (empregados de uma determinada empresa ou categoria profissional, por exemplo) e, em regra, capitalizado (previdência em modalidade coletiva); c) um pilar voluntário, individual, financiado por capitalização, caso o indivíduo deseja mais proteção quando da aposentadoria¹¹.

Finalmente, o sistema de capitalização escritural. A geração na ativa continua financiando os inativos, mas o valor dos benefícios é calculado com base nas contribuições vertidas pelo próprio indivíduo, capitalizada por uma taxa de juros fictícia, ocorrendo uma cumulação meramente contábil. Quando o segurado passa para a inatividade, o

9 ROCHA, op. cit., p. 159.

10 Ibidem, p. 159.

11 Ibidem, p. 160.

capital virtual é convertido em um benefício vitalício, considerada a expectativa de sobrevida geracional¹².

O RGPS adota o regime da repartição simples, mas as alterações promovidas pela Lei nº 9.876/99 incorporou alguns elementos do regime de capitalização escritural. Deste então, o cálculo dos benefícios é feito com base na média dos 80% maiores salários de contribuição apurados durante o período contributivo. Sobre o valor encontrado, denominado salário de benefício, aplica-se a alíquota correspondente à prestação devida. No caso da aposentadoria por tempo de contribuição, incidirá ainda o fator previdenciário, uma fórmula atuarial cujo fundamento é o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e que leva em consideração a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do aposentado.

2 O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL

2.1 O Equilíbrio Financeiro e Atuarial na Constituição

Talvez em nenhum outro ramo da atividade estatal se observe uma discussão tão ampla acerca da necessidade de equilíbrio entre os recursos arrecadados e aqueles utilizados para o custeio de benefícios e serviços. A preocupação do constituinte com o equilíbrio das contas da Previdência Social ficou bastante evidente, considerada a quantidade de disposições constitucionais relacionadas à questão.

Em primeiro lugar, o artigo 194, que contém princípios aplicáveis a toda a seguridade social. O inciso V estabeleceu a necessidade de diversificação da base de financiamento, o que se concretiza com previsão de dispersão da obrigação de financiamento sobre toda a sociedade (trabalhadores, empregadores, poder público etc.), conforme estabelecido no *caput* do artigo 195. É uma maneira eficiente de garantir que crises econômicas tenham impacto reduzido sobre o caixa da Previdência Social.

O parágrafo 4º do artigo 195 permitiu a instituição de outras contribuições sociais, a serem destinadas à manutenção ou expansão da seguridade social. O parágrafo 5º, por sua vez, estabelece que nenhum benefício ou serviço da seguridade social pode de criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

12 ROCHA, op. cit., p. 160.

O inciso XI do artigo 167 vinculou ao pagamento de benefícios da previdência social as contribuições sociais do trabalhador e demais segurados, bem como a do empregador, empresa ou entidade a ela equiparada a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Por fim, já no âmbito da própria previdência, a Emenda Constitucional nº 20/98, que incluiu expressamente no artigo 201 a determinação de observância de critérios que garantam o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS. Anote-se que a mesma emenda introduziu disposição semelhante também no artigo 40, que regula os regimes próprios de previdência social. Trata-se, assim, de princípio organizador de todo o sistema de previdência pública.

2.2 Conceito

Em que pese tenha sido positivado há quinze anos, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial recebeu pouca atenção da doutrina previdenciária. Chegou-se a afirmar que a inclusão do referido princípio no texto constitucional destinava-se a fundamentar juridicamente a redução dos direitos previdenciários.

Segundo Wladimir Novaes Martinez, o desejo do constituinte reformador é que a técnica protetiva detenha “*solvência e liquidez, as fontes de custeio diretamente proporcionalizadas as despesas operacionais, vale dizer, o buscado ponto de consenso e que, concomitantemente, ele seja financeiro e atuarial*”.¹³

As noções de equilíbrio financeiro e de equilíbrio atuarial não se confundem. Em um sistema de repartição simples, como o brasileiro, o equilíbrio fiscal se verifica quando as contribuições vertidas em um determinado período são suficientes para o pagamento total dos benefícios em manutenção.¹⁴ Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim:

Sucintamente, pode-se entender o equilíbrio financeiro como o saldo zero ou positivo do encontro entre receitas e despesas do sistema. Seria, pois, a manutenção do adequado funcionamento do sistema no momento atual e futuro, com o cumprimento de todas as obrigações

13 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2001. p. 92.

14 ROCHA, op. cit., p. 157.

pecuniárias, decorrentes de pagamentos de benefícios previdenciários. Para tanto, o administrador do sistema previdenciário deve preocupar-se com a garantia da arrecadação, evitando, de toda forma, flutuações danosas ao equilíbrio das contas.¹⁵

O equilíbrio atuarial, por sua vez:

“diz respeito à estabilização da massa, isto é, ao controle e prevenção de variações graves no perfil de clientela, como, por exemplo, grandes variações no universo de segurados ou amplas reduções de remuneração, as quais trazem desequilíbrio ou amplas reduções de remuneração, as quais trazem desequilíbrio ao sistema projetado. É um equilíbrio financeiro de longo prazo.”¹⁶

Para que o equilíbrio atuarial seja observado é preciso, com o perdão da redundância, que o regime de previdência observe critérios atuariais. Para tanto, é preciso que sejam desenvolvidos estudos técnicos que considerem características biométricas, demográficas e econômicas da população, a fim de que seja possível mensurar os recursos necessários para o pagamento dos benefícios¹⁷.

Daniel Machado da Rocha aponta um outro aspecto do equilíbrio atuarial, de caráter mais individualizante. Sob este prisma, haveria equilíbrio atuarial quando as contribuições de um indivíduo fossem suficientes para o pagamento dos seus próprios benefícios¹⁸.

Parte da doutrina aponta uma dupla feição para o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. Por um lado não se admite a instituição de novas contribuições sem que haja o correspondente aumento da proteção social. Por outro, não podem ser criados benefícios sem suporte técnico-financeiro, que venham a causar desequilíbrio da equação financeiro-atuarial¹⁹. Adotando-se tal ótica, tanto o déficit quanto o superávit seriam indesejáveis. Naquele caso, em razão de uma insuficiência de recursos para fazer frente às prestações previdenciárias. No caso do superávit, o

15 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Previdência Social no Estado Contemporâneo*. Niterói: Impetus, 2011. p. 171.

16 Ibidem. p. 171.

17 Informação extraída de: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/4_120423-164628-421.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2013, às 23:17h.

18 ROCHA, op. cit., p. 157.

19 HORVATH, Jr., Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 106/107.

Estado está retirando riqueza da sociedade sem oferecimento da justa contrapartida, protegendo menos do que seria possível.²⁰

2.3 Reserva do Possível

Para identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis, insuficientes para fazer frente a todas as necessidades e anseios dos indivíduos e da sociedade, cunhou-se a expressão “reserva do possível”. Esta traduz a existência de limites materiais à concretização dos direitos, a despeito da sua força normativa²¹. Ou seja, ainda que a Constituição ou a Lei garanta determinado direito, se não houver condições adequadas à sua concretização, o texto normativo será letra morta.

A determinação constitucional de equilíbrio financeiro e atuarial nada mais é do que um reconhecimento da existência de uma reserva do possível no âmbito da previdência social. Segundo Ibrahim, trata-se de uma “reserva do possível atuarial”²².

Para o previdenciário carioca, a reserva do possível assume um aspecto próprio no contexto previdenciário:

Pois além das clássicas acepções fática ou financeira (recursos efetivamente existentes) e jurídica (previsão em orçamento), deve-se aliar a percepção atuarial. Em um sistema equilibrado, o plano de benefícios deve ater-se rigorosamente ao plano de custeio, o qual carece de revisões periodicamente, com base nas premissas atuariais vigentes.²³

2.4 Equilíbrio Atuarial e Princípio da Solidariedade

Desde logo fica evidente que o equilíbrio atuarial não é um princípio absoluto, mas um ideal a ser perseguido e balanceado com um outro princípio que é fundante da ideia de seguridade social: a solidariedade. Se a noção de equilíbrio atuarial fosse levada às últimas consequências, o Brasil teria que adotar o regime de capitalização pura, que em última instância é o único que possui perfeita adequação entre o valor das contribuições e dos

²⁰ MARTINEZ, op. cit., p. 95.

²¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.

²² IBRAHIM, op. cit., 127.

²³ Ibidem. 127.

benefícios previdenciários. A rigor, a capitalização não é técnica adequada de previdência social, mas mera poupança privada, desvinculada da noção de solidariedade e, portanto, de seguro social.

A Constituição determinou, por exemplo, a cobertura de eventos como invalidez e reclusão, o que se realiza por meio da concessão de benefícios não-programados, de natureza claramente deficitária. O princípio da solidariedade justifica, ainda, algumas exceções à regra da contributividade, tal como a isenção de carência para benefícios como auxílio-acidente e pensão por morte, a desnecessidade de contribuição por parte dos trabalhadores em regime de agricultura familiar ou a desnecessidade de comprovação de recolhimento da contribuição por parte do segurado empregado.²⁴ Nestes casos, “*o estado de necessidade social determinará uma preponderância do princípio da proteção em face do equilíbrio financeiro e atuarial*”.²⁵

O princípio da solidariedade traz em si uma noção de justiça distributiva, uma ideia de responsabilidade de todos pelas carências e necessidades de qualquer indivíduo²⁶. O Estado distribui os efeitos econômicos das contingências sociais e econômicas entre a maior base possível de pessoas, efetivando um dever de auxílio mútuo diante das adversidades²⁷, concretizado por meio das prestações de seguridade social. Em outras palavras, “*significa a cotização de certas pessoas, com capacidade contributiva, em favor dos despossuídos*”.²⁸

2.5 Eficácia Jurídica do Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial

Segundo Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais possuem as seguintes modalidades de eficácia: positiva, interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso²⁹.

Para Barroso, por eficácia positiva se entende o reconhecimento, a quem seria beneficiado pelos efeitos da norma, do direito subjetivo a, esses efeitos, o que exige a sua definição precisa³⁰. Não é possível, todavia,

24 TAVARES, op. cit., p. 234.

25 ROCHA, op. cit., p. 157.

26 SERAU JR, Marco Aurélio. *Seguridade Social como Direito Fundamental Material*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 159.

27 HORVATH JR, op. cit., p. 83.

28 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 190/191.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 377.

30 *Ibidem*, p. 377.

identificar com precisão os efeitos do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, especialmente sobre o segurado individualmente considerado. Portanto, o princípio não possui eficácia positiva.

Por eficácia interpretativa se entende pela necessidade de que as normas inferiores sejam interpretadas de acordo com as superiores a que se vinculam³¹. Neste sentido, a legislação previdenciária ordinária precisa ser interpretada à luz dos princípios constitucionais previdenciários, dentre os quais o princípio do equilíbrio econômico-financeiro.

Exemplo da eficácia interpretativa do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial pode ser visto no julgamento do Recurso Extraordinário nº 583.834, da Relatoria do Ministro Ayres Britto, quando o Supremo Tribunal Federal fez a interpretação do artigo 29, §5º da Lei nº 8.213/91³², decidindo que o dispositivo em comento não autorizava a contagem de tempo em gozo de benefício por incapacidade para fins de tempo de contribuição. No voto do Ministro Luiz Fux, ficou consignada a incompatibilidade entre a contagem de tempo ficto e o princípio do equilíbrio:

[...] verifica-se ser uma verdadeira *contradictio in terminis* considerarmos tempo ficto de contribuição com a regra do caput do artigo 201 da Constituição Federal [...]. Fazer contagem de tempo ficto é totalmente incompatível com o equilíbrio financeiro e atuarial.³³

A eficácia negativa, por sua vez, autoriza que sejam declaradas inválidas as normas incompatíveis com os efeitos pretendidos pela norma³⁴. Pode-se afirmar, assim, que a instituição de determinada contribuição que vá provocar um superávit excessivo das contas previdenciárias ou a concessão de um novo benefício sem que haja previsão de fonte de custeio são inconstitucionais.

A vedação do retrocesso, por sua vez, possui estreita vinculação com os direitos fundamentais sociais, provocando a invalidação de

31 BARROSO, op. cit., p. 378.

32 Art. 29. [...] § 5º Se, no período básico de cálculo, o segurado tiver recebido benefícios por incapacidade, sua duração será contada, considerando-se como salário-de-contribuição, no período, o salário-de-benefício que serviu de base para o cálculo da renda mensal, reajustado nas mesmas épocas e bases dos benefícios em geral, não podendo ser inferior ao valor de 1 (um) salário mínimo.

33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE nº 583.834/SC. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 21/09/2011. Publicado em 14/02/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733101>>.

34 BARROSO, op. cit., p. 378/379.

normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais³⁵. Também não é possível atribuir este tipo de eficácia ao princípio do equilíbrio, já que, por si só, não é capaz de conceder ou ampliar direitos, funcionando mais como um instrumento de limitação da atividade estatal.

2.6 O equilíbrio financeiro e atuarial como garantia da confiabilidade do sistema previdenciário

O legislador brasileiro não costumava se preocupar com a equivalência entre os recursos destinados à previdência e aqueles necessários ao pagamento dos benefícios, o que causou problemas de insuficiência de recursos, tanto no âmbito do RGPS quanto na previdência complementar. Com a inclusão expressa do princípio no texto constitucional, não pode mais o legislador ordinário deixar de observar a necessidade de preservar o equilíbrio das contas previdenciárias.

A importância do equilíbrio financeiro e atuarial decorre, especialmente, do fato de ser a prestação previdenciária um direito público subjetivo do segurado. Tendo ele contribuído compulsoriamente para o custeio do sistema, não pode ter seu direito frustrado em razão de incapacidade financeira do Estado³⁶. No dizer de Martinez, “*o desequilíbrio econômico do plano ou regime compromete a sua execução, daí a necessidade de ser plantada providência basilar que obstaculize ou dificulte medidas inadequadas*”.³⁷

Anote-se que, em regra, a prestação previdenciária é requerida em momentos de vulnerabilidade do segurado ou dependente (velhice, incapacidade para o trabalho, morte do instituidor etc.), que buscará no Estado o cumprimento da promessa de proteção que justificava a perda de parte do salário. Tendo o indivíduo destinado percentual expressivo de sua renda para o custeio da previdência, por anos e anos, é um imperativo moral, e não apenas jurídico, que seja garantida a prestação previdenciária adequada. Frustrar esta expectativa em razão da ausência de recursos implicaria não só na violação do direito daquele segurado, mas na perda de confiança no sistema.

35 BARROSO, op. cit., p. 379.

36 IBRAHIM, op. cit., p. 73.

37 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2001. p. 92.

3 DÉFICIT DA PREVIDÊNCIA

3.1 Déficit da Previdência: Visões Constitucionalista, Pragmática e Fiscalista

De acordo com dados do governo federal, o déficit do RGPS, apenas para o mês de abril de 2013, foi de 6,8 bilhões de reais³⁸. Este valor decorre de um superávit da previdência urbana, no valor de 743 milhões de reais, e de um déficit de 6,9 bilhões de reais da previdência rural.

A existência do déficit previdenciário, no entanto, não é consenso entre juristas ou economistas. O DIEESE, em estudo denominado “A Previdência Social tem Déficit?”³⁹, identifica pelo menos três visões da questão.

A primeira delas é a visão constitucionalista. Para os adeptos desta linha, a previdência deve ser analisada como parte da seguridade social e, portanto, não se deve falar em (des)equilíbrio das contas da previdência, mas sim em superávit ou déficit da seguridade social como um todo. Sendo assim, seriam considerados créditos os valores arrecadados com todas as contribuições sociais e por despesas todo o custeio da seguridade social, excluídas as ações de saúde.

Data vênua, a visão constitucionalista ignora que, embora a previdência faça parte das ações de seguridade social, a Constituição Federal vinculou determinadas contribuições ao custeio dos benefícios previdenciários. Tal vinculação reflete uma decisão constitucional de que as prestações previdenciárias sejam custeadas com os recursos advindos das contribuições de trabalhadores e sobre a folha de salários.

Uma segunda visão é denominada “pragmática”. Os pragmáticos sustentam que devem ser desconsiderados do cálculo do déficit aqueles valores correspondentes às renúncias fiscais. Caberia à própria União arcar com os efeitos da renúncia, sem repassar para outros contribuintes os efeitos da decisão política.

De fato, as renúncias contributivas afetam as contas da previdência, mas buscam estimular o crescimento econômico. Espera-se que crescimento econômico gere aumento do número de empregos formais, incrementando

38 Extraído de: <<http://noticias.r7.com/economia/noticias/previdencia-confirma-deficit-de-r-6-18-bi-em-abril-20130606.html>>. Acesso em: 21 jun. 2013, às 11:32h.

39 DIEESE. *A Previdência Social tem Déficit?*. p. 3/7. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2007/notate52PrevidenciaDeficit.pdf>>.

a base de financiamento do RGPS. Espera-se, desta forma, que a renúncia seja compensada pelo aumento indireto da arrecadação.

Por fim, a visão fiscalista, assim denominada por ter fundamento na Lei de Responsabilidade Fiscal. O artigo 68 da lei em questão criou o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, destinado a prover recursos para pagamento dos benefícios do RGPS. De acordo com os fiscalistas, há déficit sempre que o valor das contribuições dos trabalhadores e sobre a folha de salários for inferior ao montante de benefícios previdenciários pagos.

Esta parece ser a visão mais adequada da questão. Como visto, houve uma opção constitucional pelo financiamento do RGPS por meio de contribuições sociais específicas, liberando os valores arrecadados por meio das demais contribuições para investimentos nos outros ramos da seguridade social (saúde e assistência).

Há quem sustente, no entanto, que o Estado também possui a obrigação de participar do custeio da previdência pública. Como verificado, a receita previdenciária decorre das contribuições feitas por trabalhadores e por empresas ou entes equiparados, devendo a União cobrir eventuais insuficiências. Esta insuficiência seria equivocadamente chamada de déficit previdenciário. A este respeito, transcreva-se trecho de estudo elaborado pela ANFIP:

Os partidários das reformas sempre esconderam da sociedade que o modelo previdenciário brasileiro havia sido criado numa lógica tripartite de financiamento. O que denominavam déficit era - e continua sendo - tão somente a diminuta parcela de recursos que caberia, naturalmente, ao Estado brasileiro contribuir. Como é, aliás, em todos os demais países que adotam esse modelo previdenciário.⁴⁰

3.2 O Problema da Previdência Rural

Além destas visões que podem ser denominadas macroscópicas, há o problema da previdência rural. Como visto, o déficit do RGPS decorre, quase exclusivamente, de benefícios concedidos aos trabalhadores do campo.

40 ANFIP. *Análise da Seguridade Social em 2012*. p. 89. Disponível em: <http://www.anfip.org.br/publicacoes/20130619071325_Analise-da-Seguridade-Social-2012_19-06-2013_Analise-Seguridade-2012-20130613-16h.pdf>.

Construída sobre uma base assistencial, a previdência rural é quase gratuita, sendo praticamente todos os benefícios concedidos independentemente de contribuição prévia, bastando a comprovação do exercício da atividade de agropecuária, extrativismo vegetal e pesca artesanal, em regime de economia familiar, pelo tempo necessário ao cumprimento da carência e a idade mínima para que seja concedido o benefício de aposentadoria, no valor de um salário mínimo⁴¹. Sustentam os estudiosos que, se houve uma opção por conceder benefícios não contributivos a trabalhadores rurais, que essa conta seja assumida não pela previdência social, mas pela assistência ou pelo orçamento geral.

Aparentemente assiste razão aos defensores do argumento acima. Mas, ao contrário do que ocorre na assistência, que independe de vinculação prévia e deve ser fornecida a quem dela necessite, a condição de segurado especial reconhece um vínculo com o RGPS a partir do trabalho, que em última instância é o vínculo que une quase todos os segurados ao sistema previdenciário. O benefício rural, para ser concedido, depende do preenchimento de todos os requisitos do benefício urbano, à exceção da contribuição.

Como visto, a contributividade é característica da previdência social, mas nada impede que em casos excepcionais, e sob orientação do princípio da solidariedade, determinados grupos sejam alcançados pela cobertura previdenciária mesmo que não haja contrapartida financeira. De acordo com dados oficiais do Ministério da Previdência Social de 2008, se não houvesse previdência rural, 39,4% dos aposentados estariam entre os 10% mais pobres⁴². A este respeito, cumpre transcrever lição da lavra de Marcelo Leonardo Tavares:

O valor da solidariedade gerenciada pelo Estado é um valor de real destaque neste sistema, baseado na repartição de receitas. Com isso (que é o que torna as prestações do Regime Geral vinculadas ao mínimo social, à dignidade da pessoa humana), os segurados não contribuem egoisticamente para a formação de um fundo próprio, e sim em benefício de todos. A previdência social básica do Brasil é um direito social de garantia da cidadania.⁴³

41 Vide art. 11, VII c/c art. 48 da Lei nº 8.213/91.

42 BRASIL. *Previdência Social. Reflexões e Desafios*. Brasília: MPS, 2009. p. 9.

43 TAVARES, op. cit., p. 235.

3.3 Da Diminuição da Proteção como Última Ratio

Enfrentados os argumentos mais comumente utilizados para afastar ou justificar o déficit da previdência, verifica-se que, inequivocamente, o RGPS não está observando o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial. Trata-se de uma situação de evidente inconstitucionalidade, que demanda reformas que garantam a saúde do sistema previdenciário.

As medidas a serem adotadas, no entanto, só em último caso devem implicar na redução da proteção previdenciária, devendo ser verificada, primeiramente, a possibilidade de ampliação da base de financiamento por meio de medidas de estímulo à formalização do trabalhador e, se necessário, pela revisão de renúncias contributivas ou mesmo pelo aumento das alíquotas das contribuições sociais.

A possibilidade de reduzir a proteção previdenciária não é pacífica no âmbito da doutrina. Marcus Orione Gonçalves Correa leciona:

O interesse público, defendido por uma instituição ligada à manutenção da previdência social, deve coincidir com a preservação do conceito constitucional de previdência social – já que é para este fim que esta instituição foi modelada. Assim, a ideia institucional, se presente, coincide com a manutenção de um sistema baseado na fidejussão, sem a quebra dos compromissos já assumidos, já que isto significa a própria preservação da ideia de previdência social. Pensar o contrário seria prestigiar a imprevidência social e, por consequência, a insegurança social, o que afastaria os desideratos constitucionais [...]. Afinal, não se faz previdência social com os olhos voltados para trás, mas sim para o futuro. A planificação para o futuro é da essência da ideia de previdência social – os erros do passado devem ser corrigidos e suas distorções punidas, mas certamente o direito previdenciário não é o instrumental adequado para que isto se dê.⁴⁴

O alerta trazido não pode ser desconsiderado. Alterações no regime previdenciário devem atentar para a confiança e expectativa depositada na instituição previdenciária, não sendo possível a redução da proteção previdenciária sem que antes tenham sido esgotadas outras medidas que possam garantir a vitalidade do regime. Todavia, impedir qualquer alteração do regime jurídico previdenciário implica em um engessamento que torna o regime incapaz de se adaptar a novas realidades, como o aumento da expectativa de vida.

44 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104/105.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar acerca da constitucionalidade de pontos das reformas previdenciárias, e valeu-se do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como elemento argumentativo para reconhecer a validade das alterações que reduziram a proteção previdenciária individual.

Tome-se por exemplo o tão conhecido fator previdenciário, já abordado anteriormente. Trata-se de uma fórmula que leva em consideração idade, tempo de contribuição e expectativa de sobrevida. O coeficiente encontrado é aplicado sobre a média dos 80% maiores salários de contribuição, implicando em regra, na redução do valor do salário de benefício da aposentadoria por tempo de contribuição.

O Supremo Tribunal Federal tem inúmeros julgados a respeito da questão, quase todos fundados na decisão proferida nos autos da ADI nº 2.111/DF, que reconheceu a constitucionalidade do fator. Veja-se trecho do voto da lavra do Ministro Sidney Sanches, relator do feito:

[...] Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no “caput” do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. [...] ⁴⁵

Verifica-se, assim, que o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, somado a uma desconstitucionalização dos critérios de cálculo dos benefícios, permitiu fossem promovidas alterações no regime previdenciário, ainda que com alguma redução no valor das prestações, respeitado o direito adquirido.

3.4 Conteúdo Essencial do Direito à Previdência Social como Limite da Reforma

Caso as soluções indicadas anteriormente sejam insuficientes para equilibrar as contas da previdência, estará justificada uma alteração ou redução da proteção previdenciária. Anote-se, mais uma vez, que restrição dos direitos previdenciários só estará legitimada caso nenhuma outra medida seja suficiente para garantir a saúde financeira do regime.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI nº 2111-7/DF*. Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento em 16/03/2000. Publicado em: 05/12/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347438>>.

Eventual reforma, no entanto, deverá se limitar àquelas prestações consideradas não-essenciais, ou seja, aquelas cuja redução ou extinção não venham a implicar numa redução de tal monta que torne o RGPS incapaz de atingir os objetivos para o qual foi criado.

A doença e a invalidez, por se tratarem de fatos contra os quais, via de regra, não é possível se proteger, devem ser cobertos pelo regime previdenciário público.

A proteção contra a morte e a reclusão só é essencial quando os dependentes do segurado falecido ou recluso não puderem buscar o sustento pelo seu próprio trabalho. Sendo assim, a pensão por morte e o auxílio-reclusão, em suas configurações mínimas, seriam concedidos apenas aos dependentes menores ou incapazes de exercer capacidade laborativa.

A proteção contra a idade avançada também constitui núcleo duro do sistema previdenciário. Após certa idade o exercício do trabalho se torna pesado e o acesso ao mercado de trabalho fica mais difícil. O tempo de contribuição não constitui risco ou necessidade social, razão pela qual seria legítima emenda constitucional que viesse a somar ao tempo de contribuição um requisito etário mínimo para concessão da aposentadoria.

A cobertura da maternidade por meio da previdência social constitui mera opção legislativa. Poderia o legislador optar por tratar a questão de outras maneiras, especialmente na seara trabalhista, reduzindo o tempo de licença-maternidade, reduzindo a carga horária da mãe, transferindo ao empregador a responsabilidade pelo pagamento dos salários ou incentivando as empresas a criar espaços que permitam à mãe levar o bebê ao trabalho. O legislador deverá realizar um juízo de conveniência e oportunidade no sentido de dar a maior efetividade possível à proteção da maternidade.

O mesmo raciocínio se aplica ao desemprego. A proteção do desemprego involuntário pode ser feita fora do âmbito da Previdência Social, por meio de normas trabalhistas que dificultem a despedida ou incrementem a proteção realizada por meio, por exemplo, do FGTS.

Além das prestações mínimas acima indicadas, integra o núcleo mínimo da proteção previdenciária a garantia de um benefício de valor mínimo e de reajuste periódicos que lhe assegurem o poder de compra. Isto não significa dizer que todos os benefícios concedidos devem sê-lo de forma integral, mas que deve ser garantido um padrão que, embora não necessariamente vá permitir ao indivíduo a manutenção do padrão de vida que tinha antes da ocorrência do sinistro social, permita ao menos que sua dignidade seja resguardada.

4 CONCLUSÃO

Como visto, o direito à previdência social é um direito fundamental. Enquanto direito de inequívoco caráter prestacional, demanda recursos que possam garantir o pagamento dos benefícios e a oferta de serviços previdenciários.

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial determina ao poder público a observância de critérios que promovam a saúde financeira e a confiabilidade do sistema previdenciário, como garantia do próprio segurado, que não se verá desamparado quando estiver em situação de vulnerabilidade social, especialmente depois de ter contribuído para o custeio do sistema por toda a vida.

Este princípio autoriza, em casos excepcionais e apenas quando esgotadas outras medidas tendentes à adequação do regime previdenciário, pontuais e específicas reformas que possam implicar na redução da proteção previdenciária, apenas no suficiente para reequilibrar o caixa da previdência.

Eventuais restrições não podem, no entanto, reduzir a proteção previdenciária de tal maneira que tornem o direito à previdência social letra morta. Deverá ser respeitado o núcleo duro da proteção social, com amparo integral, ao menos das situações de incapacidade e idade avançada.

REFERÊNCIAS

ANFIP. *Análise da Seguridade Social em 2012*. Disponível em: <[http://www.anfip.org.br/publicacoes/20130619071325_Analise-da-Seguridade-Social-2012_19-06-2013_Anlise-Seguridade-2012-20130613-16h.pdf](http://www.anfip.org.br/publicacoes/20130619071325_Analise-da-Seguridade-Social-2012_19-06-2013_Analise-Seguridade-2012-20130613-16h.pdf)>.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

BRASIL. *Previdência Social*. Reflexões e Desafios. Brasília: MPS, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI nº 2111-7/DF*. Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento em: 16/03/2000. Publicado em: 05/12/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347438>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *RE nº 583.834/SC*. Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento em 21/09/2011. Publicado em 14/02/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1733101>>.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 104/105.

DIEESE. *A Previdência Social tem Déficit?*. p. 3/7. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2007/notate52PrevidenciaDeficit.pdf>>.

HORVATH, Jr., Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A Previdência Social como Direito Fundamental. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Org. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Curso de Direito Previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2008.

_____. *Previdência Social no Estado Contemporâneo*. Niterói: Impetus, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

_____. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Ltr, 2001.

ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 9. ed. revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O Direito Fundamental à Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SERAU JR., Marco Aurélio. *Seguridade Social como Direito Fundamental Material*. Curitiba: Juruá, 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social – Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RECEBIDO EM: 25/02/2016

APROVADO EM: 10/06/2016

DIREITO, IMAGINÁRIO E JUSTIÇA: O DIREITO AUTOPOIÉTICO COMO MODELO JURÍDICO DA SOCIEDADE NA PÓS- MODERNIDADE (CAPITALISMO PÓS- INDUSTRIAL)

***RIGHT, IMAGINARY AND JUSTICE: AUTOPOIETIC RIGHT AS
A LEGAL MODEL OF SOCIETY IN POST-MODERNITY (POST-
INDUSTRIAL CAPITALISM)***

Luiz Rogério da Silva Damasceno

Mestrando em Direito pela UFC (Ordem Jurídica Constitucional)

Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB

Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Ceará - UFC

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Imaginário Social em Émile Durkheim: Fato Social, Consciência Coletiva e Solidariedade Social; 2 Da Solidariedade Orgânica à Solidariedade Mecânica e Reflexos nas Concepções de Direito e Justiça; 3 Autonomia do Direito: O Direito Autopoiético como Corolário das Solidariedade Orgânica nas Sociedades Pós-Industriais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo procurou estabelecer um paralelo entre a teoria sociológica de Émile Durkheim (1858-1917) e a teoria do direito como sistema social autopoietico de Nicklas Luhmann (1927-1998). A partir das noções fato social, consciência coletiva e solidariedade social procurou-se demonstrar que o modelo jurídico adotado por um grupo social varia em conformidade com o tipo de divisão social e de solidariedade vigente na sociedade. Ao fim, conclui que o direito das sociedades pós-modernas e altamente especializadas é o direito autopoietico tal como proposto na teoria luhmanniana.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Imaginário. Solidariedade Social. Durkheim. Luhmann. Direito Autopoietico.

ABSTRACT: This article sought to establish a parallel between the sociological theory of Emile Durkheim (1858-1917) and the theory of law as autopoietic social system of Nicklas Luhmann (1927-1998). From the notions social fact, collective consciousness and social solidarity sought to demonstrate that the legal form adopted by a social group varies according to the type of social division and effective solidarity in society. In the end, it concludes that the right of postmodern societies and highly specialized is the autopoietic law as proposed in luhmannian theory.

KEYWORDS: Right. Imaginary. Social Solidarity. Durkheim. Luhmann. Autopoietic Law.

INTRODUÇÃO

Neste artigo pretendeu-se traçar um paralelo entre a teoria sociológica de Émile Durkheim (1858-1917) e a teoria do direito como sistema social autopiético de Niklas Luhmann (1927-1998). A partir das noções fato social, consciência coletiva e solidariedade social procurou-se demonstrar que o modelo jurídico adotado por um grupo social varia em conformidade com o tipo de divisão social e de solidariedade vigente na sociedade.

Num primeiro momento, procurou-se discorrer acerca da teoria sociológica de Durkheim, tentando estabelecer a conexão que o referido sociólogo faz entre mudança social e direito. Com efeito, para Durkheim, o processo evolutivo da humanidade inicia-se a partir do surgimento da divisão social do trabalho, quando então o homem deixa de viver no estágio da barbárie e passa a viver em sociedade, ou seja, quando aparece o que se convencionou chamar de civilização.

Em sequência, foram abordados os conceitos de solidariedade social em seus dois tipos fundamentais: solidariedade mecânica e solidariedade orgânica. O objetivo foi estabelecer a relação entre o tipo de solidariedade existente e as concepções de direito e justiça vigentes no grupo social. Com efeito, a depender do tipo de solidariedade teremos maior ou menor incidência de institutos jurídicos públicos ou privados, e a solidariedade também é determinante para saber o grau de autonomia do direito em relação a outros sistemas sociais como a economia, política, a moral e a religião, etc.

Por fim, tomou-se a teoria do direito como sistema autopiético de Niklas Luhmann como modelo jurídico da sociedade jurídica na “pós-modernidade” ou no chamado período do capitalismo pós-industrial. A finalidade foi apontar para a correspondência que há entre a atual forma de solidariedade social existente no grupo social, com alta especialização e interdependência, e o direito autopiético, mais autônomo e aberto para absorver as rápidas mudanças, a grande complexidade e a “liquidez” que caracterizam a sociedade dos tempos hodiernos.

1 O IMAGINÁRIO SOCIAL EM ÉMILE DURKHEIM: FATO SOCIAL, CONSCÊNCIA COLETIVA E SOLIDARIEDADE SOCIAL

Durkheim era discípulo de Auguste Comte (1798-1857), o pai do Positivismo Filosófico. Comte concebia que a evolução da humanidade percorreria três estágios evolutivos (“Lei dos Três Estados”): o religioso, o metafísico e o positivo. Por sua vez, Durkheim propõe

três fases para o processo de desenvolvimento da sociedade com base na chamada solidariedade social: a barbárie, a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica.

Assim como Comte em relação à Filosofia e ao conhecimento humano de um modo geral, Durkheim, que era discípulo de Comte, pretendia conferir à Sociologia o caráter de ciência autônoma, com método e objeto próprio¹. Para tanto, construiu a teoria do “fato social”, que seria o objeto próprio das ciências sociais, em especial da Sociologia. Para Durkheim o “fato social” é uma categoria sociológica capaz de dar objetividade ao comportamento humano em grupo². Além disso, estabeleceu um método próprio que parte de suas premissas fundamentais: ser independente da Filosofia e ser objetivo.

Para Durkheim, mesmo os fatos individuais não podem ser analisados apenas sob uma perspectiva individual e isolada, devendo sempre ser analisados à luz do que é determinado pelo convívio social, conforme as normas e regras onde o indivíduo é educado. Por exemplo, a higiene pessoal de uma pessoa (usar perfume, creme dental, a forma de cortar os cabelos, fazer as unhas, etc), embora seja um fato na maioria das vezes praticado na intimidade da pessoa – pois ninguém está olhando –, é determinado pelas regras do grupo social em que o sujeito está inserido.

Apesar disso, nem todo fenômeno humano deve ser considerado “fato social”. Para Durkheim, apenas os fenômenos sociais coercitivos, exteriores aos sujeitos e que apresentam certa generalidade no grupo social é que podem ser considerados como “fato social”. Em suma, o “fato social” apresenta por características a coerção, a exterioridade (consciência coletiva) e a generalidade³, sendo definido como “toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior; ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e,

1 Tanto Comte como Durkheim almejavam aplicar às ciências sociais a mesma metodologia das ciências da natureza. Por exemplo, Comte dizia que os fenômenos sociais são como fatos naturais, submissos a leis naturais; por sua vez, Durkheim dizia que “a primeira regra e a mais fundamental é considerar os fatos sociais como coisas.”

2 ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Sociologia jurídica: fundamentos e fronteiras*. 3. ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 62.

3 Logo, diferenciam-se dos chamados fenômenos orgânicos, ou seja, de mera ação, sem qualquer componente de representação como nos fatos sociais (ação + representação), e dos fatos psíquicos, que só tem existência na consciência individual e através dela.

ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independentemente de suas manifestações individuais”⁴.

A partir desta noção básica de “fato social”, como objeto próprio da Sociologia, Durkheim fixa a premissa de sua teoria sociológica e desenvolve as ideias de consciência coletiva⁵, controle social e divisão social do trabalho, os quais seriam os elementos que funcionam como “pano de fundo” ou “imaginário” na formação dos grupos humanos desde a antiguidade até os tempos modernos. Nesse sentido, é na formação das chamadas “representações coletivas” que reside, segundo Legros et al, o imaginário social na teoria durkheniana,

Os trabalhos de Durkheim acompanham um clássico trajeto intelectual e universitário. Seu objetivo é definir, claramente, o campo da sociologia e dotá-la de uma base epistemológica sólida à parte das especulações filosóficas muito generalistas ou dos pressupostos da psicologia. Procura colocar os princípios explicativos que confirmam a cientificidade de sua tarefa. Dois anos após sua tese de doutorado, ele antecipa, em *Les règles de la méthode sociologique* (1895), que os fenômenos sociais não são simplesmente distintos dos fatos psíquicos, mas que “eles têm um outro substrato” e pertencem a um meio regido por leis próprias. Neste contexto, as representações partilhadas ilustram a maneira pela qual um grupo se vê em suas relações com tudo que o afeta. É no tecido do meio social interno que é preciso procurar seu fundamento. “A sociedade é uma realidade *sui generis*”, sintetiza ele em *Les formes élémentaires de la vie religieuse* (1912, p. 62), e a vida social é inteiramente constituída de representações que acrescentam sempre alguma coisa à dos devaneios íntimos do indivíduo.⁶

A “consciência coletiva” funciona como uma forma de cimento social, sendo responsável pela manutenção e estabilidade dos grupos sociais humanos. Sem ela, a sociedade humana não teria se desenvolvido e nem teria chegado ao estágio atual de complexidade alcançado com o

4 DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução de Paulo Neves; Revisão Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 13.

5 Consciência coletiva pode ser definida como o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade que forma um sistema determinado com vida própria. Ela está espalhada por toda a sociedade, definindo numa sociedade o que é imoral, reprovável ou criminoso.

6 LEGROS, Patrick et al. *Sociologia do Imaginário*. Tradução de Eduardo Portanova Barros. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 54 (Coleção Imaginário Cotidiano).

advento da Modernidade. Com efeito, “a estabilidade dos hábitos resulta da consciência coletiva que os apoia”⁷.

Ocorre que para se fazer presente e efetiva na vida de cada indivíduo membro do grupo, a consciência social utiliza-se das instituições de controle social (família, escola, corporações de ofício, confissões religiosas, mercado, Estado, etc), as quais são responsáveis por impregnar na vida de cada indivíduo as regras, valores morais e normas constantes da consciência coletiva. Tais instituições cumprem a missão de coagir exteriormente o comportamento individual a fim de amoldá-lo ao comportamento médio desejado.

Cada grupo humano educa seus membros para que se comportem de acordo com uma conduta esperada. Os indivíduos até podem se desviar mais ou menos da média comportamental considerada normal e que deve ser observada por todas as pessoas, desde que esse desvio esteja dentro da margem considerada tolerável pelo grupo. O que não pode é o indivíduo extrapolar os limites estabelecidos pela consciência coletiva, sob pena de serem considerados como “comportamentos patológicos”, passíveis, portanto, de exclusão/punição pelo corpo social.

Nesse diapasão, fica evidente que a sociologia durkheniana dá primazia ao coletivo em detrimento do individual. Para Durkheim, o homem tem muito pouco de liberdade individual, já que todo o seu modo de ser e agir são decorrentes de um caminho já traçado pela coletividade. Isso fica bem evidente na seguinte passagem,

Não sou obrigado a falar francês com meus compatriotas, nem a empregar moedas legais; mas é impossível agir de outro modo. Se eu quisesse escapar a essa necessidade, minha tentativa fracassaria miseravelmente. [...] Ainda que, de fato, eu possa libertar-me dessas regras e violá-las com sucesso, isso jamais ocorre sem que eu seja obrigado. E ainda que elas sejam finalmente vencidas, demonstram suficientemente sua força coercitiva pela resistência que opõem. Não há inovador, mesmo afortunado, cujos empreendimentos não venham a deparar com oposições desse tipo.⁸

É interessante perceber o quanto essa concepção da sociedade influenciou a Ciência do Direito. O Direito, como fato social, seria um mero fato bruto, uma coisa, desprovido de toda e qualquer consideração

7 LEGROS, Patrick et al. op. cit., p. 55.

8 DURKHEIM, op. cit., p. 3.

axiológica e normativa. Como produto da sociedade, ele é imposto pelo grupo social ao indivíduo que pouco ou nada pode fazer para modificá-lo. Sua modificação e evolução até ocorrem, admite Durkheim, mas sempre em razão de uma movimentação coletiva, jamais individual.

Por exemplo, ainda hoje é corrente o entendimento de que a fonte material do Direito são os fatos sociais ou conjunto de fatores sociais⁹; ou, ainda, vige a máxima segundo a qual o Direito brota dos fatos. Inclusive, a visão de que o direito se caracteriza pela coação pode ser também apontada como uma decorrência dessa sobreposição do social sobre o individual, ou seja, o Direito é visto como instrumento de pressão da coletividade como meio de “normalizar” a condutas dos indivíduos desviantes, permitindo com isso a estabilidade e a manutenção do próprio grupo social.

Nesse sentido, explica Maria Helena Diniz¹⁰:

Durkheim refutou o jusnaturalismo de Kant e Rousseau, procurando demonstrar que os direitos naturais, inatos ou pré-sociais do indivíduo nada mais são, na verdade, do que direitos que lhe foram dados pela consciência coletiva, cujo órgão principal é o governo estatal, no decorrer de sua evolução histórico-cultural. Logo, a “pressão social” seria a causa dos fenômenos humanos, de modo que as manifestações superiores do pensamento não são produtos do indivíduo, mas da consciência coletiva. Consequentemente, pelo postulado sociológico-positivista, o direito vigente coincide com os valores jurídicos, que não passam do que de fato é como tal apreciado pela consciência coletiva. O Direito como fato social não é simples produto da consciência individual, mas resultado da consciência coletiva.

Léon Duguit foi quem elaborou o mais original e mais apurado dimensionamento da teoria sociológica de Durkheim no campo do direito¹¹. Para Duguit, o Direito forma-se espontaneamente, como produto natural das condições da vida social. “Toda sociedade é solidária no sentido de que pressupõe a divisão do trabalho social; toda regra de conduta contém preceito que, em último caso, objetiva a manutenção e aperfeiçoamento da solidariedade”¹². Daí ser sua teoria designada como solidarismo jurídico¹³.

9 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 284.

10 *Ibidem*, p. 103-104.

11 ARNALDO, Vasconcelos. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 112.

12 *Ibidem*, p. 113.

13 DINIZ, op. cit., p. 104.

Embora acreditando que o fato não é o único elemento constitutivo da realidade jurídica – há também os componentes axiológico e normativo –, não temos dúvida que esse conceito de “solidariedade social” reproduzido por Duguit foi a principal contribuição da teoria positivo-sociológica para o entendimento e evolução do Direito que se pretende apresentar neste opúsculo. Analisaremos tal conceito no tópico seguinte, mostrando a sua relação com a formação e concepção de Direito vigente na sociedade.

2 DA SOLIDARIEDADE MECÂNICA À SOLIDARIEDADE ORGÂNICA E REFLEXOS NAS CONCEPÇÕES DE DIREITO E JUSTIÇA

Conforme já salientado anteriormente, Durkheim divide a evolução da sociedade em três estágios ou fases evolutivas: a barbárie, a solidariedade mecânica e a solidariedade orgânica. Para ele o grupo social humano somente se forma, ultrapassando a fase da barbárie, a partir do momento em que divide as tarefas necessárias à sobrevivência de todos, ou seja, a sociedade humana organizada só existe a partir da divisão do trabalho social.

É a partir da divisão do trabalho social que surge a solidariedade social, a qual vai variar de acordo com a cultura e o grau civilizatório em que se encontra o grupo humano. Desse modo, para Durkheim, a divisão do trabalho social é a fonte da solidariedade social, solidariedade esta que não é apenas “necessária para o desenvolvimento intelectual e material das sociedades; é a fonte da civilização”¹⁴.

Durkheim vai classificar em dois tipos a solidariedade social, fundados na maior ou menor divisão do trabalho social: a sociedade mecânica (por semelhança), a mais antiga e elementar; e a solidariedade orgânica (por dessemelhança), a solidariedade das sociedades da Modernidade, fundada na maior complexidade e especialização da divisão do trabalho.

A solidariedade mecânica é aquela que prevaleceu nas sociedades pré-capitalistas, onde os indivíduos se identificavam através da família, da religião, da tradição e dos costumes¹⁵, mantendo uma certa autonomia e independência em relação à divisão do trabalho social, que é bastante restrita ou com pouca especialização. Havia pouca diferenciação social, com a sociedade hierarquizada em castas, com pouca ou quase nenhuma

14 DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

15 Por isso se diz que ela é uma solidariedade por semelhança ou similitude.

mobilidade social e a consciência coletiva exercia todo seu poder de coerção sobre os indivíduos¹⁶.

Já na solidariedade orgânica é onde a divisão social do trabalho encontra seu maior grau de especialização. Trata-se da solidariedade que surgiu com o advento da moderna sociedade industrial e com a implantação do modelo capitalista de produção, onde a alta divisão do trabalho e especialização da mão de obra tornam os indivíduos mais interdependentes. O processo produtivo é fragmentado em várias partes e o membro do grupo social já não tem domínio nem conhecimento acerca de todo o procedimento de fabricação. A consciência coletiva se afrouxa e a dependência mútua entre os membros aumenta. Por outro lado, como cada um se especializa numa atividade, a autonomia pessoal tende a ser maior.

Interessante observar os reflexos que essa divisão social do trabalho causa no Direito. Com efeito, a partir de como a sociedade organiza a divisão do trabalho, vige ou se estabelece uma concepção de Direito no seio do grupo social, com prevalência de um ou outro ramo. Aliás, Durkheim usa justamente o exemplo do Direito como modelo para explicar as diferenças entre a solidariedade mecânica e orgânica, isso porque

De fato, a vida social, onde quer que exista de forma duradoura, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a se organizar, e o direito nada mais é do que essa mesma organização no que ela tem de mais estável e de mais preciso. A vida geral da sociedade não pode se estender num ponto sem que a vida jurídica nele se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.¹⁷

Nas sociedades pré-capitalistas, cujos laços sociais baseavam-se na solidariedade mecânica, ocorria uma prevalência do Direito Público, notadamente o Penal, sobre o Privado. O ordenamento jurídico estava repleto de normas penais e o Direito não era autônomo, confundindo-se no mais das vezes com normas morais e/ou com a religião. Portanto, prevalecia na solidariedade mecânica o Direito Repressivo e a Justiça Retributiva.

16 Aqui as instituições de controle social exercem o auge de seu poder e a educação é realizada principalmente no âmbito familiar e das confissões religiosas.

17 DURKEHIM, 1999, p. 31-32.

O objetivo do Direito Repressivo é punir e reprimir as condutas desviantes, atacando as anomias¹⁸ e os comportamentos patológicos. O indivíduo praticante da conduta desviante, portanto, afastando-se do comportamento médio esperado (normal), deveria ser punido e, em regra, a aplicação da pena representava uma forma de exclusão (reclusão e/ou isolamento social), logo a Justiça era Retributiva porque tinha o foco na punição e na pessoa do apenado, ocorrendo o que se denomina de “funcionalidade do crime”, ou seja, o crime e o criminoso são usados como exemplo para que os demais membros do corpo social reflitam acerca das consequências decorrentes da prática de uma infração.

Já nas sociedades modernas, pós-industriais, de solidariedade orgânica, o Direito é Restitutivo e a Justiça Restaurativa. Ocorre aqui uma prevalência do Direito Privado sobre o Direito Público; em consequência, a prevalência do Direito Civil sobre o Direito Penal. O Direito torna-se cada vez mais autônomo em relação a outros campos sociais como a moral e a religião, sendo dotado de uma lógica própria (lícito e ilícito). O Direito humaniza-se e procura não apenas punir o infrator, mas reinseri-lo ou inseri-lo na sociedade.

Na solidariedade orgânica, o Estado laiciza-se e a sociedade passa a valorizar os conceitos de democracia e igualdade. Em razão de uma maior necessidade de mobilidade e flexibilização em todos os ramos da sociedade, tanto na produção como no comércio, ocorre conseqüentemente um reconhecimento mais abrangente dos direitos civis, dos direitos individuais e dos direitos humanos. Por consequência, o indivíduo passa a ser mais valorizado em detrimento do coletivo.

Conforme se verá adiante, a alta especialização da sociedade orgânica alcançada nos tempos atuais causará profundas repercussões no Direito. Notadamente, nos tempos hodiernos, o Direito também se especializou e se atomizou cada vez mais, deixando de ser um mero apêndice de outros ramos da vida social, como a política, a economia, a moral, a religião, etc., adquirindo um modo próprio de se relacionar com os outros campos ou sistemas sociais e com a própria sociedade.

É nesse sentido que se fala em Direito Autopoiético, que tem em Niklas Luhman seu principal teórico, e que será objeto de atenção no próximo tópico.

18 Anomia segundo a teoria de Durkheim não significa ausência de normas como a etimologia da palavra deixa transparecer, mas o desvio de conduta por parte do indivíduo do comportamento médio esperado.

3 AUTONOMIA DO DIREITO: O DIREITO AUTOPOIÉTICO DE NIKLAS LUHMAN COMO COROLÁRIO DA SOLIDARIEDADE ORGÂNICA NAS SOCIEDADES PÓS-INDUSTRIAIS

O Direito, conforme dito por Durkheim, sofre os influxos dos fatos sociais. Ele não é estático, de modo que para cada tipo de sociedade, a depender da forma de solidariedade social, corresponderá um modelo de Direito mais ou menos repressivo, mais ou menos restitutivo. Assim, numa sociedade complexa e com alta especialização na divisão do trabalho social, como é a dos tempos atuais do chamado capitalismo pós-industrial, a ordem jurídica vem passando também por profundas modificações.

A solidariedade vigente nos tempos hodiernos é logicamente uma solidariedade orgânica, mas com laços de interdependência bem mais fortes do que aqueles que vigiam nos tempos iniciais do capitalismo industrial. Inclusive, alguns autores já anunciam um novo tipo de solidariedade que caracteriza os tempos atuais de incertezas/complexidade e globalização digital conforme anuncia Rocha¹⁹,

Para muitos autores, nossos dias já correspondem a uma nova era, a Era do Conhecimento ou da Informação. Se isto for aceito como paradigma, então, seguindo as teorias de Émile Durkheim, está claro que um novo tipo de solidariedade deve estar a acontecer entre os homens do século XXI, e, portanto, um novo tipo de Direito e Justiça deverá ser pensado e surgir em breve – um tipo de solidariedade cívico-digital.”

Vivemos atualmente o tempo da “modernidade líquida” para usar uma expressão de Bauman²⁰⁻²¹. Justamente para este novo modelo de sociedade líquida, complexa e altamente especializada é que vem tomando corpo no seio da doutrina a teoria de Niklas Luhman acerca do denominado Direito Autopoiético.

Na teoria dos sistemas sociais autopoiéticos, o Direito constitui um subsistema do sistema social global. Ao lado de outros subsistemas, como a Economia, a Política, a Ciência, a Religião, etc, o Direito cumpre a missão de reduzir a complexidade do ambiente, absorvendo a contingência do comportamento social, tornando possível a tomada de decisões por

19 ROCHA, op. cit., p. 83.

20 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

21 Bauman prefere o termo modernidade líquida ao invés de “pós-modernidade” por entender que este último de tão batido já virou um qualificativo ideológico.

meio da limitação das infinitas possibilidades. Por conta disso, o Direito é definido por Luhmann como uma “generalização congruente de expectativas comportamentais”.

Para Luhmann, o sistema jurídico integra o “sistema imunológico” das sociedades, atuando na prevenção de conflitos entre seus membros, o que faz mediante a garantia de “expectativas normativas” que atuam contrafaticamente, ou seja, que subsistem mesmo depois de frustradas. Por exemplo, a diferença entre o Direito e a Ciência estaria justamente nisso, ou seja, embora ambos atuem com a função de dar segurança e estabilidade ao sistema social global, a ciência atua na garantia de “expectativas cognitivas”, cedendo ou modificando-se ante e evidência dos fatos²²⁻²³.

No entanto, o Direito não é só ordem. Isso porque ele não atua contra ou negando o conflito, mas também se constrói no e vive do conflito, o que pode gerar desordem e novos conflitos. Daí porque Luhmann aponta o Direito como um dos principais fatores de integração social, mas também aponta seu papel desintegrador.

Com o advento da Modernidade, o Direito diferenciou-se dos demais subsistemas sociais, adotando uma forma própria de seleção de seus elementos constitutivos de sua estrutura e reduzindo a complexidade do ambiente, o que se dá através pela capacidade seletiva proporcionada pela auto-referência comunicativa decorrente da aplicação do código binário lícito/ilícito. Só o Direito diz o que é Direito, não dependendo de fatores do ambiente para determinar sua estrutura interna, por isso ele é Autopoiético.

Não há hierarquia entre o Direito e o ambiente, nem entre o Direito e os demais subsistemas sociais. Na verdade, tanto o direito serve de ambiente para os demais subsistemas, como estes são ambientes para o direito. Boaventura de Sousa Santos aponta essa característica do sistema jurídico nos tempos modernos:

O direito é um desses sub-sistemas, um sistema de comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O direito só se regula a si próprio. O direito é um ambiente que rodeia

22 A ciência “aprende” com os fatos, enquanto o direito tem a pretensão de manter-se mesmo quando violado suas normas.

23 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Colaborador Henrique Garbelini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 213-214.

os outros sub-sistemas sociais tal como este são o meio ambiente do direito. Mas, seja quais forem as “vibrações” ou “perturbações” que um dado sistema, em consequência da sua interdependência funcional ou coexistência, possa “causar” noutro sistema, elas terão irrelevantes se não forem convertidas em respostas ou reações autopoieticas.²⁴

Em que pese o Direito ser normativamente fechado, ele é cognitivamente aberto para os fatos, o que se dá, conforme ressalta Boaventura²⁵, por meio de “vibrações e “perturbações” provenientes do ambiente ou de outros subsistemas. Por isso se diz que o sistema é aberto e fechado ao mesmo tempo. Em suma, os fatos colhidos do ambiente servem de matéria prima para o Direito, mas eles são incorporados pelo sistema segundo a lógica própria do sistema jurídico (lícito/ilícito) através do acoplamento estrutural.

Neste aspecto, percebe-se uma nítida distinção entre a teoria de Luhman e a sociologia de Durkheim, pois, como visto, para este o Direito é um mero reflexo da solidariedade social reinante no grupo, ou seja, o Direito visto como mero “fato social”. Já para Luhman, o Direito recebe influência dos fatos, mas é “absorvido” segundo sua lógica própria.

Aliás, o fato de o sistema jurídico ser cognitivamente aberto permite, inclusive, que o Direito absorva princípios e/ou valores do jusnaturalismo e de outras correntes jurídicas existentes no ambiente, que, no entanto, sempre vistas como algo exterior e que precisa passar pelo crivo do código binário lícito/ilícito. Nesse sentido, o Guerra Filho²⁶:

As teorias críticas apresentam-se nessa perspectiva como um momento avançado no processo reflexivo do sistema de auto-observação, contribuindo conseqüentemente para o seu funcionamento operacional. O mesmo acontece com teorias jusnaturalistas e axiológicas, as quais não tem de ser necessariamente rejeitas pelos sistemas teóricos (autopoieticos), mas são, até certo ponto, incluídas em sua arquitetura teórica mais compreensiva.

24 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente – contra o desperdício da experiência*. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 159.

25 Ibidem.

26 GUERRA FILHO, op. cit. p. 232.

Desse modo, o direito é um sistema autopoietico, que produz e reproduz suas próprias operações. Ele se diferencia do ambiente, mas, ao mesmo tempo que o influencia, é influenciado pelo mesmo através de “ruídos” que são codificados pelo sistema binário (lícito/ilícito), transformando-os em operações próprias, isto é, em normas.

Por conta disso, a teoria de Luhmann não mais coloca o direito no plano do ser/dever-ser (fato x norma). A ideia central do sistema jurídico tem como fundamento principal o código binário lícito/ilícito, porque os opostos não podem simplesmente ser excluídos, pois o todo, o universal, não pode ser construído, prescindindo do que está sendo negado. A unidade é a própria diferença e é construída a partir dos opostos²⁷.

Mas, afinal de contas, quais as consequências para Teoria do Direito ao considerá-lo como um sistema autopoietico?

Por primeiro, o direito autopoietico prescinde de uma fundamentação externa, não sendo determinado por autoridades terrestres ou dos textos, pelo Direito Natural ou revelação divina, ou seja, é o fim de qualquer fundamentação externa ao direito, passando essa fundamentação a se assentar na sua auto-referência, ou seja, na positividade (validade). Isso não quer dizer que essas fontes externas não influenciem o Direito, contudo elas são absorvidas ou integradas ao Direito segundo a sua lógica binária própria (lícito/ilícito).

A propósito, essa ausência de fundamentação externa ao Direito permite o reconhecimento de outras normatividades além daquela criada e estabelecida pelo Estado (monismo estatal). Com efeito, se o que define o que é Direito é o código binário lícito/ilícito (auto-referência comunicativa), nada obsta que formas alternativas e paralelas ao Direito estatal sejam também reconhecidas como sistemas jurídicos, fazendo ressurgir o pluralismo jurídico como corolário da diversidade e da alta diferenciação social.

De outra banda, também o direito autopoietico propõe a mitigação ou a relativização do dogma da segurança jurídica: como há uma contínua mudança estrutural, no sentido da satisfação de uma funcionalidade específica, existe a certeza apenas que haverá

27 QUEIROZ, Marisse Costa de Queiroz. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia. *Revista Sequencia*, n. 46, p. 77-91, jul. 2003.

Direito, porém incerteza quanto ao seu conteúdo²⁸. O Direito vive o constante paradoxo entre a segurança e insegurança, de modo que “é possível concluir que o sistema jurídico se reproduz por uma alternância básica, circular, paradoxal (e contraditória) entre certeza e incerteza”²⁹.

Por fim, a teoria coloca o Judiciário no centro da produção jurídica, enquanto o legislativo está na periferia do sistema em acoplamento com o sistema político. O Judiciário por exercer continuamente o papel de dizer o Direito, aplicando-o ao caso concreto, de forma procedimental, permite a auto-observação do sistema, controlando a sua auto-produção. A esse propósito, Guerra Filho leciona:

Essas circunstâncias fazem do Judiciário a unidade do sistema legal que, por definição, opera de forma recursiva (i.e, numa relação auto-referencial) somente com elementos desse sistema, o que o torna um sistema “funcional diferenciado”. Embora haja elementos a serem encontrados nesse ambiente que também pertençam a outros – da moral, da economia, da política etc. -, enquanto eles são usados pelo Judiciário para justificar decisões, como por um “toque de Midas” são convertidos em elementos do sistema jurídico: o sistema é fechado com e não para o meio. E é porque esse fechamento operacional é postulado que o Judiciário ocupa o centro mesmo dos sistemas jurídicos que são autônomos, ou “autoprodutivos” (= autopoieticos), enquanto o Legislativo, juntamente com outras unidades, é periférico.³⁰

Desse modo, a Teoria do Direito como sistema autopoietico possibilita uma visão holística que permite vislumbrar não apenas o Direito que é, mas aquele que pode e poderia ser. Ao abrir-se para o ambiente, provoca uma maior repercussão interdisciplinar, possibilitando pensar o sistema jurídico como complexo, já que ele se comunica, mostrando-se, portanto, mais apto para reger a realidade altamente contingente e complexa que caracteriza a pós-modernidade.

28 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Colaborador Henrique Garbelini Carnio. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

29 GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

30 GUERRA FILHO, op. cit., p. 229-230.

4 CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o Direito sofre os influxos dos fatos sociais, constituindo-se, portanto, em uma referência para se aferir o grau de solidariedade a que chegou um determinado grupo humano. De um passado de barbárie, onde o componente social ainda não se fazia sentir sobre as consciências individuais, até as modernas sociedades pós-industriais ou da modernidade líquida, foram experienciadas ordens jurídicas que atendiam em maior ou menor grau as necessidades de sobrevivência do grupo social.

A teoria sociológica de Durkheim retrata bem essa relação entre Direito e fatos sociais, até porque para o referido sociólogo o próprio Direito é visto como uma espécie de fato social que se impõe ao indivíduo como condição para manter a estabilidade e segurança das relações sociais dentro do grupo.

Para Durkheim, o que define a passagem da barbárie para da fase civilizatória foi a divisão do trabalho social. Com base nisso, ele propôs dois tipos de solidariedade social a depender do grau de complexidade em que se encontra o grupo social. A solidariedade mecânica, ou por semelhança, onde a divisão do trabalho ainda é insipiente e pouco complexa. E a solidariedade orgânica, ou por diferenciação, onde a divisão do trabalho é cada vez maior e mais complexa.

No entanto, o mundo contemporâneo, com sua alta liquidez e com a globalização, tem se mostrado cada vez mais contingente e complexo, a ponto de autores já proporem um novo tipo de solidariedade para caracterizar a divisão do trabalho. Trata-se ainda, para usar a classificação de Durkheim, de uma solidariedade orgânica, no entanto bem mais atomizada e especializada do que aquela que existia nos anos iniciais do capitalismo nascente. Logicamente, essa mudança na forma de solidariedade trouxe reflexos para o Direito, que necessita ser mais autônomo e aberto para responder de forma eficaz e satisfatória todos os inúmeros e crescentes conflitos hoje existentes no ambiente (meio social).

O Direito mais propício a atender a esta relevante tarefa seria o Direito como um sistema autopoietico tal como proposto por Niklas Luhmann. Só um Direito aberto cognitivamente para os fatos e para os outros subsistemas sociais através do acoplamento estrutural é capaz de dar as respostas necessárias e adequadas, de forma democrática, promover a estabilidade e manutenção da paz social numa sociedade de alta complexidade e diferenciação social.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo, Saraiva, 2003
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Tradução Paulo Neves; Revisão Eduardo Brandão. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Da divisão do trabalho social*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza*. Horizontes críticos para teoria dos sistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. Colaborador Henrique Garbelini Carnio. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEGROS, Patrick et al. *Sociologia do Imaginário*. Tradução de Eduardo Portanova Barros. Porto Alegre: Sulina, 2007 (Coleção Imaginário Cotidiano).
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. I e II. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- QUEIROZ, Marisse Costa de Queiroz. O direito como sistema autopoietico: contribuições para a sociologia. *Revista Sequencia*, n. 46, p. 77-91, jul, 2003.
- ROCHA, José Manuel de Sacadura. *Sociologia jurídica: fundamentos e fronteiras*. 3. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Elsevier: 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente – contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2000.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

RECEBIDO EM: 01.11.2016

APROVADO EM: 23.01.2017

CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL: ÉTICA DE ALTERIDADE, DEMOCRACIA E DIVERSIDADE NAS CONVERSÇÕES CONSTITUCIONAIS

*PROCEDURAL CONSTITUTION: ETHICS OF THE OTHERNESS,
DEMOCRACY AND DIVERSITY IN THE CONSTITUTIONAL
DIALOGICAL PROCESS*

Mayara de Carvalho Araújo¹

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Bolsista CAPES, pesquisadora do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça - PRUNART-UFMG

Gabriel Soares Cruz²

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com bolsa CAPES

Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP/DF. Advogado e Professor Universitário.

1 Co-coordenadora do projeto de pesquisa e extensão Justiça Restaurativa: Paz Social, Prevenção à Violência e Promoção de Direitos da Juventude. É membro do Instituto de Direito Processual - IDPro. Tem atuação em resolução de conflitos, com ênfase em justiça comunitária e comunicação não-violenta. Foi acompanhante ecumênica na Palestina e em Israel (EAPPI/WCC), ocasião na qual monitorou violações de direitos humanos, ofereceu presença protetiva a grupos vulneráveis e prestou ajuda humanitária.

2 <<http://lattes.cnpq.br/0659246226690308>>

SUMÁRIO: Introdução; 1 Monismo jurídico e encriptação constitucional: do encobrimento ao reconhecimento da diferença; 2 Constituição Processual, diversidade e alteridade: a democracia vivida outramente. 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Objetiva-se entender como a Constituição do Brasil de 1988 compreende e insere as diversidades dentro da linguagem constitucional. Afirma-se que o discurso constitucional deve ser construído sobre bases dialógicas permanentes. São os seres humanos que criam a constituição e não o contrário. Os consensos, quando atingidos, precisam ser provisórios e construídos a partir do processo de formação histórico-social de um Estado. Ao reconhecer, o Estado e o Direito exercem o poder de incluir, o que também lhes confere a faculdade de excluir. A lógica do reconhecimento continua dizendo mais sobre a concentração de poder de maiorias qualitativas do que propriamente sobre o novo lugar conferido aos outrora excluídos. Assim, faz-se necessária uma constituição processual como meio e materialização das diversidades e transformação das realidades das minorias qualitativas.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático. Constituição Processual. Ética de Alteridade. Diversidade. Pluralismo Jurídico.

ABSTRACT: This essay intends to analyze how the Brazilian's Constitution understand and regard diversity inside constitutional language through a procedural constitution. We argue that constitutional discourse should be built over lasting dialogical bases. Constitutions do not create human, yet human being does constitutions. Thus, agreements must be temporary and built from historical-social process that constitutes a State. Despite, in terms of recognition, the State and the Law play both the power to inclusion and exclusion. The logic of recognition though show most concern about qualitative majorities' concentration of power than properly the new status conferred to minority groups that had no regard on past generations. In this respect, a procedural constitution is necessary to make the diversities real and to transforming the realities of qualitative minority groups.

KEYWORDS: Democratic State. Procedural Constitution. Ethics of Otherness. Diversity. Legal Pluralism.

INTRODUÇÃO

Conhecida como “Constituição Cidadã”, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) contou com ampla participação de diferentes setores da sociedade brasileira. A redemocratização do país foi festejada, vista como oportunidade de reconstrução da juridicidade, inclusive, a partir das margens do Estado.

Todavia, ao manter o monismo jurídico – autorreferente e pretensamente autossuficiente –, a Constituição Cidadã assumiu o risco de contemplar mais alguns cidadãos em detrimento de tantos outros.

As constantes emendas ao seu texto não só não solucionaram o problema como, por vezes, acentuaram-no. Monojurídica, a CRFB/88 ampara-se na lógica de reconhecimento pautada em inclusão e exclusão do sistema. Mesmo quando voltada à inclusão de direitos de minorias qualitativas encobridas no sistema jurídico imediatamente anterior, a Constituição do Brasil, quando muito, reconhece a diferença.

Ao optar por incluir, assume-se também o poder contrário, a faculdade de excluir. Com isso, esses reconhecimentos de direitos refletem o monopólio do discurso jurídico monista, e não propriamente a autodeterminação e a confiança na autonomia dos mais diversos cidadãos. O reconhecimento na sua diversidade é que possibilita viver a democracia.

Nesse sentido, questiona-se: é possível viver a democracia – e a diversidade – na Constituição Cidadã? Se os seres humanos não são criados pela Constituição e pelo Direito, mas estes que são produtos das pessoas, tem-se como hipótese que a Constituição não só pode, como deve compreender a diversidade dos titulares do poder constituinte originário.

Para tanto, parte-se da compreensão da ética enquanto alteridade com o diferente, pautada na continuidade das conversações de inter-esses, e propõe-se a analisar formas de viver a diversidade na Constituição brasileira.

1 MONISMO JURÍDICO E ENCRIPTAÇÃO CONSTITUCIONAL: DO ENCOBRIMENTO AO RECONHECIMENTO DA DIFERENÇA

No discurso de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³, o Deputado Ulisses Guimarães afirmou que: “É

3 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Íntegra do discurso presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Dr. Ulisses Guimarães*. Rádio Câmara. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO->

caminhando que se abrem os caminhos. Ela [a constituição] vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria”. Na parte final do discurso, declarou que “A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança”.

Esse ato final dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 demonstra que os processos constituintes estão assentados sobre bases dicotômicas entre o velho e o novo, permanência e mudança, por meio de processos que instrumentalizariam a fundação de um novo Estado. Com desvinculação do passado imediato que, no caso brasileiro, é de ampla violação de direitos humanos nas mais de duas décadas de governo militar⁴.

Passados cerca de vinte anos da promulgação da Constituição brasileira, o constitucionalismo latino-americano tem a primeira constituição pautada em pluralismo jurídico. No ano de 2008, a constituição promulgada pela Bolívia propôs um Estado plurinacional⁵, visando superar

PRESIDENTE- DA- ASSEMBLEIA- NACIONALCONSTITUINTE,-- DR.- ULYSSES- GUIMARAES- (10- 23).html>. Acesso em 17 set. 2016.

- 4 Sobre o tema, José Murilo de Carvalho pondera que “a constituinte de 1988 redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática que o país já teve, merecendo por isso o nome de Constituição Cidadã. [...] No entanto, a estabilidade democrática não pode ainda ser considerada fora de perigo. A democracia política não resolveu os problemas econômicos mais sérios, como a desigualdade e o desemprego. Continuam os problemas da área social, sobretudo na educação, nos serviços de saúde e saneamento, e houve um agravamento da situação dos direitos civis no que se refere à segurança individual. Finalmente, as rápidas transformações da economia internacional contribuíram para pôr em xeque a própria noção tradicional de direitos que nos guiou desde a independência”. Nesse sentido, confira: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. p. 201.
- 5 Sobre o tema, é importante reproduzir os primeiros dois artigos da Constituição da Bolívia, que ilustram a quebra de paradigma mencionada. No idioma original:
 Artículo 1. Bolívia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, autonómico y descentralizado, independiente, soberano, democrático e intercultural. Se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.
 Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, y al reconocimiento y consolidación de sus instituciones y entidades territoriales, conforme a esta Constitución.
 Ainda sobre a ordem jurídica inaugurada pela Constituição da Bolívia, cf.: AGUIRRE, Eliana. *El rol del tribunal constitucional plurinacional en el pluralismo jurídico y la nueva condición de estatalidad*. In.: TUDELA, Farit L. Rojas. (Coord.). *Pluralismos: 11 tesis*. La Paz: Creative Commons, [20-]. p. 115-136.; CASTILHO, Eka Wiecko Volkmer de. *Diversidade cultural esquecida da justiça*. 2014. Disponível em: <<http://arquivo.geledes.org.br/em-debate/colonistas/23771-diversidade-cultural-esquecida-da-justica-por-ela-wiecko-v-de-castilho>>. Acesso em: 11 jun. 2014.; SCHAPELSON, Salvador. *El nacimiento*

o modelo de Estado monojurídico moderno⁶, que serviu ao colonialismo. Posteriormente, esse movimento foi seguido pelo Equador.

Fruto de uma revolução pacífica, a Constituição da Bolívia apresenta formas institucionais plurijurídicas com respeito e consideração aos diversos povos marginalizados pelo discurso civilizatório europeu. Ela ensejou processos de democratização e constitucionalização que fundaram um novo Estado: o Plurinacional.

O ano de 2008 para a Constituição do Brasil foi um pouco mais do mesmo: houve a promulgação da 57ª emenda constitucional em pouco mais de 20 anos de vigência da norma. Atualmente, esse número quase duplicou, estando na 93ª emenda. Por que tantas mudanças? A resposta parece ser só uma: para que tudo permaneça como está.

As frequentes mudanças – média de quase 4 emendas por ano – sinalizam a constância da hegemonia do constitucionalismo democrático moderno acerca de conflitos permanentes entre o majoritarismo das

del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente. La Paz: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2012.

- 6 Neste trabalho, o termo “moderno” será utilizado em referência ao Estado Moderno, pautado na imposição homogeneizadora de uma sociedade imaginada, habitante de um território delimitado por fronteiras geográficas precisas, unida através de símbolos nacionais e governado por um Estado de Direito monista, prioritariamente fundado nos parâmetros culturais de uma maioria qualitativa. Cf.: ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. Ciudad de Mexico: Cultura Libre, 1993.
- Segundo José Luiz Quadros, a formação do Estado Moderno se deu com a expansão da visão dos grupos sociais hegemônicos que hoje seria localizado no continente europeu. Esse processo de expansão tem como marco inicial a constatação de três eventos no ano de 1492: i) a invasão do que hoje seria a América, África e Oceania; ii) expulsão de povos para a constituição da Espanha e; iii) a primeira gramática normativa por meio do castelhano. Estes três eventos marcariam a era da modernidade, bem como o início da construção da hegemonia europeia e origem da lógica binária subalterna nós/eles do Estado Moderno. Aliado a isso, tem-se a uniformização de valores como meio para centralização e hierarquização do Estado; a percepção da história como linear, enquanto evolução, progresso. Essa noção de superioridade do eu colonizador versus os outros colonizados ensejou o universalismo europeu. Cf.: MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012. (Coleção Para Entender).
- Assim, observa-se com a modernidade que a diversidade era negada. A civilização europeia se considerava superior às outras, de modo que o colonialismo/modernização se fazia necessário ao desenvolvimento dos colonizados, cuja violência do processo civilizador é um ato inevitável, como se fosse um ritual de sacrifício de suas vítimas/povos não emancipados, conforme afirma Enrique Dussel. Ademais, aduz o mesmo autor que essas características constituiriam algo não declarado pelo processo emancipatório da Modernidade. Assim, o paradigma apresenta, também, um aspecto secundário – e negativo – da modernidade, como uma “práxis irracional de violência”, o “mito da Modernidade”. Nesse sentido, cf.: DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidad y eurocentrismo*. 2000. Disponível em: <enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>. Acesso em: 16 de jun. 2015.

decisões em relação com as disposições constitucionais. Em outras palavras, pode-se mudar; é desejável a mudança, mas desde que o pilares dessa alteração não fixem um estado de insegurança política. A democracia constitucional moderna reflete o caráter pretensamente evolutivo, voltado à conveniência e à manutenção da ordem jurídica.

Esse excesso de alterações no texto constitucional reflete e reproduz tensões dicotômicas constatadas no pronunciamento do presidente da Assembleia Nacional Constituinte. A mudança e a tradição permanecem como novos-velhos problemas que seriam resultados de mera reprodução do tendencioso discurso de progresso advindo da modernidade.

As mudanças ocorreram não por que o Estado brasileiro não conseguiu cumprir os propósitos constitucionais. De modo contrário, é em razão do cumprimento dos propósitos – não declarados – da Constituição do Brasil que o discurso de mudança resulta no reforço de posturas hegemônicas. O Estado que exalta a mudança é o mesmo que não autoriza mudança⁷.

O que esse dado sobre a CRFB/88 indica é que o constitucionalismo brasileiro ainda está amparado sobre as bases da Modernidade e do conflito entre democracia e constituição. Desse modo, o constitucionalismo brasileiro tem-se apresentado mais propenso à regulação do que à emancipação social⁸.

O povo não está na constituição para além de uma apropriação – ou mesmo iconização⁹ – do discurso da democracia representativa. Ela, quando não consegue chegar a um consenso, coloca a mesma responsabilidade no

7 Vale rememorar aqui a Proposta de Emenda à Constituição n. 157/2003 como uma expressão dessa relação entre permanência e mudança após a promulgação da Constituição do Brasil. Por meio dela seria convocada novo momento de revisão da constituição, porque seu texto estaria produzindo inconvenientes ao governo que não conseguia efetivar as disposições constitucionais, de modo que o projeto político do governante à época eleito guardava incompatibilidade com as orientações da Constituição. Até o momento não houve deliberação sobre a PEC. Andamento disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=131896>>. Acesso em: 19 set. 2016.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011. Vol. 1; CARVALHO, Mayara de. SILVA, Juliana Coelho Tavares da. A insuficiência da compreensão do Direito a partir da regulação: o exemplo do realismo jurídico estadunidense. In: *Filosofia do direito I*. 1. ed. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 89-108.

9 A concepção de povo como ícone é abordada por Friedrich Müller, como uma ação “em nome do povo”, erigindo a população como tutora abstrata para os atos de exercício de poder, como “população total”. O povo como ícone é invocado por detentores de poder como forma dominação e autoritarismos. Cf.: MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 65 e ss.

próprio fundamento da sua atuação: a maioria não atingiu consenso. Basta pensar em algumas situações recentes em que minorias marginalizadas, embora aceitas no discurso democrático¹⁰, foram rechaçadas pelas posturas da maioria. Foi o caso de questões de direito de família para além do modelo homem e mulher previsto no texto constitucional¹¹.

Como ato criador de um Estado ou como declaração do novo em relação ao antigo, a constituição sempre foi objeto de apropriação do discurso político como o novo mundo que abre as portas pelo povo e para o povo. Foi assim nas revoluções liberais e que duzentos anos depois ainda continuam a influenciar momentos e instrumentos constitucionais pelo mundo.

Esse discurso evolucionista, no entanto, pode servir para encobrir importantes questões, porque, quando muito, o que a constituição tem feito até os dias atuais – por forte influência da modernidade – é a pretensa uniformização da sociedade ao fundamento de que abusos não mais existirão e de que certas inclusões de minorias qualitativas serão permitidas.

A constituição limita, balanceia e organiza o poder. Quando precisa ser ajustada para atingir os fins modernos, ainda que com roupagem contemporânea¹², ela deve ser modificada pelos representantes do povo com respeito aos limites previamente estabelecidos¹³.

Os processos constituintes modernos, então, atuam como instrumentos veiculadores de interesses contemporâneos que muitas vezes não são compatíveis com o sistema jurídico vigente. O documento final, uma constituição, seria o marco fundador dessa nova ordem resultante de uma ruptura. O propósito da constituição é a implementação de uma nova ordem jurídica, mas que ordem seria essa? A Constituição do Brasil apresenta um novo com velhas roupagens ou um velho com roupagens novas?

10 FORTMAN, Bas de Gaay. *Minority Rights: a major misconception?* Human Rights Quarterly, v. 33, n. 12, may 2011, p. 265-303.

11 Para que o Estado reconhecesse o casamento de gays e lésbicas foi necessária uma decisão do Supremo Tribunal Federal no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 em 2011, além de atos normativos do Conselho Nacional de Justiça, como a Resolução n. 172/2013. Ressalte-se que a mesma maioria que não chegou ao consenso sobre questões de grupos marginalizados tentou, por meio do Projeto de Decreto Legislativo n. 871/2013, sustar os efeitos do ato normativo do Conselho Nacional de Justiça. Ademais, desde 2007 que propostas legislativas tramitam na Câmara dos Deputados, mas sem deliberação. A mais recente é o Estatuto da Família, veiculado pelo Projeto de Lei n. 6.583/2013.

12 O termo “contemporâneo” será utilizado na pesquisa tanto para assentar atualidades e a relação entre permanência e mudança como para referir que os modelos constitucionais atuais formam Estados que estão assentados sobre as bases hegemônicas do Estado Moderno.

13 MAGALHAES, op. cit., 2012.

O constitucionalismo moderno deveria figurar como uma interrelação entre diversidades ao organizar e limitar o poder e proteger os direitos fundamentais¹⁴. No entanto, na prática, o propósito do constitucionalismo e, portanto, da constituição aos moldes da Constituição do Brasil, figura como estrutura estatal de manutenção do poder, eis que não há meios institucionais que rechacem o melhor argumento, seja da “mudança controlada”, seja da vitória da maioria pelo seu maior peso argumentativo¹⁵¹⁶.

Retomando o discurso de promulgação, vê-se que, assim como o discurso emancipador moderno, ele não passa de um simples discurso, cujo resultado é um texto uniformizador e mantenedor de posturas hegemônicas e que encobrem o sacrifício do diferente. Para além de palavras ditas ou escritas, há que se pensar em posturas que não se apropriem da linguagem para falar pelo outro, representando-o a partir do voto que recebera.

Ao discurso devem ser somadas posturas permeadas pelo diálogo – o falar e, não menos importante, o escutar – sem posições hegemônicas e com respeito ao pluralismo epistemológico¹⁷¹⁸. Para tanto, propõe-se a necessidade de *diálogos constitucionais não-violentos*¹⁹. As experiências dos modelos plurinacionais são posturas a serem consideradas.

14 ROSENFELD, Michel. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity: an introduction*. 14 Cardozo L. Rev. 497, 499, 1993.

15 Segundo Ricardo Sanín Restrepo e Gabriel Méndez Hincapié, a tensão conflitiva entre melhores argumentos pode ensejar a encriptação da linguagem constitucional que, por sua vez, resulta no encobrimento de posturas ideológicas a respeito da manutenção do poder – principalmente quando a discussão é localizada no judiciário – e impede a emancipação do sujeito marginalizado. Isso acontece independente da exclusão constar expressa e conscientemente no discurso constitucional, sendo decorrência lógica da encriptação e do monopólio das definições jurídicas. A encriptação legítima a privatização da política e do direito, uma vez que cria um “capital social artificialmente escasso. Trata-se de uma forma particular de epistemologia que se apresenta hegemônica e nega qualquer outra forma de saberes e construções de mundo”. Cf.: RESTREPO, Ricardo Sanín. HINCAPIÉ, Gabriel Méndez. La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí, México, ano IV, n. 8, jul./dez. 2012, p. 15, tradução nossa.

16 FORTMAN, op. cit.

17 MAGALHÃES, op. cit.

18 Ibid.

19 Vale asseverar que já há o desenvolvimento de teorias de diálogos constitucionais sobre os processos de interpretação da constituição. Por meio delas, reconhece-se que a constituição é interpretada por várias instituições que se interagem. Desse modo, pontes de diálogo devem ser criadas como forma de fortalecer a legitimidade dos processos decisórios. Cf.: MENDES, Conrado Hübnner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012. No entanto, o que se observa é que as práticas constitucionais que dão ensejo a essas “teorias do diálogo” não são permeáveis à diferença e ao pluralismo epistemológico. São concepções normativas

Permeados pela diversidade de povos e pela forte participação popular, o legado de violência e tentativa de extermínio dos povos pelos processos de invasão e expulsão europeus começam a sofrer grande rechaço nos novos Estados do Sul criados a partir das recentes experiências constituintes da Bolívia e do Equador.

O caráter amplamente democrático dos processos constituintes e a criação de novas roupagens constitucionais parecem ter importante papel nessa superação do Estado Moderno na América do Sul, principalmente a partir das Constituições da Bolívia e do Equador.

Em contraposição à Nação monojurídica, o texto constitucional ganha contornos e propósitos diferentes que pretendem legitimar as pluralidades, afirmar e considerar as diferenças. Identifica, com isso, que o sistema jurídico de origem greco-romana pode – e deve – aprender com a diversidade de modelos jurídicos, dentre os quais o campesino originário²⁰.

O Estado Plurinacional se apresenta como alternativa para uma nova ordem constitucional e internacional democrática, cujo sistema plurijurídico, rompe com o modelo uniformizador do constitucionalismo –

sobre a “autoridade decisória”, e não de reforço dialógico de ouvir e considerar o outro na ocasião em que expressa suas interpretações, necessidades e interesses. Se a posição discursiva exige interação entre falantes e ouvintes, ou esses diálogos constitucionais não são propriamente diálogos – já que se fala, mas não se ouve –, ou partem de classificação prévia de discursos e falantes autorizados (incluídos) e, portanto, são fechados a outros diversos. São teorias assentadas em posições de falas hegemônicas, constituindo-se, portanto, em diálogos constitucionais violentos.

Em contraposição, a comunicação não-violenta fundamenta-se na compaixão e na inter-relação da comunidade de falantes. Portanto, é pautada em alteridade, tanto na fala, quanto na escuta ativa. Para tanto, a comunicação não-violenta demanda observação sem julgamento; responsabilização pelos próprios atos e sentimentos, sem buscar culpar a si ou aos outros; identificação das necessidades humanas em conflito; expressão dos sentimentos – e não de pensamentos – a respeito da necessidade humana violada; formulação de um pedido específico, claro e positivo que seja capaz de contemplar as necessidades humanas violadas; escuta empática e respeitosa; conexão com o outro por meio de compaixão. Nesse sentido, cf., ROSENBERG, Marshall. *Nonviolent Communication: A Language of Life*. 3. ed. Encinitas: Puddle Dancer Press, 2015.

Por essa razão, diálogos constitucionais não-violentos podem ser entendidos como processos fundados em habilidades sobre a linguagem e comunicação que guiam os interlocutores na ressignificação e transformação de conflitos. Desse modo, a conexão com o outro é orientada por uma expressão clara e honesta das necessidades humanas em conflito, ao mesmo tempo em que enxerga a diversidade e as necessidades dos outros com respeito e empatia. Baseia-se, portanto, em processos de aprendizagem e transformação por meio das relações e tensões sociais e que reestruturam a relação nós/eles. Cf.: LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

20 Sobre o tema, cf. PACHAGUAYA, Pedro. MARCANI, Juan Carlos. *Etnografía de un litigio interlegal: la defensa jurídica desde la jurisdicción indígena en Bolivia*. Disponível em: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbcest/v19n39/v19n39_a09.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

ainda reproduzido em diversos modelos pelo mundo –, e que desconsidera o processo histórico-social de formação de um Estado específico²¹.

Assim, diferentemente do modelo moderno de monismo jurídico, não existe um único modelo de Estado Plurinacional, mas vários modelos que rechaçam dicotomias entre o antigo e novo constantes nos processos constituintes. Assentado em premissas dialógicas e concretizantes o constitucionalismo em sua vertente plurinacional demanda engajamento intercultural que considere diferenças. Assegura, assim, a formação de um Estado descentralizado e não uniformizador²².

A Constituição do Brasil tão somente reconheceu que o Estado brasileiro é multicultural, não passando de um acolhimento estatal, de uma permissão para tutela. Desse modo, é pertinente apontar que, apesar do contexto formalmente democrático e plural, a Constituição brasileira admite a hierarquização dos cidadãos em primeira e segunda classe, o que é feito por meio de distinções sociais implícitas²³, excedendo a segregação por capital econômico e excluindo também por distinções de capital cultural²⁴.

Essa hierarquização velada consegue manter-se através de discursos que Souza²⁵ convencionou chamar de “politicamente corretos”, que invertem os marcos da crítica patrimonialista sem, contudo, reconstruírem os pressupostos teóricos censurados.

Em sociedades periféricas como a brasileira, o “habitus precário”, que implica a existência de redes invisíveis e objetivas que desqualificam os indivíduos e grupos sociais precarizados como subprodutos e subcidadãos, e isso sob a forma de uma evidência social insofismável, tanto para os privilegiados como para as próprias vítimas da precariedade, é um fenômeno de massa e justifica minha tese de que o que diferencia substancialmente esses dois tipos de sociedade [periféricas e avançadas] é a produção social de uma “ralé estrutural” nas sociedades periféricas²⁶.

21 MAGALHÃES, op. cit., 2012.

22 Ibid.

23 SOUZA, Jessé José Freire de. *A construção da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 41.

24 Ibid., p. 59.

25 SOUZA, Jessé José Freire de. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 89 e ss.

26 Ibid., 2012, p. 177.

Ainda nas palavras de Jessé Souza

Todo processo de dominação social se baseia em formas de “violência simbólica”, ou seja, em mecanismos que obscurecem e “suavisam” a violência real e a tornam “aceitável” e até mesmo “desejável” inclusive para suas maiores vítimas. Um desses mecanismos é precisamente o “deslocamento” das causas verdadeiras da injustiça social para “espantalhos” inofensivos que não incomodam ninguém, como uma “elite má e abstrata que se refere a todos e a ninguém”, ou oposições do tipo “Estado corrupto” versus “mercado santinho” etc. A crítica social é transformada em mero “gesto ritual”, sem qualquer consequência efetiva.²⁷

Uma dessas formas de violência simbólica é a encriptação da linguagem jurídica e a supremacia moral e etnocêntrica do constitucionalismo monista pautado em reconhecimento e na dicotomia inclusão/exclusão. Esse Estado de Direito pretensamente democrático legitima a *pillagem*, apropriando-se ou colocando-se em posição de negar ou permitir a existência do outro, o que faz por intermédio de fraude institucionalizada ou “força legítima”²⁸.

O estatismo e o patrimonialismo parecem continuar na centralidade dos cursos de ação estatal no Brasil, cuja autoridade deriva da Constituição de 1988. O fortalecimento da democracia dependeria não apenas do envolvimento dos cidadãos que, conforme o exemplo das lutas pelos direitos que envolvem superação de violências de gênero, são combatidos pela democracia majoritária representativa.

Em decorrência, o discurso das minorias qualitativas começa a ser encriptado nos processos judiciais, de modo que o melhor discurso é a aquele realizado como última palavra, mas que, na verdade, reproduz consensos prévios e hierarquizados.

Assim, o constitucionalismo brasileiro é expressão do constitucionalismo moderno e colonizador, constituindo-se práticas antigas em roupagens novas para convivência com a manutenção do *status* marginalizado de indivíduos diversos. Os propósitos não declarados da Constituição do Brasil são de manutenção de um “teatro da legitimação da dominação especificamente moderna”²⁹.

27 SOUZA, op. cit., 2011, p. 398.

28 MATEI, Ugo; NADER, Laura. *Pillagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

29 SOUZA, 2011, p. 22.

Para transformar essa realidade de marginalização legitimada nas entrelinhas encriptadas do discurso constitucional, faz-se necessária uma constituição processual.

2 CONSTITUIÇÃO PROCESSUAL, DIVERSIDADE E ALTERIDADE: A DEMOCRACIA VIVIDA OUTRAMENTE

Ao pautar a necessidade democrática de uma constituição processual, tem-se em mente que diálogos e consensos provisórios devem estruturar o permanente processo de transformação de uma ordem jurídica plural³⁰.

Assim, a cidadania³¹ não deve servir à conservação de uma identidade cultural ou política específica³². Ao contrário, deve ser capaz de garantir a expressão multicultural no âmbito do Estado, legitimando as distintas esferas de poder que emanam do pluralismo jurídico insurgente³³.

30 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 10-19, jan./abr. 2016.

31 Alaez Corral defende a existência de graus de cidadania a partir da constatação de que os direitos de cidadania não são incorporados da mesma forma por todos os indivíduos tidos como cidadãos. Cf: ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿A quién pertenece la Constitución?* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006. Assim, os direitos civis, políticos, sociais e de acesso à justiça, todos eles componentes do conteúdo dos direitos de cidadania, variam em relação ao seu grau de efetivação entre nacionais e estrangeiros e mesmo em comparação com os próprios nacionais. Não só, há mesmo grupos de cidadãos excedentes, desconsiderados e concretamente destituídos de direitos de cidadania. Dentre os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro está a erradicação dessas diferenças, o que demanda pluralismo jurídico e interculturalidade. Para tanto, cf: ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008, p. 348. (Pensamento Crítico, v. 10). ALAEZ CORRAL, *ibid*. MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

32 ALÁEZ CORRAL, *op. cit.*, 2006.

33 A expressão “pluralismo insurgente” contrapõe-se a outra forma de pluralismo jurídico também reconhecida no Brasil, a originada da complexificação econômica e da especificação dos nichos do mercado, e que desde a década de 90 do século passado tem conduzido a regulamentações autônomas, assim como à prevalência de decisões arbitrais. Confronte: FARIA, José Eduardo. *Pluralismo jurídico e regulação econômica (oito tendências do direito contemporâneo)*. In.: COSTA, Alexandre Bernadino. et al. O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD, UnB, 2009, pp. 57-59. O pluralismo jurídico insurgente, por sua vez, reconhece a existência de múltiplas realidades e da diversidade de manifestações culturais e sociais, valorizando suas particularidades essenciais. Para tanto, parte de alguns princípios valorativos que podem ser sucintamente indicados a partir do prestígio atribuído à autonomia dos grupos, distinguindo seu poder da regulação central do Estado; à descentralização decisória, de modo a valorizar as esferas locais; à participação de grupos culturalmente distintos no processo decisório; ao privilégio de localismos frente à regulamentação genérica; à diversidade como maneira mais satisfatória de caracterização popular; e à tolerância entre grupos culturalmente distintos. Para fins desse artigo, o emprego do termo “pluralismo jurídico” refere-se ao pluralismo jurídico insurgente. Nesse sentido: WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. p. 171-172.

Desse modo, afasta-se da luta por reconhecimento, não por desprezá-la, mas por compreender sua insuficiência. Ao invés de almejar o direito à diferença, parte-se da essencialidade do direito à diversidade, em conformidade com a nova ordem jurídica inaugurada com a Constituição da Bolívia.

Isso porque apesar da importância premente de reconhecimento, sua lógica é a da inclusão, a de acolhimento pelo sistema³⁴. Desse modo, o direito é convertido em permissão, consentido na exata medida da concessão do sistema; a cidadania é limitada pelo exercício da *estadania*³⁵.

Por outro lado, o direito à diversidade parte do diálogo permanente para chegar a consensos que serão sempre provisórios, o que se dá em razão da abertura para o outro, *outramente*³⁶, conforme ética de alteridade. Na constituição processual, o diálogo é constante, os consensos, todavia,

34 MAGALHÃES, 2016.

35 A estadania, termo originariamente proposto por José Murilo de Carvalho, refere-se à percepção do conteúdo e extensão dos direitos de cidadania conforme os interesses e a atuação do Estado, esta última baseada em clientelismos característicos de uma ótica privada do que é público. Contrapõe-se, então, à construção da cidadania a partir da participação dialógica dos interessados. Cf.: CARVALHO, op. cit., 2012. Por essa razão, a estadania remete também à síndrome do privatismo de cidadania, referida por Habermas para evidenciar que o aparente progresso linear da autonomia, entre perdas e ganhos, não reflete a fruição ativa dos direitos pelos indivíduos, à medida que não analisa a real possibilidade destes de influir nas transformações democráticas inerentes a sua condição de cidadão. Não condiz, por isso, com o modelo de comunidade jurídica formada por cidadãos capazes de atuar para sua própria determinação. Segundo Habermas, assim, “direitos de liberdade e de participação podem significar igualmente a renúncia privatista de um papel de cidadão, reduzindo-se então às relações que um cliente mantém com administrações que tomam providências. A síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes tornam-se tanto mais plausíveis, quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistemático próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. v. 1. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012. p. 108 e ss.

36 O termo *outramente*, do francês *l'autrement*, é usado aqui conforme trabalhado por Levinas, enquanto ética de alteridade, materializada a partir do contato entre o eu e o outro diferente de mim. Não é a proximidade, mas a diferença a principal exigência da justiça e da humanização das relações. Desse modo, a justiça demanda a visibilidade da diferença no presente, “[...] um inter-esse, um inter-essamento – que marca o triunfo e não a subversão do ser”. Cf.: RICOEUR, Paul. *Otramente: leitura do livro Autrement qu'entre ou au-delà de l'essence de Emmanuel Lévinas*. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 19. Na visibilidade do outro diferente, é que a justiça pode se apresentar a ele e a mim, uma vez que ao tratar com desumanidade uma pessoa, viola-se toda a humanidade. Cf.: SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. MANA, 12(1): 207-236, 2006. _____. *La argamassa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del Derecho*. In: _____. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

Conforme Levinas, “tenho descrito sempre o rosto do próximo como portador de uma ordem, que impõe ao eu, diante do outro, uma responsabilidade gratuita – e inalienável, como se o eu fosse escolhido e único

são temporários, construídos no presente, frutos do viver democrático, visando atender a necessidades e interesses diversos.

Nas palavras de José Luiz Quadros Magalhães:

O direito à diversidade segue outra lógica. Em primeiro lugar não há permissões nem reconhecimentos. Não há inclusão por que não pode haver exclusão. A lógica pode ser resumida nas seguintes frases: “existo e me apresento na minha existência”. “Não dependo do seu olhar ou do seu registro para que eu exista”. Reconhecimento significa conhecer de novo, significa enquadrar no já conhecido. Trata-se de uma forma de enquadrar o novo nos padrões existentes ou simplesmente não conhecer o novo, ou ainda não possibilitar a existência do novo, como tal, de forma autônoma. Reconhecer significa ainda manter a lógica binária incluído/excluído. Se sua existência depende do reconhecimento, ao reconhece-lo afirmo a possibilidade, também, de não reconhecê-lo.³⁷

Nesse contexto, a o agir ético se materializa por intermédio do contato com o diferente. Essa *sensibilidade jurídica*³⁸ demanda algo mais

– e o outro homem é absolutamente outro, isto é, ainda incomparável e, assim, único”. Cf.: LEVINAS, Emmanuel. *Violência do rosto*. São Paulo: Editora Loyola, 2014, p. 28.

Levinas trabalha o diálogo como uma modalidade de pensamento na qual eu sou capaz de pensar mais do que aquilo que penso. Isso porque, no diálogo, pensa-se para além do dado, o eu ultrapassa sua limitação diante das oportunidades conhecidas por intermédio da diferença do outro. A relação Eu-Tu, no enxergar o outro diferente, transcende o indivíduo para levar à sociabilidade responsável a partir da linguagem, ainda que antes mesmo de qualquer palavra. Desse modo, “há autêntico diálogo não só pela proximidade, mas principalmente pela absoluta alteridade ou transcendência do Tu diante do Eu”. Desse modo, o diálogo é pautado pela escuta ativa e pela fala dirigida ao outro, e não pelo outro. Nesse sentido, cf., LEVINAS, op. cit. RIPANTI, Graziano. Introdução: Emmanuel Levinas e o infinito diálogo. In.: LEVINAS, Emmanuel. *Violência do rosto*. São Paulo: Loyola, 2014. p. 11. SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

37 MAGALHÃES, op. cit., 2016. p. 17-18.

38 Conceito apresentado por Clifford Geertz, assim como por Roberto Kant de Lima, em contraposição à encriptação e a visão de superioridade moral etnocêntrica do Direito monista. O Direito monista não passa de uma forma específica de compreender a realidade, existindo outras formas de vida jurídica. Nas palavras de Geertz, “O direito [...] é saber local; local não só com respeito ao lugar, à época e à categoria e variedade de seus temas, mas também com relação a sua nota característica – caracterizações vernáculas do que acontece ligadas a suposições vernáculas sobre o que é possível. É a esse complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos, que venho dando nome de sensibilidade jurídica”. Cf.: GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 218. LIMA, Roberto Kant de. *Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada*. Anuário Antropológico, 2009-2, 2010. p. 25-51. Passa a ser imprescindível, por isso, superar a pretensa superioridade da racionalidade abstrata frente à “razoabilidade subalterna” e trabalhar-se com o gerenciamento consensual da diferença, e não com sua

profundo do que um olhar para o outro objetivando conhecê-lo: é preciso que esse olhar vise conhecer a nós a partir dos olhos do outro diferente³⁹.

É imprescindível uma concepção pluralista de nação, que convida o constitucionalismo a desconhecer-se e abandonar suas certezas, dentre as quais a da encriptação e da superioridade hegemônica e etnocêntrica. Com essa disponibilidade existencial para o outro⁴⁰, pode o constitucionalismo humanizar-se e, na diversidade, constituir-se enquanto unidade responsável. Assim, o maior acontecimento do constitucionalismo consiste no seu *desacontecimento*⁴¹, no *trocar as lentes*⁴² da teoria e da prática constitucional, de forma a superar as limitações da história única⁴³.

Outrossim, a jurisdição constitucional, se vinculada à necessidade de estabilidade da sociedade plural, e não à autoafirmação estatal, é elemento central na compreensão social, à medida que permite, por intermédio da constituição processual e do direito à diversidade, a materialização do pertencimento no Estado plural⁴⁴.

Assim, a democracia não é um produto da racionalidade a ser densificada por teorias constitucionais abstratas. Ela consiste em modo de vida baseado na convivência humana respeitosa, na alteridade com o diferente, na possibilidade da diversidade.

eliminação ou autorização. Ou, na frase célebre de Nise da Silveira, é preciso reconhecer que “há dez mil modos de pertencer à vida e lutar pela sua época”.

39 SEGATO, op. cit., 2006, p. 228.

40 LEVINAS, op. cit., 2014.

41 A expressão “desacontecimento” é utilizada aqui no sentido empregado por Eliane Brum. “Cada vez mais, só era possível levantar da cama pela manhã porque eu podia estar em outro lugar e ser uma outra. Não havia eu, só alteridade. Se havia um eu, era este, o da menina que fabulava”. BRUM, Eliane. *Meus desacontecimentos: a história da minha vida com palavras*. São Paulo: Leya, 2014. p. 96.

42 Howard Zehr defende que as lentes através das quais se enxerga influenciam naquilo que se vê. Desse modo, a compreensão sobre o que é possível e impossível, dos problemas e de suas possíveis soluções é baseada na construção que se faz da realidade. Essas construções podem mudar, assim como podem ser simplistas ou complexas, a depender das lentes, da proporção e do ponto em que se começa a narrar e enxergar a história. O autor sustenta que a justiça precisa ser uma experiência real, precisa ser vivida por todos os envolvidos no conflito, o que demanda envolvimento (participação/influência) e consulta (não surpresa). A presença sem possibilidade de participar e influir ou a ausência não permitem conexão, responsabilização, empoderamento e pertencimento quanto aos resultados de decisões essenciais à vida humana, a exemplo da resposta aos próprios conflitos. Cf.: ZEHR, Howard. *Changing Lenses: Restorative Justice for our Times*. Harrisonburg: Herald Press, 2015.

43 Cf. ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo da história única*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EC-bh1YARsc>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

44 AGUIRRE, op. cit., [20--]. p. 125.

Para tanto, é fundamental que se rompa com a desconfiança na autonomia dos outros, típica da *estadania* e do exercício de poder tutelar pelo Estado⁴⁵. Essa desconfiança está assentada no modelo de Estado monista patriarcal, que se apropria do direito de decidir sobre o que é ou não legítimo para o outro.

O patriarcado não só afasta a possibilidade de responsabilização, quanto de autonomia sobre atos elementares da própria vida. A cultura patriarcal apropria-se das decisões do outro, tenta impor homogeneidade através da supremacia do *habitus* de uns sobre os outros, estabelecendo à força limites que restringem o espectro de atuação individual em certas áreas que reputa relevantes⁴⁶. Com isso, normaliza-se uma imposição cultural e subalterniza-se diversidades tidas por inferiores ou ilegítimas.

A contraposição à sociedade patriarcal não é a matriarcal, esta também ancorada na supremacia de uns sobre os outros, presa à lógica dual da inclusão/exclusão, só que com prevalência do polo oposto. Assim, se o modelo patriarcal de Estado não atende à constituição processual, não será uma sociedade matriarcal que será capaz de materializá-la.

Propõe-se, ao contrário, um constitucionalismo neomatrístico, isto é, que resgate a cultura matrística existente na Europa entre sete a cinco mil anos antes de Cristo⁴⁷. Nessas sociedades, não havia diferença hierárquica entre homens e mulheres, assim como não existia prevalência de qualquer ser humano, uma vez que sua pauta central era a autorrealização das pessoas, a responsabilização e o respeito mútuo.

O suposto essencial da sociedade matrística é o reconhecimento de cada pessoa como parte intrínseca do mundo, uma vez que as ações humanas repercutem na totalidade da existência⁴⁸.

O modo matrístico de viver abre intrinsecamente um espaço de coexistência, com a aceitação tanto da legitimidade de todas as formas de vida quanto da possibilidade de acordo e consenso na geração de um projeto comum de convivência. O modo de vida patriarcal restringe intrinsecamente a

45 LIMA, Antonio Carlos Souza. O exercício da tutela sobre os povos indígenas: considerações para o entendimento das políticas indigenistas no Brasil contemporâneo. "Dossiê Fazendo Estado", *Revista de Antropologia, USP*, São Paulo, v. 55(2), jul./dez. 2012.

46 MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZOLLER, Gerda. *Amar e brincar: fundamentos esquecidos do humano: do patriarcado à democracia*. São Paulo: Palas Athena, 2004.

47 *Ibid.*, p. 39 e ss.

48 MATURANA; VERDEN-ZOLLER, op. cit., p. 47.

coexistência mediante as noções de hierarquia, dominação, verdade e obediência, que exigem a autonegação e a negação do outro. A maneira matrística de viver nos descortina a possibilidade de compreensão da vida e da natureza porque nos leva ao pensamento sistêmico, permitindo-nos ver e viver a interação e a co-participação de todo vivente no viver de tudo o que é vivo. A forma patriarcal de vida restringe nossa compreensão da vida e da natureza, ao levar-nos à busca de uma manipulação unidirecional de tudo, pelo desejo de controlar o viver.⁴⁹

Por essa razão, um constitucionalismo neomatrístico proporciona a materialização do direito à diversidade e a experiência plena da democracia por intermédio da constituição processual fundada em ética de alteridade.

Desse modo,

[...] a democracia não tem justificativas transcendentais: ela é na verdade artificial, é um produto da co-inspiração. As pessoas acreditam que, uma vez estabilizada, a democracia pode ser defendida racionalmente por meio do uso de noções como direitos humanos – como se estes tivessem validade universal transcendente –, sem perceber que também eles são obras de arte arbitrárias. Como uma forma de coexistência matrística em meio a uma cultura patriarcal que a ela se opõe e constitutivamente a nega, a democracia não pode ser estabilizada nem defendida: só pode ser vivida. A defesa da democracia – com efeito, a defesa de qualquer sistema político – conduz necessariamente à tirania.

[...] Viver em democracia é um ato de responsabilidade pública, que surge de um desejo de viver tanto na dignidade individual quanto na legitimidade social que ela implica como forma matrística de vida. E falhamos em nosso propósito, quando não realizamos essa maneira de viver enquanto afirmamos que queremos viver nela.⁵⁰

Ademais, é pertinente apresentar a importância do discurso feminista no resgate da cultura matrística. Segundo Marilyn Strathern, o discurso feminista fomenta a abertura para a diversidade da experiência social na relação com a diferença das perspectivas tanto das mulheres como dos homens. Assim, essas relações e tensões com a diferença dentro da sociedade constituem aprendizado e

49 MATURANA; VERDEN-ZOLLER, op. cit., p. 107-108.

50 Ibid., p. 103.

transformação na relação nós/eles. A cultura é constituída por meio desse aprendizado⁵¹.

Por se tratar de um discurso formado a partir da experiência, o feminismo parte do rechaço de que uma dada cultura é moldada a partir da relação dicotômica entre sociedade e indivíduo⁵², levando-se ao questionamento das convenções sociais para além de premissas ambivalentes que, como o Estado Moderno tem demonstrado, servem para a uniformização e reforço de questões hegemônicas. A pluralidade do discurso feminista busca o rechaço do patriarcado e as convenções que ele cria de proeminência de alguns seres humanos sobre outros⁵³.

O pluralismo do debate feminista, por contraste, não é tanto o eclecismo de múltiplos pontos de vista potenciais a serem ocupados em turnos, mas a construção de um discurso. As diversas perspectivas não devem ser substituídas uma pela outra, mas sim manter suas diferenças como vozes distintas. O terreno comum reside na experiência, na consciência e na motivação para mudar a ordem atual⁵⁴.

Assim, o problema das mulheres é, também, sobre as formas de socialização, de modo que o discurso feminista leva a refletir e questionar a

51 STRATHERN, Marilyn. *O gênero da dádiva: problemas como as mulheres e problemas com a sociedade na Melanésia*. Campinas: UNICAMP, 2006.

52 Segundo Marilyn Strathern, o discurso feminista suscita o questionamento da relação entre sociedade e indivíduo, eis que essa relação se encontra em relação de tentativa de uniformização de um elemento pelo outro. Em outras palavras, na relação entre sociedade e indivíduo um sempre será tratado como superior e conformador dos outros, em relação de submissão. Assim, olha-se o indivíduo a partir da sociedade, como forma de incidir uma relação de hegemonia e dizer como aquele indivíduo deve ser considerado e tratado por determinadas convenções sociais. O apego a essa entidade metafísica serviria à desconsideração do outro. Por isso, a autora afirma que o discurso feminista ao ser apreendido pela antropologia resulta na criação de uma antropologia sem sociedade. A antropologia feminista, então, nos ajuda a revelar símbolos especialmente concebidos, na medida em que pluraliza estes contextos de relações e oposições, mormente ao revelar determinadas convenções diferentes daquelas ocidentalizadas. Cf., STRATHERN, 2006.

53 Ibid.

54 Ibid., p. 75.

própria sociedade^{55 56} e aquilo que constituiria ela: a Constituição. Ao negar-se a humanidade de algumas pessoas, nega-se a humanidade em totalidade⁵⁷.

O constitucionalismo feminista, portanto, figuraria como estratégia para vivência da democracia e rechaço da cultura do patriarcado, revelando a diversidade de experiência social na relação com a diferença⁵⁸. Tal conceitualização nada mais é do que expressão do constitucionalismo na democracia vivida, numa cultura neomatrística, em que a constituição - como resultado dessa vivência - precisa observar.

Se são as pessoas quem fazem a cultura e o Direito, e não o oposto, os seres humanos são também capazes de modificá-los para que abarquem uma humanidade inteira de pessoas que tem sido excluída ou meramente reconhecida⁵⁹.

A humanidade, enquanto característica do gênero humano, será violada sempre que um ser humano não for tratado como pessoa, isto é, enquanto agente de si, respeitado em sua diversidade para a realização da igualdade. Enquanto alguns seres humanos forem fim e outros meio, todos os sujeitos não passarão de objetos.

55 Nesse sentido, afirma Strathern que “[...] O problema das mulheres nunca foi exatamente sobre as mulheres. Ao longo das últimas décadas, a questão da mulher, como se dizia, tornou-se explicitamente uma questão de gênero, na antropologia e para além dela. Muitas das questões levantadas pelas escritoras feministas têm ligação com os tipos de relações e inter-relações que preocupam os antropólogos, e uma contribuição significativa da antropologia foi sua insistência sobre a natureza convencional dos construtos de gênero, sobre a maneira pela qual são conceitualizadas as diferenças entre masculino e feminino. Por mais que outras culturas baseiem esses construtos no que percebem como características sexuais imutáveis, os construtos eles próprios são analisados como mutáveis. Pode-se inferir que, se tudo é construído, então nada é inevitável, visto que a relação entre a convenção social e a natureza intrínseca das coisas é evidenciada como arbitrária”. Cf.: STRATHERN, op. cit., p. 69.

56 STRATHERN, 2006.

57 Nesse sentido, Segato, afirma que acredita que o caminho seja “que o tema [dos direitos das mulheres] saia das mãos exclusivas das mulheres, já que assim como o racismo deve ser compreendido como um problema também dos brancos, cuja humanidade se deteriora e se degrada diante de cada ato racista, o sexismo deve ser reconhecido como um problema dos homens, cuja humanidade se deteriora e se degrada ao serem pressionados pela moral tradicional e pelo regime de status a guiar seu comportamento todos os dias pela força ou pela destreza em sua posição de dominação”. SEGATO, Rita Laura. *La argamassa jerárquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del Derecho*. In.: _____. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003, p. 146 – tradução nossa.

58 STRATHERN, 2006.

59 ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

3 CONCLUSÃO

Sob a ótica do reconhecimento, direitos de minorias qualitativas têm sido incluídos na juridicidade brasileira. A importância da inclusão, ainda que inegável, não é suficiente para o viver democrático.

Ao reconhecer, o Estado e o Direito exercem o poder de incluir, o que também lhes confere a faculdade de excluir. A lógica do reconhecimento continua dizendo mais sobre a concentração de poder de maiorias qualitativas do que propriamente sobre o novo lugar conferido aos outrora excluídos.

O viver democrático, contudo, exige que a diversidade da existência passe a compor *sensibilidades jurídicas* e conversações constitucionais. Mais do que influência e reconhecimento, o que se defende é a capacidade de autodeterminação, superando a desconfiança do Estado e do Direito modernos na autonomia dos mais diversos cidadãos.

Ao afastar-se da *estadania* e pautar-se em relações neomatrísticas, tanto o constitucionalismo, quanto o feminismo rechaçam a possibilidade de que uma convenção ou constituição legitime a supremacia de algumas pessoas em detrimento de outras.

Nesse aspecto, um constitucionalismo plurinacional constitui passo importante para o caminhar democrático, superando o paradigma binário de inclusão e exclusão do sistema. Contudo, mesmo o constitucionalismo plurinacional pode não ser suficiente, é imprescindível uma compreensão processual de constituição.

A Constituição processual deve ser construída constantemente por intermédio de *diálogos constitucionais não-violentos* que visem transformar os conflitos, oferecendo consensos provisórios. Para tanto, parte-se da ética de alteridade, no contínuo inter-esse de descobrir-se e aprimorar-se através da diversidade enxergada nos olhos dos outros.

REFERÊNCIAS

ABREU, Haroldo. *Para além dos direitos: cidadania e hegemonia no mundo moderno*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008. (Pensamento Crítico, v. 10).

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo da história única*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=EC-bh1YARsc>>. Acesso em: 12 jul. 2016.

_____. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Companhia das letras, 2014.

AGUIRRE, Eliana. El rol del tribunal constitucional plurinacional en el pluralismo jurídico y la nueva condición de estatalidad. In.: TUDELA, Farit L. Rojas. (Coord.). *Pluralismos: 11 tesis*. La Paz: Creative Commons, [20--]. p. 115-136.

ALÁEZ CORRAL, Benito. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia: ¿A quién pertenece la Constitución?* Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2006.

ANDERSON, Benedict. *Comunidades imaginadas: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. Ciudad de Mexico: Cultura Libre, 1993.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Íntegra do discurso presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães*. Rádio Câmara. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html)>. Acesso em: 17 set. 2016.

BRUM, Eliane. *Meus desacontecimentos: a história da minha vida com palavras*. São Paulo: Leya, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da A insuficiência da compreensão do Direito a partir da regulação: o exemplo do realismo jurídico estadunidense. In: *Filosofia do direito I*. Florianópolis : Conpedi, 2014.

CASTILHO, Eka Wiecko Volkmer de. *Diversidade cultural esquecida da justiça*. 2014. Disponível em : <<http://arquivo.geledes.org.br/em-debate/colonistas/23771-diversidade-cultural-esquecida-da-justica-por-ela-wiecko-v-de-castilho>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

DUSSEL, Enrique. *Europa, modernidad y eurocentrismo*. 2000. Disponível em: <enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>. Acesso em: 16 de jun. 2015.

FARIA, José Eduardo. Pluralismo jurídico e regulação econômica (oito tendências do direito contemporâneo). In.: COSTA, Alexandre Bernadino. *et al. O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD, UnB, 2009.

FORTMAN, Bas de Gaay. Minority Rights: a major misconception? *Human Rights Quarterly*, v. 33, n. 12, p. 265-303, may 2011.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2012. v. 1. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler.

LEDERACH, John Paul. *Transformação de conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEVINAS, Emmanuel. *Violência do rosto*. São Paulo: Loyola, 2014.

LIMA, Antonio Carlos Souza. O exercício da tutela sobre os povos indígenas: considerações para o entendimento das políticas indigenistas no Brasil contemporâneo. “Dossiê Fazendo Estado”, *Revista de Antropologia*, USP, São Paulo, v. 55(2), jul./dez. 2012.

LIMA, Roberto Kant de. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. *Anuário Antropológico*, 2009-2, 2010, p. 25-51.

MAGALHAES, José Luiz Quadros de. *Estado Plurinacional e direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012. (Coleção Para Entender).

_____. O novo constitucionalismo latino-americano 2: rupturas – diversidade. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 28, p. 10-19, jan./abr. 2016.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1963.

MATEI, Ugo. NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MATURANA, Humberto R.; VERDEN-ZOLLER, Gerda. *Amar e brincar: fundamentos esquecidos do humano: do patriarcado à democracia*. São Paulo: Palas Athena, 2004.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PACHAGUAYA, Pedro; MARCANI, Juan Carlos. *Etnografía de un litigio interlegal: la defensa jurídica desde la jurisdicción indígena en Bolivia*. Disponível em: <http://www.scielo.org/bo/pdf/rbcst/v19n39/v19n39_a09.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

RESTREPO, Ricardo Sanín. HINCAPÍE, Gabriel Méndez. La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí, México, ano IV, n. 8, jul./dez. 2012.

RICOEUR, Paul. *Outramente: leitura do livro Autrement qu'être ou au-delà de l'essence de Emmanuel Lévinas*. Petrópolis: Vozes, 2008.

RIPANTI, Graziano. Introdução: Emmanuel Levinas e o infinito diálogo. In.: LEVINAS, Emmanuel. *Violência do rosto*. São Paulo: Loyola, 2014. p. 7-26.

ROSENBERG, Marshall. *Nonviolent Communication: A Language of Life*. 3. ed. Encinitas: Puddle Dancer Press, 2015.

ROSENFELD, Michel. *Modern Constitutionalism as interplay between identity and diversity: an introduction*. 14 *Cardozo L. Rev.* 497, 499, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 8. ed. v. 1, São Paulo: Cortez, 2011.

SCHAVELZON, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia: etnografía de una Asamblea Constituyente*. La Paz: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2012.

SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais*. *MANA*, 12(1): 207-236, 2006.

_____. La argamassa jerarquica: violencia moral, reproducción del mundo y la eficacia simbólica del Derecho. In.: _____. *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SOUZA, Jessé José Freire de. *A construção da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

_____. *A ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. *Pode o subalterno falar?* Belo Horizonte: UFMG, 2010.

STRATHERN, Marilyn. *O gênero da dádiva: problemas como as mulheres e problemas com a sociedade na Melanésia*. Campinas: UNICAMP, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZEHR, Howard. *Changing Lenses: Restorative Justice for our Times*. Harrisonburg: Herald Press, 2015.

RECEBIDO EM: 01.10.2016

APROVADO EM: 23.01.2017

O GIRO INSTITUCIONAL E A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES NA ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DO ART. 1º DA LC Nº 110/01

*THE INSTITUTIONAL TURN AND THE CAPACITIES APPROACH IN
THE ANALYSIS OF THE SUPERVENING (UN)CONSTITUTIONALITY
OF ARTICLE 1 OF "LC Nº 110/01"*

Renan Sales de Meira

Mestrando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Bolsista de mestrado (CNPq)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Lei Complementar nº 110/2001: contexto de edição e panorama jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal; 2 A abordagem das capacidades – o giro institucional de Sunstein e Vermeule; 3 As capacidades institucionais e o recurso extraordinário nº 878.313; 4 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A Lei Complementar nº 110/01 instituiu no ordenamento jurídico nacional dois tributos, dos quais um, na visão do Supremo Tribunal Federal (STF), seria uma contribuição social – tributo finalístico, portanto. No Recurso Extraordinário nº 878.313, está posta a discussão da tese da inconstitucionalidade superveniente da exação referida, sob o fundamento de que se teria cessado a finalidade para a qual fora instituído do tributo em comento. À luz da abordagem das capacidades institucionais, defende-se que a solução correta a ser adotada pelo STF seria a posição de deferência ao Poder Legislativo, posto que em pior condição institucional para analisar a questão (verificação da necessidade de permanência do tributo) se comparado ao Congresso Nacional. Isso não significa, entretanto, ruptura com o princípio da supremacia constitucional, posto que esse não se confunde com a ideia de supremacia judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Tributos Finalísticos. Inconstitucionalidade Superveniente. Capacidades Institucionais. Deferência ao Legislativo.

ABSTRACT: The “Lei Complementar nº 110/01” instituted two taxes in Brazilian juridical system, of which one, according to Supremo Tribunal Federal (STF), is a social contribution – a finalistic tax. In Recurso Extraordinário nº 878.313, it is in discussion the supervening unconstitutionality of that tax thesis, allegedly because it should have ceased the necessity which was at the basis of the establishment of that tax. By the light of the institutional capacities approach, this article claims that the correct solution the STF has to adopt is to defer to the Legislative, because it is in a worse institutional position to analyze the question (whether it has ceased or not the necessity of the continuity of the taxation in comment), if compared to that of the Congresso Nacional. However, this doesn’t mean the denial of the constitutional supremacy principle, because it doesn’t come down to the idea of judicial supremacy.

KEYWORDS: Finalistic Taxes. Supervening Unconstitutionality. Institutional Capacities. Defer to Legislative.

INTRODUÇÃO

Adotando-se a classificação quinquipartida (ou pentapartida) dos tributos no ordenamento jurídico nacional, pode-se dizer que as contribuições especiais constituem uma espécie tributária caracterizada por seu caráter finalístico¹, em que sua arrecadação está vinculada ao cumprimento de determinada finalidade, não obstante a literalidade do art. 4º do Código Tributário Nacional². Ciente disso, parcela da doutrina tributária sustenta que, havendo a tredestinação – ou seja, a aplicação do montante arrecadado pela Fazenda Pública em finalidade diversa daquela prevista para tais tributos de arrecadação vinculada –, isso implicaria no reconhecimento da inconstitucionalidade da exação, visto que não subsistiria substrato constitucional para sua manutenção, referente à necessidade de sua instituição³.

Insta salientar que a Lei Complementar nº 110/2001, na leitura do Supremo Tribunal Federal (julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556), teria instituído uma contribuição especial em seu art. 1º, na modalidade de contribuição social, subespécie contribuição social geral⁴. Ressalte-se que esse tribunal reconheceu, em 2015, Repercussão Geral no âmbito do Recurso Extraordinário nº 878.313, versando sobre a tese da inconstitucionalidade superveniente da exação

- 1 “A Constituição de 1988 disciplina tributos ‘finalisticamente’ afetados, que são as contribuições e os empréstimos compulsórios, dando à destinação que lhes é própria relevância não apenas do ponto de vista do Direito Financeiro ou Administrativo, mas igualmente do ponto de vista do Direito Tributário. É que a Constituição converte os atos que realizam a finalidade constitucional em fato gerador da obrigação” (DERZI, M. A. M. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 42).
- 2 “Entretanto, ressalvas devem ser feitas ao art. 4º do Código Tributário Nacional, no ponto em que considera irrelevante, de forma generalizada, a destinação do produto arrecadado para a definição da espécie tributária. É que a destinação, efetivamente, será irrelevante para a distinção entre certas espécies (taxas e impostos, p. ex.), mas é importante no que tange à configuração das contribuições e dos empréstimos compulsórios” (Ibid., p. 42).
- 3 Nesse sentido, Derzi: “as ações estatais que as contribuições visam a financiar devem estar no pressuposto da norma tributária, devem integrar sua hipótese de incidência, de tal modo que, uma vez pago o tributo, mas identificada a tredestinação ou a não aplicação dos recursos, estaremos em face de tributos sem ‘causa’, sendo devida a repetição do indébito” (Ibid., p. 58).
- 4 Não obstante se ter ciência das críticas formuladas à classificação efetivada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à exação em comento, bem como à própria constitucionalidade de sua instituição, no presente trabalho, como recorte metodológico para a discussão do objeto do estudo, pressupõe-se como correto aquilo já estabelecido na jurisprudência de tal tribunal. Assim, considera-se que, de fato, fora constitucional a instituição do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, bem como que essa exação se trata de uma contribuição social geral.

referida, sob o fundamento do cumprimento da finalidade prevista na criação do tributo em questão.

O presente trabalho tem por objetivo central discorrer se (e como) o *giro institucional* proposto por Sunstein e Vermeule⁵, notadamente no tocante ao debate a respeito das *capacidades institucionais*, poderia contribuir para o julgamento do mencionado recurso. Para tanto, delinea a seguinte estratégia argumentativa: na próxima seção, realiza um breve relato do contexto de surgimento da Lei Complementar nº 110/2001 (instituição do tributo em comento), bem como do panorama jurisprudencial da questão no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF); na seção 3, a seu turno, expõe o que seria o giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule, relatando um exemplo prático de sua aplicação no Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/DF, acrescentando-se, na oportunidade, a advertência de que não se pode equiparar a noção de supremacia constitucional à de supremacia judicial. Na seção 4, reflete-se sobre as lições que se pode extrair do giro institucional no tocante à discussão posta para julgamento no Recurso Extraordinário nº 878.313, apresentando, em seguida, as considerações finais do trabalho.

1 LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001: CONTEXTO DE EDIÇÃO E PANORAMA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Lei Complementar nº 110/2001, editada para contornar possíveis efeitos perversos à situação financeira da Caixa Econômica Federal (gerenciadora das contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS) e à administração da Justiça em decorrência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 226.855, instituiu, em seus arts. 1º e 2º, dois tributos. Ressalte-se que referida decisão judicial concedeu o pleito de correção monetária nas contas do FGTS, no importe de 16,64% e 44,08% sobre os saldos das contas existentes, respectivamente, no período compreendido entre 01/12/1988 a 28/02/1989 e no mês de abril de 1990.

Dentre tais tributos instituídos, menciona-se a contribuição estabelecida no art. 1º desse diploma normativo, assim redigido:

Art. 1º Fica instituída contribuição social devida pelos empregadores em caso de despedida de empregado sem justa causa, à alíquota de dez

5 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Arian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Law & Economics Working Papers, Working Paper No 156*, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245>. Acesso em: 19 dez. 2015.

por cento sobre o montante de todos os depósitos devidos, referentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, durante a vigência do contrato de trabalho, acrescido das remunerações aplicáveis às contas vinculadas.

Parágrafo único. Ficam isentos da contribuição social instituída neste artigo os empregadores domésticos⁶.

Segundo consta de outros dispositivos da Lei Complementar nº 110/2001, a Caixa Econômica Federal estaria autorizada a depositar na conta vinculada ao FGTS dos trabalhadores que realizassem acordos evitando ou colocando termo a litígio judicial parcela do valor devido em relação a tal correção monetária, com certo percentual de deságio. A princípio, pode-se dizer que os tributos instituídos na ocasião – como o ora sob comento – teriam por destinação o cumprimento desses acordos.

Ocorre que a última parcela desses acordos fora quitada em janeiro de 2007, pelo que se questiona se, a partir desse fato, poder-se-ia concluir, em sede judicial, pela inconstitucionalidade superveniente da exação prevista no art. 1º do mencionado diploma normativo, em virtude de suposto cumprimento da finalidade que justificara sua instituição. Para enfrentar a temática, urge tecer considerações sobre algumas manifestações do Supremo Tribunal Federal em relação ao dispositivo.

Nesse sentido, referida Corte Suprema já teve a oportunidade de enfrentar a temática da constitucionalidade geral dos tributos instituídos por tal legislação complementar nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.556/DF, em acórdão assim ementado:

Ementa: Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção Monetária e Atualização dos depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato

6 BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Complementar nº 110 de 29 de junho de 2001*. Institui contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp110.htm>. Acesso em: 19 dez. 2015.

das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. A segunda contribuição criada pela LC 110/2001, calculada à alíquota de cinco décimos por cento sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada trabalhador, extinguiu-se por ter alcançado seu prazo de vigência (sessenta meses contados a partir da exigibilidade – art. 2º, §2º da LC 110/2001). Portanto, houve a perda superveniente dessa parte do objeto de ambas as ações diretas de inconstitucionalidade. *Esta Suprema Corte considera constitucional a contribuição prevista no art. 1º da LC 110/2001, desde que respeitado o prazo de anterioridade para início das respectivas exigibilidades (art. 150, III, b da Constituição). O argumento relativo à perda superveniente de objeto dos tributos em razão do cumprimento de sua finalidade deverá ser examinado a tempo e modo próprios.* Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas prejudicadas em relação ao artigo 2º da LC 110/2001 e, quanto aos artigos remanescentes, parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do artigo 14, caput, no que se refere à expressão “produzindo efeitos”, bem como de seus incisos I e II⁷ (grifo nosso).

Ressalte-se que, na oportunidade do julgamento dessa ação, o Min. Rel. Joaquim Barbosa asseverou que o argumento da inconstitucionalidade dos tributos pelo cumprimento da finalidade da exação fora levantado pelo requerente após a propositura da ADI, mas que o Supremo Tribunal Federal não se manifestaria sobre a questão, pela ausência de cabimento de sua alegação no momento processual. Na opinião do referido Ministro, consistiria a questão em um “dado superveniente”, e, assim, “os envolvidos no controle de constitucionalidade não tiveram a oportunidade de exercer poder instrutório em sua plenitude”⁸.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Moreira Alves. Brasília, Acórdão de 09 de out. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347622>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tributário. *Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretadas por decisão judicial (RE 226.855)*. Correção Monetária e Atualização dos depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Joaquim Barbosa.

Não obstante a abstenção em enfrentar o mérito da questão, referido Min. Relator teceu algumas considerações sobre o tema, no que, além de caracterizar referidas exações como da espécie tributária das contribuições – de finalidade determinada (arrecadação vinculada) –, indicou que sua constitucionalidade dependeria da atual necessidade pública que motivara sua instituição, *in verbis*:

Assim, a existência das contribuições, com todas as suas vantagens e condicionantes, somente se justifica se preservadas sua destinação e sua finalidade. Afere-se a constitucionalidade das contribuições pela necessidade pública atual do dispêndio vinculado (motivação) e pela eficácia dos meios escolhidos para alcançar essa finalidade⁹.

Na ocasião, restou assentado no voto do Min. Relator, também, que, embora se trate a exação do art. 1º da LC nº 101/2001 de *contribuição social*, não se confunde com as *contribuições sociais de financiamento da seguridade social*, submetidas estas às regras próprias do art. 195 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como a anterioridade nonagesimal. Assim, no julgamento definitivo da ação, confirmou-se o entendimento externado no âmbito da decisão em sede liminar da ADI nº 2.556, no sentido de que referido tributo seria uma *contribuição social geral*, submetida ao regramento do art. 149 da CRFB/88. Consta na ementa do julgamento da ADI 2.556-MC:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. - *A natureza jurídica das duas exações criadas pela lei em causa, neste exame sumário, é a de que são elas tributárias, caracterizando-se como contribuições sociais que se enquadram na sub-espécie “contribuições sociais gerais” que se submetem à regência do artigo 149 da Constituição, e não à do artigo 195 da Carta Magna.* - Não-ocorrência de plausibilidade jurídica quanto às alegadas ofensas aos artigos 145, § 1º, 154, I, 157, II, e 167, IV, da Constituição. - Também não apresentam plausibilidade jurídica suficiente para a concessão de medida excepcional como é a liminar as alegações de infringência ao artigo 5º, LIV, da Carta Magna e ao artigo 10, I, de seu ADCT. - Há, porém, plausibilidade jurídica no tocante à arguição

Brasília, Acórdão de 13 de jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792333>>. Acesso em: 19 dez. 2015. Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

9 Ibid. Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

de inconstitucionalidade do artigo 14, “caput”, quanto à expressão “produzindo efeitos”, e seus incisos I e II da Lei Complementar objeto desta ação direta, sendo conveniente, dada a sua relevância, a concessão da liminar nesse ponto. Liminar deferida em parte, para suspender, “ex tunc” e até final julgamento, a expressão “produzindo efeitos” do “caput” do artigo 14, bem como seus incisos I e II, todos da Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001¹⁰ (grifo meu).

Ao final, julgou-se constitucional, por maioria, a previsão contida no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001, com a ressalva do Min. Rel. Joaquim Barbosa da possibilidade de apreciação oportuna da inconstitucionalidade superveniente da contribuição referida:

Portanto, ressalvado o exame oportuno da inconstitucionalidade superveniente da contribuição pelo suposto atendimento da finalidade à qual o tributo fora criado, julgo prejudicadas estas ações diretas de inconstitucionalidade em relação ao tributo instituído no art. 2º da LC 110/2007. Conheço das ações quanto aos demais artigos impugnados, julgando-as parcialmente procedentes, para declarar a inconstitucionalidade do art. 14, caput, I e II de referida lei complementar, no que se refere à expressão “produzindo efeitos”¹¹ (grifo meu).

Na ocasião, ressalte-se que o Min. Marco Aurélio restou vencido, ao votar pela total procedência dos pedidos formulados na inicial, considerando inconstitucional todo o complexo normativo atacado. Destacou na oportunidade:

Repito, Presidente, que foram criadas contribuições com objetivo que não está contemplado na Carta da República: reforçar o caixa, presente a responsabilidade do Tesouro Nacional. E as parcelas, os percentuais alusivos a essas parcelas, os valores resultantes da incidência desses percentuais – há de ser frisado bem – não visaram beneficiar os trabalhadores; visaram, sim, aportar recursos para se cumprir – como deveria ser cumprido mesmo sem esses valores – a ordem jurídica em vigor. E, a partir disso, chegou-se a apontar que, diante de decisões judiciais da mais alta Corte – como se fosse preciso normatividade

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Moreira Alves. Brasília, Acórdão de 09 de out. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347622>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

11 Id., op. cit. (2012). Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

nesse âmbito –, ante os recursos decorrentes dessas parcelas, a Caixa Econômica ficava autorizada a creditar nas contas os percentuais a que me referi¹² (grifo meu).

Afirmou, então, que referida exação não poderia se enquadrar no art. 149 da CRFB/88, como espécie de contribuição social – ainda que sob a forma de contribuições sociais gerais. Ademais, além do referido julgado do STF, há ainda outros destaques a se realizar no tocante à temática do tributo previsto no art. 1º da LC nº 101/2001. Trata-se do Recurso Extraordinário nº 878.313, pendente de apreciação pela Suprema Corte, em que a tese da inconstitucionalidade superveniente do tributo já ressaltada fora novamente submetida ao Judiciário.

Destaque-se que Repercussão Geral fora reconhecida à temática no ano de 2015, em acórdão assim ementado:

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 – FINALIDADE EXAURIDA – ARTIGOS 149 E 154, INCISO I, DA CARTA DE 1988 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa a saber se, constatado o exaurimento do objetivo – custeio dos expurgos inflacionários das contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – em razão do qual foi instituída a contribuição social versada no artigo 1º da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, deve ser assentada a extinção do tributo ou admitida a perpetuação da cobrança ainda que o produto da arrecadação seja destinado a fim diverso do original¹³.

Portanto, no mencionado recurso busca-se a apreciação, por parte do STF, da questão cujo referido tribunal se absteve de apreciar no âmbito do julgamento do mérito da ADI nº 2.556 – qual seja, da inconstitucionalidade superveniente da contribuição prevista art. 1º da LC nº 101/2001, tendo

12 Ibid. Trecho transcrito do voto vencido do Min. Marco Aurélio no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556/STF.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 – FINALIDADE EXAURIDA – ARTIGOS 149 E 154, INCISO I, DA CARTA DE 1988 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 878313. Intelbrás S/A - Indústria de Telecomunicação Eletrônica Brasileira versus União. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 03 de set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9426138>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

em vista suposto exaurimento de sua finalidade. Para fundamentar sua argumentação, o pleito do contribuinte (recorrente) se embasa em ofício enviado pela Caixa Econômica Federal informando o pagamento das correções monetárias devidas às contas relativas ao FGTS nos termos da decisão do STF, bem como as razões do veto da Presidenta da República a Projeto de Lei que visou extinguir referido tributo.

Nas contrarrazões ao Recurso Extraordinário interposto pelo contribuinte, a União Federal, por meio da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, buscou afastar as alegações do recorrente tendo em vista a fundamentação do acórdão atacado, que negou o pleito formulado na ação antiexacional. No referido acórdão, dentre outras razões, menciona o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que a presunção de cessação da finalidade do tributo não pode ser adotada para fins de se julgar inconstitucional o tributo sob discussão. Ademais, assentou-se que a finalidade social da contribuição em questão seria o direito social previsto no art. 7º, inc. III da CRFB/88, qual seja o FGTS.

O parecer da Procuradoria-Geral da República, a seu turno, fora pelo desprovimento do recurso interposto. Em seu entendimento, o contexto fático de edição da lei em comento não delimitaria a finalidade da tributação, distinguindo-se, ademais, o que poderia ser a *mens legislatoris* (questões que motivaram os atores políticos a instituir o tributo) da *mens legis* (finalidade da norma), assentando-se a prevalência desta sobre aquela. Portanto, considerou-se que o fundamento da contribuição impugnada seria prover recursos ao FGTS, não necessariamente a recomposição financeira dos prejuízos sofridos pelas contas desse fundo em razão dos expurgos inflacionários, ainda que se considerasse esse o motivo político imediato daqueles que editaram a Lei Complementar nº 110/2001. Assim, não se poderia afirmar o exaurimento do objetivo da tributação em discussão.

Assentado o panorama atual do assunto no STF, passa-se às considerações a respeito das capacidades institucionais, inseridas no giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule.

2 A ABORDAGEM DAS CAPACIDADES – O GIRO INSTITUCIONAL DE SUNSTEIN E VERMEULE

Cass Sunstein e Adrian Vermeule¹⁴ discorrem a respeito do que seria um *giro institucional* (ou *virada institucional*), buscando fornecer nova

14 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit.

perspectiva de análise dos temas relacionados à interpretação jurídica. Nesse sentido, tais autores criticam as atuais teorias que versam sobre a temática, aduzindo que ideais abstratos não servem para resolver os desacordos referentes ao método adequado de interpretação¹⁵. Nessa ordem de ideias, seria uma constante nessas vertentes doutrinárias a defesa de determinadas concepções de democracia, legitimidade, autoridade e constitucionalismo, como se tal pudesse resolver, por si só, toda a problemática atinente à interpretação¹⁶.

Assim, o *giro institucional* promovido por mencionados juristas propõe a reflexão, quando do trato das questões atinentes à interpretação, de dois fatores: as (1) capacidades institucionais, relativas às possibilidades reais de cada instituição, tendo-se em vista suas limitações e habilidades, lidar de forma adequada com a interpretação de determinados materiais jurídicos e, ademais (2) os efeitos dinâmicos (ou sistêmicos) de uma leitura particular exarada por determinada instituição específica, no tocante às consequências dessa interpretação em relação aos demais atores públicos e privados no seio da sociedade¹⁷. Caso queiram ser verdadeiramente úteis, debates a respeito da interpretação jurídica deveriam se atentar, necessariamente, para essas questões – que, segundo Bustamante (2013, p. 1115), seriam considerações de ordem empírica.

Desse modo, as teorias da interpretação jurídica que atualmente teriam maior destaque na literatura especializada pecariam por se preocupar apenas (ou, pelo menos, de modo prioritário) sobre como se decide em termos judiciais, pressupondo-se, por vezes, imagens heroicas a respeito das capacidades judiciais¹⁸. O cenário seria ainda pior, ressaltasse, porque essa visão idealizada do Poder Judiciário corriqueiramente seria acompanhada de uma compreensão distorcida das capacidades de outros operadores/criadores do direito, como o Poder Legislativo e as “agências”, integrantes do Executivo¹⁹²⁰.

15 SUNSTEIN, op. cit., p. 2.

16 Ibid., p. 2.

17 Ibid., p. 2.

18 Ibid., p. 3.

19 Ibid., p. 3.

20 Na literatura, já se denominou essa combinação entre uma visão idealizada da capacidade dos magistrados e uma compreensão pessimista a respeito das capacidades dos demais atores institucionais de *nirvana fallacy*. Nos dizeres de Sunstein e Vermeule (tradução minha), a *nirvana fallacy* seria “a justaposição de uma imagem idealizada das capacidades judiciais com uma imagem relutante das capacidades dos outros atores no sistema interpretativo” (Ibid., p. 16, tradução minha). No original: “the juxtaposition of an idealized picture of judicial capacities with a grudging picture of the capacities of other actors in the interpretive system” (Ibid., p. 16).

Pode-se dizer, ademais, que o *giro institucional* sustentado pelos autores se baseia numa premissa, segundo a qual as teorias normativas da interpretação que se preocupam unicamente com a melhor resposta à questão (*first-best accounts*) não são suficientes para resolver a pergunta pela forma adequada de interpretação jurídica²¹. Para realizar tal escolha, considerações de segunda ordem (*second-best account*) relativas às questões institucionais mencionadas são necessárias²². Assim,

a segunda melhor abordagem, que indaga pelos erros interpretativos e os efeitos dinâmicos, necessariamente pressupõe alguma primeira melhor abordagem. Isso é uma observação importante e, em certo sentido, irrepreensível. Entretanto, ela falha em relação ao nosso ponto central, que não é o de que uma abordagem de primeiro nível não possui seu valor ou é irrelevante, mas que ela é incompleta sem uma abordagem de segundo nível que considera os fatores institucionais. A análise institucional é necessária para a escolha de regras interpretativas, ainda quando for insuficiente. De qualquer modo, nós também alegamos algo mais profundo e ambicioso: a análise institucional pode ser suficiente em alguns cenários, porque ela permite aos intérpretes que adotam compromissos distintos convergir em relação a regras interpretativas particulares, enquanto torna suspensos os desacordos a respeito de suas abordagens preferidas em primeiro nível²³ (tradução minha).

Portanto,

se um juiz imperfeito sabe que ficará aquém do padrão de perfeição definido pela abordagem interpretativa de primeiro nível dominante, não resta claro porque ele deveria tentar se aproximar desse padrão tanto quanto possível²⁴ (tradução minha).

21 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 4.

22 Ibid., p. 4.

23 Ibid., p. 4. No original: "a second-best approach, one that asks about interpretive mistakes and dynamic effects, necessarily presupposes some first-best account. This is an important observation, and in a sense it is unexceptionable. But it fails to engage our central point, which is not that a first-best account is worthless or irrelevant, but that it is incomplete without a second-best account that takes account of institutional issues. Institutional analysis is necessary to the choice of interpretive rules, even if it is insufficient. In any case we also offer a further, more ambitious claim: Institutional analysis may indeed be sufficient in some settings, because it may allow interpreters who hold different commitments to converge on particular interpretive rules while bracketing disagreements about their preferred first-best accounts" (Ibid., p. 4).

24 Ibid., p. 23. No original: "if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible" (Ibid., p. 23).

Dos excertos acima transcritos, percebe-se que referidos autores sustentam duas alegações, das quais uma pode ser considerada fraca e, a outra, forte. Em relação à primeira (fraca), afirma-se simplesmente que as abordagens preferenciais – de primeiro nível (*first-best accounts*) –, derivadas das teorias normativas da interpretação jurídica, são insuficientes para, exclusivamente a partir dessas, se extrair regras de interpretação, visto que as considerações institucionais sempre possuiriam alguma influência no tocante à possibilidade de efetiva consecução dessas considerações mais adequadas em primeira instância²⁵. Quanto à outra tese – forte – sustentada pelos autores, pode-se dizer que essa corresponde à noção de que as considerações institucionais de segundo nível poderiam não apenas contribuir para a resolução das discussões no tocante às teorias interpretativas, mas, em determinados casos, serem suficientes para tanto, ao possibilitar que pessoas com opiniões distintas em relação a questões teóricas possam concordar os mesmos resultados práticos^{26,27}.

É interessante notar que, em relação especificamente à problemática da interpretação constitucional, Sunstein e Vermeule²⁸ ressaltam que a decisão no caso *Marbury v. Madison*, paradigma para o desenvolvimento da jurisdição constitucional, se absteve de considerações institucionais, realizando inferências estruturais fracas e descabidas. Nesse sentido, seria incorreto derivar, de um princípio de supremacia constitucional em relação à legislação infraconstitucional, que o Poder Judiciário estaria autorizado a invalidar leis que violam a Constituição²⁹. É plenamente possível adotar tal princípio sem, contudo, reconhecer ao Poder Judiciário autoridade para reforçá-lo³⁰ – ou, ao menos, promovê-lo em todas as hipóteses, notadamente quando se torna claro, por uma análise institucional, a baixa capacidade judicial para avaliar a questão.

Assim, a inferência equivocada presente na mencionada decisão teria, na realidade, ignorado tanto os riscos relativos aos erros judiciais quanto a possibilidade da ocorrência de consequências dinâmicas dos pronunciamentos do Poder Judiciário³¹, questões nitidamente afetas

25 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit., p. 24.

26 Ibid., p. 24.

27 Para aprofundamento na temática relativa a acordos envolvendo baixo grau de teorização, bem como de argumentos que buscam demonstrar sua importância no tocante à prática jurídica, cf. SUNSTEIN, 2007.

28 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit.

29 Ibid., p. 36.

30 Ibid., p. 36.

31 Ibid., p. 36.

à verificação das condições institucionais. Em um sistema em que os magistrados são corruptos e, ademais, há motivos para se crer na atuação legislativa compromissada com as determinações constitucionais, torna-se clara a possibilidade da defesa da supremacia judicial sem conceder ao Poder Judiciário, necessariamente, autorização para invalidar leis com base na alegação de sua contradição em relação à Constituição³², considerações de teor institucional.

Nas palavras de Bellamy³³, “um compromisso em relação a direitos difere da assunção de que sua proteção requer a sua fixação em uma Carta de Direitos supervisionada por uma Corte Constitucional” (tradução minha)³⁴. A equiparação entre supremacia judicial e supremacia da Constituição estaria atrelada a um modelo de *constitucionalismo jurídico* (*legal constitutionalism*), bastante relacionado à tradição do constitucionalismo norte-americano (embora, nesse país, a instituição da jurisdição constitucional também seja objeto de críticas por parcela da academia)³⁵. Entretanto, há que se reconhecer a possibilidade de desenvolvimento de um *constitucionalismo político* (*political constitutionalism*), ou pelo menos da adoção de suas reivindicações em parte da prática constitucional de determinada sociedade³⁶. Num modelo deste tipo, nega-se a (suposta) necessária equiparação entre supremacia

32 SUNSTEIN, op cit., p. 37-38.

33 BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 15.

34 No original: “a commitment to rights is different to assuming their protection requires their entrenchment in a bill of rights overseen by a constitutional court” (Ibid., p. 15).

35 Bellamy assim caracteriza o constitucionalismo jurídico: “a visão crescentemente dominante é a de que as Constituições preservam e asseguram os direitos centrais para uma sociedade democrática. Essa abordagem define a Constituição como um documento escrito, superior à legislação ordinária e entrenchada contra as modificações legislativas, judicializável e constitutiva do sistema político e jurídico. Ela sustenta que uma Constituição desse tipo, não a participação em si na política democrática, fornece a base para o tratamento democrático dos cidadãos enquanto indivíduos merecedores de igual consideração e respeito. O sistema eleitoral e os políticos podem se engajar em um processo democrático, mas eles nem sempre adotam valores democráticos. A defesa desses valores pertence à Constituição e aos seus guardiões judiciais” (BELLAMY, op. cit., p. 1). No original: “the increasingly dominant view is that constitutions enshrine and secure the rights central to a democratic society. This approach defines a constitution as a written document, superior to ordinary legislation and entrenched against legislative change, justiciable and constitutive of the legal and political system. It contends that a constitution of this kind, not participant in democratic politics per se, offers the basis for citizens to be treated in a democratic way as deserving of equal concern and respect. The electorate and politicians may engage in a democratic process, but they do not always embrace democratic values. The defence of these belongs to the constitution and its judicial guardians” (Ibid., p. 1).

36 É importante destacar que Bellamy nota que é plenamente possível a coexistência, em determinado sistema constitucional, de práticas afetas tanto ao constitucionalismo jurídico quanto ao constitucionalismo político. Isso seria o que, de fato, ocorreria na maioria dos países, não obstante

constitucional e supremacia judicial; reconhecendo-se que os indivíduos discordam razoavelmente sobre questões de princípios e direitos e sua forma de proteção e consecução, aduz que o processo democrático seria mais legítimo e efetivo, se comparado aos processos judiciais, para lidar com esses desacordos³⁷.

Não obstante seja Bellamy um crítico da jurisdição constitucional, Sunstein e Vermeule, na proposta do giro institucional, não objetivam realizar uma objeção a tal instituição, mas demonstrar, unicamente, como que a atenção às capacidades institucionais e aos efeitos dinâmicos das decisões deve ser aferida no tocante à escolha do modo de se tratar o princípio da supremacia da Constituição e à alocação de autoridade entre as instituições, o que reflete no modo adequado de se compreender a interpretação constitucional³⁸. Igualmente, destacar aqui a existência do modelo do constitucionalismo político não implica, necessariamente, concordar com todas as conclusões de Bellamy, mas argumentar que, em determinados casos, exigir do Judiciário uma postura de deferência com as escolhas de outras instituições, por motivos relativos à falta de capacidade necessária à avaliação da questão, não implica inexoravelmente em transigir com a supremacia constitucional, visto que esta não se confunde com a supremacia judicial.

Feitas tais observações, cumpre expor um exemplo prático de como a abordagem das *capacidades institucionais* pode ser utilizada no tocante à postura judicial interpretativa a ser adotada, para, posteriormente, discorrer sobre as possíveis lições que se pode extrair do *giro institucional* para o julgamento a ser efetivado no âmbito do Recurso Extraordinário nº 878.313. Assim, pode-se destacar a atuação do Supremo Tribunal Federal

o grau de deferência a um ou outro modelo varie substancialmente em relação a cada contexto específico (Ibid.).

37 Ibid., p. 4.

38 Importante destacar que Sunstein e Vermeule reconhecem que, atualmente, nem toda teoria constitucional (notadamente as teorias norte-americanas, em seu contexto de discussão) adota de modo estrito as formulações da decisão em *Marbury v. Madison* (SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. op. cit., p. 38). Nesse sentido, citam, dentre outros, as perspectivas de Waldron – que demonstraria como as instituições legislativas poderiam melhor lidar com compromissos políticos insolúveis por outras vias – e de Tushnet – ao preocupar com o problema do possível esvaziamento do compromisso do legislativo com a Constituição em virtude da existência de um Poder Judiciário dotado do poder de examinar a constitucionalidade das leis (Ibid., p. 39) –, considerações que perpassam certa análise institucional. Entretanto, para Sunstein e Vermeule, as análises realizadas por esses e outros teóricos mais recentes do constitucionalismo ainda retratam a questão institucional unicamente para uma discussão mais ampla de competências institucionais; restaria deficiente, na discussão mais restrita das regras adequadas de interpretação constitucional, a inclusão de considerações de tal ordem (institucionais) (Ibid., p. 39).

no Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/DF. Em apertada síntese, o caso versa sobre sucessivas prorrogações de prazos de cronogramas estabelecidos em atos normativos do Ministério das Comunicações, lapso temporal conferido às prestadoras de serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão para que promovessem a adequação de suas instalações para proporcionar a audiodescrição, consubstanciada na

narração, em língua portuguesa, integrada ao som original da obra audiovisual, contendo descrição de sons e elementos visuais e quaisquer informações adicionais que sejam relevantes para possibilitar a melhor compreensão desta por pessoas com deficiência visual e intelectual³⁹.

Após tais prorrogações sucessivas do prazo inicialmente estipulado, sob o fundamento da impossibilidade técnica do cumprimento dos cronogramas anteriormente estabelecidos, o Ministério Público Federal propôs Ação Civil Pública reivindicando a condenação da União ao cumprimento do cronograma primeiramente determinado, bem como a se abster de publicar novos atos normativos que prorrogassem referido lapso temporal. Nos autos da Apelação nº 2009.34.00.004764-8, julgada pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o *parquet* obteve o reconhecimento judicial do pleito em questão, acórdão que compõe, juntamente com determinados atos normativos, o objeto da ADPF nº 309/DF.

Assim resumiu o Min. Rel. Marco Aurélio o cerne da questão, em seu relatório, ao citar a decisão monocrática na qual deferiu a liminar requerida:

A controvérsia e atos impugnados remetem a ponto único: o questionamento da validade da Portaria nº 188, de 2010, expedida

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PODER DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE – REGULAMENTAÇÃO – MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES – AFASTAMENTO POR DECISÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ARGUIÇÃO NO SUPREMO – PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO – SEPARAÇÃO DE PODERES – INSEGURANÇA JURÍDICA – LIMINAR REFERENDADA. Envolvida matéria de alta complexidade técnica e pendente de solução em outra arguição formalizada, cumpre suspender decisão judicial a se sobrepor a futuro pronunciamento do Supremo. Referendo em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 25 de set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7356937>>. Acesso em: 19 dez. 2015. Trecho transcrito do relatório do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

pelo Ministério das Comunicações, visando alterar cronograma originário de implementação do recurso de audiodescrição, em virtude das dificuldades técnicas reconhecidas pelo próprio Órgão no âmbito de debate e consulta pública, cuja inconstitucionalidade foi alegada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 160⁴⁰.

Constou no relatório, também, a exposição da fundamentação utilizada na decisão monocrática concessiva da liminar pleiteada:

A matéria envolve dificuldades empíricas e técnicas que exigem conhecimentos e informações específicas indispensáveis a chegar-se a prognósticos adequados. Dentro desse enfoque, a Portaria revela-se providência adotada por órgão revestido de capacidade cognitiva para investigar as condições materiais e de tempo imprescindíveis à implantação da medida de acessibilidade e definir o procedimento pertinente. Sob uma óptica realista, o Ministério das Comunicações está habilitado, diante do quadro de pessoal que possui e da função constitucional que desempenha, a tomar decisões complexas como a ora examinada, considerados aspectos essencialmente técnicos, diagnósticos tematicamente particularizados e necessidade de amplo domínio sobre as limitações fáticas e as perspectivas operacionais dos destinatários da política pública em jogo.

As múltiplas variáveis que motivaram a edição da Portaria não são imunes ao crivo judicial, especialmente se levada em conta a relevância constitucional do propósito social buscado. No entanto, a complexidade requer cautela por parte dos magistrados e maior deferência às soluções encontradas pelos órgãos especialistas na área. Eis o que fiz ver, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.937/SP, de minha relatoria, ao mencionar a capacidade institucional do legislador, entendimento inteiramente aplicável ao caso concreto no tocante ao Executivo⁴¹.

E, em seu voto no âmbito do julgamento ora sob análise (referendo da medida cautelar anteriormente concedida), asseverou:

O processo revela matéria de alta complexidade técnica em relação à qual o Ministério das Comunicações havia, inicialmente, concluído pela prorrogação de prazo para cumprimento dos deveres envolvidos.

40 BRASIL, op. cit. (2014). Trecho transcrito do relatório do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

41 Ibid. Trecho transcrito do relatório do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

Ato judicial no sentido de impor novo lapso temporal implicou evidente reavaliação de diagnósticos e prognósticos feitos pelo órgão especializado competente para tanto, resultando na transgressão de preceitos fundamentais como a separação de poderes, o devido processo legal e a eficiência administrativa. Ante essas razões, proponho o referendo do Pleno à decisão por mim proferida⁴².

Percebe-se, do exposto, que o Min. Marco Aurélio reconheceu, em atenção às considerações relativas às capacidades institucionais, a inadequação de o Poder Judiciário rever decisões de órgãos administrativos especializados em matéria envolvendo questão de alta complexidade técnica. Interessante notar que o Min. Luiz Fux, à ocasião, expressamente enquadrou a discussão no âmbito do debate a respeito das capacidades institucionais:

Eu me refiro especificamente à questão das capacidades institucionais. Esse caso é um caso emblemático sob esse ângulo constitucional. Vossa Excelência sempre afirma que uma instância pode muito, mas não pode tudo, e isso se refere a todos os Poderes. Então, também não se pretende um governo de juízes, até porque nos falta, dentre outras coisas, essa capacidade institucional que foi introduzida nesse debate sobre ativismo e judicialização das questões, dentre outros, pelo Professor Cass Sunstein, se não estou equivocado, de Harvard, e pelo Professor Adrian Vermeulle [sic]⁴³.

Ressalte-se, por fim, que o tribunal, de forma unânime, referendou a medida cautelar concedida monocraticamente pelo Min. Marco Aurélio. Destacado, portanto, um exemplo prático de consideração das *capacidades institucionais* em uma decisão do Supremo Tribunal Federal, cumpre avaliar se (e como) essa abordagem institucional poderia influir no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.313.

3 AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 878.313

Ressaltada a abordagem das capacidades, inseridas no âmbito das considerações de teor institucional, cumpre discorrer sobre a adequada solução a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 878.313. Inicialmente, insta salientar,

42 BRASIL, op. cit. (2014). Trecho transcrito do voto do Min. Rel. Marco Aurélio no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

43 Ibid. Trecho transcrito das alegações do Min. Luiz Fux em sede de debate no julgamento do Referendo na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309/STF.

pensa-se que as advertências decorrentes do giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule permitem concluir que o Poder Judiciário, em análise comparativa com os demais poderes estatais, não estaria autorizado a decidir favoravelmente ao recorrente no caso – ou seja, avaliar se (e constatar que) os motivos que justificaram a criação do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001 se findaram.

Conforme já advertido, a espécie tributária em questão, no entendimento do Supremo Tribunal Federal, se trata de uma contribuição social, na subespécie das contribuições sociais gerais. Desse modo, o motivo para sua instituição pressupõe uma finalidade a ser cumprida com referida tributação, mediante a aplicação obrigatória dos recursos arrecadados com tal contribuição na consecução dessa.

Torna-se patente que os demais poderes, notadamente o Poder Legislativo e sua assessoria técnica, estão em melhores condições institucionais de avaliar a questão (cumprimento ou não das finalidades que justificaram a instituição do tributo), motivo pelo qual a abordagem das capacidades, *in casu*, implica em que o Supremo Tribunal Federal deveria se abster de realizar esse juízo a que não seria o ator institucional mais adequado a efetuar. Adentrar na análise do cumprimento ou não das finalidades que teriam embasado a criação da exação para fins de aferição de uma possível inconstitucionalidade superveniente do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001 seria superestimar a capacidade do Poder Judiciário de avaliar a questão, ao passo que, igualmente, estar-se-ia ignorando a possibilidade de o Poder Legislativo cumprir tal desiderato – recaindo-se, portanto, na *nirvana fallacy* anteriormente descrita.

Aqui, urge tecer alguns comentários, para evitar equívocos. Embora, de fato, haja extenso rol de críticas formuladas à jurisdição constitucional⁴⁴, o argumento exarado não depende dessas objeções. Referida constatação decorre da noção de que não se apresenta nenhuma concepção de democracia, para posteriormente dizer que a atribuição de autoridade ao Poder Judiciário para declarar inválidas leis que contrariam a Constituição seria negada por essa compreensão relatada. Isso porque, conforme já descrito, o giro institucional não parte de nenhuma teorização sobre democracia, justiça ou outros valores políticos para, a partir daí, derivar inexoravelmente regras sobre a postura

44 Cf., dentre outros, WALDRON, 1999, 2006.

adequada dos magistrados; ao revés, busca simplesmente trazer para o debate a respeito dessa atuação as discussões referentes às possibilidades reais de as instituições existentes tratarem de modo satisfatório as questões envolvendo decisões coletivas, como sua capacidade de avaliação dos pressupostos decisórios, bem como das consequências dinâmicas da postura eventualmente adotada.

Assim, o presente trabalho nega a possibilidade de, no caso do Recurso Extraordinário nº 878.313, o Supremo Tribunal Federal considerar a inconstitucionalidade superveniente do tributo cuja previsão se encontra no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001 não em virtude de uma crítica geral à jurisdição constitucional, mas pela constatação de sua (in)capacidade institucional – face à dos demais poderes e, notadamente, do Poder Legislativo – de tratar adequadamente a questão. Ademais, conforme decorre do já explicitado, isso não implica numa ruptura com a ideia de supremacia constitucional, visto que essa não se equipara à supremacia judicial, o que é observado tanto por Sunstein e Vermeule⁴⁵ quanto por Bellamy⁴⁶. Demais atores institucionais que não o Poder Judiciário efetivamente realizam interpretações constitucionais, o que restaria claro num projeto de constitucionalismo político⁴⁷.

Tendo em vista o exposto, aos magistrados é vedado presumir que o simples cumprimento dos acordos previstos na Lei Complementar nº 110/2001 é capaz de afastar a necessidade da contribuição social prevista no art. 1º desse diploma normativo. Deixando claro o posicionamento aqui defendido, pode-se dizer que: (1) em tese, é possível se afirmar que, cessada a necessidade para a qual instituída determinada contribuição social – como é o caso –, a cobrança do tributo se torna inconstitucional; (2) entretanto, isso não significa que *o cumprimento dos acordos* é suficiente para se afirmar a *desnecessidade* da arrecadação do tributo previsto no art. 1º da Lei Complementar nº 110/2001; (3) ademais, em qualquer hipótese, não é permitido ao Poder Judiciário avaliar

45 SUNSTEIN; VERMEULE, op. cit.

46 BELLAMY, op. cit.

47 Cabe aqui um esclarecimento. O constitucionalismo político defendido por Bellamy se ampara, efetivamente, numa crítica à jurisdição constitucional, esta (jurisdição constitucional) atrelada ao modelo do constitucionalismo jurídico. Acredita-se que isso não implica, entretanto, a impossibilidade de se valer de suas ilações a respeito da não equivalência entre supremacia constitucional e supremacia judicial para discutir a questão ora em debate, a partir da abordagem das capacidades institucionais, unicamente para fins de se demonstrar que a tese defendida não precisa transigir com aquele princípio. Não importa, também, numa defesa geral do constitucionalismo político, como forma superior de atribuição de competências em relação a todas ou à maioria das decisões públicas coletivas.

essa *necessidade/desnecessidade* de arrecadação do tributo, posto que não possui a *capacidade institucional* necessária a tanto, sendo juízo que deve ser *restrito ao Poder Legislativo*, a quem compete avaliar a necessidade ou não de instituição e cobrança do tributo (e, portanto, sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, no caso das contribuições).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Complementar nº 110/2001 instituiu, em seu art. 1º, uma contribuição social geral, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como modo de amenizar possíveis efeitos perversos do reconhecimento do direito à correção monetária no saldo existente nas contas do FGTS, relativo a determinados períodos, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 226.855. Cumpridos os acordos para evitar ou por termo a litígios judiciais versando sobre a complementação em comento, levantou-se a tese da inconstitucionalidade superveniente da exação referida, posto se tratar de tributo finalístico que, supostamente, teria cessada sua necessidade de arrecadação, temática a ser decidida por tal tribunal no âmbito do Recurso Extraordinário nº 878.313, com Repercussão Geral reconhecida.

Entretanto, a partir do giro institucional proposto por Sunstein e Vermeule, notadamente na vertente da abordagem das capacidades institucionais, pode-se perceber que falece ao Poder Judiciário a competência para avaliar a (des)necessidade atual de cobrança desse tributo, visto que, por uma análise comparativa, estaria em pior condição institucional de promover tal valoração. Desse modo, a análise deveria ser efetivada pelo Poder Legislativo, a quem competiria, caso julgasse ausente a motivação para sua cobrança, revogar o tributo anteriormente instituído.

Essa conclusão, contudo, não implica na renúncia ao princípio da supremacia da Constituição, posto ser incorreto equipará-lo à ideia de supremacia judicial. Na hipótese específica em comento, problema nenhum há em reconhecer que, tendo-se em vista a abordagem das capacidades institucionais exposta, cabe a instituição diversa do Poder Judiciário a análise da constitucionalidade atual da exação. Assim, deve o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de mérito do Recurso Extraordinário nº 878.313, decidir pelo seu desprovimento, mantendo-se o acórdão atacado, em atenção às próprias limitações.

REFERÊNCIAS

BELLAMY, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei Complementar nº 110 de 29 de junho de 2001*. Institui contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp110.htm>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. PODER DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é insito ao Judiciário. POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSIBILIDADE – REGULAMENTAÇÃO – MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES – AFASTAMENTO POR DECISÃO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL – ARGUIÇÃO NO SUPREMO – PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO – SEPARAÇÃO DE PODERES – INSEGURANÇA JURÍDICA – LIMINAR REFERENDADA. Envolvida matéria de alta complexidade técnica e pendente de solução em outra arguição formalizada, cumpre suspender decisão judicial a se sobrepor a futuro pronunciamento do Supremo. Referendo em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 309. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 25 de set. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7356937>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade*. Impugnação de artigos e de expressões contidas na Lei Complementar federal nº 110, de 29 de junho de 2001. Pedido de liminar. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Moreira Alves. Brasília, Acórdão de 09 de out. 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347622>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 110/2001 – FINALIDADE EXAURIDA – ARTIGOS 149 E 154, INCISO I, DA CARTA DE 1988 – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário nº 878313. Intelbrás S/A - Indústria de Telecomunicação Eletrônica Brasileira versus União. Relator: Marco Aurélio. Brasília, Acórdão de 03 de set. 2015. Disponível em: <<http://>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9426138>.
Acesso em: 19 dez. 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tributário. Contribuições destinadas a custear dispêndios da União acarretados por decisão judicial (RE 226.855). Correção Monetária e Atualização dos depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS). Alegadas violações dos arts. 5º, LIV (falta de correlação entre necessidade pública e a fonte de custeio); 150, III, b (anterioridade); 145, § 1º (capacidade contributiva); 157, II (quebra do pacto federativo pela falta de partilha do produto arrecadado); 167, IV (vedada destinação específica de produto arrecadado com imposto); todos da Constituição, bem como ofensa ao art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (aumento do valor previsto em tal dispositivo por lei complementar não destinada a regulamentar o art. 7º, I, da Constituição). LC 110/2001, arts. 1º e 2º. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2556. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, Acórdão de 13 de jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792333>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Comment on Györfi—Dworkin, Vermeule and Györfi on Constitutional Interpretation: Remarks on a Meta-Interpretive Disagreement. *German Law Journal*, [s. 1], v. 14, n. 8, p. 1109-1146, ago. 2013. Disponível em: <http://www.germanlawjournal.com/s/GLJ_Vol_14_No_08_Bustamante.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

DERZI, M. A. M. *Direito Tributário Brasileiro*. Atualização da obra de Aliomar Baleeiro. 12. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper No. 147, jan. 2007. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/files/147.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Arian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Law & Economics Working Papers*, Working Paper No 156, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245>. Acesso em: 19 dez. 2015.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 6, p. 1346-1360, abr. 2006. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/20455656>>. Acesso em: 22 dez. 2015.

RECEBIDO EM: 19/04/2016

APROVADO EM: 14/07/2016

A COMPATIBILIDADE ENTRE O EXERCÍCIO DE TRABALHO REMUNERADO PELO FILHO DEFICIENTE MENTAL E A PERCEPÇÃO DE PENSÃO POR MORTE NA ATUALIDADE

***COMPATIBILITY BETWEEN PAID WORK BY THE
MENTALLY IMPAIRED SON AND ENTITLEMENT TO
SURVIVOR'S PENSION IN ACTUALLY***

Samuel Mota de Aquino Paz

*Especialista em Direito Público pelo UNIDERP/UNISUL e em Advocacia Pública
pelo IDDE em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da*

Universidade de Coimbra

Procurador Federal - AGU

SUMÁRIO: Introdução; 1 O benefício de pensão por morte e seu objetivo; 2 O beneficiário da Previdência na condição de filho maior com deficiência mental; 2.1 Evolução legislativa e redação atual da lei 8213/91; 2.2 Compreensão atual do conceito de deficiente e a importância do trabalho no processo de inclusão social; 3 Exercício do trabalho remunerado pelo maior deficiente mental/intelectual e sua implicação no benefício de pensão por morte na atualidade; 4 A decisão prolatada no Agravo de Instrumento nº 5020956-75.2015.4.04.0000, tramitante no Tribunal Regional Federal da 4ª Região; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo visa a analisar, na atualidade, a questão da compatibilidade do exercício do trabalho remunerado pelo maior deficiente mental/intelectual com a percepção do benefício de pensão por morte. A questão é de elevada importância na luta pela inclusão social do indivíduo portador de deficiência. Neste trabalho, buscou-se demonstrar que o atual estágio evolutivo de proteção ao deficiente parece não comportar interpretação condizente com um retrocesso nessa seara. A metodologia de trabalho baseou-se em pesquisa legal e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Deficiente Mental. Trabalho. Pensão. Compatibilidade. Inclusão Social.

ABSTRACT: This article intends to investigate the compatibility between the paid job by the mentally impaired with the entitlement and receiving of survivor's pension nowadays. This matter has high importance in the fight for social inclusion of the individuals with disabilities. In this work, we demonstrate that the present evolutionary stage of the protection of the disabled seems not to permit an interpretation correspondent to a setback in this area. The work methodology was based on legal and bibliographical research.

KEYWORDS: Mentally Impaired. Job. Survivor's Pension. Compatibility. Social Inclusion.

INTRODUÇÃO

Pressionado pela necessidade premente de ajuste nas contas públicas, ao final de 2014 o Governo Federal lançou um pacote de medidas para cortar despesas e aumentar a arrecadação.

Sob a justificativa estatisticamente demonstrável do iminente envelhecimento da população brasileira e do desalinhamento dos direitos previdenciários previstos na nossa legislação em relação aos padrões internacionais¹, veio à lume a Medida Provisória 664, de 30 de dezembro de 2014, convertida na Lei 13.135, de 17 de junho de 2015, promovendo a alteração da regra de concessão de alguns benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), dentre eles – e com grande destaque - o de pensão por morte.

Ao que parece, contudo, nem todas as alterações se direcionam à restrição de direitos previdenciários em prol da almejada contenção orçamentária. Em relação à pensão por morte percebida pelos dependentes presumidos do segurado da Previdência, a Lei 13.135/15, a par de atualizar essa categoria, suprimiu o §4º do Art. 77 da Lei 8.213/91, que previa um redutor percentual ao pensionista deficiente mental ou intelectual que estivesse em exercício de atividade laboral remunerada. Logo após, veio à lume a Lei 13.183/15, clarificando a situação dos indivíduos que se encontram nessa condição.

Considerando tal evolução legislativa, faz-se relevante uma análise mais aprofundada da questão, à luz da Convenção do Direito das Pessoas com Deficiência, da Constituição Federal e da própria Lei de Benefícios (previdenciários) - Lei nº 8213/91, com a finalidade de contribuir para o progresso em matéria de inclusão social dos deficientes, sendo este o objetivo do presente artigo.

1 O BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE E SEU OBJETIVO

A Constituição da República Brasileira nos apresenta a Previdência como um direito social, espécie, portanto, de direito fundamental que visa a fomentar uma igualdade material, mediante prestações positivas a cargo do Estado.

1 Nesse sentido, vale conferir a exposição e motivos em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm>. Acesso em: 07.03.2016.

Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível como o efetivo exercício da igualdade².

O sistema previdenciário brasileiro está inserido em um contexto maior que é a seguridade social e encontra sua matriz constitucional no capítulo II do título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social.

A pensão por morte, por sua vez, é espécie de benefício previsto no Art. 201, V da Constituição da República³. No âmbito do Regime Geral de Previdência Social, encontra amparo no Art. 18, II, “a” da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991⁴.

Tal prestação visa a garantir o sustento do dependente do segurado, em caso de falecimento deste, através de uma prestação pecuniária mensal que substitui o salário. Conforme ensina Martinez:

A pensão por morte é prestação dos dependentes necessitados de meios de subsistência, substituidora dos seus salários, de pagamento continuado, reeditável e acumulável com aposentadoria. Sua razão de ser é ficar sem condições de existência quem dependia do segurado. Não deriva de contribuições aportadas, mas dessa situação de fato, admitida presuntivamente pela lei.⁵

2 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 285/286

3 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: [...] V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

4 Art. 18 O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: II - quanto ao dependente:
a) pensão por morte;

5 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo, LTr, 1998, tomo II, p. 700.

O objetivo da pensão por morte é, portanto, prover a subsistência do(s) dependente(s) do segurado em caso de morte deste, no fito de manter – tanto quanto possível, em face do teto dos benefícios desse regime⁶ – o padrão financeiro gozado pelo beneficiário antes do evento fatal. A pensão garante, portanto, que o indivíduo economicamente dependente do segurado não ficará desamparado caso alguma fatalidade venha a ceifar a vida do seu provedor. Ao mesmo tempo, transmite ao próprio segurado da Previdência a convicção tranquilizante de que sua morte não implicará no desguarnecimento daqueles que dele dependem economicamente, uma vez que dita prestação previdenciária a estes afiançará o sustento no mesmo – ou pelo menos aproximado – nível financeiro de antes. Como se observa, há uma forte conotação social e solidária nesse benefício.

2 O BENEFICIÁRIO DA PREVIDÊNCIA NA CONDIÇÃO DE FILHO MAIOR COM DEFICIÊNCIA MENTAL

2.1 Evolução Legislativa e Redação Atual da Lei 8213/91

A Previdência Social ampara dois tipos de beneficiários: o próprio segurado e seus dependentes. O Art. 16 da Lei 8.213/91 apresenta o rol de beneficiários dependentes do segurado, a seguir transcrito sem omissão de sua evolução legislativa:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

~~I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;~~

~~I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)~~

~~I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou~~

6 Lei 8.213/91. [...] Art. 33. A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário-mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 desta Lei. [...] Art. 75. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, observado o disposto no art. 33 desta lei (destaque do expositor).

~~relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)~~

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

~~H - os pais;~~

~~HH - o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;~~

~~HH - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)~~

~~HH - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011) (Vide Lei nº 13.135, de 2015)~~

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida. (destaque do expositor)

[...]

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

Como se observa, do elenco de dependentes do segurado, os únicos que não necessitam demonstrar a dependência econômica são os filhos e o cônjuge. Portanto, o filho maior de idade que apresente deficiência intelectual ou mental, categoria objeto do presente estudo, é albergado pela Previdência social sem a necessidade de comprovar que depende economicamente do segurado, seu(s) ascendente(s). Por suposto, o mesmo não se pode dizer quanto à comprovação da deficiência mental e/ou

intelectual perante o INSS, quando do requerimento do benefício, uma vez que essa constitui requisito essencial.

Em relação a esta categoria, percebe-se que a redação do preceptivo legal passou por algumas reformas até chegar à vigente, insculpida pela Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, diploma este que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: o chamado estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD).

Conforme a redação original, afóra o menor de 21 anos, era beneficiário apenas o indivíduo que fosse considerado inválido para o trabalho. Posteriormente, com a edição da Lei 9.032, de 28 de abril de 1995, restou excluído o menor emancipado. Por sua vez, 11 anos depois, veio à lume a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, e passou a albergar também aquele indivíduo que, muito embora maior de 21 anos e não padecendo de invalidez, apresentasse deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente. Por último, o EPD extirpou da redação normativa a necessidade de declaração judicial de incapacidade absoluta ou relativa, inserindo ainda a figura do deficiente grave.

Ao que se infere, portanto, atualmente considera-se dependente do segurado para todos os fins previdenciários o filho a) menor de 21 anos de idade (desde que não emancipado); b) maior de 21 anos, porém inválido; c) maior de 21 anos e válido, porém deficiente mental ou intelectual; d) maior de 21 anos, válido e em perfeitas condições mentais e intelectuais, porém deficiente grave.

O primeiro caso (menor de 21 anos) trata de uma condição puramente biológica (etária) e autoexplicativa. Quanto ao segundo, dispensando-se maiores elucubrações pode-se extrair o conceito de invalidez a partir de uma exegese sistemática da própria Lei 8.213/91, tomando-se por base o Art. 42 do diploma⁷, concernente à aposentadoria por invalidez. Nessa linha, conclui-se estar igualmente amparado o filho de qualquer idade considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. O terceiro caso diz respeito ao filho de qualquer idade com restrições mentais ou intelectuais, independentemente de ter sido interditado judicialmente - ampliação esta que atende a um antigo reclamo: muito embora indique uma presunção quase absoluta, a interdição

7 Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

judicial (instituto civil que, com o advento da Lei nº 13.146/15, cairá em desuso, ao menos no que se refere à deficiência mental/intelectual⁸) não é imprescindível ao reconhecimento dessa modalidade de deficiência. Por último, o filho de qualquer idade que apresente grave deficiência. Aqui, por já haver sido mencionada a deficiência mental e intelectual, pode-se concluir serenamente tratar-se de alusão à deficiência física (grave).

Do quanto posto, no que concerne ao sujeito a quem se destina aqui especial atenção - o deficiente mental ou intelectual - exsurge clara uma primeira ilação: a lei não exige a sua incapacidade total e permanente para o trabalho como condicionante à sua caracterização como dependente e, por consequência, à percepção de pensão por morte instituída pelos ascendentes. Caso contrário, seria desnecessário a previsão normativa de duas figuras separadas pela conjunção alternativa “ou” (“inválido **ou** que tenha deficiência intelectual ou mental”). Dito de outra forma, não é o simples fato de ter o dependente capacidade para o exercício de algum tipo de trabalho, inobstante a sua limitação psíquica, que o alijará da condição de dependente e, por conseguinte, de beneficiário do pensionamento.

2.2 Compreensão Atual do Conceito de Deficiente e a Importância do Trabalho no Processo de Inclusão Social

A promulgação, pelo Decreto Legislativo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, da “Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência” (CDPD) e seu protocolo facultativo — pelo qual se reconhece a competência do Comitê para receber e considerar comunicações por violação deste pacto internacional - concretizou o primeiro caso de tratado internacional de direitos humanos aprovado nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, segundo o qual “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Sobre o tema, salienta MAZZUOLI⁹ que essa equivalência significa que estes tratados e convenções internacionais: a) passarão a reformar a

8 Embora não seja este o foco do presente artigo, cabe o registro de que o EPD revogou os dispositivos do Código Civil Brasileiro que incluíam os deficientes mentais e excepcionais dentre os casos de incapacidade absoluta e relativa para os atos da vida civil (Art. 3º II e III e Art. 4º, II do CCB). Diante disso, ao que parece, a interdição perde aplicabilidade, ao menos no que se refere a essas pessoas.

9 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45-46.

Constituição, sendo, desta forma, também formalmente constitucionais; b) não poderão ser denunciados, nem mesmo com projeto de denúncia elaborado pelo Congresso Nacional; c) servirão de paradigma de “controle concentrado”, por quaisquer dos legitimados no artigo 103 da Constituição Federal, a fim de invalidar *erga omnes* as normas infraconstitucionais com eles incompatíveis.

A convenção representa, portanto, um grande marco na história constitucional brasileira, signo da abertura internacional em matéria de direitos humanos de há muito exortada pela Constituição Federal em seu Art. 4º, II e VII¹⁰. Chama atenção o fato de que o primeiro tratado internacional formalmente inserto no topo da hierarquia normativa de nosso ordenamento seja justamente a que propõe o reconhecimento e superação das relutantes barreiras à dignidade, igualdade material e cidadania plena dos indivíduos portadores de deficiências diversas. Outra conclusão não se extrai senão no sentido da especial reverência dedicada pelo poder constituinte derivado ao tema.

Pois bem; conforme ilustra Maria Ivone Laraia em sua dissertação de mestrado¹¹, ao longo do tempo, diversos termos foram utilizados pejorativa e discriminatoriamente para designação do deficiente físico/mental, sobretudo enfatizando a sua limitação. Expressões como aleijado, anormal, cego, defeituoso, deficiente, descapacitado, desvalido, excepcional, impedido, incapacitado, indivíduo de capacidade limitada, inválido, manco, minorado, minusválido, pessoa deficiente, retardado e surdo-mudo, dentre outras eram comuns. A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe um novo e paradigmático conceito, que não se fixa apenas na patologia que essas pessoas apresentam, mas avalia o indivíduo no seu contexto médico, psíquico e social, em uma visão multidisciplinar. Eis a dicção do normativo internacional:

Art. 1º [...] Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Seguindo as balizas da Convenção, posteriormente o mesmo conceito foi adotado pelo Decreto nº 7.612/2011 (institui o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência) e, mais recentemente, pela já referida

10 Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos; [...] IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

11 Laraia, Maria Ivone Fortunato. *A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2009. 189 p.

Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei nº 13.146/2010.

A evolução legislativa se coaduna com o esforço da comunidade internacional nessa quadra histórica pós-guerra¹² em prol da ampliação dos mecanismos de inclusão do deficiente físico ou mental na sociedade, através de medidas que vão desde a mudança do vocativo empregado para designá-los, passando pela extensão do seu conceito até a catalogação do mais robusto elenco de direitos e garantias previstos tanto em tratados e convenções internacionais¹³ como nos diplomas constitucionais das nações aderentes¹⁴.

- 12 Com o fim da Segunda Guerra Mundial, marcada na história pelas mais inimagináveis atrocidades perpetradas contra o ser humano, a comunidade internacional passou a reconhecer na proteção dos direitos humanos uma prioridade de legítimo interesse global, bem como a articular, em prol de sua proteção e garantia, um conjunto de normas, procedimentos e instituições que superam as fronteiras dos Estados, surgindo af o que se convencionou chamar Direito Internacional dos Direitos Humanos – sistema jurídico e normativo de alcance internacional com o objetivo de proteger os direitos humanos. A esse respeito, cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 13 Nesse sentido, Alfredo Guimarães de Oliveira tece relevante apanhado histórico da dinâmica dos organismos internacionais no tema em estudo: 1) Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948: dignidade humana é proclamada como valor fundamental, passando a sociedade, a partir de então, a criticar o modelo de isolamento das pessoas com deficiência; 2) Recomendação nº 99 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1955: trata da reabilitação das pessoas deficientes; 3) Declaração (ONU) dos Direitos do Retardado Mental, de 1971: afirmação de que as pessoas com deficiência intelectual devem gozar dos mesmos direitos que os demais seres humanos; 4) Declaração (ONU) dos Direitos das Pessoas Deficientes, de 1975: pessoas deficientes gozam dos mesmos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais que os demais seres humanos; 5) Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 1976: proclamou o ano 1981 como o Ano Internacional das Pessoas Deficientes (AIPD); 6) Declaração da Assembléia Geral da Onu da Década das Nações Unidas para as Pessoas com Deficiência (1983/1992): finalidade de executar ações do Programa de Ação Mundial relativo a Pessoas com Deficiência, baseado no seguinte tripé: prevenção, reabilitação e equiparação de oportunidades; 7) Convenção OIT nº 159, da “Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes”, de 1983: informa Maria Aparecida Gurgel (2006, p. 59), dando conta de que tal documento objetivava a reabilitação profissional da pessoa com deficiência, levando-a a obter e conservar um emprego digno, além de induzir os Estados a implementarem políticas de igualdade para os trabalhadores com deficiência devidamente reabilitados; 8) Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1978: ratificada pelo Brasil em 1992, é conhecida por Pacto de São José da Costa Rica; define os direitos humanos que os Estados ratificantes se comprometam internacionalmente a respeitar, configurando verdadeira garantia de respeito a esses direitos; 9) Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de Discriminação contra as pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999: conhecida por Convenção de Guatemala, foi o primeiro documento regional que assumi o caráter vinculante no tocante aos direitos das pessoas com deficiência; 10) Classificação Internacional de Funcionalidade, Deficiência e Saúde, de 2001: trata-se do resultado da revisão, pela OMS, d seu critério de classificação internacional sobre o tema da deficiência. 11) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006: conhecida por Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; diploma que, juntamente com seu Protocolo Facultativo foi assinado em março de 2008. Ratificado pelo Congresso Nacional Brasileiro através do Decreto Legislativo n.º 186/2008, promulgado através do Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. No Brasil, merece destaque Lei nº 7.853/1989, posteriormente regulam entada pelo Decreto nº 3.298/1999: normas que protegem o deficiente físico; Lei nº 10.098, de 2000: Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida; Lei nº 10.048 de 2000: Trata da prioridade de atendimento aos deficientes físicos, idosos e gestantes; Decreto nº 5.296/2004, conhecido como o decreto da acessibilidade •Decreto nº 6.949, de 25 de Agosto de 2009, assinado em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, trata sobre dos direitos das pessoas com deficiência. (OLIVEIRA, Alfredo Guimarães de. *Direitos da pessoa com deficiência e possíveis descumprimentos de tratados internacionais*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. XVIII, n. 136, p. 1-12, maio 2015. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15988>. Acesso em mar 2016).
- 14 À guisa de ilustração, no Brasil, a Constituição Federal e 1988 institui uma série de medidas voltadas à ampliação dos limites de acesso dos deficiente físico e mental/intelectual à vida social com dignidade, a exemplo do Art. 7.º, XXXI (proibição de discriminação salarial), Art. 37, VIII (reserva de cargos

Como afirma FONSECA¹⁵, o repúdio preconceituoso e a segregação “caridosa” do portador de deficiência cederam passo, progressivamente, à necessidade de integração plena dessas pessoas. Nesse contexto, merece destaque o reconhecimento e adesão da comunidade internacional ao modelo social de deficiência, para além da perspectiva biomédica. Enquanto o modelo biomédico sustenta a relação de causalidade e dependência entre os impedimentos corporais e as desvantagens sociais vivenciadas pelas pessoas com deficiência, a serem objeto de estudo e tratamento pela ciência biomédica, no modelo social, segundo Diniz¹⁶:

A deficiência passou a ser compreendida como uma experiência de desigualdade compartilhada por pessoas com diferentes tipos de impedimentos: não são cegos, surdos ou lesados medulares em suas particularidades corporais, mas pessoas com impedimentos, discriminadas e oprimidas pela cultura da normalidade. Assim como há uma diversidade de contornos para os corpos, há uma multiplicidade de formas de habitar um corpo com impedimentos. Foi nessa aproximação dos estudos sobre deficiência dos estudos culturalistas que o conceito de opressão ganhou legitimidade argumentativa: a despeito das diferenças ontológicas impostas por cada impedimento de natureza física, intelectual ou sensorial, a experiência do corpo com impedimentos é discriminada pela cultura da normalidade. O dualismo do normal e do patológico, representado pela oposição entre o corpo sem e com impedimentos, permitiu a consolidação do combate à discriminação como objeto de intervenção política, tal como previsto pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

A tese central do modelo social permitiu o deslocamento do tema da deficiência dos espaços domésticos para a vida pública, ganhando relevo no meio jurídico. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é um divisor de águas nesse movimento, pois instituiu um novo marco de compreensão da deficiência ao reconhecer em seu preâmbulo que:

a portadores de deficiência), Art. 40, §4º, I (autorização para criação de aposentadoria especial ao deficiente no RPPS), Art. 201, §1º (autorização para criação de aposentadoria especial ao deficiente no RGPS), Art. 203, IV e V (assistência social voltada ao deficiente), Art. 208, III (atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência), Art. 227, II (criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental), Art. 227 §2º e Art. 244 (mobilidade urbana).

- 15 FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Proteção Jurídica dos Portadores de Deficiência. *Revista de Direitos Difusos do IBAP* – Instituto Brasileiro de Advocacia Pública & Editora Esplanada ADCOAS, São Paulo, n. 4, p. 481/486, dezembro de 2000.
- 16 DINIZ, Débora; BARBOSA, Lúvia; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência, direitos humanos e justiça. *Sur, Rev.int. direitos humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.br/sur/pid=S1806-64452009000200004&script=sci_arttext>. Acesso em: 08 nov. 2014.

a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas¹⁷

O preâmbulo da Convenção reconhece ainda, no mesmo diapasão, a diversidade das pessoas com deficiência; a necessidade de melhorar as condições de vida desses indivíduos em todos os países, particularmente naqueles em desenvolvimento; que a sua participação na sociedade resultará no fortalecimento do senso de pertencimento à sociedade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade, bem como na erradicação da pobreza, dentre várias outras constatações.

Ao que se observa, a partir de uma concepção que considera as dificuldades de interação social como sendo inerentes à própria conceituação de deficiência, a Convenção passa a disciplinar uma série de medidas direcionadas à superação dessas barreiras no escopo de alcançar a tão almejada igualdade, no sentido material propugnado desde Aristóteles – ou seja, desiguando na medida das desigualdades. Com efeito, as mais variadas medidas de inclusão social vêm propor a desigualdade de tratamento como forma de restabelecer a igualdade que foi rompida por formas segregadoras entre os indivíduos.

Dentre essas medidas, o direito do deficiente ao trabalho e emprego mereceu expressa e incisiva menção no texto do pacto internacional, como se observa do Art. 27 da Convenção:

Trabalho e emprego

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem

17 BRASIL, *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas Portadoras de Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 11 de abril de 2016.

adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros: [...]

A mudança de paradigma que se estabelece em relação ao apreço à diversidade como fator primordial a ser valorizada, que vai beneficiar a todos os sujeitos ao romper com o modelo instituído socialmente, possibilitará a inserção dos sujeitos com necessidades especiais no mercado de trabalho¹⁸. Sobre a importância desse mecanismo de inclusão social, afirma Ana Lúcia Santos de Matos:

A inserção da Pessoa com Deficiência no mercado de trabalho se constitui num dos meios de viabilizar o processo de integração das pessoas portadoras de deficiência (física, mental, auditiva e visual) na sociedade. Através do trabalho podem demonstrar suas potencialidades, capacidades e competências, construir uma vida mais independente e autônoma, contribuir para seu sustento e ter maiores possibilidades de expandir suas perspectivas de vida, inclusive sob o aspecto dos relacionamentos sociais¹⁹.

Com efeito, para além da função de reabilitação da cidadania, o exercício do trabalho apresenta nítido efeito terapêutico no processo de superação das próprias limitações psíquicas do deficiente. Nesse sentido, complementa MATOS:

O trabalho exerce um efeito reabilitador, na medida em que contribui para o aumento da auto-estima e nível de ajustamento pessoal. Em contrapartida, a ausência da possibilidade de trabalho para a pessoa com Deficiência aumenta sua exclusão, acentuando sua subordinação aos outros, esmaecendo a própria identidade, tornando-o aquele que precisa sempre da voz do outro para se fazer ouvir.

Ainda quanto ao instigante tema, após elaborar pertinente estudo acerca do papel do trabalho no desenvolvimento pessoal do deficiente, Rafaela e Maria Lima tecem as seguintes conclusões:

18 PRIETO, R. G. *Atendimento escolar de alunos com necessidades educacionais especiais: um olhar sobre as políticas públicas e educação no Brasil*. ARANTES, V. A. (Org.). *Inclusão escolar*. São Paulo: Simmus, 2006. p. 31-73.

19 Matos, Ana Lúcia Santos de. *O processo de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRS, out. 2009. p.1-69. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/17903/000725954.pdf?1>>. Acesso em: 17.03.2016

Um dos aspectos essenciais de nossa análise consiste, conforme já sinalizamos, na compreensão do lugar do trabalho no desenvolvimento do deficiente. Nosso ponto de partida, na busca dessa compreensão, foi a constatação alcançada - tanto pelas investigações que temos conduzido (Brescia, 2003; Brun, 2007; Couto, 2007), quanto pelas empreendidas por diversos teóricos (Clot, 2006a; Freissenet, 1995; Organista, 2006; Perret, 1997) - de que o trabalho é uma atividade essencial na constituição do sujeito e de sua identidade.

Os resultados obtidos por todas essas investigações convergem para um mesmo ponto, ou seja, o de que o trabalho é um dos principais gêneros da vida social sendo “fundamental na construção do valor que cada um atribui a si mesmo” (Clot, 2006a, p. 69). É esse mesmo autor que vincula trabalho, promoção da saúde e desenvolvimento do sujeito, visto que a definição de saúde está vinculada à criatividade e, no trabalho, o sujeito cria a todo momento sua tarefa, que não pode ser assimilada à simples reprodução de uma prescrição. Assim, quando as condições de trabalho são favoráveis ao processo criativo, permitindo que o sujeito transforme o mundo e carregue consigo as responsabilidades de seus atos, ele estará de posse de elementos essenciais para o seu desenvolvimento. [...]

Uma das funções psicológicas do trabalho, consiste, ainda segundo Clot, na possibilidade de inserção do sujeito em um projeto coletivo, permitindo-lhe tornar-se autor de sua história, no intercâmbio com seus semelhantes. Portanto, através do trabalho o indivíduo passa a fazer parte do meio social mais amplo, a partir dos laços e vínculos que cria com os demais. Conseqüentemente, ele é envolvido por toda uma teia de normas estabelecidas por um meio cultural já existente. Ou seja, no contexto laboral ocorre o encontro do sujeito com um outro objeto que é regido por outras normas e regras, diferentes das subjetivas. Nesse sentido, é dito que o trabalho é uma inscrição do sujeito em uma outra história, “uma história coletiva cristalizada em gêneros sociais, em geral, suficientemente equívocos e discordantes para que cada um deva dar sua própria contribuição e sair de si” (Clot, 2006a, p. 74). Em suma, trata-se da inscrição do sujeito entre os demais, sem, contudo, renunciar a si mesmo.

Assim, o trabalho é, simultaneamente, um fato subjetivo e um fato social, pois, além de dar a sua contribuição, o sujeito se constrói, sendo que, quanto mais organizada e diferenciada for essa coletividade na qual ele está inserido, mais complexo será seu mundo interior. Mas

para que exerça esse importante papel na vida e na própria constituição do sujeito, é necessário que as barreiras que o trabalho impõe sejam superadas por quem se propõe a realizá-lo. Pois, como diz Clot (2006a), “o trabalho é o lugar em que se desenrola para o sujeito a experiência dolorosa e decisiva do real” (p. 59).

Além disso, se é verdade que “a atividade é uma prova subjetiva em que cada um enfrenta a si mesmo e aos outros para ter uma oportunidade de conseguir realizar aquilo que tem a fazer” (Clot, 2006a, p. 116), pode-se concluir que a superação prática desse conflito, pelo sujeito, tende a tornar-se uma fonte de desenvolvimento pessoal. Assim, são as barreiras e os conflitos presentes no contexto de trabalho que irão exigir que o trabalhador desenvolva meios para lidar com eles.

Na história de Ricardo, tais dificuldades foram ainda maiores, tendo em vista sua opção pela arte e a imposição de desenvolver a habilidade de pintar com os pés. A seu modo, Mateus também lutou para superar as barreiras, desde suas primeiras experiências laborais, quando teve de desenvolver estratégias para utilizar os instrumentos de trabalho com a mão deficiente ou necessitou enfrentar o preconceito e o desconhecimento do serviço médico, que tentava impedir sua entrada na empresa.

Ao tratar mais especificamente do tema deste artigo, (Clot, 2006b) afirma que, nos contextos de trabalho, uma das condições para o desenvolvimento dos deficientes consiste na aceitação, dentro dos coletivos profissionais, de sua vulnerabilidade. É por isso, diz ele, que a maior dificuldade enfrentada por profissionais que atuam na reintegração de deficientes encontra-se não do lado destes últimos, pois, para que se integrem ao coletivo, é necessário que o próprio coletivo também experimente seus limites²⁰.

Diante dessa constatação inarredável, tem-se que, se durante muito tempo os portadores de deficiência física, sensorial ou mental foram objeto de caridade e filantropia e por ignorância, preconceito e medo, as sociedades evitavam o contato e bloqueavam o seu trabalho, hoje essa realidade já é inconcebível, e cabe ao Estado o relevante papel de garantir a dignidade do deficiente, em sua dimensão protetiva²¹, promovendo e facilitando, nesse

20 RIBEIRO, R.P.D ; LIMA, M. E. A. .O Trabalho do deficiente como fator de desenvolvimento. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 13, n. 02, p. 195-207, jan. 2010.

21 Ingo Wolfgang Sarlet, conceitua a dignidade como sendo uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade,

desiderato, o seu ingresso e permanência no mercado de trabalho como mecanismo de inclusão social.

Nessa senda, chama atenção o fato de que, no Brasil, mesmo antes da CDPD, a própria Lei 8.213/91 seguiu esse rumo ao buscar viabilizar a inclusão dos deficientes no mercado de trabalho, abrangendo empresas públicas e privadas. Segundo se extrai do ser Art. 93 e em seus incisos, toda e qualquer empresa com 100 ou mais funcionários são obrigadas a preencherem de 2% a 5% suas vagas com colaboradores com necessidades especiais e/ou reabilitados, sendo que até 200 empregados esta é obrigada a oferecer 2% de suas vagas a esse público; de 201 a 500 funcionários, 3%; de 501 a 1000, 4% e de 1000 em diante deve compor 5% do seu quadro de funcionários.

Outrossim, no setor público, é assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo e emprego cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador, sendo reservado o percentual mínimo de cinco por cento das vagas a serem providas (art. 37, VIII da Constituição Federal).

Ao instituir a obrigatoriedade de reserva de vagas de trabalho para pessoas portadoras de deficiência, reconhece o Estado a plena compatibilidade, em tese, do trabalho remunerado com a deficiências física, intelectual ou mental que aflige alguns indivíduos. Por suposto - e como intuitivo - dada as mais variadas espécies de enfermidades físicas e mentais, nem sempre haverá, na prática, essa compatibilidade. Essa constatação, contudo, não afasta a viabilidade como regra.

Assim, temse que o trabalho é um mecanismo de inclusão social que, para além de compatível com a deficiência mental e intelectual de alguns indivíduos, deve ser estimulado tanto pelo Estado como pelos cidadãos, tendo como horizonte uma sociedade verdadeiramente acolhedora do pluralismo e da diversidade.

implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. Afirma ainda que dignidade possui uma dupla dimensão: a) dimensão defensiva, na qual se verifica a autonomia da pessoa, vista como algo inerente ao ser humano, que não pode ser alienado ou perdido, sendo a dignidade um limite à atuação do Estado e da comunidade; e, b) dimensão protetiva, assistencial ou prestacional, em que a dignidade necessita da proteção por parte da comunidade e do Estado. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p 47-62).

3 EXERCÍCIO DO TRABALHO REMUNERADO PELO MAIOR DEFICIENTE MENTAL/INTELLECTUAL E SUA IMPLICAÇÃO NO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE NA ATUALIDADE

Abstraindo-se as demais alterações relativas à concessão do benefício de pensão por morte, para não se destoar do tema desse artigo, verifica-se que o Art. 1º da Lei 13.135, de 17 de junho de 2015, a par de atualizar o rol de beneficiários por dependência presumida, suprimiu o §4º do Art. 77 da Lei 8.213/91²², que previa um redutor percentual ao pensionista nessa condição que estivesse em exercício de atividade laboral remunerada. Sobreleva conferir a redação histórica desse dispositivo;

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º A parte individual da pensão extingue-se. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 2º O direito à percepção de cada cota individual cessará: (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

I - pela morte do pensionista; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

H = para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido; (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

H = para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

22 Curioso observar que a MPV nº 664/2014, convertida na Lei 13.135/15 não previa originalmente essa revogação, concluindo-se assim que essa medida partiu do próprio congresso nacional.

II - para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, pela emancipação ou ao completar 21 (vinte e um) anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - para o filho, a pessoa a ele equiparada ou o irmão, de ambos os sexos, ao completar vinte e um anos de idade, salvo se for inválido ou tiver deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.183, de 2015) (Vigência)

~~II - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)~~

~~II - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência intelectual ou mental, pelo levantamento da interdição. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)~~

~~II - para o pensionista inválido pela cessação da invalidez e para o pensionista com deficiência mental, pelo levantamento da interdição; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência)~~

III - para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez; (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

IV - pelo decurso do prazo de recebimento de pensão pelo cônjuge, companheiro ou companheira, nos termos do § 5º. (Incluído pela Medida Provisória nº 664, de 2014) (Vigência) (Vide Lei nº 13.135, de 2015)

V - para cônjuge ou companheiro: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

a) se inválido ou com deficiência, pela cessação da invalidez ou pelo afastamento da deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas “b” e “c”; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

b) em 4 (quatro) meses, se o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido 18 (dezoito) contribuições mensais ou se o casamento ou a união estável tiverem sido iniciados em menos de 2 (dois) anos antes do óbito do segurado; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

c) transcorridos os seguintes períodos, estabelecidos de acordo com a idade do beneficiário na data de óbito do segurado, se o óbito ocorrer depois de vertidas 18 (dezoito) contribuições mensais e pelo menos 2 (dois) anos após o início do casamento ou da união estável: (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º-A. Serão aplicados, conforme o caso, a regra contida na alínea “a” ou os prazos previstos na alínea “c”, ambas do inciso V do § 2º, se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, independentemente do recolhimento de 18 (dezoito) contribuições mensais ou da comprovação de 2 (dois) anos de casamento ou de união estável. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 2º-B. Após o transcurso de pelo menos 3 (três) anos e desde que nesse período se verifique o incremento mínimo de um ano inteiro na média nacional única, para ambos os sexos, correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira ao nascer, poderão ser fixadas, em números inteiros, novas idades para os fins previstos na alínea “c” do inciso V do § 2º, em ato do Ministro de Estado da Previdência Social, limitado o acréscimo na comparação com as idades anteriores ao referido incremento. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 3º Com a extinção da parte do último pensionista a pensão extinguir-se-á. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

~~§ 4º A parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, que exerça atividade remunerada, será reduzida em 30% (trinta por cento), devendo ser integralmente restabelecida em face da extinção da relação de trabalho ou da atividade empreendedora. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)~~

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 5º O tempo de contribuição a Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) será considerado na contagem das 18 (dezoito) contribuições mensais de que tratam as alíneas “b” e “c” do inciso V do § 2º. (Incluído pela Lei nº 13.135, de 2015)

§ 6º O exercício de atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual, não impede a concessão ou manutenção da parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental ou com deficiência grave. (Incluído pela Lei nº 13.183, de 2015).

Como se observa, distinguem-se quatro fases de regulamentação da questão aventada. Até 2011, a figura do filho deficiente mental e/ou intelectual não era sequer prevista na legislação como dependente do segurado. Posteriormente, com a Lei 12.470/11, consoante visto acima, tais beneficiários passam a figurar expressamente na lei 8.213/91 (Art. 16, I), que reconheceu, ainda, a possibilidade de eles exercerem atividade remunerada concomitantemente com a percepção de pensão por morte, muito embora com um redutor de 30% a vigor durante o exercício dessa atividade (Art. 77, §4º). Já com o advento da Lei nº 13.135/15, o parágrafo 4º do Art. 77 foi expressamente revogado. Por último, veio à lume a lei 13.183/15 pondo fim a qualquer controvérsia ao reconhecer que o exercício de atividade remunerada não impede a concessão ou manutenção da parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental, inexistindo na atualidade qualquer redutor.

Como se observa, durante um pequeno lapso entre as leis 13.135/15 e 13.183/15, a percepção de pensão por morte pelo dependente deficiente mental e/ou intelectual concomitantemente com o trabalho remunerado deixou de ser regulada, restando saber qual interpretação se pode extrair dessa derrogação.

A rigor, partindo-se de uma interpretação lógico-gramatical e sistemática, o só fato de ter sido não apenas mantido como ampliado o rol

de dependentes do segurador no Art. 16, I da Lei 8.213/91, como vista acima, separando-se, na dicção legal, pela conjunção alternativa “ou” as figuras do inválido (aquele não tem condições de trabalhar) e do deficiente mental ou intelectual leva a conclusão de que o trabalho exercido por esses últimos sujeitos e a remuneração dele decorrente não é incompatível com o pensionamento.

Mas não é só; socorrendo-se das balizas constitucionais, verifica-se que, ao tempo em que se fundamenta na cidadania, na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho (Art. 5º, II, III e IV da CF/88) e traça como seu objetivo a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem qualquer espécie de discriminação (Art. 3º, III e IV da CF/88) a República Federativa do Brasil, através da Carta Constitucional promulgada em 1988 (CF/88), primeiramente nos apresenta a igualdade como um direito fundamental merecedor de especial destaque (Art. 5º, *caput* da CF/88). Na sequência, aponta também o trabalho como um direito fundamental ao estipular ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (Art. 5º, XIII da CF/88) e erigi-lo à categoria de direito social no Art. 6º, *caput*²³. Por último, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (Art. 6º, XXXI da CF/88).

Por outra senda, ao ser incorporado formal e materialmente à Constituição Federal (Art. 5º §3º da CF/88), a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe ainda o direito fundamental das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, determinando que os Estados Partes salvaguardem e promovam a realização do direito ao trabalho, inclusive através de medidas legislativas. No afimco de sobressaltar a intangibilidade dos direitos fundamentais, essa mesma Constituição proíbe ainda qualquer proposta legislativa tendente a aboli-los – ainda que revestida da superior hierarquia de emenda constitucional (Art. 60, §4º, IV).

23 Como se sabe, os direitos fundamentais não se restringem aos elencados no Art. 5º da Constituição Federal, tendo em vista a cláusula de abertura do Art. 5º, §2º (“as 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”). Para delimitá-los, Gilmar Mendes afirma que “é legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser tidos como tal, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados na Constituição. A sua fundamentalidade decorre da sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana, as quais não poderiam ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário” (MENDES, G., COELHO, I.; BRANCO, P. *Curso de Direito Constitucional* – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 270)

Diante dessas prescrições constitucionais revestidas de reconhecida força normativa, torna-se difícil supor válida uma medida legislativa que, ao simplesmente revogar, sem qualquer justificativa, o preceptivo que permitia expressamente a cumulação do trabalho remunerado com a percepção de pensão por morte por parte do deficiente mental/intelectual (muito embora estabelecendo um redutor percentual no valor da pensão), viesse a criar, ainda que indiretamente, um mecanismo de inibição ou desincentivo ao exercício trabalho por esses indivíduos.

Com efeito, se compreendido dessa forma, de salutar opção terapêutica-ocupacional o exercício do trabalho remunerado pelo deficiente se transmudaria em fator aniquilador de justas expectativas securitárias, ao implicar presunção de responsabilidade pelo auto sustento e, conseqüentemente, vedação à percepção de pensão por morte.

Não se pode ignorar, deveras, que a medicina mostra quão volúvel e imprevisível é o afloramento dos sintomas das mais diversas modalidades de patologias mentais, a tornar especialmente instável a manutenção desses pacientes no ofício laboral a que se dedicam. E daí, veja-se, surgiria um paradoxo: muito embora contribuintes do RGPS em razão do exercício da atividade remunerada, tais segurados deficientes jamais teriam direito a benefícios previdenciários franqueados aos demais por questão de saúde (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença) uma vez que fatalmente seria considerada preexistente a deficiência, encontrando óbice a pretensão no Art. 42, §2^o²⁴ e Art. 59, parágrafo único²⁵, da Lei 8.213/91.

Nesse passo, mais consentâneo com a Constituição e com o atual estágio evolutivo de proteção e inclusão dos deficientes parece a interpretação que conclui ter a lei, muito ao reverso, eliminado o redutor de 30% do benefício de pensão por morte nesses casos, assim representando mais um degrau galgado no processo de progressiva eliminação de barreiras que ainda enfraquecem o horizonte de irrestrita inserção desses indivíduos nos mais diversos setores da vida em sociedade. Seguindo essa linha,

24 Art. 42. [...] § 2º “A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão”.

25 Art. 59. [...] parágrafo único “não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão”.

Fábio Zambite Ibrahim acredita que o fim do redutor tenha sido, de fato, a intenção do legislador²⁶.

Também nessa toada, ainda quando da vigência da redação anterior à atual (válida de 2011 a 2014), a Procuradora do Trabalho Maria Aparecida Gurgel assim se posicionou sobre o tema:

As alterações que a lei nº 12.470/ 2011 faz na lei previdenciária nº 8.213/91, nos artigos 16, incisos I e III, 72, §3º e 77, § 2º, incisos II e III, e § 4º, têm como objetivo preservar o direito ao trabalho das pessoas com deficiência intelectual e mental, que sejam dependentes do segurado: filho ou irmão que tenham deficiência intelectual ou mental e que tenham sido declarados judicialmente absoluta ou relativamente incapazes.

É a consagração da garantia do direito de trabalhar do dependente do segurado!

Essa significativa mudança há muito vinha sendo reivindicada pelo movimento organizado de pessoas com deficiência e só se tornou possível pela circunstância política criada junto ao Congresso Nacional e a lucidez de seus integrantes em acreditar nas possibilidades que se abrem para as pessoas com deficiência intelectual e mental mantendo-se incólume o direito ao trabalho.

A medida não acarreta aumento de qualquer despesa para os cofres públicos, principalmente porque o pagamento da pensão ao segurado é fato previsível para a previdência social. Ao contrário, ao exercer uma atividade remunerada o dependente/trabalhador com deficiência passará para a condição de contribuinte da previdência.

[...]

Ao prever o direito de manutenção de 70% do valor da pensão, dirige-o para duas categorias de pessoas com deficiência: a deficiência intelectual e a deficiência mental. Portanto, em sintonia com CDPD que nada mais fez do que consolidar a evolução do pensamento mundial por meio de decisões de associações e da própria agência da Organização Mundial da Saúde.

26 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *As reformas e contrarreformas previdenciárias de 2015*. Julho 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI222933,101048-As+reformas+e+contrarreformas+previdenciarias+de+2015>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

[...]

Está definitivamente vencida a restrição de acumulação da pensão do dependente segurado com qualquer tipo de remuneração, inclusive aquela decorrente de um contrato de trabalho ou de um contrato de aprendizagem, com a carteira de trabalho (CTPS) assinada cuja execução segue o comando das leis do trabalho.

[...]

Conclui-se que a medida inovadora da lei nº 12.470/ 2011 está em harmonia com a CDPD que reconhece o direito das pessoas com deficiência ao trabalho (art. 27), assegura igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria (art. 28, e), reafirma serem reconhecidas igualmente às demais pessoas perante a lei e, quando necessário, admite protegê-las (ou salvaguardá-las) com medidas próprias e efetivas para o exercício de seus direitos e respeito a sua vontade (Art. 12, 1-6).” (destaques do expositor).

Percebe-se que, na linha do que aqui se sustenta, a autora afirma, peremptória e convicentemente, estar definitivamente vencida a restrição de acumulação da pensão do dependente segurado com qualquer tipo de remuneração, inclusive aquela decorrente de um contrato de trabalho ou de um contrato de aprendizagem, com a carteira de trabalho (CTPS) assinada, cuja execução segue o comando das leis do trabalho.

Acrescente-se que, para negar-se uma concepção definitiva do Direito conquistado, ter-se-ia que admitir um nítido caso de retrocesso legislativo, a esbarrar no chamado princípio da proibição do retrocesso social.

Como se sabe, tal princípio, admitido pela doutrina brasileira como implícito na Constituição Federal²⁷, impõe um automático dever de abstenção

27 À guisa de ilustração, INGO SARLET propõe percuente defesa do substrato constitucional do princípio da proibição do retrocesso, ainda que como decorrência implícita da tessitura constitucional (a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral; b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar; c) No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida; d) As manifestações específicas e

do Estado tão logo seja concretizado, por meio de lei, um direito social previsto na Constituição Federal: o dever de não retroagir na conquista atingida, aniquilando-a ou mesmo flexibilizando-a desarrazoadamente, sob pena da pecha de inconstitucionalidade por ação (ato inconstitucional de revogação). O clássico conceito de J.J. Gomes Canotilho bem resume o significado que a doutrina, com pouca divergência, extrai desse princípio:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem em anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autoreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado²⁸

Entre nós, é também paradigmática a lição de Luiz Roberto Barroso:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente as de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por

expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito; e) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos numa certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e nas relações jurídicas especificamente consideradas; f) Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo; g) Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n.11, p. 111-156, out./dez. 2005)

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 339-340)

exemplo, se o legislador infranconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior²⁹.

Em consonância com esse princípio, os direitos sociais prestacionais (os quais exigem uma atuação positiva do Estado – caso dos direitos previdenciários), malgrado previstos na Constituição da República de modo programático, também assumem uma feição de defesa, pelo menos no que toca ao não-retrocesso, d'onde se pode extrair um viés jurídico subjetivo nessa modalidade de direitos. Portanto, a revogação em comento, em sua exegese contestada, atentaria contra a proibição do retrocesso ao aniquilar arbitrariamente e injustificadamente o direito do deficiente intelectual ou mental pensionista ao trabalho, tornando-se a norma legal revogatória sindicável em face de sua inconstitucionalidade.

Sob semelhante vertente, ao se encaixar no mercado de trabalho convicto de que tal fato não implicaria na negativa de percepção futura de pensão por morte, forte em expressa lei garantidora então vigente e, contudo, posteriormente ver ruir essa justa expectativa, sentirá o deficiente mental e/ou intelectual uma clara quebra da confiança depositada no Estado-Providência. Sobre o princípio da confiança, afiança CANOTILHO³⁰:

[...] o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões publicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas.

Dessarte, considerando que a proibição do retrocesso e a proteção da confiança limitam a liberdade estatal de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens aos destinatários, derrocando a confiança depositada pelos indivíduos na estabilidade das conquistas sociais, acredita-se que a leitura mais razoável da prefalada alteração legislativa seja no sentido oposto – orientada para eliminação do redutor percentual da pensão por morte no caso de cumulação desse benefício com a remuneração decorrente de trabalho por parte do deficiente mental ou intelectual.

29 BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 152-153

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 373.

A questão, como visto, encontra-se superada na atualidade. Com efeito, corrigindo a omissão identificada acima, veio à lume logo após a Lei 11.183, de 04 de novembro de 2015, que inseriu um § 6º ao Art. 77 da Lei 8.213/91 dispondo expressa e claramente que o exercício de atividade remunerada não impede a concessão ou manutenção da parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental. O dispositivo a um só tempo volta a regulamentar expressamente a questão e elimina o antigo redutor.

Inobstante, parece viável concluir que o papel da Lei 11.183/15 no que toca à inclusão do citado §6º ao Art. 77 da Lei de Benefícios foi apenas o de expungir qualquer dúvida causada pelo vazio legislativo decorrente da supressão do §4 do Art. 77 pela Lei 11.135/15, trazendo maior segurança jurídica ao direito aqui tratado.

4 A DECISÃO PROLATADA NOS AUTOS DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5020956-75.2015.4.04.0000, TRAMITANTE NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Porquanto profícuo ao desfecho dessa breve exposição, cabe trazer à lume o acórdão do Agravo de Instrumento nº 5020956-75.2015.4.04.0000/RS, tramitante no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, confirmando decisão antecipatória de tutela prolatada pelo Juiz Federal da 20ª Vara da Justiça Federal de Porto Alegre nos autos da Ação Civil Pública de nº 5093240-58.2014.404.7100/RS, ajuizada conjuntamente pelo Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União contra o INSS, adentrou no tema objeto deste estudo.

A pretensão antecipatória dos autores era no sentido de coibir o indeferimento ou cancelamento e a cobrança das prestações pagas a título de pensão por morte ou auxílio-reclusão para dependentes com deficiência intelectual ou mental que os tornam relativamente incapazes, mas, ainda assim, tenham trabalhado antes da vigência da Lei nº 12.470/2011.

Ao apreciar o pedido, assim verberou o magistrado, conforme relatado no acórdão acima citado:

Interessa, neste processo, analisar o efeito, no recebimento da prestação previdenciária, do trabalho remunerado do filho ou irmão que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz.

A matéria não é nova, pois a promoção da integração das pessoas com necessidades especiais vem de longa data, sendo suficiente, para

a decisão da presente liminar, tomar como ponto de partida a Lei nº 7.853, de 24/10/1989, que estabeleceu normas gerais para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiências e sua efetiva integração social.

Dentre as diferentes áreas de atuação governamental, foi prevista a formação profissional e do trabalho, mediante diretrizes a fim de a pessoa com necessidades especiais ser qualificada para o mercado de trabalho e ter condições favorecidas de obter ocupações nos setores público e privado:

[...]

Tem-se, portanto, de um lado, a proteção da pessoa com necessidades especiais mediante o recebimento de benefícios da Previdência Social na falta do segurado responsável por ela (morte ou prisão) e, de outro lado, o estímulo da inserção dessa pessoa no mercado de trabalho, inclusive pelo estabelecimento de cotas.

O sistema parece adequado, mas surge um conflito aparente quando a pessoa com necessidades especiais está inserida no mercado de trabalho e torna-se elegível ao recebimento de pensão ou auxílio-reclusão em virtude da morte ou encarceramento do segurado do qual depende. Nesses casos, o fato de a pessoa com deficiência estar exercendo atividade remunerada pode ser interpretado pelo INSS como indicativo da sua capacidade para o trabalho ou da independência econômica, logo motivos para excluir a caracterização da qualidade de dependente (LBPS, art. 16, acima transcrito). E assim tem procedido a autarquia, conforme, exemplificativamente, constatado na Ação Ordinária nº 5007306-06.2012.404.7100, desta 20ª Vara Federal de Porto Alegre/RS, mencionada pelos autores, em que o INSS cancelou a pensão por morte recebida por filho maior inválido do segurado falecido, pois o beneficiário manteve vínculo de emprego enquanto recebia essa prestação, além de não ter sido identificada a incapacidade em perícia médica.

Compulsando os autos daquele processo, verifica-se que o cancelamento administrativo da pensão deveu-se ao exercício de trabalho remunerado do beneficiário e à conclusão da perícia de que haveria retardo mental leve, gerando incapacidade apenas para profissões que exijam alta escolaridade ou intelecto (despacho, parecer da perita, laudo pericial, decisão e acórdão no recurso no Evento 159, PROCADM1, pp., respectivamente, 45, 47, 73/74, 78 e 80/81).

Por outro lado, a perícia judicial reconheceu a ‘incapacidade laborativa total e definitiva desde a infância’. Mesmo assim foi prolatada sentença de improcedência, em 21/11/2014, prevalecendo o fato de o beneficiário ter trabalhado como empregado, afastando, assim, a dependência econômica.

Aquele benefício, entretanto, continua sendo pago em cumprimento à decisão do E. TRF da 4ª Região no Agravo de Instrumento nº 5018142-95.2012.404.0000, Quinta Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 23/01/2013, de cujo voto transcrevo:

Portanto, a meu ver, o autor apresenta sintomas psiquiátricos crônicos e comprometimento da capacidade cognitiva e afetiva decorrentes de Retardo Mental que o incapacita para a vida laborativa de forma total e permanente. Mesmo com tratamento médico sugerido, o grau de comprometimento não irá reverter. Poderá melhorar parcialmente a qualidade de vida e reduzir o impacto dos sintomas. O início da doença foi desde a infância do autor e a incapacidade remonta a adolescência, não sendo possível precisar a data. O autor até poderá fazer alguma atividade ‘laborativa’ para fins terapêuticos-ocupacionais, mas sem a responsabilidade de auto sustento, pois sua patologia tende a piorar e limitar sua capacidade produtiva já comprometida com o passar do tempo. Além disso, ele foi interditado judicialmente (ação n.º 50181429520124040000), por decisão transitada em julgado em 23/10/2008. O fato de o autor ter mantido um vínculo empregatício entre os anos de 2008 e 2010 não afasta a sua dependência econômica frente ao segurado falecido. A questão foi muito bem abordada pelo Ministério Público Federal, em promoção constante do EVENTO 67, cujas razões permito-me transcrever: Nos termos da legislação previdenciária, o estado de invalidez do filho maior do segurado falecido - a fundamentar o enquadramento no art. 16, inciso I, da Lei 8.213/91 e, via de consequência, como titular do direito à pensão por morte -, em que pese as considerações tecidas pelo d. Juízo quanto ao seu momento de eclosão (até os 21 anos), não pode ser afastado, tão só, pela simples constatação de ter o beneficiário desempenhado trabalho remunerado. Nesse sentido, a interpretação sistemática dos arts. 108 e 109 do RPS1 indica que a condição de invalidez deve ser verificada pela perícia médica do INSS, ou seja, unicamente sobre a efetiva capacidade laborativa do periciado, não sendo possível concluir que todo e qualquer trabalho realizado, por si só, seja prova de aptidão para o sustento próprio. Bem possível, por exemplo, como aliás alega o Autor ser o seu caso, terem ocorrido apenas tentativas de ingresso no mercado de trabalho, em especial por intermédio de programas específicos de inclusão social

de deficientes, que não possam ser verdadeiramente assimilados, no contexto geral, como um modo contínuo, concreto e real de sustento próprio, disponível ao deficiente, e que, porém, geram inscrição na Previdência Social como segurado. Conclusão diversa importaria em negar o direito à proteção previdenciária a tal categoria de inválidos, já que, preexistente a deficiência, não poderão também se aposentar ou perceber auxílio-doença. Inclusive a própria Lei 8.213/91 prevê a manutenção da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que exerça atividade remunerada. De fato, conforme o § 4º do art. 77, a parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, que exerça atividade remunerada, será reduzida em 30% (trinta por cento), devendo ser integralmente restabelecida em face da extinção da relação de trabalho ou da atividade empreendedora. (grifei) Como bem salientado no parecer ministerial, caso lhe seja negado o benefício de pensão por morte, não restará ao autor outra alternativa senão o desamparo, porque certamente não logrará obter aposentadoria por invalidez, por ser a incapacidade anterior ao vínculo empregatício, tendo se manifestado a doença, inclusive, antes da morte do segurado. (negritos no original)

Para resolver esse conflito, na esteira da decisão do TRF, é preciso considerar que o conceito de incapacidade para fins previdenciários tem sido ampliado pela jurisprudência nos últimos anos, para alcançar, não apenas a capacidade física ou mental decorrente de doença, síndrome ou deficiência, mas também a probabilidade de a pessoa ser efetivamente inserida no mercado do trabalho. Nesse contexto, também são levados em consideração, exemplificativamente, a idade, o grau de instrução, a qualificação profissional e a vocação econômica do local de residência.

[...]

Diante desse conceito amplo de incapacidade do segurado, é correto afirmar que continua sendo incapaz o portador de doença mental que obtém emprego valendo-se do sistema de cotas ou de outras medidas de promoção do trabalho, afinal não houve qualquer alteração na sua condição pessoal, apenas tendo sido vencida a barreira de acesso ao mercado de trabalho em virtude da política pública específica. Via de consequência, persiste a condição de dependente.

A resposta fácil, portanto, é que, uma vez cessado o trabalho remunerado, deve ser prontamente restabelecido o benefício previdenciário, não

servindo aquele vínculo como indício da recuperação da capacidade ou de cessação da dependência econômica.

Mais complexa, é a análise da coexistência do recebimento dos salários e das prestações do benefício.

Desde a vigência da Lei nº 12.470/2011, em 01/09/2011, que incluiu o § 4º no artigo 77 da Lei nº 8.213/1991, a questão está resolvida, pela redução de 30% da renda do benefício do dependente com deficiência intelectual, que tenha sido interditado:

Art. 77. A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

[...]

§ 4º A parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente, que exerça atividade remunerada, será reduzida em 30% (trinta por cento), devendo ser integralmente restabelecida em face da extinção da relação de trabalho ou da atividade empreendedora. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

Admite-se, assim, desde 01/09/2011, o recebimento de 70% da prestação da pensão ou do auxílio-reclusão pelo dependente concomitantemente ao salário ou renda da atividade empreendedora.

O memorando do INSS atacado nesta ação, cujo inteiro teor não foi anexado aos autos, limitou a disciplina acima aos fatos geradores (óbito e reclusão) ocorridos a partir de 01/09/2011, pelo menos é o que se infere do excerto transcrito no Ofício nº 547/2014 - GEXPOA/INSS (Evento 1, PROCADM2, pp. 11/14).

Nesse aspecto temporal, data vênua, deve ceder o entendimento de que os benefícios originados de fatos anteriores à Lei nº 12.470/2011 não poderiam ser atingidos pela redução de 30%, isto porque inexistente direito adquirido a regime jurídico e a proteção contra a irretroatividade da lei resume-se a ser vedado aplicar a redução de 30% às prestações devidas anteriormente à vigência da citada regra. Ou seja, as parcelas das pensões e auxílios-reclusão devidas até a competência de agosto de 2011 não podem sofrer a redução de 30%, porquanto não havia semelhante previsão em lei. Contudo, as parcelas

devidas a partir de 01/09/2011, inclusive pelos benefícios mais antigos, podem sofrer validamente o desconto de 30% se verificada a hipótese discutida - a lei atinge os fatos ocorridos na sua vigência (recebimento do benefício e da renda do trabalho).

Resta assim, o enfrentamento da situação exposta no pedido de medida liminar, do exercício da atividade remunerada anteriormente à publicação da Lei nº 12.470/2011.

Em casos análogos, quando o segurado auferiu renda em período no qual já não detinha capacidade para o trabalho, segundo apurado em perícia judicial, a TNU e o TRF da 4ª Região decidiram serem devidas as prestações do benefício, pois houve o indeferimento administrativo pelo INSS e o segurado se viu obrigado a manter-se em atividade para a obtenção do sustento (TNU, Súmula 72, DJ 13/03/2013 e TRF4, AC 0020407-63.2014.404.9999, Quinta Turma, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 21/01/2015). Ou seja, admitiu-se a cumulação pelo segurado da prestação previdenciária por invalidez com a renda do trabalho.

Quanto ao dependente incapaz, a cumulação dos proventos não pode ser imputada a qualquer ação ou omissão da autarquia previdenciária, suscitando a pergunta se foi lícita essa cumulação.

Consoante acima exposto, a incapacidade persistiu, apesar do desempenho de atividade remunerada pelo dependente. Por outro lado, é legítimo admitir que essa atividade propiciou remuneração de reduzido valor, como normalmente acontece em tais situações, pelo que também continuou inalterada a presunção de dependência econômica frente ao segurado (Lei nº 8.213/1991, art. 16, § 4º). Logo, sendo omissa a legislação na época e mantida a condição de dependente, era devido o benefício concomitantemente ao recebimento de renda pelo trabalho do incapaz. Solução que vem ao encontro da política pública de promoção do trabalho em favor das pessoas com deficiência.

Atualmente, a matéria está mais bem regulada na lei, sendo devido o desconto de 30%, mesmo para os benefícios cujo fato gerador ocorreu antes da Lei nº 12.470/2011.

Demonstrada, assim, a verossimilhança nos argumentos dos autores, ao passo que o perigo de dano de difícil reparação decorre da natureza alimentar do benefício e da sua função de substituir a renda do segurado

do qual depende o beneficiário incapaz, autorizando a presunção de que a sua falta prejudica a subsistência do favorecido³¹.

Irresignado, o INSS, por intermédio da Procuradoria Federal responsável, interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão. Após citar (e aderir) aos fundamentos da decisão recorrida, a Juíza Federal Relatora do AI nº 5020956-75.2015.4.04.0000/RS complementou:

A decisão hostilizada, magistralmente fundamentada, não manda retroagir a aplicação do percentual aos benefícios deferidos antes do citado diploma legal. Ao contrário, reconhece que as parcelas devidas a partir de 01/09/2011, inclusive pelos benefícios mais antigos, podem sofrer validamente o desconto de 30% se verificada a hipótese discutida - a lei atinge os fatos ocorridos na sua vigência (recebimento do benefício e da renda do trabalho). (grifei)

A decisão conclui, porém, diferentemente do INSS, que por não poder retroagir e porque não havia disciplina específica para os casos hoje previstos na lei 12.470/2011, não há fundamento para o cancelamento dos benefícios. Os atos jurídicos e seus efeitos devem ser preservados integralmente.

Não há possibilidade de cessação dos benefícios e muito menos de desconto anteriormente à inovação legislativa, porquanto a legislação na época, quanto ao ponto, era omissa. Sendo mantida a condição de dependente, não havia impedimento legal ao recebimento concomitante do benefício previdenciário (pensão por morte ou auxílio-reclusão) e a renda proveniente do trabalho do incapaz.

Se a lei atualmente é mais adequada para regular situações como esta, que se aplique a lei na sua eficácia prospectiva, nunca para dela extrair que pela sua inexistência anterior, não havia fundamento legal para a concessão dos benefícios.

A decisão agravada é primorosa, analisa com profundidade as circunstâncias da questão posta. Aos seus termos apenas agrego que a legislação anterior, ao não vedar o recebimento concomitante, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual do valor das pensões ou auxílios-reclusão e dos salários porventura auferidos com a obtenção de trabalho, e ao não reduzir seus benefícios

31 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Agravo de Instrumento Nº 5020956-75.2015.4.04.0000*. Relator(a) Tais Schilling Ferraz. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41445960466023951020000000405&evento=41445960466023951020000000100&key=a6601bdbc52e1ccde3eee853cde4902a3f4c6f1a3d8fb953af534f52c91271-e0>. Acesso em: 11 abr. 2016.

previdenciários, é consentânea com a própria história por que transitam os direitos dos portadores de deficiência. A legislação que lhes assegura mecanismos mínimos para inserção social e no mercado de trabalho é ainda recente, e sua efetividade apenas mais recentemente se começa a fazer sentir e é neste contexto que surge a Lei 12.470, estabelecendo um redutor no valor dos benefícios para os que conseguiram ingressar em atividades que contribuam (embora talvez não garantam) a sua subsistência.

Destarte, mantenho incólume a decisão atacada e indefiro o pedido de efeito suspensivo.

Intimem-se, sendo o agravado para os fins do artigo 527, V, do CPC.

Porto Alegre, 06 de julho de 2015³².

Como se observa, o Judiciário manifestou-se recentemente sobre o tema e, assim fazendo, seguiu a linha de raciocínio aqui defendida para assentar a possibilidade de percepção simultânea de pensão por morte com remuneração laboral pelo deficiente mental/intelectual. Mais ainda – e nisso consiste o seu grande e prospectivo destaque – o julgado conclui que esse entendimento independe de expressa disposição legal, haja vista que a omissão deve ser interpretada em favor do deficiente.

Percebe-se, com efeito, que o Tribunal respaldou a integridade do benefício de pensão por morte dos deficientes trabalhadores mesmo se concedidos antes da Lei 12.470/2011 (a qual tratou original e expressamente sobre o tema). Sufragou, com isso, o entendimento de que ali não se instituiu originalmente um direito – o do deficiente trabalhador cumular pensão com remuneração, de há muito concebível – mas apenas um circunstancial redutor percentual. Assim que, se a instituição desse redutor não retroagiu para limitar o valor das pensões por morte originadas anteriormente ao seu advento, a sua extinção silenciosa pela Lei 11.135/15 também não deveria implicar na eliminação do Direito em si – agora irrestrito – da cumulação desses ganhos para o futuro. Essa discussão última, contudo, perde seu objeto, como dito, na medida em que ressurgiu disposição expressa garantindo o direito à cumulatividade aqui tratada.

A decisão é recente e ainda não passou pelo crivo das cortes superiores (segundo consulta processual, houve interposição de Recurso Especial contra a decisão). Porém, o entendimento prevalecente parece

32 BRASIL, op. cit.

alertar para o fato de que o Judiciário está vigilante quanto ao tema e não permitirá interpretações prejudiciais aos direitos dos deficientes.

5 CONCLUSÃO

Como visto, o objetivo da pensão por morte é prover a subsistência do indivíduo que depende do segurado em caso de morte deste, no fito de garantir o padrão financeiro gozado pelo beneficiário antes do evento fatal – respeitado, reitere-se, o teto da Previdência (Art. 74 c/c Art. 35 da Lei 8.213/91). Em outras palavras, a despeito das nefastas e inevitáveis implicações da morte do segurado na vida de quem dele depende, no que diz respeito ao sustento desses dependentes, cabe ao seguro social garanti-lo.

Tendo isso em conta, há que se considerar que por maior que seja a ampliação do mercado de trabalho para o deficiente mental/intelectual nessa quadra histórica, a realidade subjacente à norma mostra que, devido às suas limitações, muito dificilmente esses indivíduos conseguirão galgar – e menos chances ainda têm de manter – o padrão financeiro de que dispunham antes da morte do segurado, que continuou provendo-lhes o sustento enquanto em vida. A bem da verdade, o papel do trabalho é muito mais terapêutico do que propriamente remuneratório.

Ademais, muito embora participem da Previdência Social em razão do trabalho formal, o caráter pré-existente da doença mental ou limitação intelectual que os afligem impede que esses indivíduos venham a perceber auxílio-doença e aposentadoria por invalidez caso não consigam prosseguir com as atividades laborais – fato este que é muito comum, sobretudo em decorrência do natural ciclo de altos e baixos das patologias que os limitam, e que torna extremamente arriscado para o deficiente e sua família a opção pelo trabalho se tal decisão aniquilar o direito ao benefício de pensão por morte.

De tudo quanto posto, ao que se observa, houve ao longo dos anos uma evolução legislativa quanto ao tema aqui tratado, no sentido de beneficiar o deficiente mental e/ou intelectual e clarificar o seu direito à cumulação de pensão por morte na qualidade de dependente com o exercício de atividade remunerada.

Outrossim, inobstante tenha o legislador revogado temporariamente a disposição que autorizava expressamente a percepção de pensão por morte do deficiente mental e/ou intelectual simultaneamente ao exercício de atividade laboral remunerada por parte do beneficiário, uma leitura

constitucionalmente adequada do caso e iluminada pelo atual estágio evolutivo consensual de proteção e inclusão social do deficiente parece orientar no sentido de que, o que houve, em verdade, foi um avanço no sentido de extirpar do ordenamento jurídico mais um entrave ao profícuo ingresso do deficiente mental e/ou intelectual no mercado de trabalho, qual seja a limitação percentual no seu presente (ou futuro) benefício previdenciário de pensão por morte.

Essa interpretação parece ter sido corroborada pela dicção expressa do § 6º do Art. 77 da Lei 8.213/91, inserido pela Lei 11.183/15, ao dispor, expressa e claramente, que o exercício de atividade remunerada não impede a concessão ou manutenção da parte individual da pensão do dependente com deficiência intelectual ou mental.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.
- DINIZ, Débora; BARBOSA, Lúvia; SANTOS, Wederson Rufino. Deficiência, direitos humanos e justiça. Sur, *Rev.int. direitos humanos*. São Paulo, v. 6, n. 11, dez. 2009.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. Proteção Jurídica dos Portadores de Deficiência. *Revista de Direitos Difusos do IBAP* – Instituto Brasileiro de Advocacia Pública & Editora Esplanada ADCOAS, São Paulo, n. 4, p. 481/486, dez. 2000.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *As reformas e contrarreformas previdenciárias de 2015*. Julho 2015.
- LARAIA, Maria Ivone Fortunato. *A pessoa com deficiência e o direito ao trabalho*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2009.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1998, tomo II.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MATOS, Ana Lúcia Santos de. *O processo de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRS, out. 2009, p.1-69.

MENDES, G., COELHO, I.; BRANCO, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Alfredo Guimarães de. *Direitos da pessoa com deficiência e possíveis descumprimentos de tratados internacionais*. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. XVIII, n. 136, p. 1-12, maio 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRIETO, R. G. *Atendimento escolar de alunos com necessidades educacionais especiais: um olhar sobre as políticas públicas e educação no Brasil*. ARANTES, V. A. (Org.). *Inclusão escolar* - São Paulo: Simmus, 2006.

RIBEIRO, R.P.D ; LIMA, M. E. A. O Trabalho do deficiente como fator de desenvolvimento. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 13, n. 02, p. 195-207, jan. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n.11, p. 111-156, out./dez. 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

