

REVISTA DA
AGU

volume 16 nº 02 - Brasília-DF, abr./jun. 2017

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

Revista da AGU	Brasília	v. 16	nº 02	p. 1-352	abr./jun. 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-Chefe da Advocacia-Geral da União 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
Isabel 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
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

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 -L 1981-2035; ISSN 2525-328x

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,
ESPANHA)

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, ESPANHA)

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 SANTANA
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). Promotor de Justiça do Estado da Bahia.

**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 - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA, em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. 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.

ANDREA DE QUADROS DANTAS

ECHEVERRIA - AGU - DF

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub - DF. graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2003) e em Ciência Política pela Universidade de Brasília (2003). Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana pela Escola Superior do Ministério Público da União/ESMPUAdvogada da União.

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.

CLÁUDIA RIBEIRO PEREIRA NUNES

- ESPANHA

Doutorado e Mestrado em Direito, ambos pela Universidade Gama Filho - UGF. Graduação em Direito pela UERJ. Professora e Pesquisadora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Direito.

EDILSON VITORELLI DINIZ LIMA

- MPF - SP

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Visiting Scholar na Stanford Law School. Visiting Researcher na Harvard Law School. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Adjunto na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor e orientador pedagógico na Escola Superior do Ministério Público da União. Foi Juiz Federal e Procurador do Estado de Minas Gerais. Procurador da República.

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.

ELISA DE SOUSA RIBEIRO

PINCHEMEL - DF

Doutora e Mestre em Estudos Comparados Sobre As Américas pela Universidade de Brasília, Brasil(2016). Professora de Ciência Política do Centro Universitário UNIEURO.

FILIPO BRUNO SILVA AMORIM -

AGU - RN

Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB, área de concentração Direito e Políticas Públicas. Especialização na área do Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Graduado em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Procurador Federal.

GUILHERME PEREIRA DOLABELLA

BICALHO - DF

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.

GUSTAVO AUGUSTO DE FREITAS

LIMA - AGU - DF

Mestre em Direito e Políticas Públicas, pós-graduado no nível de especialização em Direito Público e graduado em Direito. Procurador Federal.

KARLA MARGARIDA MARTINS

SANTOS - AGU - DF

Doutora em Direito das Relações Internacionais. graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, graduação em Licenciatura Plena para Graduação de Professor pela Universidade Católica de Brasília, graduação em Administração de Empresas pela Universidade de Brasília e mestrado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professora da graduação e pós graduação(lato sensu) do Centro Universitário de Brasília UniCEUB - DF. Procuradora federal em exercício na Procuradoria dp CADE. Advocacia-Geral da União/PGF.

MARCELO LEANDRO PEREIRA**LOPES - PI**

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Possui graduação em Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Piauí (2002) e mestrado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2011). Atualmente é professor substituto da Universidade Federal do Piauí, membro do núcleo de estudos em ética e bioética da Faculdade Aliança, professor efetivo da Faculdade Piauiense FAP TERESINA - FACID DeVry/PI.

MARCO ANTONIO PEREZ DE**OLIVEIRA - AGU-SP**

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado da União - AGU.

MARIA DE FÁTIMA KNAIPPE DIBE**- AGU/DF**

Mestrado em Biologia Celular pelo Centro de Investigaciones y Estudios Avanzados del IPN, México. Procuradora Federal aposentada.

MICHELLE SOARES GARCIA - PORT

Doutoranda em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra-PT. Especialista em Docência do Ensino Superior pelo Centro Universitário Barão de Mauá. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora titular de Direito Constitucional. Departamento de Direito Público. Pesquisadora da Universidade de Génova- Itália. Professora convidada de Direito Civil na Pós- Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Prática Civil da Faculdade Católica de Rondônia.

PEDRO ARCAIN RICCETO - USP-SP

Doutorando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito Negocial na Universidade Estadual de Londrina - UEL. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo na Universidade do Norte do Paraná - UENP.

RODRIGO GARCIA SCHWARZ - SC

Professor Doutor do PPGD (Mestrado em Direito) da Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC, Doutor em Direito, Doutor em História, com Pós-doutorados no Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, no Centro de Estudios Avanzados da Universidad Nacional de Córdoba, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na Fundación Centro Internacional de Educación y Desarrollo Humano e na Universidad de Manizales.

ROSÂNGELA MARIA DE AZEVEDO GOMES - UERJ

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre)

Professor associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES - ESPANHA

Mestrado em Máster en Derecho Administrativo pelo Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago, Espanha(2014) Professor do Universidad de Santiago de Compostela - Campus Santiago , Espanha.

THIAGO AGUIAR DE PÁDUA - DF

Doutorando e Mestre em Direito - UniCEUB. Professor da Graduação e da Pós-graduação em Direito. Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais -CBEC. Advogado.

AUTORES

ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY - AGU/DF

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (CEUB). Livre-docência pela Universidade de São Paulo - USP. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston-EUA e em Direito Constitucional 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). Procurador da Fazenda Nacional - AGU/DF.

ONOFRE ALVES BATISTA JÚNIOR AGU/MG

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; Professor Adjunto IV de Direito Público do Quadro Permanente da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFMG; Advogado Geral do Estado de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais.

RENATO RODRIGUES VIEIRA -
Assessor Especial da Casa Civil da Presidência da República. Procurador Federal/AGU.

LUIS INÁCIO LUCENA ADAMS

Advogado. Sócio da prática de Contencioso e Líder da prática de Compliance do Tauil & Chequer Advogados. Procurador da Fazenda Nacional entre os anos de 1993 e 2017. Advogado-Geral da União de 2009 a 2016.

JACQUES DERRIDA

(1930-2004) foi um filósofo franco-magrebino, que iniciou durante os anos 1960 a “Desconstrução” em filosofia, tendo lecionado na Sorbonne (1960-1964) e na École Normale Supérieure de Paris (1964-1984), além de ter sido Diretor de Estudos da École des Hautes Études em Sciences Sociales de Paris (1984-2003).

CÉSAR AUGUSTO CARRA - SP

Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino Pós-graduado no programa de Pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial (GV Law) pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado. Procuradoria Geral do Município de Jaú, PGMJ.

DANIEL ROCHA DE FARIAS - AGU/DF

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNB. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Advogado da União.

DANILO MOURA LACERDA - AGU/AL

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL. Procuradoria-Geral Federal/AGU.

FABIANA SILVA BITTENCOURT - MG

Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Professora substituta da disciplina de Instituições de Direito Penal II.

CRISTIANO THADEU E SILVA

ELIAS - MG

Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado da Universidade de São Paulo - USP. Professor Titular pleno da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Secretário Titular eleito da Fundação Sul Mineira de Ensino - FSME.

FERNANDO MENEGUETI CHAPARRO - AGU/PR

Mestrado em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense, UNIPAR, Procurador Federal - AGU. Procurador Federal - AGU.

THAIS ANGÉLICA PELEGRINI - PR
Universidade Paranaense - UNIPAR.

GABRIELA ALMEIDA MARCON - AGU/SC
Mestranda em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina, UNISUL. Pós-Graduada em Direito. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Procuradora Federal - AGU.

**JOÃO PAULO RIBEIRO LIMA
PACHECO CARNEVALI DE OLIVEIRA - AGU/SP**

Mestre em Ciências no Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina – PROLAM/USP. Procurador da Fazenda Nacional - PGFN.

MÁRCIO BOBIK BRAGA - SP
Doutor em Economia na Universidade de São Paulo - USP. Professor Livre-Docente do Depto. de Economia da USP – campus de Ribeirão Preto e do Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina – PROLAM/USP.

LUIZ EDUARDO DINIZ ARAUJO - AGU/DF

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE. Mestrado profissional em andamento em MASTER IN ENERGY LAW Technische Universität Berlin, TUBerlin, Alemanha. Procurador Federal - AGU.

RICARDO SILVEIRA RIBEIRO - AGU/RJ
Doutor em Direito Público pela UFPE. Professor Titular I de Direito Administrativo da UNOPAR. Procurador Federal - AGU.

TEÓFILO MARCELO ARÊA DE LEÃO JÚNIOR - SP
Centro Universitário Eurípedes de Marília-SP - UNIVEM. Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Advogado.

RENAN CAUÊ MIRANDA PUGLIESI - PR
Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pelo Centro de Ciência Sociais aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Advogado

RODRIGO DA GUIA SILVA - RJ
Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Advogado.

ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI - PR
Especialista em Direito pela PUC/SP e graduado em Filosofia pela UEL. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR.

SUMÁRIO

AUTORES CONVIDADOS

A Advocacia Pública Consultiva: natureza, fundamentação histórica, alcance e limites dos pareceres da Advocacia-Geral da União
Brazilian Federal Public Advocacy in the context of counselling legal opinions. Features, historical reasoning, range and limits
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy 15

O Desastre de Mariana Atuação Interfederativa para Superação dos Impactos da Maior Tragédia da História do Brasil
The Mariana Disaster Interfederative Cooperation to Overcome the Impacts of the Greatest Tragedy of Brazilian History
Onofre Alves Batista Júnior
Renato Rodrigues Vieira
Luis Inácio Lucena Adams 45

TRADUÇÃO

Declarações de Independência
Jacques Derrida (Tradução de Thiago dos Santos Aguiar de Pádua) 77

ARTIGOS

Reflexão Dialética Acerca do Caso n. 12.728 – Povo Indígena Xucuru
Dialectic Reflection About the Case n. 12.728 - Indigenous People Xucuru
César Augusto Carra..... 87

O Neoconstitucionalismo e o Suposto Protagonismo do Poder Judiciário na Execução de Políticas Públicas
The Neoconstitutionalism and the Alleged Main Role of the Courts in Policy Implementation
Daniel Rocha de Farias..... 105

O Princípio da Proteção à Confiança Legítima e o Direito Subjetivo à Nomeação do Candidato Aprovado em Concurso Público
The Principle of the Legitimate Expectation and the Subjective Right to Nomination of the Candidate Approved in Public Service Entrance Examination
Danilo Moura Lacerda..... 129

A Falta de Racionalidade das Decisões Colegiadas e a Necessidade de Adoção do Voto da Corte: análise a partir do recurso extraordinário n.º 635.659
The Lack of Rationality of the Court Decisions and the Need for Adoption of the Vote of the Court: analysis from the extraordinary appeal n.º 635.659
Fabiana Silva Bittencourt
Cristiano Thadeu e Silva Elias 151

Redirecionamento da Execução Fiscal: termo inicial da prescrição nos casos de dissolução irregular <i>Redirection of the Tax Execution: initial term of prescription in the hypothesis of irregular dissolution</i> Fernando Meneguetti Chaparro Thais Angélica Pelegrini.....	175
Publicidade Registral para Proteção Ambiental: averbação da reserva legal na matrícula imobiliária e o novo Código Florestal <i>Land Registration and Environmental Protection: registration of legal reserve area and the new Environmental Law</i> Gabriela Almeida Marcon	201
Caso dos Pneus: adequação da ordem jurídica brasileira à jurisdição internacional João Paulo Ribeiro Lima Pacheco Carnevalli de Oliveira Márcio Bobik Braga	219
The Free Movement of Goods in the European Union and the Limitation of Renewable Energies Promotion Schemes to the Member States own Territory <i>O princípio da livre circulação de mercadorias na União Europeia e a limitação de programas de suporte a energias renováveis ao território dos Estados Membros</i> Luiz Eduardo Diniz Araujo	245
Cortes Constitucionais e Jurisdição Constitucional: o debate normativo sob o olhar da perspectiva positiva <i>Constitutional Courts and Constitutional Jurisdiction: the normative debate under the eye of the positive perspective</i> Ricardo Silveira Ribeiro.....	259
Em Busca do Conceito Contemporâneo de (In)Adimplemento Contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva <i>In Search of Contemporary Concept of Vreach of Contract: functional analysis based on objective good-faith</i> Rodrigo da Guia Silva.....	293
Políticas Públicas e Interferência Judicial: desafios e perspectivas na concessão de medicamento e tratamento de alto custo <i>Public Policies and Judicial Interference: high-cost medicine and treatment challenges and perspectives to concessions</i> Teófilo Marcelo Arêa de Leão Júnior Renan Cauê Miranda Pugliesi Rogério Cangussu Dantas Cachichi	323

EDITORIAL

Prezados Leitores,

A Revista da AGU está passando por um constante processo de reestruturação, o qual objetiva ser um referencial entre as publicações advindas das instituições do sistema de justiça brasileiro, sem jamais perder o viés acadêmico e prático que a consagrou como um periódico bastante respeitado e amadurecido.

Em seu processo de reestruturação, com o aval da Ministra da Advocacia-Geral da União, Grace Mendonça, entusiasta do protagonismo da Revista da AGU, a Direção da Escola da AGU tomou as seguintes medidas:

- I) Reestruturou os atos normativos da Revista, revisando a Portaria nº 01/2015, que já não se adequava a atual realidade do periódico, tornando o periódico mais dinâmico e menos burocrático;
- II) Readequou a divulgação interna junto à Advocacia-Geral da União, permitindo que membros e servidores tenham contato imediato com novos números e todos os atos relacionados à Revista;
- III) Reestruturou o Conselho Editorial, adequando totalmente às regras da CAPES, privilegiando pesquisadores de todas as Regiões do Brasil e pesquisadores estrangeiros. Além disso, o critério de ingresso e permanência no Conselho Editorial passou a ser o da rigorosa produção acadêmica dos Conselheiros. Neste ponto, permitiu-se a diversificação de áreas do conhecimento jurídico, priorizando, ainda, pesquisadores vinculados à Advocacia Pública ou demais Instituições do Sistema de Justiça brasileiro;
- IV) Em relação ao corpo de pareceristas, a Revista da AGU superou os 61 (sessenta e um) membros, predominantemente endógenos (membros da AGU), e passou a contar, atualmente, com 295 (duzentos e noventa e cinco), predominantemente exógenos (Professoras(es) Doutoradas(as), principalmente, de quase todos os Programas de Pós-Graduação do Brasil e estrangeiros). A Revista continua com a sua política de

renovação do corpo de pareceristas, permitindo-se que as(os) autoras(es) recebam seus pareceres no período de tempo mais breve possível;

V Em relação à endogenia das(os) autoras(es), a Revista da AGU readequou a sua divulgação junto aos Programas de Pós-Graduação brasileiros, permitindo que o fluxo de artigos recebidos exógenos superasse o fluxo endógeno, fazendo com que, atualmente, a procura externa seja maior do que a interna;

VII Foram tomadas diversas outras medidas, a fim de dar à Revista da AGU a dimensão que se espera de um período advindo de uma Instituição com a grandeza republicana que se espera da Advocacia-Geral da União: readequou-se o sistema de gestão da Revista (os artigos recebidos devem ser imediatamente distribuídos aos pareceristas), melhorou-se a divulgação institucional, dentre tantas outras medidas que não se esgotam.

Enfim, a Revista da AGU está em constante aprimoramento e a serviço das comunidades acadêmicas e jurídicas brasileiras, totalmente aberta à discussão das questões jurídicas.

Em seu novo número, a Revista da AGU apresenta 02 (dois) artigos de autores convidados, com aspecto institucional, uma tradução de Jacques Derrida e mais 11 (onze) artigos que passaram pelo rigoroso processo de avaliação, demonstrando-se a pluralidade da publicação.

Desejamos uma boa leitura com o convite para navegarem pela revista eletrônica disponível em: <http://seer.agu.gov.br>.

Paulo Fernando Soares Pereira
Vice Editor da Revista da AGU

Vice Diretor da Escola da AGU Ministro Victor Nunes Leal

A ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA: NATUREZA, FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA, ALCANCE E LIMITES DOS PARECERES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO¹

*BRAZILIAN FEDERAL PUBLIC ADVOCACY IN THE CONTEXT
OF COUNSELLING LEGAL OPINIONS. FEATURES, HISTORICAL
REASONING, RANGE AND LIMITS*

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy²

*Pós-Doutor em Direito Comparado na Universidade de Boston/EUA e em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS
Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - CEUB. Procurador da Fazenda Nacional - AGU/DF*

-
- 1 Agradecimentos a Guilherme Benages Alcântara, pela iniciativa e sistematização dos pareceres AGU, de onde colho informações para parte do trabalho. Agradecimentos também a Maria Jovita Wolney Valente, pela constante interlocução sobre o assunto, e a Rui Magalhães Piscitelli, André Augusto Dantas do Amaral e Sávia Maria Leite Gonçalves, pelas discussões e sugestões.
 - 2 Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: USP. Foi Consultor-Geral da União (2011-2015) e Procurador-Geral Adjunto da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (2015).

SUMÁRIO: Introdução e contornos do problema; I. Antecedentes históricos da atividade jurídico consultiva de Estado: o Conselho do Império; II. A Consultoria-Geral da República; III. A Advocacia-Geral da União e o papel da Consultoria-Geral da União; III.I. Os pareceres produzidos em âmbito da Advocacia-Geral da União; III. II. O tema da responsabilização do parecerista; III.III. A propósito de uma tentativa de classificação dos pareceres da AGU; IV. Considerações finais; Referências.

RESUMO: O artigo explora as características dos pareceres emitidos pela Advocacia-Geral da União, como objetivo de classificá-los e de fixar seus limites e alcances. Com esse objetivo, resgata um pouco da tradição do Conselho de Estado que operou no Império, bem como da Consultoria-Geral da República, instituições nas quais a AGU radica suas principais características. Marginalmente, o artigo explora a responsabilização do parecerista.

PALAVRAS-CHAVE: Pareceres da AGU. Natureza. Fundamentação Histórica. Alcance. Limites. Responsabilidade do Parecerista. Tipologia. Classificação.

ABSTRACT: The paper tackles the main features concerning the framework of Brazilian legal opinions, regarding the Attorney General. With this purpose, it rescue some information regarding a similar institutional arrangement that operated during the Brazilian Empire, namely a State Counsel. It also addresses a similar formula, which existed from 1903 to 1993, as well of present day structures. On the side, it explores the liability related to mentioned legal opinions.

KEYWORDS: Legal Opinions. Features. Historical Framework. Scope. Limits. Liability. Taxonomy.

INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA

A Advocacia-Geral da União-AGU é instituição proeminente no conjunto dos arranjos organizacionais brasileiros contemporâneos relativos às funções da justiça e ao implemento de políticas públicas. Qualifica-se essa premissa na constatação do importante papel que a AGU protagoniza na estabilização das relações jurídicas que afetam o Estado, suas políticas públicas e seus servidores. A representação da União, judicial e extrajudicialmente, acrescida das atividades de consultoria e de assessoramento jurídico do Poder Executivo³ exigem permanente atenção e deferência para com os direitos fundamentais. O destinatário final dessa atuação é o cidadão. A AGU é agente que harmoniza a defesa do Estado e que promove a cidadania, de onde radica o respeito e a reverência para com a legalidade⁴.

A atuação judicial da AGU é pautada por agenda normativa que transita de valores expressos na Constituição a regras fixadas no Código de Processo Civil, com estações na legislação de regência de efeitos mais endógenos, a exemplo da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. A União é litigante recorrente. Deve-se considerar também que há expressiva litigância intergovernamental. Essa litigância (administrativa) exige fórmulas de resolução de impasse, a exemplo do funcionamento de Câmaras de Conciliação. A litigância judicial se desdobra, entre outros, na Justiça Federal, que à luz de uma concepção histórica e comparativa, pode lembrar o contencioso administrativo francês: uma das partes da contenda é o Estado⁵.

A atuação extrajudicial da AGU, de igual modo, também transita de valores expressos na Constituição a regras de expressão mais endógena, também centradas na Lei Complementar nº 73, de 1993. A atuação extrajudicial da AGU é campo de atuação muito sensível, que exige monitoramento e permanente controle. Porque essa atuação projeta efeitos concretos na vida do cidadão e da administração é que se deve defini-la em toda sua extensão, em outros motivos para fixação e imputação de responsabilidades. Deve-se explicitar, efetivamente, com base no direito posto, quais são os limites e alcances dessa atuação.

Mencionada atuação extrajudicial da AGU se dá por intermédio da discussão e da confecção de pareceres, que se revelam e que se caracterizam

3 Constituição Federal, art. 131.

4 A conjuntura histórica ligada à construção da AGU é tema desenvolvido por RAMOS, Saulo. *Código da Vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p. 128 e ss.

5 O tema das origens do direito administrativo francês e do contencioso que o caracteriza são exploradas por TOCQUEVILLE, Alexis de. *L' Ancien Régime et la Révolution*. Paris: Flammarion, 1988.

como atos administrativos de efeitos normativos. Há risco de trivialização desses instrumentos e do indevido uso de suas conclusões. Nem todo parecer da AGU é vinculativo, e nem todo parecer da AGU transcende aos limites da própria AGU. Empiricamente, pode se constatar parcela significativa de pareceres se destinam à correção de litígios intragovernamentais, bem como a dirimir conflitos e contradições internas aos órgãos e entes da Administração. A doutrina se ressentida de uma fórmula taxonômica definitiva, que possa explicitar o exato alcance dos comandos que decorrem dos entendimentos vazados em forma de pareceres. É esse um dos objetivos do presente artigo.

Há um inegável papel institucional que a história reserva à AGU. A AGU segue tradição inaugurada com o Conselho de Estado, que funcionou no durante o Império. Segue também à tradição da Consultoria-Geral da República, que funcionou de 1903 a 1993. O historiador do direito José Reinaldo de Lima Lopes denominou o Conselho de Estado do Brasil Império de O Oráculo de Delfos⁶, em portentoso estudo sobre a interpretação do direito no Brasil. De algum modo, esse epíteto também pode ser utilizado na conceituação da Consultoria-Geral da República, bem como na definição da AGU.

A proposta do presente artigo consiste em argumentar em favor da AGU como um oráculo dos dias presentes. As regras do jogo em praticadas no contexto do histórico e mitológico Oráculo de Delfos eram claras para os consulentes. Das disposições oraculares dependiam batalhas e tragédias; o vaticínio do drama de Édipo comprova a afirmação. Da mesma maneira, deve-se entender exatamente os efeitos dos pareceres da AGU, nas disputas intragovernamentais aqui evidenciadas. É o do que se trata em seguida.

Com esse objetivo, descreve-se sumariamente o Conselho de Estado do Império, inventaria-se a atuação da Consultoria-Geral da República, constata-se sua continuidade na Advocacia-Geral da União, com especial atenção na Consultoria-Geral da União. Ao fim, trata-se dos pareceres propriamente ditos, com foco também no tema da responsabilização do parecerista. Encerra-se com uma tentativa de classificação desses pareceres no contexto da AGU.

6 LOPES, José Reinaldo Lima. *O Oráculo de Delfos e o Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA ATIVIDADE JURÍDICO CONSULTIVA DE ESTADO: O CONSELHO DO IMPÉRIO

O Conselho de Estado⁷ foi instituição central na construção de entendimento jurídico durante o Império, com competência para tratar de variados assuntos, atendendo a questionamentos, diretamente colocados por intermédio de Avisos do Imperador. Há opiniões sobre a abolição da escravidão, administração das províncias, anistias, sobre o aniversário do Imperador, sobre o Código de Processo Criminal, sobre a participação do Conde D'Eu na Guerra do Paraguai, sobre a necessidade da criação de um contencioso administrativo, sobre a desnacionalização das empresas de navegação, sobre direito público eclesiástico, eleições, percepção de emolumentos de párocos, empréstimos externos, exilados portugueses em Londres, despesas extras decorrentes da Guerra do Paraguai, lei de terras, liberdade de imprensa, cunhagem de moeda, pena de morte, concessão do título de príncipe aos filhos do Imperador, reforma constitucional, entre tantos temas.

O Conselho de Estado também atuava como um tribunal administrativo⁸; cuidava, ainda de conflitos de competência, a exemplo de conflitos de jurisdição, a par de dissensos entre jurisdições civis e religiosas, então denominadas de usurpação de jurisdição⁹. Pode-se exemplificar a atuação do Conselho de Estado, opinando e arbitrando assuntos colocados pelo Imperador, a propósito de interessante debate registrado em ata de 3 de agosto de 1943. Foi apresentado ao exame daquele Conselho uma proposta relativa ao estabelecimento de uma universidade no Rio de Janeiro. À época ainda não contávamos com uma universidade; o ensino superior era muito limitado, a exemplo dos cursos de direito que funcionavam apenas em Recife

7 Conferir: LOPES, op. cit.; RODRIGUES, José Honório. *Conselho de Estado e o Quinto Poder*. Brasília: Senado Federal, 1978. TORRES, João Camilo de Oliveira. *O Conselho de Estado*. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1965. TORRES, João Camilo. *A Democracia Coroada*. Petrópolis: Vozes, 1964. Brasil. Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros. *O Conselho de Estado e a Política Exterior do Império*: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros: 1871-1874. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática. Brasília: FUNAG, 2009. MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O Tempo Saquarema*. São Paulo: Editora HUCITEC, 2004. Para uma ampla visão do tempo, com coletânea de informações de primeira mão sobre conselheiros, conferir, NABUCO, Joaquim. *Um Estadista no Império*. v. 2, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. Para estudos sobre o Conselho de Estado, por juristas da época, CARVALHO, José Murilo de. (organização e introdução), SOUSA, Paulino José de. Visconde do Uruguai. *Coleção Fundadores do Brasil*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 219-305. bem como KUGELMAS, Eduardo. (organização e introdução), BUENO, José Antonio Pimenta. Marquês de São Vicente. *Coleção Fundadores do Brasil*. São Paulo: Editora 34, 2002. p. 365-394. CARVALHO, José Murilo. *A Construção da Ordem (A Elite Política Imperial) - Teatro de Sombras (A Política Imperial)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 355-390. Para um estudo do Conselho de Estado Francês, quanto a seu funcionamento efetivo, de um ponto de vista histórico, GAUDEMET, Yves; STIRN, Bernard; DAL FARRA, Thierry; ROLIN, Frédéric. *Les Grands Avis du Conseil d'État*. Paris: Dalloz, 2008.

8 Por todos, LOPES, op. cit., p. 206 e ss.

9 Ibidem, p. 162 e ss.

e em São Paulo. Dessa reunião participaram, além do Imperador, que a presidia, e dos Conselheiros que compunham aquele órgão, ministros e secretários de Estado. Não se alcançou um consenso, especialmente devido ao número de questões paralelas que foram colocadas pelos Conselheiros. O Visconde de Olinda não concordou com os requisitos exigidos para ingresso nessa Universidade. Alves Branco temia o aumento das despesas públicas. Porque o projeto também tratava de colégios nas províncias, criticava-se a ingerência do poder central na construção de políticas de interesse local.

Ainda exemplificando atuação desse Conselho de Estado, há registro de reunião ocorrida em 20 de abril de 1843, com a presença do Imperador, então ainda muito jovem (contava com 18 anos), quando se discutiu o casamento de sua irmã, Francisca Carolina. Conselheiros e Ministros de Estado participaram da reunião. D. Pedro II havia nomeado um plenipotenciário para cuidar do assunto, especialmente quanto à renúncia expressa da princesa quanto a direitos eventuais que pudesse ter, em relação à Coroa, na hipótese de falta de descendentes de D. Pedro II e da outra irmã, Januária. Questionava-se se esses direitos poderiam ser conservados e mantidos pela princesa que iria se casar, exatamente como dispunha a Constituição do Império, ou se qualquer consideração a esse respeito deveria ser omitida no contrato de casamento.

De acordo com o que se lê na ata, discutiu-se intensamente a matéria. Decidiu-se que “no contrato respectivo ao consórcio de Sua Alteza a Sereníssima Princesa Senhora Dona Francisca Carolina com o Senhor Príncipe de Joinville se fizesse expressa reserva das direitos eventuais, que a mesma Augusta Princesa possa ter à Coroa do Império tanto, quanto estes podem ser mantidos e conservados segundo a Constituição do mesmo Império”. Consideraram que a Constituição era a única regra a orientar a solução da dúvida, porquanto se tratava de regime de sucessão, matéria essencialmente política.

Ao que consta, a última sessão do Conselho de Estado de que há registro teria ocorrido em 10 de agosto de 1889, no Paço Imperial. D. Pedro II presidiu o encontro. Entre os Conselheiros presentes, Paulino Soares de Sousa, reputado administrativista. Discutia-se - - provavelmente na nessa última reunião do Conselho - - o tema de um crédito extraordinário para atender a despesas com a seca, nas províncias do norte e com a saúde pública. Era o Imperador quem provocava opiniões; e era o Imperador quem as aprovava. Concretamente, “não era o Conselho que deliberava, mas o Imperador [...] mesmo assim, parecia relevante dar-se conta do que dizia o Conselho”¹⁰. Essa lógica persiste até hoje, quanto aos pareceres consultivos.

10 LOPES, op. cit., p. 113.

A deliberação final é do Presidente da República, ainda que se leve em conta o que diz a Advocacia-Geral da União. De igual modo, de 1903 a 1993, quem decidia era também o Presidente da República, ainda que se levasse em conta a opinião da Consultoria-Geral da República, de que se trata em seguida.

II. A CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA

A Consultoria-Geral da República-CGR, órgão de opinião e de assessoramento jurídicos da Presidência da República, foi criada pelo Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, baixado pelo Presidente Rodrigues Alves. Funcionou ininterruptamente até 1993, quando se organizou a AGU, que lhe tomou prerrogativas e competências, algumas diluídas parcialmente na atual Consultoria-Geral da União. À frente da CGR estiveram renomados juristas da reminiscência brasileira. Entre eles, Araripe Júnior (1903-1911), Rodrigo Octávio (1911-1929), Levi Carneiro (1930-1932), Carlos Maximiliano (1932-1933), Francisco Campos (1934), Anníbal Freire (1938-1940), Orozimbo Nonato (1940-1941), Hahnemann Guimarães (1944-1945), Themístocles Brandão Cavalcanti (1945-1946, novamente, em 1955), Miguel Seabra Fagundes (1946), Haroldo Valadão (1947-1950), Brochado da Rocha (1955-1956), Caio Tácito (1957), Victor Nunes Leal (1960), Caio Mário da Silva Pereira (1961), Rafael Mayer (1974-1978), Ronaldo Poletti (1984-1985), Paulo Brossard (1985-1986), Saulo Ramos (1986-1989).

Ao Consultor-Geral da República, nos termos do Decreto nº 967, de 1903, contemplava-se amplo conjunto de competências¹¹. O Consultor-Geral da República ocupava cargo de estrita confiança do Presidente da República. Participava ativamente das grandes decisões do Governo. Esse conjunto originário de competências foi substancialmente modificado pelo Decreto nº 22.386, de 24 de janeiro de 1933, baixado pelo Presidente Getúlio Vargas¹². Revelando-nos o caráter autoritário do governo que baixou o decreto que aqui se menciona, governo Vargas, dispunha-se que “os pareceres do Consultor-Geral não serão [seriam] comunicados aos interessados, nem publicados, senão quando o Governo o autorize

11 Ao Consultor-Geral da República cabia atender às Secretarias de Estado (os Ministérios), especialmente sobre extradições, expulsão de estrangeiros, execução de sentenças de tribunal estrangeiro, autorizações de companhias estrangeiras para funcionarem no Brasil, alienação, aforamento, locação e arrendamento de bens nacionais, aposentadorias, reformas, jubilações e montepios dos funcionários públicos federais. Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, art. 2º, § 1º, alíneas.

12 Ao Consultor-Geral da República competia emitir pareceres sobre questões jurídicas submetidas a seu exame pelo Presidente da República e Ministros de Estado; representar, ao Presidente da República e aos Ministros, sobre providências jurídicas que julgassem de interesse público ou por necessidade para boa aplicação das leis vigentes; também lhe incumbia desempenhar comissões de índole jurídica atribuídas pelo Presidente, entre outros. Decreto nº 22.386, de 24 de janeiro de 1933, art. 2º.

[autorizasse], salvo por motivo relevante a juízo do próprio Consultor-Geral¹³. Vicejava a cultura do segredo¹⁴.

O Decreto nº 41.249, de 5 de abril de 1957, baixado pelo Presidente Juscelino Kubitschek, alterou um pouco o modelo¹⁵. As consultas somente seriam admitidas “em assuntos de alta relevância, precisando-se a questão jurídica sobre a qual se pretende [pretendia] parecer¹⁶”. Ao Consultor-Geral da República era dado, “para efeitos protocolares e de correspondência, o tratamento devido aos Ministros de Estado¹⁷”. O status do Consultor-Geral da República, assim, era ministerial. No pequeno interregno parlamentarista fez-se ligeira alteração de minudência na estrutura, vinculando-se a CGR diretamente ao Presidente da República e à Presidência do Conselho de Ministros¹⁸. Com o fim do parlamentarismo a estrutura da Consultoria-Geral da República permaneceu do modo como até então funcionara.

No início da Consultoria-Geral da República-CGR os assuntos tratados eram muito simples - aos olhos de hoje - a exemplo de pareceres relativos à compra de arreios para o exército¹⁹, a problemas referentes a títulos de propriedade expedidos no Acre pelo governo revolucionário do coronel Plácido de Castro²⁰, à autorização para exploração de telefone e telégrafo sem fio por parte de companhia estrangeira²¹, à vacância de bens da Primeira Ordem Franciscana na Província da Imaculada Conceição do Brasil²², à utilização da bandeira da monarquia portuguesa, após a proclamação da República em Portugal, por parte de cidadãos portugueses

13 Decreto nº 22.386, de 1933, art. 15.

14 Essa cultura burocrática do sigilo, do segredo e também da espionagem, no Brasil, é estudada por FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do Silêncio - A História do Serviço Secreto Brasileiro de Washington Luís a Lula- 1027-2005*. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2005.

15 Decreto nº 41.249, de 5 de abril de 1957, art. 3º, § 1º. Dispôs-se que “somente por determinação do Presidente da República poderão [poderiam] ser submetidas ao exame do Consultor-Geral da República as consultas de iniciativa dos Ministros de Estado e dos órgãos diretamente subordinados à Presidência da República”.

16 Decreto nº 41.249, art. 4º.

17 Decreto nº 41.249, art. 7º.

18 Decreto nº 51.530, de 7 de agosto de 1962, art. 2º.

19 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Otávio. 3 de março de 1903.

20 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Otávio. 4 de março de 1906.

21 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Otávio. 30 de novembro de 1906.

22 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Otávio. 25 de julho de 1911.

no Brasil²³, à proibição de realização de sessões públicas de hipnotismo²⁴, entre tantos outros assuntos.

Bem mais tarde, na década de 1980, vários conflitos intragovernamentais foram resolvidos pela Consultoria-Geral da República, a exemplo de disputa entre CADE e PETROBRÁS, relativa a política petroquímica nacional, que o Presidente da República queria avocar; de um desentendimento entre a FUNAI, o MME e o então denominado Ministério do Interior, sobre empresa que explorava estanho em área indígena; bem como vários conflitos federativos, reais ou potenciais, inclusive ligados a diferenças entre a União e o Estado de Goiás ou entre a União e o antigo Estado da Guanabara. A construção de Brasília suscitou algumas divergências.

Estudo dos pareceres emitidos pelos Consultores-Gerais da República indica simplicidade temática, comparando-se com os dias de hoje, evidentemente. Não se tinha a complexidade estatal que hoje se conhece, o que se expõe na medida em que os pareceres mais recentes começam a ser pesquisados. O primeiro dos pareceres então publicados tratou de prescrição contra a Fazenda Pública, a partir do requerimento de um militar, que servira na Guarda Nacional, no Rio Grande do Sul, no fim do século XIX²⁵. Na mesma época, opinou-se sobre a titularidade de bens encontrados nos escombros do Morro do Castelo (quando da derrubada deste para construção da Esplanada e do Aterro), local que anteriormente sediara um convento dos jesuítas²⁶. Opinou-se sobre sacerdotes alemães que pretendiam catequizar índios no Estado de Santa Catarina²⁷. Problemas de fundo religioso eram comuns no Estado laico que se criou em 1889.

Ainda em 1903 opinou-se sobre controvérsia entre a União e os Estados, relativa aos direitos que os Estados teriam de lançar e cobrar impostos de exportação nos territórios pertencentes à União, dentro dos limites estaduais, isto é, em áreas militares²⁸. Na Constituição de 1891 o imposto de exportação era de competência estadual²⁹. Entendeu-se que os Estados mantinham tal

23 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Otávio. 31 de agosto de 1911.

24 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Otávio. 18 de novembro de 1913.

25 Consultoria-Geral da República. Parecer. Araripe Júnior, 27 de janeiro de 1903.

26 Consultoria-Geral da República. Parecer. Araripe Júnior, 6 de fevereiro de 1903.

27 Consultoria-Geral da República. Parecer. Araripe Júnior, 25 de março de 1903.

28 Consultoria-Geral da República. Parecer. Araripe Júnior, 20 de junho de 1903.

29 O art. 9º, 1º, da Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891 dispunha que era competência exclusiva dos Estados decretar impostos sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção. A regra, evidentemente, beneficiava os Estados exportadores de café, São Paulo e Minas Gerais.

competência, ainda que os produtos saíssem de área militar, da União. Um juízo de isonomia, aplicado ao contribuinte, substancializou a deliberação. O assunto era fonte de eventual conflito federativo, ainda que, reconheça-se, o modelo da época fosse marcado pela hipertrofia do Executivo central.

Opinou-se também sobre acumulação de cargos, por parte do Dr. Oswaldo Cruz³⁰. Fez-se parecer sobre privilégios fiscais que alcançariam a Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro³¹. Opinou-se sobre conflito de competência entre a União e os Estados³². Em 1921 a CGR foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade (ou não) da construção de monumento no alto do Corcovado, ao Cristo Redentor, situação que, já à época, promovia alguma discussão, dada a natureza laica do Estado; opinou-se pela inconstitucionalidade da medida para construção do monumento³³. Enfatizando que haveria embaraço constitucional decorrente da construção de um monumento ao Cristo Redentor no Rio de Janeiro o Consultor-Geral colocava o Presidente da República em posição difícil, em relação à maioria católica. Não se atendeu à orientação dada pelo consultor jurídico do Presidente, o que demonstra que, historicamente, a opinião da assessoria jurídica não vinculava o Chefe do Executivo. É necessária a aprovação do Chefe do Executivo para que pareceres sejam vinculantes. De outro modo, à luz da teoria das fontes do direito tem-se mera opinião, especulativa, e de orientação ao intérprete da norma discutida.

A CGR, em tema de provável conflito intragovernamental, opinou sobre isenção de impostos sobre bens e propriedades do Banco do Brasil, declarando-os, naquela época titulares da não isenção³⁴. O Banco do Brasil atuava com muita proximidade ao Governo Federal. Em caso de indício de conflito federativo, intragovernamental, a CGR respondeu a consulta relativa a pagamento reclamado pela Prefeitura Municipal de São Paulo, em desfavor da União, a título de contribuição para calçamento em frente a imóveis de propriedade desta última, concluindo pela isenção³⁵. Houve também manifestação sobre concessão de terras pelos governos estaduais, no que se referia aos limites de interferência do Governo Federal, levando-se em conta que em muitos casos o que se tinha efetivamente era a alienação

30 Consultoria-Geral da República. Parecer. Araripe Júnior, 5 de agosto de 1908.

31 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Octávio, 5 de maio de 1921.

32 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Octávio, 17 de agosto de 1921.

33 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Octávio, 17 de outubro de 1921.

34 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Octávio, 25 de setembro de 1928.

35 Consultoria-Geral da República. Parecer. Rodrigo Octávio, 23 de novembro de 1928.

de terras de indígenas³⁶. O assunto de certa forma tem impactos até hoje, e é fonte de dissonância entre FUNAI e INCRA.

Noticia-se também iniciativa do Estado do Paraná, decorrente de autorização legislativa da Assembleia daquela unidade da Federação, referente à constituição de juízo arbitral para resolver as questões de terras entre empresas incorporadas ao patrimônio nacional e o Estado do Paraná³⁷. Mais tarde, com a necessidade de realização do projeto da mudança da capital federal, várias providências deveriam ser tomadas, notadamente no que se referia à fixação do local, bem como outras medidas que tinham por objetivo evitar a especulação imobiliária³⁸.

Relata-se também intervenção da CGR a propósito de resistência do antigo Serviço do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional relativa a tentativa de venda de propriedade da família Ottoni, tombada como patrimônio histórico, no Município de Serro, no Estado de Minas Gerais. A União possuía a livre disponibilidade sobre o bem. Um ato de caráter formalmente legislativo (Decreto-lei nº 6.418, de 13 de abril de 1944) - porém - de autoria do Presidente da República, havia autorizado a alienação³⁹. Posteriormente, retomou-se a questão de imunidades e favores para o Banco do Brasil. Em parecer a CGR afirmou que Banco do Brasil não gozava de isenção do imposto de selo nem quando a sua Carteira de Comércio Exterior adquirisse mercadorias por ordem do Ministro da Fazenda⁴⁰. Preocupante foco de problemas foi enfrentado com o processo de enquadramento dos servidores que passaram da União para o Estado da Guanabara, fonte de conflito interno na Administração, indecisa em relação a que fórmula seguir⁴¹. As opiniões do Consultor-Geral, bem entendido, dependiam da deliberação final do Presidente da República.

Há também importante manifestação da CGR contida em parecer de Rafael Meyer sobre a inaplicabilidade de multas entre pessoas jurídicas de direito público. Havia questão subjacente, no sentido de que não se poderia invocar o poder de polícia entre essas pessoas jurídicas, entendimento que então prevalecia, e que foi confirmado. O problema ainda é muito recorrente. É fonte de muita litigância. Debatia-se eventual revogação de artigo do então

36 Consultoria-Geral da República. Parecer. Themístocles Brandão Cavalcanti, 16 de maio de 1955.

37 Consultoria-Geral da República. Parecer. Themístocles Brandão Cavalcanti, 8 de junho de 1955.

38 Consultoria-Geral da República. Parecer. Themístocles Brandão Cavalcanti, 26 de julho de 1955.

39 Consultoria-Geral da República. Parecer. Caio Tácito. 30 de julho de 1957.

40 Consultoria-Geral da República. Parecer. A. Gonçalves de Oliveira, 28 de abril de 1959.

41 Consultoria-Geral da República. Parecer. Victor Nunes Leal, 7 de outubro de 1960.

vigente regulamento do regime da previdência social. Havia divergência de interpretação quanto à aplicação de multa, juros e correção monetária em cobrança de crédito do Instituto Nacional da Previdência Social-INPS em relação ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária- INCRA. A discussão alcançou a Consultoria-Geral da República por provocação de aviso do então denominado Ministro Chefe do Gabinete Civil. Segundo o parecerista, a tese então vigente, firme na impossibilidade do lançamento de multa entre pessoas jurídicas de direito público, por inexistência do poder de polícia entre elas, decorria de excerto de voto do Ministro Oscar Saraiva no antigo Tribunal Federal de Recursos-TFR para quem, como se lê no parecer aqui citado, “na hierarquia dos privilégios, o da União prefere ao de suas autarquias, e seria inteiramente descabido que uma autarquia, órgão delegado da União, tivesse poderes disciplinares para impor multas a outras pessoas de direito público, o que é manifestação de poder de polícia administrativa⁴²”. Fixava-se relação hierárquica entre a Administração direta e a Administração indireta, como fator inibidor de poder de polícia e, conseqüentemente, do lançamento e cobrança de taxas⁴³.

A CGR também opinou sobre imunidade tributária quanto ao Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU, de imóveis funcionais, construídos ou adquiridos, no Distrito Federal, por autarquias, para ocupação ou alienação aos respectivos servidores. Propôs-se interpretação “ampla e teleológica, de modo a compreender o patrimônio público destinado ao cumprimento de suas atribuições legais⁴⁴”. O governo do Distrito Federal entendia que a imunidade tributária das autarquias não alcançava imóveis funcionais. Esses imóveis não estariam vinculados às suas finalidades essenciais⁴⁵. Apontando que a imunidade tributária recíproca era construção jurisprudencial norte-americana, porque a Constituição dos Estados Unidos não tratava do assunto, o parecerista lembrou que no Brasil dispôs-se expressamente sobre a matéria na Constituição de 1891⁴⁶. Notou também que Rui Barbosa havia saudado a medida como essencial ao regime federativo. Porém, sobre a imunidade tributária das autarquias, havia omissão constitucional, razão da necessidade de se construir solução para o problema, no caso concreto apresentado pelas

42 O excerto é do Ministro Oscar Saraiva, colhido em parecer de Luiz Rafael Meyer. Consultoria-Geral da República. Parecer. Luiz Rafael Meyer, 18 de novembro de 1974.

43 Consultoria-Geral da República. Parecer. Luiz Rafael Meyer, 18 de novembro de 1974.

44 Consultoria-Geral da República. Parecer. Luiz Rafael Meyer, 21 de março de 1977.

45 Consultoria-Geral da República. Parecer. Luiz Rafael Meyer, 21 de março de 1977.

46 Constituição de 1891, art. 10: É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais, ou serviços a cargo da União e reciprocamente.

autoridades do Distrito Federal. Ainda que hoje desnecessário, dado o regime constitucional e legal que envolve a matéria, o parecer fixou bases conceituais para imunidade recíproca. Tratou das finalidades essenciais da autarquia. É a compreensão da finalidade objetiva da autarquia que deve orientar o intérprete, especialmente nesse caso de benefício fiscal⁴⁷.

A CGR também opinou sobre autonomia universitária, já no contexto da Constituição de 1988, sustentando que o conceito de autonomia universitária problematizado não era absoluto, e que havia limitações impositivas⁴⁸. O parecer insistia na impossibilidade de universidades criarem novos cursos, independentemente de autorização, com fundamento na autonomia com a qual a Constituição as distinguiu. Esse entendimento, de autoria de Saulo Ramos, um dos últimos Consultores-Gerais da República, mentor intelectual da AGU, alcança situações presentes, nas quais há divergências entre universidades federais e o Ministério da Educação⁴⁹.

Como anotado acima, em 1989 a CGR divulgou parecer relativo aos poderes hierárquicos do Presidente da República quanto aos julgamentos administrativos do CADE, no contexto de controvérsia entre este último e a PETROBRÁS. Discutia-se se o CADE era competente para apreciar a política petroquímica do Governo Federal, que se fazia por intermédio da PETROBRÁS. Retomava-se um antigo problema. Havia parecer de autoria de Rafael Meyer que assegurava que as decisões do CADE não poderiam ser revistas administrativamente e que apenas poderiam ser desconstituídas por meio judicial. Reviu-se essa orientação. Insistiu-se na competência fiscalizadora e repressiva do CADE, vinculada, no entanto, ao poder hierárquico do Presidente da República, especialmente no que aludia à faculdade de avocar. Opinou-se pela revisibilidade das resoluções do CADE, naquele caso específico, pelo Chefe do Poder Executivo da União⁵⁰.

De 1903 a 1993 a CGR assessorou ao Presidente opinando sobre vários assuntos relativos à condução dos negócios da Administração. Teve atuação decisiva na prevenção de conflitos intragovernamentais, a exemplo dos casos aqui assinalados. Ainda que num contexto institucional distinto do atual - por força dos vários regimes que a Consultoria atendeu, inclusive em épocas de

47 Consultoria-Geral da República. Parecer. Luiz Rafael Meyer, 21 de março de 1977.

48 Consultoria-Geral da República. Parecer. Saulo Ramos, 15 de dezembro de 1988.

49 Consultoria-Geral da República. Parecer. Saulo Ramos, 15 de dezembro de 1988.

50 Consultoria-Geral da República. Parecer. Saulo Ramos, 28 de junho de 1989. Aprovado pelo Consultor-Geral da República, Saulo Ramos, o parecer, no entanto, é de autoria de Raymundo Nonato Botelho de Noronha, então Consultor da União.

intenso autoritarismo – pode-se verificar neste órgão um instrumento de ação presidencial, como instância orientadora de tomada de decisões.

III. A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E O PAPEL DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

A atuação consultiva da Advocacia-Geral da União é prioritariamente exercida no contexto das atribuições da Consultoria-Geral da União-CGU. A competência da CGU é definida em lei complementar⁵¹. A CGU é instância de assessoramento e de aconselhamento jurídicos e exerce importante função, entre outros, na fixação de orientações jurídicas em âmbito federal, bem como na prevenção da litigância intragovernamental judicial, bem como em seu enfrentamento, ainda em sede administrativa. Ainda que a AGU tenha se organizado já em 1993, a feição contemporânea efetiva da CGU data de 2002⁵², quando de sua organização e início de funcionamento, não obstante prevista em lei orgânica de 1993⁵³.

Há publicação que sintetiza as manifestações mais substanciais da CGU⁵⁴, e que revela intensa atuação na construção de entendimento jurídico sobre várias matérias. A CGU dá continuidade aos temas discutidos pela CGR, ainda que agora devendo submetê-los ao AGU. Institucionalmente, é a AGU quem sucede a CGR, ainda que a CGU exerça funções consultivas da CGR. Em outras palavras, o Consultor-Geral da República submetia seus pareceres diretamente ao Presidente da República, de cuja aprovação dependia a eficácia do entendimento. Hoje, o Consultor-Geral da União submete seus pareceres ao Advogado-Geral, que deve submetê-los ao Presidente da República, de cuja aprovação também depende a eficácia do entendimento, que deverá ser publicado, isto é, se há intenção de que tenha efeitos efetivamente vinculantes.

Presentemente, por intermédio de arbitramento – nominado, no caso da impossibilidade de conciliação na Câmara de Conciliação que coordena, ou por parecer, na hipótese de solução de divergências entre consultorias jurídicas dos Ministérios – a CGU tem também por incumbência o alcance de convergência de entendimentos entre as várias opiniões jurídicas que se enfrentam dentro do

51 Art. 10 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. A Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

52 Ato Regimental nº 1, de 22 de janeiro de 2002.

53 Art. 10 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

54 *Publicações Eletrônicas da Escola da AGU: Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União*. v. 1. Organização de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Otavio Luiz Rodrigues Junior – Brasília: 2012.

Poder Executivo. Pode-se também imputar à CGU o papel de instância revisora e definidora dos vários entendimentos no Poder Executivo.

Quantidade impressionante de desentendimentos governamentais são levados à CGU. Exemplifica-se com divergências que houve entre o Ministério da Defesa-MD e o Ministério do Planejamento-MPOG (sobre alienação de bens sob cuidado das Forças Armadas); entre Ministério dos Transportes-MT, Secretaria Especial de Portos-SEP e Agência Nacional de Transportes Aquáticos-ANTAQ (em relação a prorrogação de contratos de arrendamento de portos); entre Secretaria de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República-SAJ e Assessoria Jurídica da Controladoria-Geral da União (competência para aplicação de penalidade em processo administrativo disciplinar); entre núcleos estaduais da CGU (contratações com a Empresa Brasileira de Comunicação-EBC), entre Ministério da Justiça e Ministério da Previdência Social (alcance da expressão efetivo exercício no serviço público); entre Ministério do Meio Ambiente e Ministério da Ciência e Tecnologia-MCT (competência para exigência de estudo prévio de impacto ambiental); entre Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio (definição de sujeito passivo de uma contribuição para a Agência de Cinema); entre Ministério das Minas e Energia e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (uso de processo licitatório simplificado por parte das subordinadas da PETROBRÁS); entre Ministério da Defesa e Ministério da Educação (questão das vagas para militares em escolas públicas); entre Instituto do Patrimônio Artístico e Histórico Nacional-IPHAN e Instituto Brasileiro de Museus-IBRAM (competência para declarar bem musealizáveis).

Em todos esses casos havia vontades setORIZADAS que, muitas vezes, traduziam vontades corporativas, em desfavor de uma vontade de Estado, isto é, uma imaginária vontade geral. Pareceres definem atos decisório, submetido à aprovação de autoridade ministerial ou presidencial, e que tem como resultado a definição de uma posição. É a natureza desses pareceres que precisa de ser esclarecida, para que não sejam utilizados de forma trivial e casuística.

III.1 Os pareceres produzidos em âmbito da Advocacia-Geral da União

Pareceres da Advocacia-Geral da União são atos administrativos de efeitos normativos. Do ponto de vista de uma tipologia geral de atos disciplinadores os pareceres da AGU encontram-se no subcampo dos atos gerais de feição regulamentar⁵⁵, distinguindo-se, nesse sentido, dos chamados

⁵⁵ Adota-se aqui a tipologia fixada por Hely Lopes Meirelles, cotejando-se a primeira edição dessa portentosa obra com edições mais recentes. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 185 e ss e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*

atos individuais. O problema é que a tipologia dos pareceres da AGU pode transitar em miríade de atos ordinariamente diferenciados. Pode traduzir um ato de império (ou de autoridade), quando comanda objetivamente; ou um ato de gestão (ou negocial) que formaliza a atuação da Administração ou de mero expediente, quando saneia procedimentos em andamento.

Ainda, são também compostos, porque vincularem de modo mais amplo possível necessitam da concordância do Advogado-Geral da União, da aprovação do Presidente da República e da publicação no Diário Oficial da União. Eventualmente, são apenas complexos, porquanto apenas transitam por mais de um órgão, ainda que dentro da própria AGU; a exemplos de pareceres do CGU que têm como destinatários demais consultores e que tratam (sem inovar) de matéria afeta ao andamento da esfera consultiva. Podem ser simples, o que raro, pois nesse caso, afeto a um único órgão, a matéria deveria ser tratada por texto de menor densidade normativa, a exemplo de uma simples ordem de serviço.

Quanto a suas implicações, os pareceres da AGU podem alcançar todas as tipologias descritas nas classificações tradicionais. Tem-se, assim, efeitos constitutivos, extintivos, declaratórios, alienativos, modificativos ou abdicativos, dependendo-se dos vários assuntos de que tratam. É válido, quanto atende aos requisitos dispostos em lei, a exemplo da aquiescência do AGU e da aprovação presidencial, a par da publicação no órgão oficial. E porque também são substancialmente interpretativos, os pareceres da AGU também explicitam conteúdos veiculados por regulamentos, regimentos, e deliberações em geral. Há também pareceres da AGU que cuidam da ação negocial do Estado, a exemplo de considerações sobre licenças, autorizações, permissões, aprovações e dispensas. Os pareceres da AGU são também substancialmente enunciativos, porque normativos e também porque cuidam do mérito das questões que abordam, isto é, são pareceres técnicos.

Pareceres jurídicos exteriorizam atos administrativos.⁵⁶ Pareceres são meios, e não atos administrativos em sentido estrito;⁵⁷ coexistem com decretos, portarias, alvarás, avisos, circulares, ordens de serviço, resoluções, ofícios, instruções e despachos.⁵⁸ E porque são meios, confundem-se com os atos administrativos enunciativos, no sentido de que “[...] a Administração se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre

Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196 e ss. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

⁵⁶ Cf., entre outros, GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 86 e ss.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 86.

⁵⁸ *Ibidem*.

determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado”.⁵⁹ Conceitualmente pareceres se aproximam de certidões e atestados, isto é, são atos de pronúncia.⁶⁰ Qualificam opiniões e orientações.

Em certo sentido, qualificam-se por natureza executória, porquanto “[...] independem de apreciação prévia do Poder Judiciário, para serem executados coercivamente contra o particular”,⁶¹ isto é, nas hipóteses nas quais há projeções em relação a interesses particulares, inclusive com natureza beneficente ou agravante, favorecendo ou prejudicando um particular⁶². Constata-se, na dinâmica da Administração, que pareceres podem beneficiar ou prejudicar a particulares. O prejudicado sempre invocará, a seu favor, vício ou mácula no parecer que contesta, e que lhe subtraiu direitos. Pareceres são atos que redundam em obrigações.

Equiparados a atos administrativos enunciativos aos pareceres jurídicos de advogados públicos deve-se aplicar o regime indicativo de ilegalidades que informa os atos administrativos em geral. Vícios de vontade, de objeto, da legalidade do fim, de desvio de poder e de formação na expressão da vontade⁶³ devem ser levados em conta no momento da declaração de nulidade ou de anulabilidade do parecer, com a consequente fórmula preparatória e indispensável para o procedimento de responsabilização do parecerista.

Deve-se também considerar eventuais vícios de finalidade, a exemplo do desvio e do abuso de poder.⁶⁴ Constatados vícios na concepção e circulação de pareceres há fundamentos para anulação.⁶⁵ E há meios próprios também para revisão, especialmente de índole correcional. Na medida em que equiparados a atos administrativos, pareceres devem atender aos chamados traços fundamentais do regime jurídico dos referidos atos, nomeadamente, a conformidade à lei, a presunção relativa de legitimidade, a imperatividade (ainda que dependente de aprovação), a exigibilidade, a indisponibilidade

59 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 198.

60 Ibidem.

61 Cf. LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 92.

62 Cf. MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006. p. 239.

63 Conferir nesse tópico, por todos, CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 165.

64 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 302.

65 Conferir, no tema, fundamentos para anulação de atos administrativos, FURTADO, Lucas da Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 302 e ss.

do interesse público, o dever de motivação, a autoexecutoriedade (o parecer é concebido e confeccionado para uma determinada finalidade, pelo que, produz efeitos), a possibilidade de contraste pelo Judiciário, a possibilidade de revogação, bem como o controle pela Administração, especialmente no que se refere ao poder de invalidação⁶⁶. Bem entendido, o parecer que aqui se ocupa é o de natureza meramente consultiva, não mandatário, o que exclui pareceres produzidos em âmbito de licitação, ainda que o estudo desses seja importante, como se vê em seguida.

III.II O tema da responsabilização do parecerista

A tipologia acima descrita provoca para que explique o regime de responsabilização do advogado público por confecção e emissão de pareceres, especialmente no contexto da lei de improbidade administrativa. Deve-se levar em conta a comprovação do dolo e da má-fé como condições para responsabilização. Não pode-se cogitar de crime de hermenêutica. A mera opinião, ainda que divergente do entendimento de órgãos de controle não é condição necessária e suficiente para o referido enquadramento. Além do que, deve-se verificar se o parecer levado a escrutínio de fato atende às normas de regência, especialmente quanto ao regime de aprovação.

Medidas de responsabilização de pareceristas, na qualidade de advogados públicos, por confecção e emissão de parecer, no qual uma posição é sustentada, com exceção dos casos onde há inegável dolo ou má-fé, são contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resultando em ameaça à plena atividade do advogado público, restringindo a atuação de servidor em favor da Administração, criminalizando a atividade do advogado, retomando odiosa percepção de crimes de opinião. Deve-se levar em conta também disposição do Novo Código de Processo Civil (art. 184) no sentido de que “*o membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções*”. Evidentemente, há necessidade de demonstração inequívoca, com farta prova, de que o advogado público teria atuado com dolo ou fraude.

Muitas questões emergem. Qual a natureza jurídica de parecer elaborado por advogado público? Qual o perfil normativo de um parecer, no contexto da teoria das fontes do Direito? Qual o nível de obrigatoriedade de seguimento de parecer jurídico? Quais os entendimentos do Poder Judiciário sobre o assunto? Como a matéria tem sido tratada no TCU?

66 Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 177.

A quem compete responsabilizar o parecerista? Quais são as normas constitucionais e legais com as quais se conta atualmente? De que modo a questão é compreendida pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB? Que nível de proteção pode o advogado público esperar da OAB? Quais são as contribuições doutrinárias sobre o assunto? Qual a latitude efetiva de liberdade intelectual com a qual o advogado público possa efetivamente contar? São temas abertos, que exigem definições, algumas das quais esse artigo pretende enfrentar.

A responsabilização do advogado da União que não leve em conta o dolo, a má-fé, o erro grosseiro e o conluio seria fórmula indireta de uma nova tipificação do crime de opinião. E tipos penais, como cedo no direito de inspiração liberal e democrática, dependem de lei. O advogado da União que redige, assina e se responsabiliza por pareceres necessita de apoio institucional para desempenho dessa missão⁶⁷. No caso da advocacia consultiva, de onde radicam e derivam os pareceres, deve-se entender que há consultas facultativas e consultas cujas respostas demandam cumprimento mandatório, por parte do agente público. O Supremo Tribunal Federal, em voto conduzido pelo Ministro Joaquim Barbosa, mapeou as repercussões da natureza jurídico-administrativa dos pareceres jurídicos. Assim, “quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo”.⁶⁸ E ainda, “quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato legal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a outro parecer”⁶⁹.

67 A Ordem dos Advogados do Brasil-OAB já sumulou alguns entendimentos nesse delicado assunto, nomeadamente, e no que interessa, e com ênfases minhas: Súmula 3 – A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação. Súmula 4 – As matérias afetas às atividades funcionais, estruturais e orgânicas da Advocacia Pública devem ser submetidas ao Conselho Superior do respectivo órgão, o qual deve resguardar a representatividade das carreiras e o poder normativo e deliberativo. Súmula 5 – Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função. As remoções de ofício devem ser amparadas em requisitos objetivos e prévios, bem como garantir o devido processo legal, a ampla defesa e a motivação do ato. Súmula 6 – Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude. Súmula 7 – Os Advogados Públicos, no exercício de suas atribuições, não podem ser presos ou responsabilizados pelo descumprimento de decisões judiciais. A responsabilização dos gestores não pode ser confundida com a atividade de representação judicial e extrajudicial do advogado público. Súmula 10 – Os Advogados Públicos têm os direitos e prerrogativas insertos no Estatuto da OAB.

68 STF, Mandado de Segurança 24.631-6/DF, Min. Joaquim Barbosa.

69 STF, Mandado de Segurança 24.631-6/DF, Min. Joaquim Barbosa.

Há definição jurisprudencial que secciona os pareceres em facultativos e mandatórios.

Deve o julgador compreender qual a natureza do parecer que se pretende avaliar. A primeira linha divisória do modelo de responsabilização depende do encaminhamento que se espera, que se dá e que se reserva ao parecer sob escrutínio. De acordo com esse importante julgado, “quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.⁷⁰ Essa classificação reproduz compreensão doutrinária que é recorrentemente reproduzida e que matiza a compreensão definitiva que se deve ter sobre o problema.

Há casos nos quais se discute parecer desprovido de conteúdo objetivamente decisório, não vinculante e, portanto, não destinado a uso mandatório, por parte da Administração. Não haveria, assim, razões para se responsabilizar quem emitiu mera opinião. Ainda que os excertos de jurisprudência acima reproduzidos deem a impressão de que cuidam mais da responsabilização do administrador do que a do parecerista, lê-se na mesma ementa que é “lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário”.⁷¹ Na conclusão, arrematou-se que, “salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização de advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”.⁷² O dolo e o erro grosseiro é que balizam e dão o tom à compreensão do problema. Dolo e erro grosseiro não se presumem, demandam objetiva demonstração. Efetivamente, a culpa e o erro grosseiro, bem como o dolo e a má-fé, são indicativos da necessária responsabilização do parecerista, no contexto das discussões judiciais. A matéria, no entanto, não recebeu a devida sistematização, situação que se agravou com compreensões mais recentes que há em órgãos de controle.

Em princípio, pareceres são pendentes de aprovação, o que se dá por intermédio de despachos, que são atos administrativos que qualificam “[...] as decisões proferidas pelas autoridades da Administração Pública nos casos

70 STF, Mandado de Segurança 24.631-6/DF, Min. Joaquim Barbosa.

71 STF, Mandado de Segurança 24.631-6/DF, Min. Joaquim Barbosa.

72 STF, Mandado de Segurança 24.631-6/DF, Min. Joaquim Barbosa.

que lhes são submetidos”⁷³ ou, em linguagem semelhante, “os despachos são as decisões dadas pelos órgãos da administração pública, nos casos submetidos a sua deliberação”.⁷⁴ Do ponto de vista histórico, pareceres eram pendentes de resoluções de consulta, que “[...] eram deliberações tomadas pelo monarca sobre pareceres dos tribunais, aprovando-os, ou não”⁷⁵; é o caso das decisões do Conselho de Estado, no início de artigo mencionadas, pendentes da aprovação do Imperador. De igual modo, pareceres do Consultor-Geral da República ou do Advogado-Geral da União, também pendentes de aprovação presidencial.

De acordo com outro autor, “parecer é manifestação típica de autoridade consultiva, consistindo em juízo, opinião ou orientação jurídica, técnica ou administrativa, emitido por especialista na área objeto da consulta”.⁷⁶ É recorrente a referência a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem “Parecer é ato administrativo unilateral pelo qual se manifesta opinião acerca de questão submetida a pronunciamento [...] diz respeito a problema jurídico, técnico ou administrativo [...] os órgãos que emitem pareceres são denominados consultivos, e emitem suas opiniões para esclarecer, como elemento auxiliar e preparatório, os órgãos ativos, ou de controle, na consecução de seus cometimentos”⁷⁷. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classificou os pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes.⁷⁸ Os pareceres facultativos decorrem de solicitação de órgão interessado, “sem que qualquer norma jurídica determine sua solicitação”.⁷⁹ O parecer obrigatório, prossegue o autor, “consiste em opinião emitida por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve sua solicitação, como preliminar à emanação do ato que lhe é próprio [...] consistem a consulta e o parecer fases necessárias do procedimento administrativo”⁸⁰.

Os pareceres vinculantes (também denominados de pareceres conformes) são aqueles que a Administração Pública não apenas deve solicitar do órgão

73 CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962. p. 255.

74 MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960. t. II, p. 185.

75 RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto e C. Livreiros-Editores, 1866. p. 205.

76 ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 556.

77 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 583.

78 *Ibidem*.

79 MELLO, *op. cit.*, p. 584.

80 *Ibidem*.

consultivo a opinião, “[...] como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle”.⁸¹ Isto é, segundo professora da Universidade de São Paulo, “o parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão”⁸². Além do que, a referida autora, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, observou que, “apesar do parecer ser, em regra, ato meramente opinativo, que não produz efeitos jurídicos, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a responsabilização de consultores jurídicos quando o parecer for vinculante para a autoridade administrativa, desde que proferido com má-fé ou culpa”.⁸³ É outra professora da Universidade de São Paulo, Odete Medauar, que subscreveu que os pareceres vinculantes são aqueles que “aparecem nos casos em que a norma exige consulta prévia a órgão jurídico ou técnico, cujo parecer deve nortear obrigatoriamente a decisão a ser tomada; nesse caso, a autoridade somente poderá decidir no sentido do parecer, restando-lhe a alternativa de não editar o ato [...] além da função consultiva, o órgão que emite o parecer vinculante exerce função de controle preventivo”.⁸⁴

No contexto dos pareceres vinculantes sobressai-se o disposto no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, na redação determinada pela Lei 8.883, de 8 de junho de 1994. Trata-se de determinação para exame prévio, pela assessoria jurídica da Administração, de minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes. Ainda, no procedimento licitatório deve-se juntar pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação de que se cuida, bem como sobre a respectiva dispensa ou inexigibilidade⁸⁵.

É compreensão generalizada que não cabe ação penal contra advogado que emite parecer jurídico, e que não concorreu para ações ou omissões ilegais e irregulares que redundam no uso indevido de verbas públicas, a exemplo do decidido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no *Habeas Corpus* 5.412. Há necessidade de demonstração de dolo, cometido pelo parecerista, para que se pretenda responsabilizá-lo, em todos os sentidos, penais, civis e administrativos. Além do que, deve se ter em vista a natureza do parecer, se vinculante ou não. No caso específico de Advogados Públicos vinculados à Advocacia-Geral da União a competência para o apuração e processamento de falta funcional

81 MELLO, op. cit.

82 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 232.

83 *Ibidem*, p. 233.

84 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 386.

85 Inciso VI do art. 38 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

é exclusiva da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, conforme já fixado na legislação de regência e na prática administrativa.

No Inquérito 1.674, junto ao Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 6 de setembro de 2001, adotou-se, explicitamente, a tese de que o advogado é inviolável quanto a manifestações produzidas em relação à causa discutida. Na origem, representação da Advocacia da União em face de magistrado, que apresentara queixa-crime, invocando injúria e difamação supostamente cometidos pelo próprio Advogado-Geral da União. De igual modo, de acordo com caudalosa jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal, não se pode aplicar multa pessoal a advogado público, por suposta litigância de má-fé⁸⁶. Essa inviolabilidade é condição mesma para o exercício da atividade, resguardados má-fé e dolo, comprovados.

Feitas essas considerações, e com exceção dos chamados pareceres vinculantes, deve-se entender o regime de pareceres da Advocacia-Geral da União da forma que segue.

III.III A propósito de uma tentativa de classificação dos Pareceres da AGU

Embora seja aliciante a perspectiva de que qualquer parecer com o selo AGU seja de cumprimento obrigatório e vinculante, para toda a administração, deve-se restringir o alcance desses pareceres. O vínculo absoluto é característica dos pareceres do Advogado-Geral da União, ou

86 Rel 9.957, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, julgada procedente em 27.03.2014; Rel 9.864, decisão monocrática do Min. Celso de Mello, julgada procedente em 24.03.2014; Rel 13.745, decisão monocrática do Min. Luiz Fux, julgada procedente em 09.12.2013; Rel 15.504, decisão monocrática da Min. Rosa Weber, julgada procedente em 19.08.2013; Rel 14.881, decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, julgada procedente em 15.07.2013; Rel 15.572, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada parcialmente procedente em 28.05.2013; Rel 15.434, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 15.03.2013; Rel 15.311, decisão monocrática do Min Ricardo Lewandowski, julgada procedente em 14.03.2013; Rel 14.880, decisão monocrática da Min. Rosa Weber, julgada procedente em 31.01.2013; Rel 14.875, decisão monocrática da Min. Rosa Weber, julgada procedente em 14.11.2012; Rel 14.787, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 08.11.2012; Rel 11.946, decisão monocrática do Min. Luiz Fux, julgada procedente em 31.10.2012; Rel 14.588, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 24.10.2012; Rel 13.195, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 08.08.2012; Rel 11.311, decisão monocrática da Min. Cármen Lúcia, julgada procedente em 20.09.2011; Rel 9.933, decisão monocrática do Min. Joaquim Barbosa, julgada procedente em 15.09.2011; Rel 10.001, decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, julgada procedente em 23.02.2011; Rel 10.107, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 31.05.2010; Rel 10.021, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 03.05.2010; Rel 10.023, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 22.04.2010; Rel 8.991, decisão monocrática do Min. Eros Grau, julgada procedente em 16.03.2010; Rel 7.944, decisão monocrática do Min. Ricardo Lewandowski, julgada procedente em 01.12.2009; Rel 5.746, decisão monocrática do Min. Dias Toffoli, julgada procedente em 01.12.2009.

por essa autoridade adotados, submetidos e aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial da União, inclusive com o despacho presidencial de aprovação. Ao Presidente da República, na sistemática do art. 40 e ss. da Lei Complementar nº 73, de 1993, compete aprovar os pareceres submetidos pelo Advogado-Geral da União. A este último, Advogado-Geral, cabe aprovar os pareceres emitidos pela Consultoria-Geral da União, devendo também submetê-los à aprovação do Presidente da República.

De algum modo segue-se a tradição dos Avisos que o Imperador endereçava ao Conselho de Estado, durante o Segundo Reinado, encarecendo opinião sobre os assuntos submetidos àquele órgão de inteligência jurídica. Segue-se também o regime de consultas presidenciais ao Consultor-Geral da República. Isto é, dispõe a legislação de regência que é “privativo do Presidente da República submeter assuntos ao exame do Advogado-Geral da União, inclusive para seu parecer”⁸⁷. Dispôs-se também efetivamente que “os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República”⁸⁸. Esses pareceres, devidamente aprovados e publicados com o despacho presidencial, vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades devem dar fiel cumprimento ao conteúdo do parecer⁸⁹.

Na tipologia das fontes do direito brasileiro não há vínculo desses comandos para com terceiros ou agentes estranhos à Administração Pública Federal, ainda que, indubitavelmente, esses pareceres explicitem uma linha de entendimento que será sustentada em juízo ou nas demandas administrativas. Há também a hipótese de parecer aprovado pelo Presidente, mas não publicado no Diário Oficial. Nesse caso, não há vínculo para toda a Administração Federal. Apenas as repartições interessadas estão obrigadas ao cumprimento do comando ou do entendimento do parecer, e mesmo assim, somente a partir da ciência desse conteúdo⁹⁰.

O regime acima descrito também se aplica a pareceres emitidos pela Consultoria-Geral da União (e aqui se subentende aqueles firmados ou aprovados pelo Consultor-Geral) e subsequentemente adotados (o texto legal refere-se a pareceres aprovados) pelo Advogado-Geral, e também submetidos ao Presidente da República; nesse caso, esses pareceres, para

87 Art. 39 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

88 Art. 40, caput, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

89 Art. 40, § 1º da Lei Complementar nº 73, de 1993. “§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”.

90 Art. 40, § 2º da Lei Complementar nº 73, de 1993. “O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência”.

efeitos de vinculação, são considerados como pareceres do Advogado-Geral da União⁹¹. O ponto central da validade desses pareceres é a aprovação pelo Advogado-Geral da União (e atos subsequentes, a exemplo da publicação). A legislação de regência dispõe que a Imprensa Nacional deve editar coletânea com esses pareceres, inclusive com denominação própria: Pareceres da Advocacia-Geral da União⁹².

A exemplo de leis que são revistas, alteradas ou simplesmente revogadas, nos termos do processo legislativo, há também possibilidades para revisão, alteração ou revogação de pareceres da AGU, uma vez de que sua confecção e divulgação tenham seguido o roteiro procedimental previsto na Lei Complementar nº 73, de 1993. Por uma razão de ordem lógica, e por um imperativo derivado dos fundamentos da legística, prepondera na hipótese o princípio da simetria das formas. Indicativos intrínsecos de qualidade das leis exigem simetria na alteração ou retirada de vigência e eficácia de textos normativos.

De igual modo, todo o procedimento de adoção, aprovação e publicação de um parecer deve ser retomado, com o objetivo final de alteração ou de revogação de um parecer vinculante. À luz da iniciativa da Administração prepondera a rationale que substancializou a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, cujo verbete nos dá conta de que:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Essa forma de compreensão decorre de entendimento de sessão do STF realizada em 3 de dezembro de 1969, é histórica, hoje positivada no contexto da seguinte redação: “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”⁹³. Pode haver conveniência e oportunidade na revisão de parecer da AGU, bem como, pode-se constatar algum vício de legalidade.

91 Art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993. “Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.

92 Art. 44 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

93 Art. 53 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

Resta ainda problema decorrente de jurisprudência ou de novo regime legal que afete o entendimento traduzido em parecer vigente. Essa antinomia gera insegurança para o Advogado Público ou para o Gestor. Vinculado a um parecer mandatário o destinatário do parecer devidamente aprovado e publicado vê-se além disso pautado por um novo comando jurisprudencial (que ao mesmo tempo pode ser vinculante, gerando até mesmo medidas corretivas) ou por um novo comando legal, que é norma geral e abstrata. O que fazer? Como proceder? Que autoridade seguir? Tem-se, na hipótese, um caso típico de antinomia, como descrito na literatura clássica que trata do assunto?⁹⁴.

Em desfavor da aplicação do parecer da AGU pode-se argumentar que não se pode opor ato administrativo enunciativo de efeito normativo a comando de lei ou a determinação jurisprudencial. E em favor da aplicação do parecer da AGU pode-se argumentar que a aprovação do Advogado-Geral e do Presidente qualificam o texto aprovado com efeitos idênticos aos que rotulam e classificam os decretos regulamentadores; o que se tem, efetivamente, é a regulamentação de um determinado assunto. A situação enseja espaço interpretativo que imputa ao destinatário do parecer um juízo de valor que pode não corresponder ao juízo de valor daqueles que aprovaram e publicaram o parecer.

Não há revogação implícita de parecer. Os instrumentos de revogação (decisão judicial, ainda que ad hoc, e lei em sentido estrito) devem explicitar a retirada da vigência do texto contestado, inclusive facultando à AGU a possibilidade de contestar a medida. Para se resguardar deve o Advogado ou Agente provocar hierarcas e coordenadores, dando conta dessa situação, suscitando providências, inclusive quanto à necessidade da revogação ou da alteração do parecer contestado.

Deve-se também contextualizar o alcance dos pareceres confeccionados junto às várias consultorias jurídicas que há nos Ministérios. Segue-se disposição expressa de lei complementar no sentido de que “os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos

94 BOBBIO, Norberto. *Teoria Generale del Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993. p. 159 e ss.

autônomos e entidades vinculadas”⁹⁵. O parecer não submetido ou não aprovado pela chefia da Pasta qualifica uma orientação, submetida e dependente de deferência instrumental. O vínculo do qual se extrai comando objetivo é por outro lado vinculante, ainda que em âmbito próprio, com efeitos em respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas. Regimentos internos dão continuidade ao alcance desse comando.

Ainda que não submetidos ao Advogado-Geral da União pareceres de natureza consultiva aprovados pelo Procurador-Geral da União, pelo Procurador-Geral do Banco Central, pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional e pelo Procurador-Geral do Banco Central vinculam respectivos órgãos internos e unidades jurídicas, nos termos dos respectivos regimentos internos. Deve-se considerar também que há possibilidade de divergência de entendimentos, entre Consultorias dos vários ministérios, ou entre órgãos centrais, o que suscita intervenção da Consultoria-Geral, cujo entendimento é encaminhado ao Advogado-Geral, para deliberação derradeira.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tema de advocacia pública consultiva a AGU segue tradição inaugurada com o Conselho de Estado, durante o Império, e mantida pela CGR, que funcionou de 1903 a 1993. Com diferenças de pormenor, principalmente em relação ao Conselho de Estado, a AGU estabiliza-se como centro decisório, revelando-se como a legítima intérprete da lei, em âmbito de administração pública federal.

Nos exatos limites da Lei Complementar nº 73, de 1993, é o Presidente quem provoca o AGU para fixação de um entendimento jurídico, dependente de superveniente aprovação e publicação. Esse roteiro procedimental não é recorrente e absoluto, por força da dinâmica da administração e por um poder geral de cautela que decorre das várias atribuições que a lei confere ao AGU, a quem compete, entre outros, assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes.

É também o AGU quem fixa a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente

95 Art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal. E ainda, compete ao AGU unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal⁹⁶. Em outras palavras, ainda que não submetido à aprovação presidencial o parecer adotado pelo AGU vincula toda a advocacia pública federal, bem como acena com diretrizes para toda a administração pública.

O alcance dos demais pareceres produzidos no contexto do sistema AGU devem ser avaliados caso a caso, tomando-se a cautela de não se instruir decisões com pareceres indevidamente aprovados. Especialmente, deve-se levar em conta a necessidade de aprovação ministerial, no ambiente das várias projeções do Executivo Federal. São situações muito específicas, de interesse e de responsabilidade dos vários braços operativos da AGU, o que inclusive suscita disputas entre órgãos e entes, na denominada litigância intragovernamental, que deve ser corrigida pela própria administração.

Antinomia entre parecer vinculante e jurisprudência inovadora ou lei superveniente não é situação necessária e suficiente para retirar a validade do parecer questionado. Deve-se, na hipótese, buscar-se caminho corretivo, que resguarde a simetria de aprovação, como medida razoável de busca de segurança jurídica.

São essas as considerações finais no esforço de se explicitar a natureza, a fundamentação histórica, o alcance e os limites dos pareceres da Advocacia-Geral da União.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Generale del Diritto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1993.

BRASIL. Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros. *O Conselho de Estado e a Política Exterior do Império: Consultas da Seção dos Negócios Estrangeiros: 1871-1874*. Rio de Janeiro: Centro de História e Documentação Diplomática. Brasília: FUNAG, 2009.

96 Art. 4º da Lei Complementar, de 1993.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO, José Murilo de (organização e introdução); SOUSA, Paulino José de. Visconde do Uruguai, *Coleção Fundadores do Brasil*. São Paulo: Editora 34, 2002.

CARVALHO, José Murilo. *A Construção da Ordem (A Elite Política Imperial)-Teatro de Sombras (A Política Imperial)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lucas. *Ministério do Silêncio - A História do Serviço Secreto Brasileiro de Washington Luís a Lula*. 1027-2005, Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FURTADO, Lucas da Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAUDEMET, Yves; STIRN, Bernard; DAL FARRA, Thierry; ROLIN, Frédéric. *Les Grands Avis du Conseil d'État*. Paris: Dalloz, 2008.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Coletânea de Manifestações da Consultoria-Geral da União*, v. 1. Publicações Eletrônicas da Escola da AGU: v. 1. Brasília: 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

KUGELMAS, Eduardo (organização e introdução); BUENO, José Antonio Pimenta. Marquês de São Vicente, *Coleção Fundadores do Brasil*, São Paulo: Editora 34, 2002.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

- LOPES, José Reinaldo Lima. *O Oráculo de Delfos e o Conselho de Estado no Brasil Império*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Max Limonad, 1960.
- MATTOS, Ilmar Rohloff de. *O Tempo Saquarema*. São Paulo: HUCITEC, 2004.
- MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. Barueri: Manole, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- _____. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- NABUCO, Joaquim. *Um Estadista no Império*. v. 2, Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- RAMOS, Saulo. *Código da Vida*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.
- RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto e C. Livreiros-Editores, 1866.
- RODRIGUES, José Honório. *Conselho de Estado e o Quinto Poder*. Brasília: Senado Federal, 1978.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *L' Ancien Régime et la Révolution*. Paris: Flammarion, 1988.
- TORRES, João Camilo de Oliveira. *O Conselho de Estado*. Rio de Janeiro: Edições GRD, 1965.
- TORRES, João Camilo. *A Democracia Coroada*. Petrópolis: Vozes, 1964.

O DESASTRE DE MARIANA ATUAÇÃO INTERFEDERATIVA PARA SUPERAÇÃO DOS IMPACTOS DA MAIOR TRAGÉDIA DA HISTÓRIA DO BRASIL

THE MARIANA DISASTER INTERFEDERATIVE COOPERATION TO OVERCOME THE IMPACTS OF THE GREATEST TRAGEDY OF BRAZILIAN HISTORY

Onofre Alves Batista Júnior

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa; Professor Adjunto IV de Direito Público do Quadro Permanente da Graduação. Advogado Geral do Estado de Minas Gerais. Procurador do Estado de Minas Gerais

Renato Rodrigues Vieira

Assessor Especial da Casa Civil da Presidência da República. Procurador Federal/AGU

Luis Inácio Lucena Adams¹

Advogado. Sócio da prática de Contencioso e Líder da prática de Compliance do Tauil & Chequer Advogados

¹ Procurador da Fazenda Nacional entre os anos de 1993 e 2017. Exerceu os cargos de Secretário-Geral do Contencioso do Gabinete do Advogado-Geral da União (2001-2002) e Consultor Jurídico e Secretário Executivo Adjunto do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (2003-2006). Ocupou o cargo de Procurador-Geral da Fazenda Nacional do Ministério da Fazenda a partir de 2006, até que foi escolhido para ser o Advogado-Geral da União, ficando no cargo de 2009 a 2016.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A maior tragédia ambiental da história do Brasil e a pulverização de ações; 2 A atuação conjunta dos entes federativos; 3 A “Fundação Renova” e a execução do TTAC; 4 As dificuldades subsequentes e o questionamento da homologação judicial do TTAC; 5 A melhoria da segurança local e as dificuldades na contenção dos rejeitos; 6 Os gastos e o retorno das atividades; 7 Conclusão.

RESUMO: O presente artigo busca apresentar detalhes do processo de concepção, construção, discussão e celebração do maior acordo da história do Brasil, assinado em 02 de março de 2016 entre a União, o Estado de Minas Gerais e o Estado do Espírito Santo com a Samarco Mineração S/A e as multinacionais Vale S/A e a anglo-australiana BHP Billiton Brasil Ltda, por meio do qual as mineradoras obrigaram-se a adotar todas as providências voltadas à integral recuperação do meio ambiente e das comunidades impactadas pelo rompimento da barragem de Fundão, no município de Mariana/MG, em 05 de novembro de 2015. O desastre resultou em uma onda de lama tóxica de quase de 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro, responsável pelo soterramento do subdistrito de Bento Rodrigues e pela morte de 19 pessoas, além de deixar um rastro de destruição ambiental, econômica e social ao longo dos 663 km de cursos d’água e de 39 municípios de Minas Gerais e do Espírito Santo. Para viabilizar a mais efetiva recuperação das condições socioambientais e socioeconômicas, um inédito esforço interfederativo foi concertado pela União e pelos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo para desenho e aprovação de 41 programas de reparação ambiental e socioeconômica de aplicação no curto, médio e longo prazos sobre uma arrojada plataforma de governança e fiscalização que garantirá, da forma mais eficiente disponível, contemplar as necessidades das pessoas impactadas e do meio ambiente danificado.

PALAVRAS-CHAVE: Desastre. Mariana. Mineração. Recuperação Ambiental e Socioeconômica. Samarco.

ABSTRACT: This paper attempts to show details about the proceedings, such as designing, development, discussion and celebration, regarding the major agreement of Brazilian history, signed at 02 March of 2016, by Federal Union and State authorities of Minas Gerais and Espírito Santo, with Samarco Mineration S/A and multinational companies Vale S/A and Anglo-Australian BHP Billiton. By this, the mining companies obligated themselves to adopt all measures aiming the whole recovery of communities and environment affected by the “Fundão” dam broke, in the municipality

of Mariana/MG, at 05 November of 2015. The disaster resulted in a wave of toxic mud containing almost 50 million cubic meters of iron ore, accounting for the burial of Bento Rodrigues subdistrict and for the death of 19 persons. Furthermore, it let a trace of environment, economic and social destruction along 663 km of waterways and of 39 municipalities in the States of Minas Gerais and Espírito Santo. To enable the most effective socio-environmental and socio-economic recovering conditions, an unprecedented effort was arranged by the Federal and State authorities, designing and approving 41 reconstruction programs in the short, medium and long term. Those programs will be based upon an audacious governance and surveillance platform, in the most efficient possible way, contemplating necessities of affected people and harmed environment.

KEYWORDS: Disaster. Mariana. Mining. Environmental and Socioeconomic Recovery. Samarco.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é expor o processo de concepção, construção, discussão e celebração do maior acordo da história do Brasil, assinado em 02 de março de 2016 entre a União, o Estado de Minas Gerais e o Estado do Espírito Santo com a Samarco Mineração S/A e as multinacionais Vale S/A e a anglo-australiana BHP Billiton Brasil Ltda, por meio do qual as mineradoras obrigaram-se a adotar todas as providências voltadas à integral recuperação do meio ambiente e das comunidades impactadas pelo rompimento da barragem de Fundão, no município de Mariana/MG, em 05 de novembro de 2015.

Não está entre as pretensões dos autores discutir as dezenas de teses jurídicas construídas pelos órgãos de Advocacia Pública Federal e Estaduais, pelo Ministério Público Federal e Estaduais e pelos Advogados das empresas envolvidas, o que seria absolutamente tentador. O escopo deste trabalho é bastante específico – discutir o processo de construção do referido acordo –, que pode representar um estímulo à eleição da autocomposição como solução para diversos outros conflitos sociais e ambientais quem envolva o interesse do Poder Público.

Na verdade, a legislação atual, sobretudo as leis recém editadas nº 13.105, de 16 de março de 2015², que instituiu o novo Código de

2 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 3 mar. 2017.

Processo Civil, e nº 13.140, de 26 de junho de 2015³, que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, já representa um enorme estímulo à autocomposição, inclusive como forma de resolução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública.

O relato a seguir é uma visão a partir da perspectiva da Advocacia Pública, que naturalmente mediou todo o processo de diálogo e discussão com as mineradoras e promoveu a necessária e prévia orientação do Poder Público e das autoridades envolvidas.

1 A MAIOR TRAGÉDIA AMBIENTAL DA HISTÓRIA DO BRASIL E A PULVERIZAÇÃO DE AÇÕES

Em 5 de novembro de 2015, os estados de Minas Gerais e do Espírito Santo sofreram seu maior desastre ambiental, o qual é, também, considerado a maior tragédia ambiental da história do país. Trata-se do trágico rompimento das barragens do Fundão e de Santarém, ambas no subdistrito de Bento Rodrigues, situado a 35 km do centro do município de Mariana/MG. O lamentável episódio ocasionou um “mar de lama tóxica” de 35 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro (óxido de ferro e sílica) e do vazamento subsequente de outros 12 milhões de metros cúbicos que, após soterrar o subdistrito de Bento Rodrigues e matar 19 pessoas, percorreu 663 Km de cursos d’água, deixando um rastro de destruição que atingiu o litoral do Espírito Santo, no Oceano Atlântico⁴.

A grave calamidade ecológica foi causada por rejeitos de mineração da Samarco, empresa controlada pelas multinacionais Vale (brasileira) e BHP Billiton (anglo-australiana). O tsunami de lama acabou atingindo diversas paragens, trazendo consigo sérios danos à saúde, à vida humana, ao meio ambiente, ao desenvolvimento socioeconômico e aos patrimônios cultural, artístico e histórico de todos os atingidos. Alcançando leitos de rios, a gigantesca onda de poluentes dizimou povoados e destruiu plantações nas áreas rurais, para, então, avançar rumo ao Espírito Santo, até chegar ao mar.

3 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 3 mar. 2017.

4 IBAMA. *Laudo Técnico Preliminar*. Brasília, nov. 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

Os rejeitos despejados sobre a vegetação do entorno causaram a destruição de 1.469 hectares⁵, incluindo Áreas de Preservação Permanente. Com a alteração na qualidade da água, o abastecimento público ao longo da bacia do Rio Doce e a geração de energia por hidrelétricas ficaram gravemente prejudicados, levando, ainda, ao extermínio da biodiversidade aquática, incluindo a ictiofauna, e de exemplares da fauna silvestre.

A tragédia também ficou marcada pelo dinamismo de seus efeitos, decorrente não apenas da expansão diária da onda de lama e do constante carreamento de rejeitos, que provocava uma diária renovação do desastre, mas igualmente da própria natureza e da magnitude da tragédia, que alterou os ciclos ecossistêmicos locais e afetou os recursos ambientais disponíveis na base da cadeia trófica, perpetuando em cascata os efeitos negativos ao longo dos níveis tróficos (implicações negativas conhecidas como bottom-up).

Os órgãos técnicos federais e estaduais identificaram diversos danos ambientais e socioeconômicos decorrentes da tragédia, entre os quais: isolamento de áreas habitadas; desalojamento de comunidades pela destruição de moradias e estruturas urbanas; fragmentação de habitats; destruição de áreas de preservação permanente e vegetação nativa; soterramento das lagoas e nascentes adjacentes ao leito dos rios; mortandade de animais domésticos, silvestres e de produção; restrições à pesca; dizimação de fauna aquática silvestre em período de defeso; dificuldade de geração de energia elétrica pelas usinas atingidas; alteração na qualidade e quantidade de água; suspensão do abastecimento público nas principais cidades banhadas pelo Rio Doce; impacto no modo de vida e nos valores étnicos e culturais de povos indígenas e populações tradicionais.

No que diz respeito às consequências socioeconômicas, além das já citadas, houve clara erosão da capacidade dos municípios de sustentarem suas redes de políticas públicas básicas e de serviços essenciais à população. Nesse sentido, a situação financeira do município de Mariana bem demonstra que o rompimento da barragem não trouxe apenas um onda de destruição ambiental, mas também uma devastação da saúde financeira da municipalidade. O município de Mariana tinha na atividade de extração do minério – que teve de ser interrompida em razão do desastre – uma das principais fontes de arrecadação municipal, gerando a perda mensal de R\$ 1,53 milhão de reais a título de imposto sobre serviços de qualquer natureza

5 IBAMA. *Laudo Técnico Preliminar*. Brasília. nov. 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/barragemdefundao/laudos/laudo_tecnico_preliminar_ibama.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2017.

– ISSQN e de R\$ 4 milhões de reais mensais referentes à compensação financeira pela exploração de recursos minerais – CFEM⁶.

A situação financeira do município de Ouro Preto também se tornou caótica. Os repasses de CFEM reduziram drasticamente desde novembro/2015, chegando a zero em algumas competências. Do total recebido a título de CFEM pelo município, 52% têm origem nas operações da Samarco. A queda na arrecadação do ISSQN, por sua vez, comparando-se os anos de 2015 e de 2016, foi de quase 79%⁷.

Como se não bastasse, os municípios ainda não sentiram reflexo da diminuição do repasse da cota-parte do ICMS, já que o índice utilizado para esse fim considera os dois últimos exercícios financeiros. Assim, o impacto ocorrerá a partir de 2017.

Logo após todo o ocorrido, diversas medidas judiciais foram tomadas contra os empreendedores responsáveis, incluindo acordos preliminares para cobrir gastos emergenciais no valor de R\$ 1 bilhão de reais e Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) assinados com o Ministério Público Federal (MPF) e com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPE/MG), além de outras ações movidas pelo Ministério Público do Estado do ES (MPE/ES), pelo Ministério Público do Trabalho e pelo governo de MG. Instituições privadas também ingressaram em juízo, como a Associação de Defesa de Interesses Coletivos (ADIC), que requereu R\$10 bilhões de reais de indenização, bem como uma enormidade de ações populares aportaram no Judiciário, a exemplo da que fora aviada por um advogado e professor de direito, pleiteando o bloqueio de R\$ 2 bilhões de reais das contas da empresa.

Como se pode verificar, houve o ajuizamento de uma multiplicidade de ações similares, todas elas tratando do mesmo tema, cada uma ao seu modo, mas todas buscando o ressarcimento dos prejuízos causados à coletividade. O direito brasileiro admite diversos legitimados para ações coletivas: os benefícios são evidentes, mas os riscos de ações desconexas e desarticuladas não é pequeno, e foi isso o que aconteceu no caso concreto em debate. Várias ACPs foram ajuizadas pelos mais diversos órgãos do Ministério Público (federal e estadual), bem como por órgãos da União e dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo; ações populares e centenas de ações ordinárias individuais, além de Termos de Ajustamento

6 Ofício nº 357/GAB/2016/PMM, expedido pelo Prefeito do Município de Mariana/MG, em 25.8.2016.

7 Ofício nº 018/2016/Gabinete, expedido pelo Prefeito do Município de Ouro Preto/MG, em 8.6.2016.

de Conduta isolados lançados pelos diversos legitimados dando ensejo a uma “colcha de retalhos”, incapaz de abrigar sequer os pés dos que tanto necessitavam de amparo.

Já nos primeiros dias que se seguiram à tragédia, na seara administrativa, foram realizadas diversas ações pelo Poder Público para avaliar os danos e minimizar, na medida do possível, os impactos decorrentes da tragédia, inicialmente de maneira isolada, cada qual no âmbito de suas atribuições, ainda sem o esforço de convergência e complementariedade.

Além do mais, a União⁸, o Estado de Minas Gerais⁹ e do Espírito Santo¹⁰ editaram decretos criando comitês para acompanhamento e gestão das ações decorrentes do desastre.

Essas medidas, para além da formalização da atuação, serviram para organização e institucionalização das pautas, pavimentando o caminho para a cooperação entre os órgãos federais e estaduais e para atuação conjunta, cujo principal passo para encontrar a solução mais adequada foi dado pela Advocacia Pública Federal e Estadual de Minas Gerais e do Espírito Santo, que ingressaram em juízo como coautores de uma nova ação civil pública (ACP), no valor aproximado de R\$ 20 bilhões de reais, estimado a partir de levantamentos técnicos mais precisos, efetuados pelos órgãos governamentais competentes, com pretensões de unificação das discussões.

2 A ATUAÇÃO CONJUNTA DOS ENTES FEDERATIVOS

Essa infinidade de ações pulverizadas¹¹ tornou imperiosa a modelagem de uma solução mais global e holística, porque jamais seria

8 Decreto s/n de 12 de novembro de 2015, que instituiu o “Comitê de Gestão e Avaliação de Respostas ao desastre ocorrido nas barragens do Fundão e de Santarém no Município de Mariana, Estado de Minas Gerais, e suas repercussões na Bacia do Rio Doce, atingindo o Estado do Espírito Santo”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Dsn/Dsn14275.htm>. Acesso em: 3 mar. 2017.

9 Decreto nº 46.892, do dia 20 de novembro de 2015, que instituiu a “Força-Tarefa para avaliação dos efeitos e desdobramentos do rompimento das Barragens de Fundão e Santarém, localizadas no Distrito de Bento Rodrigues, no Município de Mariana”. Disponível em: <<http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/decretos/decreto-46892.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

10 Decreto nº 3896-R, de 13 de novembro de 2015, que instituiu o “Comitê Gestor da Crise Ambiental na Bacia do Rio Doce, no âmbito do Poder Executivo”. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/104254845/does-normal-16-11-2015-pg-16>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

11 Em menos de 30 dias da data do evento já existiam mais de 100 processos judiciais em trâmite no Judiciário sobre o tema, totalizando, após um ano do desastre, mais de 35.000 processos, sendo que apenas no Poder Judiciário do Espírito Santo foram ajuizadas aproximadamente 17.950 ações. Foram propostas ações coletivas, ainda em 2015, em Brasília/DF, Belo Horizonte/MG, Mariana/MG, Vitória/ES, Colatina/ES e Linhares/ES).

possível a reparação integral dos vários danos causados sem um plano coerente, amplo e responsável, tampouco sem uma linha única de ação ajustada com todos os responsáveis e afetados. Foi por isso que os governos da União e dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, assessorados, respectivamente, pela Advocacia-Geral da União, pela Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais e pela Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, passaram a atuar no bom propósito de garantir a integralidade da reparação dos danos causados pela Samarco (e suas corresponsáveis Vale e BHP Billiton), compreendido o desastre em sua dimensionalidade tanto socioambiental quanto socioeconômica.

A solução não poderia ser trivial nem, muito menos, sem planejamento. Inicialmente, foi proposta uma ACP conjunta da União e dos governos estaduais de Minas Gerais e do Espírito Santo, em Brasília, no Distrito Federal, no dia 30 de novembro de 2015, apenas 25 (vinte e cinco) dias após o desastre, em face da Samarco Mineração S/A, operadora da barragem de Fundão, e de suas controladoras a Vale S/A e a BHP Billiton Brasil Ltda., lastreada em robustos laudos e estudos realizados por ministérios, autarquias, agências reguladoras e demais órgãos técnicos federais e estaduais.

Um dos pontos centrais da estratégia processual construída envolvia a caracterização da responsabilidade civil objetiva das mineradoras e do seu dever de promover a reparação integral dos danos causados, independentemente da comprovação de culpa para sucessão da tragédia, bem como a responsabilidade direta das controladoras Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda., e não apenas da Samarco Mineração S/A.

Não havia dúvidas, naquele momento, que a Samarco Mineração S/A, como operadora da barragem de Fundão, era a poluidora direta e principal responsável pela reparação integral do dano ambiental causado pelo evento. Ocorre que, a partir de inspeções técnicas realizadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), autarquia federal, restou comprovado que Vale S/A usava a barragem de Fundão para despejar seus próprios rejeitos. Esse fato foi decisivo para a caracterização da Vale na condição de poluidora direta, contribuindo sobremaneira para a sua efetiva participação no processo de reconhecimento da sua responsabilidade nos meses que se seguiram.

Independentemente da caracterização da Vale como poluidora direta, tanto a própria Vale S/A quanto a BHP Billiton Brasil Ltda., na qualidade de controladoras da companhia Samarco Mineração S/A, foram arroladas na ação civil pública como poluidoras indiretas, figurando

como corresponsáveis solidárias pelo adimplemento da obrigação de integral reparação dos danos. É certo que, sem a responsabilização das gigantes multinacionais controladoras, a Samarco Mineração S/A, que se encontrava e ainda se encontra com as atividades paralisadas, não conseguiria arcar com os valores bilionários estimados para custear as ações de médio e longo prazo necessárias à reparação dos danos causados em razão do evento.

Após o ajuizamento, a ação foi deslocada (por prevenção) da capital do país para o foro da capital mineira. Recebida na cidade de Belo Horizonte, houve imediato provimento liminar, com determinação à Samarco de: depósito inicial de R\$ 2 bilhões de reais e bloqueio dos bens de suas controladoras; elaboração de planos de ação e estudos técnicos; adoção de medidas emergenciais; indisponibilização das licenças e concessões para exploração de lavras; suspensão da possibilidade de distribuição de dividendos, juros de capital próprio, bonificações de ações ou qualquer outra forma de remuneração dos sócios; tudo sob pena de multa diária de 150 mil reais ou, até mesmo, de 1,5 milhão de reais.

As três empresas envolvidas na catástrofe já vinham se mostrando, nos dias subsequentes a propositura da ação civil pública, predispostas a manter um canal de diálogo aberto para tratativas junto ao poder público na busca por um acordo amplo e eficaz para pôr fim aos litígios e amparar, o mais rápido possível, os vários atingidos, sendo que a prolação da decisão interlocutória que acatou, em sede de cognição sumária dos fatos, os argumentos dos entes públicos consubstanciou-se no elemento que faltava para que as empresas efetivamente iniciassem o diálogo com a União e os Estados na procura de uma solução consensual sobre o tema.

Iniciou-se, assim, uma ampla série de pesadas e longas reuniões e rodadas de debate, com a presença dos representantes das empresas, de autoridades políticas (Presidência da República, Ministros de Estado, Governadores dos Estados, Prefeitos de Municípios) e técnicos governamentais (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; Agência Nacional das Águas – ANA; Ministérios e Secretarias de Estado; e autarquias estaduais), de advogados públicos (AGU, AGE/MG e PGE/ES) e membros dos Ministérios Públicos (MPF e MPE/ES), bem como de integrantes da sociedade civil, incluindo os diretamente afetados.

Desde o início, o objetivo foi buscar uma solução concertada e inovadora, evitando-se a possibilidade de infundáveis e custosas ações

judiciais, que, na história brasileira, sempre se mostraram inúteis. A inviabilidade da via judicial para acidentes de maior magnitude é evidente e pode ser demonstrada a partir de inúmeros exemplos, entre os quais:

- a) Desabamento do Pavilhão de Gameleira, em Belo Horizonte/MG, em 1971, deixando 65 operários mortos e 50 feridos: 45 anos após o acidente e 32 anos após o ajuizamento da última ação, os processos ainda se encontram em curso e nada foi realmente efetivado¹²;
- b) Incêndio na Vila Socó/SP, em 1984, com mais de 93 mortos e mais de 4.000 feridos: não houve acordo e o processo ainda está em curso¹³;
- c) Contaminação radioativa com Césio-137 em Goiânia/GO, em 1987, centenas de pessoas contaminadas mortas e outras tantas com sequelas irreversíveis: o processo judicial segue em tramitação;

Derramamento 1,3 milhão de litros de óleo de óleo da Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, em 2000: ação coletiva ajuizada buscando a indenização dos pescadores ainda não foi concluída;

- d) Vazamento de 4 milhões de litros de óleo na refinaria de Araucária/PR, em 2000: apenas 13 anos após foi prolatada sentença mas os processos ainda estão em instâncias recursais.

Diante dos cenários descritos acima, para não incorrer no mesmo erro de delegar a solução a longas batalhas judiciais, sem qualquer resultado útil aos impactados, o objetivo foi buscar uma solução inovadora, que fugisse da vala comum, preservando empregos e priorizando as vítimas, sem redundar, como não raras vezes ocorre, em simples fracasso e maior sofrimento para a sociedade. É fundamental usar o tempo a favor da efetividade e da justiça para a melhor solução não somente para essa como também para as próximas gerações.

12 PAVILHÃO da gameleira, desabamento deixou 65 mortos e 50 feridos em 1971. *O Globo*, Rio de Janeiro, 04 fev. 2016. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/pavilhao-da-gameleira-desabamento-deixou-65-mortos-50-feridos-em-1971-18608430>>. Acesso em: 03 fev. 2017

13 INCÊNDIO, de Vila Socó (Vila São José), em Cubatão/SP: Uma data para não esquecer. Bairro do Campina Grande/SP, São Paulo, 22 out. 2012. Disponível em: <<https://campograndesantos.wordpress.com/96-incendio-de-vila-soco-vila-sao-joseem-cubataosp-uma-data-para-nao-esquecer/>>. Acesso em: 03 fev. 2017

A estruturação da solução consensual, mediante a formalização do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), celebrado entre as administrações públicas da União e dos estados de MG e ES e as empresas Samarco, BHP e Vale, objetivou efetivar o real direito à justiça. Ao evitar longas e intermináveis disputas judiciais, o termo de compromisso visa assegurar a razoável duração da solução da controvérsia e trazer eficiência à Justiça, além de desafogar o Poder Judiciário, evitando a multiplicação de ações idênticas, dispersas em vários juízos.

Ninguém há de duvidar que a existência de inúmeras ações judiciais, muitas com pedidos liminares, poderia colocar em xeque a satisfação de todos os pedidos formulados contra os mesmos réus, em prejuízo da proteção dos bens jurídicos em questão¹⁴. Primordialmente, a composição do conflito, tal como arquitetada pelo acordo, asseguraria uma solução eficaz e sustentável, garantindo aos atingidos a cessação do sofrimento da comunidade, medida imperiosa e urgente e que se configura preocupação central do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta - TTAC. O acordo também visou promover a cooperação federativa e evitar, assim como nos casos de guerras fiscais, que posturas egoísticas pudessem pôr em situação de desigualdade os cidadãos brasileiros afetados em igual amplitude pelo evento danoso.

Da mesma forma que em ações judiciais, bem se sabe que a instituição de fundos, inclusive por meio de TAC, quase sempre redundam em fracassos. Os mais diversos fundos instituídos ficam paralisados por anos, sem que os recursos sejam devidamente utilizados. Quando muito, o dinheiro é usado para a contratação de caras consultorias (uma vez que os órgãos de controle não contam com equipes técnicas capazes sequer de acompanhar e fiscalizar as obras e ações), muitas vezes sem licitação e sem a devida prestação de contas aos tribunais de contas. Tal como se dá com as demoradas ações judiciais, a experiência brasileira sempre deixou claro que a instituição de fundos e os TAC são alternativas igualmente desastrosas e que raramente funcionam de verdade.

Os tradicionais “bloqueios de recursos” para a instituição de fundos provocam a descapitalização das empresas responsáveis, retirando-lhes liquidez e condição de operação, propiciando desemprego, falência e, sobretudo, impossibilitando que as ações reparadoras sejam levadas a

14 O MPF, por exemplo, conseguiu uma decisão que determinava a contenção da lama para não atingir o mar. Já o MPE/ES obteve decisão favorável para que a lama fosse empurrada em direção ao mar, já que a cidade de Linhares vinha sendo inundada pelas águas barrentas.

cabo por quem lhes deu causa. Criam tão somente uma inerte “montanha de dinheiro” a ser administrada por agentes públicos, nem sempre devidamente e preparados para tanto. Além do risco de corrupção e imoralidades, as experiências práticas comprovam que o resultado dessa alternativa de ação sempre foi a impunidade, o desemprego, a inação, enfim, a ineficiência total, a deixar o povo sem qualquer amparo por longos períodos.

No caso da explosão, no Golfo do México, da plataforma Deepwater Horizon, pertencente à Transocean e operada pela British Petroleum (BP), o governo federal norte-americano e dos estados do Alabama, Florida, Louisiana, Mississippi e Texas se juntaram para redigir um consent decree, que ficou pronto depois de mais de quatro anos do acidente. No Brasil, após a realização de inúmeros debates técnicos, reuniões e consultas às comunidades locais e aos movimentos sociais, foi finalizado um TTAC¹⁵, assinado em 2 de março de 2016, antes mesmo de o desastre completar quatro meses.

De forma célere e transparente, o governo federal brasileiro e dos estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, de forma absolutamente célere, elaboraram, com o indispensável apoio da força-tarefa das advocacias públicas, um extenso documento, prevendo diversos eixos temáticos e programas sociais, no campo socioeconômico e socioambiental, incluindo medidas compensatórias e reparatórias, com a necessária inclusão da população envolvida nas decisões.

O acordo foi edificado sobre premissas inegociáveis, quais sejam:

- a) Integral reparação do meio ambiente e das condições socioeconômicas, sem previsão de limites financeiros à reparação;
- b) Integral execução das obrigações, mesmo na hipótese de eventual falência da Samarco;
- c) As controladoras deveriam assumir compromissos financeiros e garantir integralmente a execução de todas as ações;
- d) Todos os impactos e impactados deveriam ser considerados: pessoas, famílias, comunidades, pescadores, pequenos

15 Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/phocadownload/cif/ttac/cif-ttac-completo.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

agricultores, areeiros, micro e pequenas empresas, operadores do setor de turismo e negócios ligados ao esporte e lazer e demais segmentos econômicos, além dos povos indígenas e demais comunidades tradicionais;

- e) Ampla participação da comunidade, em todas as etapas: na discussão, no acompanhamento, no desenvolvimento e na execução, por meio de canais de comunicação e interação, além do acesso à informação ampla, transparente e pública, em linguagem acessível, adequada e compreensiva a todos os interessados;
- f) Garantia irrestrita da transparência, tanto nas relações com o poder público quanto com a comunidade envolvida;
- g) Preferência pela contratação e utilização de mão de obra local para execução dos programas e projetos, para estímulo à economia mineira e capixaba, de forma que a recuperação socioambiental potencializasse, por si só, a recuperação econômica da região;
- h) Todas as ações de indenização ou reparação dos prejuízos sofridos pelas pessoas da região deveriam ser executadas antes de qualquer outra obrigação prevista, inclusive das ambientais;
- i) O acordo não poderia substituir, limitar ou comprometer a vontade individual dos impactados, ou seja, as indenizações previstas no acordo não poderiam impedir que as pessoas, caso não as aceitassem, pudessem pleitear a indenização que entender devida por outras vias, inclusive judiciais;
- j) A celebração do acordo não poderia gerar qualquer interferência na apuração de responsabilidade penal e administrativa das empresas, dos seus sócios ou de qualquer outro envolvido, não isentando as empresas do pagamento de multas por descumprimento da legislação;
- k) O acordo não poderia resultar, direta ou indiretamente, no retorno das operações da Samarco, que continuariam necessitando de todas as licenças e autorizações dos órgãos competentes;
- l) O cenário ambiental e socioeconômico após o cumprimento do acordo deveria mostrar-se melhor do que aquele conhecido antes da tragédia.

Respeitadas as premissas acima, as tratativas se seguiram por 41 dias, entre os dias 21 de janeiro e 01 de março de 2016, até que desenhados e aprovados 41 programas de reparação ambiental e socioeconômica de aplicação no curto, médio e longo prazos.¹⁶

Para além do conteúdo dos programas socioambientais e socioeconômicos, o mais importante aspecto do TTAC foi sua inovação quanto aos mecanismos de operacionalização das medidas a serem adotadas para mitigar, reparar, recuperar e compensar os prejuízos advindos do desastre ambiental que afligiu a Bacia do Rio Doce, que podem ser divididos em duas vertentes: a privada, responsável pela execução dos programas previstos no acordo, e a pública, responsável pelo acompanhamento das ações tomadas pelas mineradoras.

O acordo, portanto, se pautou em normas-princípios e diretrizes como transparência, execução responsável e eficaz dos programas e participação popular, os quais deveriam nortear toda a execução programática, deixada a cargo de uma fundação privada, cujo patrimônio seria formado por aportes financeiros das empresas responsabilizadas. O programa de recuperação,

16 O acordo estabelece a obrigação de as empresas executarem 22 PROGRAMAS SOCIOECONÔMICOS: (1) Programa de levantamento e de cadastro dos impactados (2) Programa de ressarcimento e de indenização dos impactados; (3) Programa de Auxílio Financeiro Emergencial aos impactados; (4) Programa de reconstrução de Bento Rodrigues, Paracatu de Baixo e Gesteira; (5) Programa de Recuperação das demais Comunidades e Infraestruturas impactadas, inclusive Barra Longa; (7) Programa de Proteção Social; (8) Programa de Recuperação das Escolas e Reintegração da Comunidade Escolar; (9) Programa de Apoio à Saúde Física e Mental da População Impactada; (10) Programa de Retomada das Atividades Aquícolas e Pesqueiras; (11) Programa de Retomada das Atividades Agropecuárias; (12) Programa de Recuperação e Diversificação da Economia Regional com Incentivo à Indústria; (13) Programa de Recuperação de Micro e Pequenos Negócios no Setor de Comércio, Serviços e Produtivo; (14) Programa de Estímulo à Contratação Local; (15) Programa de proteção e de melhoria da qualidade de vida dos povos indígenas; (16) Programa de proteção e de melhoria da qualidade de vida de outros povos e comunidades tradicionais; (17) Programa de Comunicação, Participação, Diálogo e Controle Social; (18) Programa de Assistência aos Animais; (19) Programa de recuperação do Reservatório da UHE Risoleta Neves; (20) Programa de Preservação da Memória Histórica, Cultural e Artística; (21) Programa de apoio ao turismo, cultura, esporte e lazer; (22) Programa de Apoio à Pesquisa para Desenvolvimento e Utilização de Tecnologias Socioeconômicas Aplicadas à Remediação dos Impactos; (23) Programa de Ressarcimento dos gastos públicos extraordinários. O acordo também estabelece a obrigação de as empresas executarem 17 PROGRAMAS SOCIOAMBIENTAIS: (1) Programa de manejo dos rejeitos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão, escavação, dragagem, transporte, tratamento e disposição; (2) Programa de implantação de sistemas de contenção dos rejeitos e de tratamento dos rios impactados; (3) Programa de recuperação nos municípios de Mariana, Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado, incluindo biorremediação; (4) Programa de recuperação de Áreas de Preservação Permanente e áreas de recarga da Bacia do Rio Doce controle de processos erosivos; (5) Programa de recuperação de 5.000 Nascentes; (6) Programa de coleta e tratamento de esgoto e de destinação de resíduos sólidos; (7) Programa de melhoria dos sistemas de abastecimento de água; (8) Programa de conservação da biodiversidade aquática, incluindo água doce, zona costeira e estuarina e área marinha impactada; (9) Programa de fortalecimento das estruturas de triagem e reintrodução da fauna silvestre; (10) Programa de conservação da fauna e flora terrestre; (11) Programa de educação ambiental e preparação para as emergências ambientais; (12) Programa de informação para a população; (13) Programa de comunicação nacional e internacional; (14) Programa de gestão de riscos ambientais; (15) Programa de investigação e monitoramento da Bacia do Rio Doce, áreas estuarina, costeiras e marinha impactadas; (16) Programa de consolidação de unidades de conservação; (17) Programa de fomento à implantação do Cadastro Ambiental Rural e dos Programas de Regularização Ambiental.

por sua vez, se fez acompanhar de um arrojado sistema de governança, estrutura e gerenciamento, para melhor apropriação, pela população, dos objetivos ali alvitrados.

Os procedimentos tradicionais e ineficazes foram substituídos pelo TTAC e o processo foi invertido, ou seja, ao invés de se bloquear recursos da empresa, a ideia era deixar a fundação constituída e financiada pelas empresas responsáveis efetivamente trabalhar, executando as medidas de reparação, mitigação e compensação previstas. Os recursos para a fundação atuar deveriam, assim, ser gradativamente aportados, à medida que os projetos fossem se desenvolvendo, evitando-se, assim, a ineficaz formação de “montanhas de dinheiro” a serem geridas por agentes públicos. O TTAC prevê pesadas multas por descumprimento dos programas e dos prazos. Assim, a fundação deve atuar e o bloqueio de recursos ocorre apenas se a execução não for eficaz ou se os prazos não forem cumpridos.

Além de atingir todos os objetivos buscados, o acordo garante celeridade e suprime longas e burocráticas etapas de um processo judicial, evitando um desgaste de 10 ou 15 anos, antecipando a tomada de providências no sentido da integral recuperação do meio ambiente. Toda a discussão judicial que haveria sobre a responsabilidade civil da Samarco e a participação das suas controladoras nessa responsabilidade, o debate em torno da tese da responsabilidade objetiva, da responsabilidade solidária, da força maior como excludente da responsabilidade entre outras tornar-se-iam superadas com a celebração de um acordo nessas bases.

3 A “FUNDAÇÃO RENOVA” E A EXECUÇÃO DO TTAC

O mais importante aspecto da proposta foi sua inovação quanto ao mecanismo de operacionalização e de execução. O TTAC prevê a constituição de uma fundação de direito privado, sob uma estrutura de governança integrada por profissionais de formação técnica e com notória experiência profissional.

A ideia de se criar uma nova pessoa jurídica para a efetivação das medidas, de natureza privada e sem fins lucrativos, surgiu a partir de quatro constatações básicas.

A primeira foi a de que uma empresa que tenha finalidade exclusivamente empresarial não conseguiria adotar a contento as ações necessárias à complexa tarefa de reparar e compensar o desastre ambiental decorrente do rompimento das barragens. A proposta central sempre foi,

naturalmente, a de deixar o causador do dano efetivamente reparar o que causou. Entretanto, a estrutura empresarial da Samarco, que tem quadros técnicos próprios de uma sociedade empresária, é focada na obtenção de lucros e na maximização dos processos produtivos, de maneira que as decisões a serem tomadas em resposta ao desastre seriam relegadas ao segundo plano, dentro da lógica própria de uma empresa de mineração.

Além disso, a fundação, entidade sem finalidade lucrativa e constituída com uma dotação de bens para o objetivo definido por seu instituidor, deve ser instituída com finalidade, dentre outros, de assistência social, cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico e defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável. Portanto, os objetivos do acordo se encaixavam perfeitamente ao feixe de finalidades da fundação.

Em segundo lugar, observou-se que o poder público não poderia atrair para si a responsabilidade inerente aos causadores da tragédia ao assumir as ações concretas necessárias para reparar os danos advindos do desastre. Além do mais, um desastre dessa magnitude e as ações reparatórias decorrentes não poderiam esperar pelo lento processo licitatório e de aplicação das regras de direito financeiro a que qualquer órgão ou entidade de direito público deve se sujeitar. Para além da ineficiência, responsabilizar o Estado ou deixar que agentes públicos se ocupem das complexas tarefas de recuperação social, econômica e ambiental (contratação da dragagem dos rios; promoção do replantio; reconstrução de casas por meio de lentas licitações etc.) equivaleria a socializar parcela considerável dos custos, aliviando, assim, os encargos que deveriam recair exclusivamente sobre os verdadeiros responsáveis, a saber: as sociedades empresárias, que sempre lucraram com a exploração dos valiosos recursos minerais pertencentes ao povo brasileiro.

Essa constatação afastou a ideia, então ventilada no momento das tratativas iniciais, de criação de um fundo público, que se consubstancia em instrumento de direito financeiro, regido pela legislação federal, e que dependeria da criação por meio de lei.

A terceira constatação foi a necessidade de afetação e destinação de valores significativos, dissociados do patrimônio da Samarco, exclusivamente para suportar as despesas que surgiriam com a implantação dos programas a serem elaborados, desenvolvidos e executados, com o objetivo de recuperar o meio ambiente e as condições socioeconômicas da área impactada pelo desastre. Apenas assim seria possível evitar que recursos inicialmente destinados para a recuperação das áreas afetadas fossem remanejados para outras finalidades.

Por fim, verificou-se que a extensão e a complexidade da tragédia demandavam a criação de instrumentos de interlocução e de participação dos cidadãos, da sociedade civil, de instituições acadêmicas e dos entes públicos envolvidos na tomada de decisões atreladas à catástrofe, o que não seria obtido senão pela criação de uma pessoa jurídica própria, com estruturas peculiares de funcionamento, apta a viabilizar o diálogo de todos esses atores.

Concluiu-se que a melhor saída seria a criação de uma pessoa jurídica de direito privado pelas empresas para a gestão das medidas necessárias para a reparação da Bacia do Rio Doce e da população impactada.

Em resumo, a ideia de constituição de uma fundação privada oferece a dinamicidade do mercado, evitando lentos processos licitatórios, favorecendo a célere reparação do dano ambiental. Buscou-se, assim, aproveitar ao máximo o caráter dinâmico do mercado, para possibilitar o atendimento das necessidades mais urgentes, do modo mais eficaz possível.

A fundação de direito privado, instituída e garantida pelas três empresas, com gestão inteiramente privada, independente e transparente, ficou, então, responsável pela execução, direta ou indireta, das medidas, ações e programas compensatórios e reparatórios, todos sujeitos à auditoria externa independente e à fiscalização dos órgãos do Ministério Público, dos órgãos e entidades públicas e da sociedade civil.¹⁷

A fundação deve ser conduzida por uma Diretoria Executiva, que executa os projetos propostos e decididos por um Comitê Interfederativo (CIF), com representantes dos órgãos técnicos da União, dos Estados e dos Municípios. Compete ao CIF validar, acompanhar, monitorar e fiscalizar todas as ações executadas pela fundação, apoiado por uma Auditoria Externa independente.¹⁸ Assim, o colegiado interfederativo inova ao prever um mecanismo de articulação permanente dos entes federados impactados, viabilizando a tomada de medidas concatenadas para mitigar as consequências do desastre, em um menor prazo.

17 A fundação Renova tem sua atuação calcada em cinco pontos, que sintetizam os dezessete eixos temáticos, nos quais se inseriram os 41 programas previstos no TTAC: (1) Atenção às pessoas (identificação de impactados e indenização, saúde e bem-estar, cultura, diálogo social, povos tradicionais e indígenas); (2) Restauração ambiental e produção aliada à conservação (gestão de uso dos solos, biodiversidade, manejo de rejeito, educação ambiental); (3) Gestão hídrica responsável (gestão da água, saneamento básico); (4) Urbanização sustentável (reassentamento, infraestrutura); (5) Gestão eficiente (licenciamento ambiental, gestão da inovação, gestão de programas e riscos, comunicação).

18 A fundação, ainda, conta com um Painel de Especialistas; um Conselho Fiscal; um Conselho Consultivo e um Conselho Curador.

A solução pioneira permite a adoção de ações conjuntas, que evitam, por um lado, que ocorram divergências entre os entes políticos da federação – algo que naturalmente ocorreria, se atuassem isoladamente – e, por outro lado, permite a soma de esforços na solução das dificuldades que venham a surgir durante o percurso, no que diz respeito à recuperação e compensação dos impactos do desastre.

O CIF foi imediatamente instituído após a celebração do TTAC, em 11 de abril de 2016, sendo presidido pelo IBAMA e composto por representantes da União, dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, dos Municípios impactados e do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Doce. Para apoiar o trabalho do CIF foram instituídas 10 Câmaras Técnicas encarregadas, cada uma delas, especificamente, dos seguintes assuntos: Gestão de Rejeitos e Segurança Ambiental; Segurança Hídrica e Qualidade de Água; Reconstrução e Recuperação de Infraestrutura; Comunicação, Participação Diálogo e Controle Social; Economia e Inovação; Restauração Florestal e Produção de Água; Conservação e Biodiversidade; Indígenas e Povos e Comunidades Tradicionais; Saúde, Educação, Cultura, Lazer e Informação; Organização Social e Auxílio Emergencial.

Os trabalhos da fundação, nos termos da legislação brasileira, da mesma forma, devem ser acompanhados e fiscalizados pelo Ministério Público Estadual de Minas Gerais (curadoria de fundações). A fundação conta, também, com um Conselho Consultivo, órgão de consultoria composto por representantes do poder público, técnicos, vítimas e membros da sociedade civil organizada. É no Conselho Consultivo e nas suas câmaras que a participação da sociedade civil se dá da forma mais plena, cabendo ao órgão funcionar como canal de participação permanente, em especial na oitiva dos atingidos.

A viabilidade do intrincado programa de monitoramento, estruturação de projetos e de acompanhamento do plano de restauração ambiental depende, em última análise, de uma atuação colaborativa e coordenada dos diversos atores estatais, de ambas as esferas estadual e federal (Ministério Público, Advocacia Pública, órgãos governamentais, prefeituras), bem como da sociedade civil organizada. Por isso, bem como em razão do caráter nacional do TTAC e de sua complexidade técnica, o instrumento prevê a participação da comunidade acadêmica, da população atingida, dos entes públicos impactados e de suas autarquias e fundações públicas e de organizações da sociedade civil. Sem esse tipo de colaboração entre os poderes democráticos e os mais diversos atores sociais e especialistas, o resultado seria a prorrogação, por tempo indeterminado, da reparação dos danos, em prejuízo da população carente, que não pode esperar.

Finalmente, o acordo contém cláusulas expressas sobre a composição do patrimônio da fundação mediante aportes anuais a serem feitos pela empresa Samarco (ou pela Vale e BHP), os quais variarão de acordo com as exigências dos projetos e medidas a serem executados. Em 2016, o aporte previsto foi de R\$ 2 bilhões; em 2017 e 2018, os valores alocados devem ser no montante de R\$ 1,2 bilhão por ano. Além desses recursos, foi acordado que seriam destinados R\$ 500 milhões, de 2016 a 2018, para atender às demandas dos municípios mineiros e capixabas com saneamento e destinação de resíduos sólidos.

Nos exercícios de 2019 até 2022, o valor dos aportes anuais será redefinido em valor necessário para atender a previsão para a execução dos projetos, entre R\$ 800 milhões e R\$ 1,6 bilhão (por ano), sendo que o valor pode variar entre o mínimo e o máximo estabelecidos em função da necessidade decorrente dos projetos a serem executados em cada exercício. A partir do exercício de 2022, o valor dos aportes será definido em valor suficiente e compatível com a previsão de execução dos projetos, ou seja, o orçamento anual deve ser revisto a cada três anos pelo prazo de quinze anos.

Embora tenham sido estabelecidas quantias para a constituição da fundação, o montante acordado para as indenizações e reparações não tem limite máximo, podendo ultrapassar a cifra dos R\$ 20 bilhões tantas vezes anunciada em veículos de comunicação. Em outras palavras, não foi fixado nenhum valor máximo a ser despendido com as ações necessárias a reparar os danos causados pelo rompimento das barragens. A obrigação prevista no acordo é com a integral execução dos programas e com a total reparação dos danos, independentemente dos valores. Não poderia ser mesmo diferente, já que a recuperação dos danos causados deve ser integral.

Além dos R\$ 500 milhões destinados ao saneamento e destinação de resíduos sólidos, deve ser reservado do orçamento anual, por 15 anos, para as medidas compensatórias socioambientais e socioeconômicas, o valor de R\$ 240 milhões de reais por ano. Vale registrar, ainda, que as despesas administrativas e operacionais da fundação Renova correm por conta da Samarco e não podem prejudicar o orçamento fixado no TTAC.

Em caso de descumprimento dos prazos e das obrigações, as empresas sujeitar-se-ão à fixação de multa punitiva de até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para cada prazo ou obrigação descumprida e multa diária de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), enquanto persistirem os descumprimentos e violações.

4 AS DIFICULDADES SUBSEQUENTES E O QUESTIONAMENTO DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO TTAC

É fácil perceber que a chave do sucesso desse amplo plano, elaborado em tempo recorde, estava na articulação entre os entes federados, que mantiveram diálogo e cooperação constantes, juntamente com o interesse das empresas de chegarem a um acordo. Foi a existência desse alinhamento, voltado à construção de um plano inovador de governança, para atender o mais rápido possível as partes afetadas, preservando as atividades econômicas, os empregos e a produção de riqueza local, que permitiu que o projeto final pudesse ser estruturado e proposto à homologação em poucos meses após o acidente. Para que tudo corresse bem, garantindo a eficiência da fundação privada e o cumprimento do que fora planejado, foi fundamental essa atuação integrada e coordenada entre as esferas de poder e os agentes privados.

Ocorre que esse projeto coletivo foi questionado na Justiça Federal pelo MPF, que havia participado da maior parte das rodadas de negociação, mas que não havia concordado com algumas cláusulas do TTAC. O acordo, porém, foi homologado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, pela Desembargadora encarregada de conciliações na segunda instância federal, que proferiu decisão de homologação, em maio de 2016, acrescentando tão somente a necessidade de participação dos Tribunais de Contas no CIF. O MPF interpôs recurso perante o Superior Tribunal de Justiça, que decidiu anular a homologação do acordo. Por certo, seja por previsão expressa de suas cláusulas, que firmam que o TTAC independe de homologação judicial e que continua valendo entre as partes, o acordo permanece intacto e a fundação deve seguir, como tem seguido, seu trabalho normalmente.

A invalidação se deve a razões estritamente formais e o argumento da Corte Superior foi o de que a homologação caberia a um juiz de primeiro grau, devendo os autos, portanto, retornarem à primeira instância. O Juízo da 12ª Vara Federal, onde o feito hoje está tramita, não prolatou decisão final, mas abriu um procedimento de conciliação, ainda em curso. O TTAC, porém, está em execução e sendo colocado efetivamente em execução. Alguns dos órgãos legitimados, notadamente alguns membros do Ministério Público, têm se insurgido contra a proposta, com base em três argumentos centrais, todos infundados, com a devida vênia.

Em primeiro lugar, entendem alguns que não houve satisfatória participação dos atingidos. Ocorre que, além do plano haver sido concebido em linhas gerais (sem densificar os projetos) e com a participação das

comunidades e dos representantes políticos das municipalidades atingidas, a fundação prevê, em sua estrutura, como mostrado, Câmaras Setoriais do CIF encarregadas de fazer essa interlocução constante, bem como um Conselho Consultivo que tem como função precípua possibilitar a mais intensa participação da sociedade civil. Nesse sentido, o argumento, definitivamente, não procede.

A realidade do funcionamento da Fundação Renova, sobretudo no cumprimento do programa “Diálogo Social”, provou que a alternativa posta no TTAC é adequada. Diversas ações de comunicação e diálogo social foram implementadas: (1) fóruns permanentes de diálogo com as comunidades impactadas, que permitam a definição de temas prioritários, antecipação de cenários de conflito e espaços de resolução; (2) reuniões de prestação de contas no município de Mariana para reportar o avanço dos programas; (3) fomento e facilitação do diálogo com as comunidades para a organização dos grupos em prol da realização de festividades vinculadas às suas manifestações culturais tradicionais (Festa de São Bento/Bento Rodrigues e Festa do Menino Jesus/Paracatu de Baixo); (4) Comunicação formal do início da funcionamento da Fundação Renova com participação do Presidente e Diretor em reuniões de Diálogo no território de Barra Longa.

De se ressaltar que a população vem recebendo informações sobre as medidas de segurança e as ações da Fundação Renova, no âmbito do projeto “Diálogos com a Comunidade”, com reuniões em todas as comunidades impactadas, desde o início do ano. No total, até outubro de 2016, houve um acumulado de 640 reuniões, com 23.435 participantes.

No dia 7 de maio de 2016, representantes de 223 das 226 famílias que moravam em Bento Rodrigues elegeram o local onde o novo distrito será construído. Com 92% dos votos, a área denominada Lavoura, a 8 Km de Mariana, foi escolhida. Da mesma forma, os representantes de 103 famílias de Paracatu de Baixo, distrito de Mariana, no dia 3 de setembro de 2016, elegeram o novo local para a reconstrução da comunidade impactada. Com 65% dos votos válidos, a área denominada Lucila foi a escolhida. A área possui 84,8 hectares e está localizada no distrito de Monsenhor Horta, em Mariana. A primeira concepção urbanística dos novos espaços está em fase de elaboração pela empresa contratada pela Fundação para complementar o trabalho, que deve ser validado pela comunidade, e as obras devem ser concluídas até março de 2019. Os representantes de 55 famílias de Gesteira, distrito de Barra Longa, também elegeram, em 25 de junho de 2016, o local para reconstrução de suas casas e do espaço

público impactado pela barragem (igreja, campo de futebol etc.). Com 95% dos votos a área denominada Macacos, com 7 hectares, foi escolhida. A entrega deve ocorrer no início de 2018.

Em síntese, apesar de uma série de problemas e atrasos, não se pode afirmar que exista inação e o argumento de falta de participação não merece prosperar.

Em segundo lugar, entendem alguns críticos que a proposta de criação da fundação não é adequada, mantendo suas apostas na superada opção de constituição de fundos públicos alimentados por meio de bloqueios de numerário da empresa.

Entretanto, sem se descurar da realidade, a situação exige que se leve em conta tanto a viabilidade financeira do fluxo de caixa das empresas, como a urgência no atendimento à população afetada, sem que isso implique concessões indevidas. Não custa lembrar que as verbas previstas não se sujeitam a nenhum teto no tocante às reparações e indenizações. A propósito, a realidade mostrou a superioridade da alternativa posta no TTAC com relação às medidas tradicionais de bloqueio. Em verdade, o que sempre ocorre com os fundos mantidos em depósito judicial é tão somente a paralisação de vultosas massas de recursos em bancos, com a execução de não mais de 5% dos valores, sobretudo, ainda, apenas na contratação de consultorias.

No final das contas, o acordo celebrado entre os governos e as empresas mineradoras se mostrou uma grande conquista. A gestão da mudança, sobretudo no setor público, não é tarefa fácil, mas a solução buscada foi indubitavelmente célere e inovadora. Embora os argumentos técnicos, jurídicos, socioeconômicos apontem para uma maior eficiência da medida consensual, quando comparada às lentas batalhas judiciais, na garantia do resultado útil e da proteção dos direitos violados, constata-se certa resistência por parte de alguns atores que, especialmente diante de novidades, insistem nas soluções tradicionais improdutivas. A experiência brasileira dos últimos anos deixou evidenciado que os mecanismos clássicos não funcionam e que o resultado é sempre a impunidade e um povo sem amparo.

Em terceiro lugar, ocorre uma discordância quanto aos valores, razão pela qual o MPF propôs uma outra ACP contra as empresas e, ainda, contra a União e os Estados de MG e do ES, reclamando a cifra de 155 bilhões de reais. Os valores foram estimados fazendo-se tão somente um paralelo com o acordo celebrado nos Estados Unidos atinente ao acidente

da plataforma Deepwater Horizon, ao contrário da ação da União e dos Estados, na qual os números foram estimados de forma mais precisa pelo IBAMA e pelos órgãos governamentais, considerando as peculiaridades do desastre e a realidade brasileira. Além disso, no caso brasileiro, pouco importa a estimativa, já que não há estabelecimento de teto de valores para alcançar a integral recuperação das condições socioambientais e socioeconômicas impactadas.

Com a devida vênia, é absurda a inclusão dos entes federados no polo passivo da ACP do MPF. O que se quis com o TTAC foi fazer que, quem deu causa ao dano (as empresas mineradoras) arcasse com todos os prejuízos, sem prejudicar o povo brasileiro. Se a ideia de Estado traduz a de um determinado povo (em um território e com poder de império), o que se quis com a ACP foi fazer com que o próprio contribuinte brasileiro (e, sobretudo, mineiro), que foi prejudicado pela lama tóxica, agora, pudesse ser responsabilizado pelos danos! Não se pôde constatar, pelo menos até agora, qualquer culpa de agentes públicos. Se, eventualmente, qualquer servidor público puder ser responsabilizado, deve ele ser severamente punido, entretanto, o próprio povo prejudicado, não pode, como pede o MPF na ACP, ter de reparar danos que não causou! Isso não faz sentido.

Após a exclusão das autarquias federais e estaduais, bem como do Estado do Espírito Santo da lide, a ACP do MPF está apensa à da União e dos Estados, em processo de tentativa de conciliação junto ao Juízo de primeiro grau. A União e os Estados não admitem o afastamento do TTAC celebrado e não abrem mão da estratégia firmada de constituição da fundação privada. Por certo, os valores arguidos a título de compensação questionados pelo MPF devem ser discutidos unicamente com as mineradoras, não devendo, quanto a esse ponto específico, os entes federados opor maior resistência, embora, por certo, devam se manter vinculados ao que foi estabelecido no TTAC.

Se batalhas judiciais são improdutivas e se a alternativa de fundos e depósitos definitivamente não funciona, embora com falhas e insuficiências, não se pode negar que projetos e ações foram colocados em prática com o TTAC.

No que diz respeito ao aspecto socioeconômico, muitas providências emergenciais foram tomadas a partir do necessário cadastramento dos impactados, que se deu em dois momentos. O primeiro, cadastro emergencial, ocorreu entre os meses novembro de 2015 e maio de 2016, por meio de quatro campanhas. Devido à necessidade de se promover um auxílio emergencial, as campanhas foram realizadas por diferentes empresas, utilizando cadastros diversos. O conjunto de bases foi enviado para o CIF,

que determinou à empresa a unificação para que fosse possível realizar os cruzamentos e análises. O Banco de Dados Emergencial Integrado (BDEI), em agosto de 2016, continha informações de 8.513 famílias.

O cadastro integrado, iniciado em agosto de 2016, deve contar com dados socioeconômicos e com um levantamento detalhado dos danos sofridos, e servirá como base para o cálculo da indenização (programa de indenização mediada) a ser paga para os impactados. O cadastro integrado reclama a realização de entrevistas de campo e o levantamento mais detalhado dos impactos, razão pela qual as informações relativas às famílias já registradas no cadastro emergencial precisam ser depuradas para melhor avaliação dos dados. Da mesma forma, o cadastro deve estar sempre aberto para novos registros. Para tanto, a Fundação favorece novas inscrições na medida em que criou uma central telefônica de atendimento (ligações gratuitas, via 0800).

Atualmente, existem 220 profissionais contratados pela empresa e em atuação para a realização do cadastro integrado de 8.513 famílias já mapeadas no cadastro emergencial e para o atendimento de cerca de 11 mil novas solicitações de cadastro recebidas pelos canais de relacionamento. Do total de 8.513 famílias da base emergencial, já foram realizadas 5.409 indexações em locais/casas e 3.599 pesquisas socioeconômicas até outubro de 2016.

O programa de auxílio financeiro emergencial visa atender à população impactada que tenha tido comprometimento de sua renda em razão da interrupção de suas atividades produtivas ou econômicas em decorrência do evento, até o restabelecimento das condições para retomada dessas atividades. Atualmente, recebem o auxílio emergencial 7.901 titulares com “cartões de auxílio financeiro emergencial”, com mais de 16 mil dependentes. O auxílio contempla o pagamento mensal de um salário mínimo para cada pessoa do núcleo familiar prejudicada em sua atividade laborativa em decorrência direta do rompimento da barragem mais um adicional de 20% do salário mínimo para cada um dos dependentes, além de uma cesta básica (valor segundo o Dieese do estado afetado). O valor médio do benefício proporcionado pelo cartão é de, aproximadamente, R\$ 1.200 reais.

O programa de indenização mediada é uma alternativa de indenização aos moradores de localidades que tenham sido impactados, feito de maneira transparente, com tratamento igualitário, possibilitando um resultado mais ágil, sem os trâmites e custos de uma ação judicial. Durante os meses de agosto a outubro de 2016 foram mantidos diálogos com representantes da população impactada, defensorias públicas, órgãos técnicos e poder

executivo municipal para construção de vários parâmetros do programa. O cadastramento tem seu término programado para junho de 2017.

Um ano após o acidente, a Fundação Renova, apesar das falhas, conta com vários outros resultados concretos, resultado da assinatura do TTAC: (1) 56 dos 101 afluentes mapeados dos Rios Gualaxo e Carmo estão sendo recuperados; (2) 120 pontos de monitoramento da água, sendo 31 no oceano, foram estabelecidos; (3) 71 mil laudos de análise de água foram emitidos; 830 hectares foram emergencialmente revegetados, sobretudo nos Municípios de Mariana e Barra Longa; (4) 7.901 cartões de auxílio-financeiro emergencial foram entregues para mais de 16 mil pessoas entre titulares e dependentes; (5) 131 dos 148 imóveis de Barra Longa foram reformados (98 moradias e 33 pontos comerciais); (6) 198 km de cercas foram construídas em propriedades rurais; (7) 5.500 toneladas de silagem para alimentação rural foram distribuídas para as áreas impactadas; (8) 150 hectares de culturas para substituição de forragem animal afetada e de pomares, em 96 propriedades, foram reparadas; (9) dois mil bens arquitetônicos de igrejas, como peças sacras e documentos, nas áreas impactadas, foram resgatados; (10) a Praça Manoel Lino Mol de Barra Longa (MG) foi entregue à comunidade em 30 de outubro de 2016, inteiramente reformada, após diálogo intenso, oficinas e entrevistas com a população local; (11) 7 mil animais impactados receberam algum tipo de assistência;¹⁹ (12) reconstrução de sete pontes, liberadas para o tráfego; (13) 23 propriedades rurais e 18 espaços públicos no município de Mariana estão em fase final de reforma; (14) 100 profissionais médicos e psicólogos foram contratados para atuar nas áreas mais impactadas, havendo sido realizados cerca de 2,4 mil atendimentos por mês; (15) 813 alunos das escolas das áreas mais atingidas concluíram o semestre letivo de 2015 e estão cursando o de 2016, havendo a empresa reformado os espaços físicos, oferecido transporte escolar e material pedagógico; (16) as famílias afetadas foram alojadas em hotéis ou em imóveis alugados, enquanto se procede a construção ou reforma de suas moradias. Em síntese, até o momento, cerca de 1,1 bilhão de reais foram gastos nas ações.

Pelo Programa de Recuperação das Nascentes, com a parceria do Instituto Terra, há previsão de recuperação, nos próximos dez anos, de cinco mil nascentes, a serem definidas pelo Comitê de Bacia Hidrográfica do Doce, sendo 500 até o próximo ano, além de duas mil pequenas barragens

¹⁹ A fundação resgatou 1.160 animais, sendo que 761 foram devolvidos aos seus responsáveis. Além disso, o programa já promoveu feiras que resultaram na adoção de 100 animais.

para captação de água. Está previsto, também, a construção de fontes de captação alternativa de água para auxiliar o abastecimento das cidades.

5 A MELHORIA DA SEGURANÇA LOCAL E AS DIFICULDADES NA CONTENÇÃO DOS REJEITOS

Não se pretende, no presente texto, afirmar que todo o trabalho não tem falhas em sua execução, nem dizer que a recuperação do Rio Doce tem o ritmo esperado. Ao contrário, o que se pode verificar é que os atrasos são inúmeros e que sequer o vazamento de rejeitos foi suficientemente contido. A lama alojada no leito dos rios e nas encostas, no período chuvoso, pode ser deslocada em grande quantidade para a calha dos rios, piorando a qualidade da água e trazendo ainda mais problemas para as populações afetadas. Exatamente por isso é que a atuação dos órgãos governamentais ambientais deve ser enérgica e rigorosa.

A propósito, além das multas por descumprimento do TTAC, que logo podem ser aplicadas, em razão do atraso no cumprimento das medidas, e que podem ser executadas com força de título executivo extrajudicial, reforçando os valores a serem usados nas compensações ambientais, o acordo não afasta a imposição de penalidades por parte dos entes públicos. O Estado de Minas Gerais, aplicou 37 autos de infração, entre os dias 13 de novembro de 2015 e 10 de março de 2016 (34 deles após a celebração do acordo), no valor total que supera 189 milhões de reais, em razão da sonegação de dados ou informações; pela continuidade de vazamento de rejeitos; pela operação de atividade poluidora; pelo descumprimento de condicionantes da licença de operação etc.²⁰ Da mesma forma, o IBAMA tem exercido constante e firme fiscalização, inclusive com a aplicação de severas multas: a Samarco foi notificada 68 vezes e recebeu 12 autos de infração do IBAMA até outubro de 2016, sendo 8 após a assinatura do acordo.

No que diz respeito à reconstrução e recuperação das estruturas, mais problemas ocorrem. À luz de vitorias realizadas nas áreas mais impactadas pelo rompimento da barragem de Fundão (Área Ambiental 1 - trecho entre a barragem de Fundão e a usina de Candonga), que tiveram grande quantidade de matas ciliares destruídas e alto volume de rejeitos depositados nas margens dos rios e de seus tributários, foi possível elaborar um amplo diagnóstico das intervenções necessárias e das ações realizadas pela Samarco. Os resultados são preocupantes porque

²⁰ O primeiro Auto de Infração aplicado (de n. 68513, de 12/11/2015), no valor de RS112.690.376,32 já é exigível. Em menos de 1 ano, já foi decidido em primeira e segunda instância. Não cabe mais recurso e a multa é devida e exigível.

ainda havia necessidade de algum tipo de intervenção em 78% dos locais visitados. Todos os relatórios elaborados pelas equipes foram integralmente repassados à Samarco, de forma a estabelecer o máximo de transparência na avaliação realizada.

O Ibama expediu a Notificação nº 46714/2016 estabelecendo um prazo para que fossem implementadas as recomendações apontadas até 1º de setembro de 2016, de forma que as intervenções fossem finalizadas antes do período chuvoso. Finalizado o prazo, de forma geral, pode-se constatar que a maior parte das recomendações feitas não foram plenamente cumpridas. O alto número de locais sem nenhuma intervenção é preocupante: conservação do solo (71%); drenagem (62%); contenção (53%). Essas ações, porém, são essenciais para a contenção dos sedimentos e para impedir o carreamento de rejeitos para os corpos hídricos.

O reflexo da insuficiência das intervenções é claro e pode ser constatado pela alta quantidade de pontos com processos erosivos. Foram constatados processos erosivos em 92% dos locais vistoriados, sendo a formação de ravinas o impacto mais expressivo (87% dos pontos), seguido da erosão laminar (78%). É evidente a necessidade de se intensificarem, de imediato, as ações de controle de erosão. O período chuvoso que se iniciou irá, certamente, agravar a situação e o resultado poderá ser um significativo carreamento de sedimentos para os rios.

As obras de drenagem foram insuficientes e a consequência tem sido a formação dos processos erosivos. É inaceitável que 53% das áreas que demandam obras de reconformação das linhas de drenagem sequer tenham recebido qualquer intervenção, considerando que o período chuvoso se iniciou em outubro. As ações de notificação da empresa, acompanhamento de campo e de controle pelo CIF e pelas entidades governamentais, estão sendo continuamente realizadas. O baixo percentual de áreas com obras sendo executadas no momento da vistoria (apenas 8%) indica que o esforço empreendido pela empresa está aquém da necessidade diagnosticada.

Portanto, o cenário verificado pelas equipes permite afirmar que a empresa deixou de adotar as medidas de precaução e contenção necessárias para evitar o carreamento de sedimentos para os rios. Este carreamento constitui dano ambiental grave, em vista da quantidade de material que se encontra depositado nos leitos e margens dos corpos hídricos. A falta de apresentação dos projetos específicos solicitados de contenção e drenagem da calha principal e dos tributários e de um cronograma executivo impede uma análise mais detida das intervenções planejadas e o entendimento integral

da estratégia da empresa para a contenção dos rejeitos nas áreas. Nesse compasso, tendo em vista que a empresa deixou de adotar as medidas de precaução e contenção necessárias para evitar o carreamento de sedimentos para os rios, o relatório foi enviado para aplicação das sanções administrativas cabíveis, ou seja, a empresa deverá ser multada novamente por deixar de cumprir as determinações anteriores fixadas pelo Poder Público e pelo CIF.

Depois do rompimento da barragem, em 2015, os rejeitos foram, em sua maior parte, contidos pela usina hidroelétrica Risoleta Neves (Candonga), que evitou, assim, que o mar de lama atingisse integralmente as águas do Rio Doce, alcançando cidades de grande porte, como Governador Valadares, que possui mais de 250 mil habitantes e se situa às margens do rio. Apesar das rigorosas manifestações do CIF, ocorreu um atraso significativo no início da dragagem emergencial dos primeiros 400 m a montante da usina de Candonga. O CIF não admitiu a alteração do prazo final dos trabalhos e exigiu que se intensificassem os esforços, em especial porque, até 14 de outubro de 2016, haviam sido dragados somente 427 mil m³. Entretanto, com o atraso na dragagem e na remoção de rejeitos, a possibilidade de carreamento de novos elementos, no período chuvoso, colocou em alerta os órgãos governamentais, uma vez que não se pode descartar o risco de ruptura da própria estrutura da usina, o que seria uma catástrofe de dimensões superiores à tragédia original.

Nesse compasso, atualmente, decorrido mais de um ano do acidente, ainda não há motivos para celebrar os resultados obtidos nos assuntos atinentes gestão de rejeitos e segurança ambiental. As estruturas de contenção previstas para o controle definitivo do evento encontram-se todas ainda em fase de execução, mesmo com a chegada do período chuvoso (construção do Eixo 1; alteamento da nova barragem de Santarém e Nova Santarém; construção do dique S3; barramentos A e B no reservatório da usina de Candonga; barramento A da fazenda Floresta - área de maior capacidade de disposição do material dragado na usina de Candonga).

A propósito, os riscos de novos acidentes, diante da previsão de chuvas mais intensas no início de 2017, não podem ser totalmente afastados. Foi por isso que, em termos de melhoria da segurança local, foram instaladas vinte sirenes com vozes de comando específicas, sendo cinco na área das barragens e quinze nas comunidades de Mariana e Barra Longa. A finalidade desses aparelhos é poder avisar aos moradores, com a devida antecedência, sobre possíveis enchentes, permitindo o acesso a rotas de fuga. Outras nove já estão sendo colocadas.

No momento, 3 dragas de grande porte fazem a retirada diária de cerca de 5 mil m³ de rejeitos da usina de Candonga, sendo que cerca de 16 mil m³ de troncos e vegetação foram retirados da usina hidroelétrica. Candonga encontra-se estável atualmente e os esforços são todos no sentido de se evitar que, com as chuvas, o material carreado possa colocar em risco a estrutura. Faz-se necessário, porém, intensificar o ritmo das obras e da dragagem, bem como agilizar as providências de contenção do material que está depositado nas margens dos cursos d'água.

6 OS GASTOS E O RETORNO DAS ATIVIDADES

A Samarco é uma empresa brasileira de mineração, com 39 anos de história, que tem como principal produto pelotas de minério de ferro comercializadas para a indústria siderúrgica nacional. Era a 12^a maior exportadora do Brasil no ano de 2015 e já investiu, no Brasil, de 2011 a 2015, mais de 9 bilhões de reais, contando com duas unidades industriais e 3 minerodutos, com 400 Km de extensão cada. Em 2014, a Samarco recolheu cerca de 1,5 bilhões de reais em tributos. Apenas para Minas Gerais, a empresa recolheu 236 milhões de reais, o equivalente a 0,5% da receita do Estado em 2014, sem considerar os impostos gerados pela cadeia produtiva. Após o acidente, a empresa teve de reduzir seu quadro de funcionários em 40% e 924 empregados aderiram ao Programa de Demissão Voluntária.

Trocando em miúdos, a empresa é significativa para a economia dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo e sua paralisação significa severos prejuízos econômicos para os Estados, bem como proporciona uma massa de desempregos (diretos e indiretos) enorme. Entretanto, nos dias de hoje, as dificuldades são grandes, inclusive no que diz respeito ao sentimento da coletividade quanto ao retorno das atividades da empresa. Na realidade, movimentos organizados de desempregados e de pessoas que querem o retorno do funcionamento da empresa chegam a se rivalizar com movimentos ecológicos contrários à retomada das atividades.

Após o desastre, algumas alterações legislativas se mostraram necessárias. A Lei mineira nº 21.972, de janeiro de 2016, tornou mais rigorosas as medidas de controle ambiental determinadas para o licenciamento ambiental de atividade ou empreendimento que possa colocar em grave risco vidas humanas ou o meio ambiente. Da mesma forma, o Poder Executivo do Estado de Minas Gerais passou a ter o dever de fomentar, por todos os meios, alternativas à implantação de barragens, com a finalidade de promover a preservação do meio ambiente e a redução dos impactos ambientais gerados por empreendimentos de mineração.

O Decreto nº 46.993, de maio de 2016, determinou que as barragens de contenção de rejeito de mineração com alteamento a montante apresentassem uma Auditoria Extraordinária de Segurança. Os empreendimentos que possuíssem barragens com alteamento à montante tiveram de apresentar Plano de Ação, com medidas emergenciais a serem tomadas em caso de problemas na estrutura da barragem, evitando-se, assim, rompimentos e, conseqüentemente, tragédias como a que aconteceu em Mariana. Da mesma forma, está suspensa a formalização de processos de licenciamento ambiental de novas barragens de contenção de rejeitos (ou sua ampliação) nos quais se pretenda utilizar o método de alteamento à montante²¹.

As licenças do Complexo de Germano foram suspensas e a Samarco foi convocada para realizar licenciamento corretivo de todas as suas estruturas. O processo de licenciamento para retorno das atividades, sobretudo para a disposição de rejeitos na cava da Mina Alegria Sul foi formalizado no dia 23 de junho de 2016. Os órgãos ambientais competentes propuseram diversas retificações ao Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) apresentado para que pudesse seguir a análise, portanto, ainda não é possível adiantar o resultado da análise completa da viabilidade do Complexo Minerário de Germano. Acredita-se que, se a empresa for diligente e cumprir todas as recomendações feitas pelos órgãos ambientais no atendimento das exigências do licenciamento, será possível o retorno das atividades em 2017, desde que seja tudo aprovado pelo Conselho de Política Ambiental (COPAM). Entretanto, tendo em vista os atrasos na finalização da fase emergencial do processo de reparação e a existência de problemas nos programas em curso, o retorno das atividades da empresa pode demorar ainda mais.

7 CONCLUSÃO

Em conclusão, pode-se afirmar que, apesar dos atrasos e dificuldades, nada do que se conseguiu até agora seria possível de concretização se os atores envolvidos tivessem optado por seguir a via tradicional. Ninguém suporta ter de aguardar por longos anos para ver algum resultado, sobretudo quando há indivíduos em situações precárias. A proteção dada pelo termo de acordo, que é ampla e sensata, tinha de ser abraçada o quanto antes, sob pena de nunca se tornar realidade.

21 Em Minas Gerais, existem 741 barragens cadastradas, das quais 682 estruturas possuem estabilidade garantida pelo auditor; 26 estruturas com estudos sobre a estabilidade inconclusos por falta de dados ou documentos técnicos; 18 estruturas que não possuem estabilidade garantida pelo auditor; 1 estrutura rompida (Barragem do Fundão).

Sem o acordo, todos ainda estariam na primeira fase, digladiando-se judicialmente pela definição de responsabilidades, tendo que simultaneamente tomar ações para que a Samarco (e não a fundação, que não existiria) tomasse as ações necessárias ao caso concreto, ou seja, o poder público teria uma luta de duas frentes: uma judicial e outra extrajudicial. Com o acordo, acabamos com uma das frentes de batalha, podendo focar esforços na execução de ações concretas para atingir o objetivo almejado: não só recuperar o meio ambiente danificado, impedir novos danos ambientais e sociais, recuperar estruturas físicas destruídas e indenizar a população impactada, mas transformar a região do Rio Doce em uma área mais limpa e com melhores indicações ambientais.

Em suma, o TTAC celebrado entre, de um lado, Samarco, Vale e BHP e, de outro, a União, o Estado de Minas Gerais e do Espírito Santo constitui, com toda a certeza, a melhor alternativa. Cuida-se de um caso pioneiro de atuação intergovernamental, como forma de atender, com a maior celeridade e eficácia possível, as populações atingidas. Em que pesem as dificuldades, certamente, o projeto de restauração das áreas atingidas pelo rompimento das barragens de Mariana se consagrará como referência internacional de promoção da justiça e do desenvolvimento, por meio de instrumentos jurídicos inovadores.

Para além da Bacia do Rio Doce, que fique, para a burocracia estatal e para a Advocacia Pública Federal e Estadual, o cultivo da semente e a irrestrita defesa dos autores deste artigo: há alternativas inovadoras às soluções tradicionais, paralisantes e ineficientes que sempre foram adotadas e nunca corresponderam às pretensões dos destinatários dos serviços públicos.

DECLARAÇÕES DE INDEPENDÊNCIA¹

*Jacques Derrida*²

*Tradução de Thiago dos Santos Aguiar de Pádua*³

-
- 1 O texto foi inicialmente apresentado em uma palestra pública na Universidade da Virgínia, em Charlottesville, em 1976, e todas as notas foram inseridas pelos tradutores ingleses. Este texto foi inicialmente publicado em francês, como "Déclarations d'Independance", em: *Otobiographies: L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris: Galilée, 1984, p. 13-32, e traduzido para o inglês por Tom Keenan e Tom Pepper, para publicação em: *New Political Science*, 15 (1986), p. 7-15. Traduzido por Thiago Pádua sob influência da disciplina "Paradigmas da Pesquisa Sócio-Jurídica: comunicação, articulação e decisões", ministrada pelo professor Bruno Amaral Machado no PPG/Direito UniCEUB, no 2º/2016", bem como para discussão e circulação no Grupo de Pesquisa "Cortes Constitucionais, Democracia e Isomorfismo", do PPG/Direito UniCEUB, em sua plataforma no WhatsApp, em abril de 2017. Em homenagem as perguntas e reflexões de Fábio Bragança, Bernardo Brandt, Jefferson Guedes, Daniele Ribeiro, Sérgio Cruz, Carlos Frederico, Paula Lemos e Christine Peter, a propósito da indagação: "Constituições são feitas de que?"; entre as respostas: esperanças, palavras, ideias, ilusões, mentiras, otimismo, pessimismo, e várias outras reflexões se seguiram. Ao fim e ao cabo, a ousadia intelectual de Derrida nos fornece pistas e provocações para mais pistas e mais provocações, pois Constituições também são compostas de assinaturas, proposições e mistificações, mas também de "desculpas", mas não apenas. Ainda bem!

Este texto também foi citado pelos autores Gilmar Ferreira Mendes e Rodrigo Mudrovitsch em "Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988: Análise Crítica", São Paulo: Saraiva, 2017.

Jacques de Ville, ao analisar este artigo, comentou que "a importância do ensaio de Derrida, Declarações de Independência, de 1976, para a teoria constitucional, tem sido reconhecida e comentada por inúmeros acadêmicos. Este breve ensaio de Derrida toca na temática da fundação e também da funcionalidade de todas as instituições.". Cfr. DE VILLE, Jacques. *Sovereignty without sovereignty: Derrida's Declarations of Independence*. *Law and Critique*, 19, 2008, p. 87-114.
 - 2 Jacques Derrida (1930-2004) foi um filósofo franco-magrebino, que iniciou durante os anos 1960 a "Desconstrução" em filosofia, tendo lecionado na Sorbonne (1960-1964) e na École Normale Supérieure de Paris (1964-1984), além de ter sido Diretor de Estudos da École des Hautes Études em Sciences Sociales de Paris (1984-2003).
 - 3 Doutorando e Mestre em Direito (UniCEUB), professor da graduação e da pós-graduação em Direito; pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC. Advogado.

É melhor vocês saberem desde logo: eu não mantereí minha promessa. Imploro por seu perdão, mas me será impossível tratar com vocês, nesta noite, mesmo que de uma forma indireta, sobre o que eu me dispusera a tratar. De uma maneira muito sincera, eu teria gostado de ser capaz de fazer isso.

Mas, como eu prefiro não ficar simplesmente calado sobre o que eu deveria ter falado com vocês, irei dar uma palavra sobre isso como forma de desculpa. Irei falar com vocês, então, brevemente, sobre o que eu não irei tratar, e sobre o que eu teria gostado.

Ainda, remanesce o fato de que eu pretendo discutir com vocês, inteiramente – ao menos vocês poderão confirmar isso – a promessa, o contrato, o engajamento, a assinatura, e mesmo sobre aquilo que sempre pressupõe estas coisas, de uma maneira estranha: a apresentação de desculpas.

Ao me honrar com este convite, Roger Shattuck propôs que eu tentasse, aqui (e de todos os lugares), uma “análise textual”, que fosse ao mesmo tempo literária e filosófica, acerca da Declaração de Independência e da Declaração dos Direitos do Homem. Em resumo, um exercício de literatura comparada, que trataria de objetos não usuais para departamentos especializados, nesta disciplina improvável de “literatura comparada”.

Em primeiro lugar, eu fiquei abismado. Uma proposta intimidadora. Nada havia me preparado para isso. Nenhum trabalho prévio me conduziu pelo caminho de tais análises, cujos interesses e necessidades, obviamente impunham a si mesmos. Em reflexão, eu disse a mim mesmo que se eu tivesse o tempo e a fibra para fazer isso, eu gostaria de tentar essa experiência, ao menos para poder colocar em teste as cenas conceituais, tais como a problemática crítica dos “atos de fala” (*speech acts*), uma teoria da “performatividade da escrita”, da assinatura, do contrato, do nome próprio, das instituições políticas e acadêmicas, que já se tivessem sido provadas úteis em outros lugares, com o que se denomina de outros “objetos”, sejam textos “filosóficos” ou “literários”. Basicamente, eu disse a mim mesmo, se eu tivesse o tempo e a fibra para fazer isso, eu teria apreciado; se não para tentar um estudo político-jurídico dos dois textos e dos dois eventos que estão marcados neles – algo inacessível para mim –, ao menos para aguçar, de uma maneira preliminar, e usando esses textos como meros exemplos, para algumas questões que foram elaboradas em algum outro lugar, em um corpo aparentemente menos político. E, também, afora todas estas questões, a única que irei reter por ocasião, nesta noite, na Universidade de Virgínia – que acaba de celebrar, mais apropriadamente do que qualquer outro lugar, o bicentenário da Declaração de Independência (que já providencia o tom

para a celebração de outro aniversário ou celebração, que retomaremos brevemente em seguida⁴) – é o que se segue: quem assina, e sob que “nome” apropriado, o ato declaratório que funda uma instituição?

Tal ato não retoma um discurso de constatação ou de descrição. Ele é performativo, complementador; ele faz o que diz estar fazendo: que ao menos ele seria sua estrutura intencional. Tal ato não possui a mesma relação com seus signatários presumidos – seja qual for seu tema (individual ou coletivo); engaja-se em produzi-lo, como um texto de “constatação”, se a rigor houver qualquer texto “de constatação”, e se alguém puder se aproximar deles na “ciência”, na “literatura” ou na “filosofia”. A declaração que funda uma instituição (uma Constituição ou o Estado) requer que um signatário engaje-se a ele ou a si própria. A assinatura mantém um link com o ato instituidor, como um ato de linguagem e de escrita, um link que não tem absolutamente nada a ver com o acidente empírico sobre ele. Este “anexo” (*attachment*) não se permite ser reduzido, não tão facilmente como nos textos “científicos”, onde o valor da expressão é separado ou cindido do nome de seu autor, sem maiores riscos, de fato, mesmo que tenha que ser apto para isto, em ordem a pretender objetividade. Muito embora, a princípio, uma instituição precise se manter independente em relação aos indivíduos que tomaram parte em sua produção, em termos históricos e de tradição, em termos de seus cargos e de sua própria “institucionalidade”, e mesmo que de certa maneira, lamentando ou resignando sua “perda”, mesmo, e, especificamente se se comemora isso, acontece que é precisamente pela razão da estrutura da linguagem instituidora que o ato fundacional de uma instituição (o ato de arquivamento, assim como os atos de performance) precisa manter dentro de si a assinatura.

Mas exatamente uma assinatura de quem? Quem são os reais signatários de tais atos? E o que eles significam realmente? A mesma questão se espalha ou se propaga em uma reação em cadeia através de todos os conceitos afetados pelo mesmo ruído: ato, performativo, signatários, “o presente”, “eu e nós”, etc.

A prudência se impõe aqui, assim como o apego atencioso ao detalhe. Vamos distinguir entre as várias instâncias⁵ do momento de sua Declaração.

4 O “brevemente” (shortly) encaminha o leitor para a discussão sobre o “aniversário” de Nietzsche (“aniversarie”), da p. 53, do original francês, traduzido em “The Ear of the Other”.

5 A palavra francesa *intance* foi traduzida como “instância” (*instance*), embora sua estrutura semântica admita as expressões “agência”, apagamento à força, insistência, tribunal ou local de julgamento. O sentido sobre “instance” figura proeminentemente na obra de Jacques Lacan, em “L’instance de la lettre dans l’inconscient” [“The Agency of the Letter in the Unconscious”], e na obra de Louis Althusser,

Pegemos Jefferson, exemplificativamente, o “redator” do projeto ou rascunho de Declaração, do “fac-símile” que tenho diante de meus olhos. Ninguém tomaria Jefferson como o real signatário da Declaração de Independência. A rigor, ele escreve, mas não assina. Jefferson representa os representantes, que delegaram a ele a tarefa de rascunhar o texto que eles queriam dizer. Ele não foi o responsável pela “escrita”, no sentido de produzir ou iniciar o texto, mas apenas por rascunhar, como alguém diria ser tarefa de um “secretário” que escreve uma carta cujo espírito foi soprado a ele ou a ela, ou mesmo com o conteúdo “ditado”. Mais do que isso, após ter rascunhado o projeto, Jefferson teve que submetê-lo perante aqueles que, por um período, ele representou, e que eram eles mesmos os “representantes”, nomeadamente os “representantes dos Estados Unidos, reunidos em assembleia geral no Congresso”. Estes “representantes”, os quais Jefferson representou como uma espécie de “caneta-avançada” terão o direito de “revisar”, “corrigir” e “ratificar” o projeto ou rascunho da Declaração.

Podemos dizer, por este motivo, que os representantes são os signatários finais da Declaração?

Vocês sabem o quanto Jefferson sofreu pelo escrutínio e exame desta carta, esta declaração literal em seu estágio inicial, por quanto tempo isso durou, em todas as instâncias representativas, como se ele secretamente tivesse sonhado em ser o signatário único da Declaração.

Quanto aos próprios “representantes”, eles tampouco são signatários. Ao menos em princípio, porque os direitos estavam divididos. De fato, eles assinaram; por direito, eles assinaram por si mesmos, mas também pelos demais. Eles foram delegados, por mandato, no poder de representação para assinatura. Eles falaram, “declararam” a si mesmos e assinaram “em nome do ...”: “*Nós, assim sendo, os representantes dos Estados Unidos, reunidos em assembleia geral no Congresso, fazemos em nome e pela autoridade do bom povo dos ..., como estados livres e independentes...*”.

Por direito, os signatários são o povo, o chamado “bom povo” (um detalhe decisivo, pois garante o valor da intenção e da assinatura, mas iremos ver como e em que dita garantia é fundada ou se funda em si mesma). É o “bom povo” quem⁶ declara a si mesmo como livre e independente

a respeito do questionamento da determinabilidade do econômico, em: la dernière instance [the last instance], e também, evidentemente, carrega uma certa temporalidade (instante).

6 “Bon peuple”, na tradução de Derrida por bom povo [good people], geralmente ocorre no plural, e foi traduzido desta forma na maioria dos casos, mas a singularidade deste “povo” [people], sua assinatura e sua declaração de independência precisa ser lido na forma plural.

através de seus representantes e pelos representantes dos representantes. Não se pode decidir se essa independência é estatuída ou produzida por este enunciado, e esta é uma coisa interessante: a força e o golpe de força⁷ de um tal ato declaratório. Nós ainda não terminamos de seguir a cadeia destes representantes dos representantes, e fazendo isso, mais adiante, torna-se complexa essa necessária indecidibilidade. Significa que esse “bom povo” libertou a si mesmo, de fato, e está apenas enunciado o fato desta emancipação na Declaração? Ou ao contrário, que eles libertaram a si mesmos no instante da assinatura da Declaração? Não se trata de uma obscuridade ou dificuldade de interpretação, de um problema na esteira de sua (re)solução. Não é questão de análise da dificuldade, que iria falhar em face da estrutura dos atos envolvidos e na temporalidade dos eventos sobredeterminados. Esta obscuridade, esta indecidibilidade entre uma estrutura performativa e uma estrutura constatadora, é *exigida* em ordem a produzir os efeitos desejados. Isso é essencial para a própria posição de direitos como estes, se alguém estiver falando aqui de hipocrisia, ambiguidade, indecidibilidade ou de ficção. Eu iria longe o bastante para dizer que cada assinatura encontra-se afetada.

Aqui é o “bom povo” que se engaja a si mesmo, e engajam apenas com relação à assinatura, em ter sua própria declaração assinada. A expressão “nós”, presente na declaração, “fala em nome do povo”.

Mas este povo não existe. Ele não existe como um “ente”, ele não existe antes dessa declaração, não como tal. Ele ela dá a luz a si mesmo, como livre e independente, com signatários possíveis, isso pode ser assegurado apenas no ato de assinatura. A assinatura inventa o signatário. Este signatário apenas pode autorizar sua assinatura, ele ou ela, uma vez que tenha chegado ao final, se alguém pode dizer isso de sua própria assinatura, em um tipo de retroatividade fabulosa [extraordinária]. Aquela primeira assinatura autoriza ele ou ela a assinar. Isto acontece todos os dias. Mas isso é extraordinário (fabuloso). Todas as vezes que eu evoco este tipo de evento, penso na fábula de Francis Ponge: “Por meio da palavra ‘por’, inicia-se este texto/Cuja primeira linha diz a verdade...” [*Par le mot par commence donc ce text/ Dont la première ligne dit la vérité...*]⁸.

Assinando, a pessoa fala, e doravante eu tenho o direito de assinar, em verdade já terei a habilidade, desde que atribua isso a mim mesmo, e

7 Mais uma vez, *coup* é traduzido ordinariamente como “golpe”. Pode significar qualquer coisa desde “fraude”, “corte”, “assopro”, e aparece intraduzível em golpe de estado pós-golpe.

8 Para uma versão estendida deste poema de Ponge, veja-se “Psyche: Inventions of the Other”, de Derrida. Fábula também recebe um comentário breve em “Signéponge/Signsponge”, de Derrida.

digam o que disserem, mas diferindo ou deferindo elas mesmas através da intervenção dos seus representantes, cuja representatividade é plenamente legitimada apenas pelo ato de assinatura, e, portanto, depois do fato ou do golpe de força. Assim, terei dado a mim mesmo o nome e a “habilidade” ou o “poder”, compreendido no sentido do poder ou habilidade de assinar por delegação da assinatura⁹. Mas este futuro perfeito, a própria tensão para esse golpe de direito (alguém poderia chamar “golpe de força”) não deve ser declarado ou mencionado, ou levado em conta. É como se não existisse.

Não há signatário, por direito, diante do texto da Declaração, que remanesce como produtor e garantidor de sua própria assinatura. Por meio deste evento fabuloso (extraordinário), por meio desta fábula que implica a estrutura dos traços, e em verdade só é possível graças à inadequação de si mesma como presente, a assinatura concede um nome a si mesma. Abre em favor de si uma linha de crédito, seu próprio crédito, de si para si mesma. O “eu” surge aqui em todos os casos (nominalmente, de forma dativa, acusativa) tão rápido quanto a assinatura atribui ou estende crédito a si mesma, por meio de um único golpe de força, que aliás também é um golpe de escrita, como o direito à escrita. O golpe de força cria o direito, graças ao direito ou às leis, ele atribui o direito, traz o direito para a luz do dia, dando luz a ambos: leiam “*The Madness of the Day*”, de Maurice Blanchot¹⁰.

Esta “fala não ouvida” da coisa também deveria ser uma ocorrência diária, não deveria nos fazer esquecer o contexto singular deste ato. Neste caso, uma assinatura de outro estado deve ser “obliterada” ao dissolver os links da paternidade ou maternidade colonial. Alguém irá confirmar isso ao ler: “esta dissolução” também envolve ambos, constatação e performatividade, indissociavelmente mixadas. Hodiernamente, a assinatura de cada cidadão americano depende, de fato e por direito, desta confusão indispensável. A Constituição e as leis de seu país, de alguma maneira, garantem a assinatura, assim como garantem seu passaporte e a circulação de objetos e selos estrangeiros para este país, de cartas, promessas, casamentos, fiscalizações, todas as quais podendo ser ensejadoras de direitos ou asilo.

E ainda, outra instância surge atrás do cenário. Outra “subjetividade” ainda vem em direção à assinatura, em ordem a garanti-la, nesta produção da assinatura. Em resumo, existem apenas “contra-assinaturas” neste processo. Há um processo diferenciador, por que há uma “contra-assinatura”, mas tudo deve

9 Veja-se “Scribble (pouvoir/écrire), de Derrida.

10 Maurice Blanchot, *La Folie du Jour/The Madness of the Day*.

ser concentrado no “simulacro do instante”. Ainda é “em nome de”, que o “bom povo” da América chama e declara a si mesmo de independente, no instante em que inventam a si mesmos como identidade signatária. Eles assinam em nome do direito natural e em nome de Deus. Eles posam ou posicionam seus direitos institucionais na fundação do direito natural e por meio do mesmo golpe (o interpretativo golpe de força) em nome de Deus, criador da natureza. Aqui vem, com efeito, para garantir a retidão das intenções populares, a unidade e a bondade do povo. Ele encontra o direito natural, e, assim, todo o jogo que tende a apresentar a utilização performativa como utilização constatadora.

Eu ousou, aqui em Charlottesville, recordar a abertura de sua Declaração? *“Quando no curso dos acontecimentos humanos torna-se necessário que um povo dissolva as amarras políticas que os ligaram a outro e assumir entre as potências da terra a estação separada e igual à qual as Leis da Natureza e do Deus da Natureza conferem direito. Um respeito digno às opiniões da humanidade exige que elas declarem as causas que as impulsionam para a separação. Consideramos que essas verdades são evidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos Direitos inalienáveis (...)”* E, finalmente, *“Nós, portanto, os Representantes dos Estados Unidos da América, em Congresso Geral, Reunidos, apelando ao Supremo Juiz do mundo pela retidão de nossas intenções, fazemos, no Nome, e por Autoridade do povo bom destas colônias, para solenemente publicar e declarar, que estas colônias unidas são, e de direito devem ser estados livres e independentes”*.

“É e deve ser”; aqui o “e” articula e une as duas modalidades discursivas, quais sejam, “é” e o “deve ser”, a constatação e a prescrição, o fato e o direito. A partícula “e” é Deus: a um só tempo criador da natureza e juiz, supremo juiz sobre “o que é” (o estado do da natureza, do mundo), e o que se relaciona com “o que deve ser” (a retidão de nossas intenções). A instância de julgamento, no nível de julgador supremo, é a última instância enunciativa do fato e do direito. Alguém pode compreender esta Declaração como um vibrante ato de fé, com uma hipocrisia indispensável para um golpe de força “político-econômico-militar”, ou mais simplesmente, mais economicamente, como um desdobramento analítico e consequencial de uma tautologia: para esta Declaração possuir sentido e efeito, precisa haver uma última instância. Deus é o nome, o melhor possível, para esta instância e esta assinatura final. Não apenas a melhor possível em um contexto determinado (tal como uma nação, uma religião, etc.), mas o melhor nome em termos gerais. Agora, este (melhor) nome também precisa ser um nome apropriado. Deus é o melhor e mais apropriado nome. Ninguém poderia substituir “Deus” pelo “nome mais apropriado”.

Jefferson sabia disso. Como secretário e redator do rascunho, ele representava os “representantes” que representavam o povo, em cujo nome eles falavam; o próprio povo autorizando eles mesmos, e autorizando seus representantes (em complemento da retidão de suas intenções), em nome das leis da natureza que inscreveram a si mesmos em nome de Deus, juiz e criador.

Se ele sabia de tudo isso, por que então ele sofreu? Do que ele sofreu, como representante dos representantes que eles mesmos representam ao infinito, até Deus, em outras instâncias representativas?

Aparentemente ele sofreu porque ele se apegou ao próprio texto. Isso foi muito difícil para ele enxergar isto, para enxerga-se, corrigido, emendado, “melhorado”, encurtado, especialmente por seus colegas. Um sentimento de ferimento e de mutilação devia ser inconcebível para alguém que sabia não estar escrevendo em seu próprio nome, em seu nome próprio, mas simplesmente por representação e em lugar de outros. Se a ferida não apagar a si mesma no ato de delegação, será porque as coisas não são tão simples, e nem a estrutura da representação ou o mandato da assinatura.

Alguém, chamemos de Jefferson (mas por que não Deus?), desejou que a instituição do povo Americano devesse ser, pelo mesmo golpe, a ereção do seu próprio nome. O nome do Estado¹¹.

Ele foi bem sucedido? Eu não me arriscaria a dizer. Vocês ouviram a história antes de mim. Franklin queria consolar Jefferson sobre a “mutilação” (a palavra não é minha). Ele contou ao colega uma anedota sobre um chapeleiro, na qual o chapeleiro imaginou inicialmente uma placa de sinalização para o seu comércio: a imagem de um chapéu, e próxima a ele uma inscrição: “*Chapeleiro John Thompson, fabrica e vende chapéus à vista*”. Um amigo então sugere que ele apague a palavra “chapeleiro”: quão adequado seria isso, já que a expressão “fabrica chapéus” não seria explícita o bastante? Outro amigo então sugere que ele suprima a expressão “fabrica chapéus”, já que seria indiferente aos consumidores quem produz, desde que eles gostassem do chapéu. Esta “supressão” é particularmente interessante, pois ela apaga a marca distintiva do fabricante. Um terceiro amigo, e são sempre os amigos quem exortam a supressão, sugere que ele economize na expressão “vende à vista”, pois havia um costume naquele período no qual os pagamentos já deveriam ser em “dinheiro”; assim, no mesmo movimento, ele deveria apagar “vende chapéus”, pois apenas um

11 “Nom d’État”, se conforma à sintaxe de “golpe de estado” [coup d’État].

idiota acreditar que os chapéus seriam doados gratuitamente. Então, finalmente, a placa de sinalização passou a ostentar apenas uma imagem, sob o símbolo icônico na forma de um chapéu, e apenas o nome John Thompson, e nada mais. Alguém poderia ter imaginado outras coisas, como o nome próprio inscrito sob um guarda-chuva ou mesmo sob um par de sapatos¹².

A anedota nada diz sobre a reação de Jefferson. Eu o imagino fortemente indeciso. A anedota reflete sua infelicidade, mas também seu maior desejo. Tomada em conjunto, a supressão total e completa de seu texto teria sido melhor, deixando em seu lugar, sob o mapa dos Estados Unidos, apenas a crueza nua de seu nome: instituindo o texto, ato fundante e energia signatária. Precisamente no lugar da última instância está Deus que, sozinho terá assinado, mas que não tem nada que ver com nada disso, e, ter representado deus sabe quem, ou o que, no interesse de todas aquelas boas pessoas, e que indubitavelmente não dá à mínima. É a sua própria declaração de independência, em ordem a fazer um pronunciamento sobre ela, nem mais nem menos.

A dúvida permanece. Como um Estado é feito ou fundado, como ele se faz ou se funda a si mesmo? E uma independência? E a autonomia de quem, duplamente, concede a atribui seu próprio direito? Quem é signatário de todas estas autorizações para assinar?

Eu não me engajarei neste caminho hoje, em desprezo à minha promessa inicial. Fazendo as coisas mais fáceis para mim, retornando para assuntos aproximados, se não familiares pra mim, irei falar sobre Nietzsche para vocês: sobre seus nomes, sobre suas assinaturas, sobre os pensamentos que ele teve sobre a instituição Estado, aparatos acadêmicos e estatais, “liberdade acadêmica”, declarações de independência, assinaturas, placas identificadoras e ensinamentos acadêmicos. Nietzsche, hoje, em resumo, aqui em Charlottesville, para celebrar alguns aniversários¹³.

12 Sobre Guarda-chuvas e sapatos, veja-se Derrida “Spurs/Éperons”, e “Restitutions: de la vérité em peinture”.

13 Aqui, no texto de *Otobiographies*, continua após uma quebra de capítulo, com a leitura de Nietzsche, que foi traduzida em: *The Ear of the Other*.

RECEBIDO EM: 20/10/2015

APROVADO EM: 07/03/2016

REFLEXÃO DIALÉTICA ACERCA DO CASO N. 12.728 – POVO INDÍGENA XUCURU

*DIALECTIC REFLECTION ABOUT THE CASE N. 12.728 -
INDIGENOUS PEOPLE XUCURU*

César Augusto Carra

*Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino
Pós-graduado no programa de Pós-graduação lato sensu em Direito Empresarial
(GV Law) pela Fundação Getúlio Vargas. Advogado.
Procuradoria Geral do Município de Jaú, PGMJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Abertura do sujeito constitucional; 2 Os indígenas como maioria e a superação do ideal integracionista; 3 As dificuldades remanescentes: os territórios ancestrais indígenas; 4 Caso n. 12.728; 5 Reflexão dialética: o postulado contido no art. 21 da convenção americana e sua compatibilização com os arts. 20, xi e 231, §§ 1º e 2º da constituição; Conclusão; Referências.

RESUMO: Este trabalho, fundado na crítica construtiva, objetiva tecer reflexões dialéticas sobre o Caso n. 12.728 e as previsões contidas nos arts. 20, XI e 231, §§ 1º e 2º da Constituição. Iniciando por uma contextualização histórica até os dias atuais, o artigo abordará o tratamento legislativo conferido pelo Brasil com relação à questão indigenista, abordando desde a completa segregação até a malsinada política integracionista, que reduziu a nada os valores culturais, sociais e religiosos, que caracterizam o peculiar modo de ser dos índios. Realizada a apresentação legislativa, discorrer-se-á sobre a superação do ideal integracionista, capitaneada pela Constituição de 1988, indicando os principais atos internacionais ratificados pelo Brasil, e que asseguram aos índios o gozo efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais sem restrições, respeitando sua identidade social e cultural, seus costumes, tradições e instituições. Lançadas as bases da argumentação, o artigo se voltará a apresentação das dificuldades remanescentes, dando especial destaque as disputas travadas no processo de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios para, enfim, adentrando pela análise do Caso n. 12.278, tentar compatibilizar, uma de suas recomendações, com o disposto na da Constituição, utilizando-se, como principal argumento, o princípio do *pro homine* e como método o dialético.

PALAVRAS-CHAVE: Índios. Caso n. 12.728. Constituição. Compatibilização.

ABSTRACT: This study, based on constructive, objective criticism weave dialectical discussions between Case n. 12,728 and forecasts contained in articles. 20, XI and 231, §§ 1º and 2º the Constitution. Starting with a historical context to the present day, the article will address the legislative treatment granted by Brazil with respect to the indigenous issue, approaching from complete segregation to unwelcome integrationist policy, which reduced to nothing the cultural, social and religious values that characterize the peculiar way of being of the Indians. Held legislative presentation will be talk about overcoming the integrationist ideal, led by the 1988 Constitution, indicating the main international instruments ratified by Brazil, and to ensure the Indians the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms without restrictions, respecting their social and cultural identity, customs, traditions and institutions. Laid the foundations of the argument, the article will turn the presentation of the outstanding difficulties, with special emphasis disputes fought in the process of demarcation of lands traditionally occupied by Indians to finally entering the examination of Case n. 12.278, trying to match one of its recommendations, the provisions of the Constitution, using as its main argument, the principle of *pro homine* and how the dialectical method.

KEYWORDS: Indians. Case n. 12.728. Constitution. Compatibility.

INTRODUÇÃO

A contar da promulgação da Constituição de 1988, o Brasil, rompendo com o Estado de exceção de outrora, experimentou significativos avanços na órbita jurídica.

Restabelecendo um Estado Democrático de Direito, fundado, basicamente, nos valores insculpidos pelo art. 1º, a Constituição cidadã, na memorável frase de Ulysses Guimarães, reconhecendo o caráter plural da sociedade brasileira, positivando o multiculturalismo, inseriu, dentre as suas preocupações centrais, a questão envolvendo os direitos fundamentais de um grupo considerado dominante, com aqueles outorgados a uma minoria cultural.

Constituindo a *ratio* do vetor hermenêutico conferido pelo preâmbulo do texto constitucional, onde logo de início se eleva à condição de valor supremo a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, para que se possa alcançar tal desiderato faz-se necessário propugnar por meios de compatibilização, num verdadeiro processo democrático.

É nessa senda que, ponderando a natureza aberta do sujeito constitucional – na acepção talhada por Michel Rosenfeld – este trabalho, partindo de um processo de justificação legislativa, e hermenêutica, utilizando-se do método dialético, ampliando a dimensão estrita do diálogo para o exercício fenomenológico do movimento da argumentação, apresentando as principais nuances constantes do Caso n. 12.728, buscará compatibilizá-lo com o vigente texto constitucional, sinalizando que em virtude do princípio da humanidade ou *pro homine*, com o processo de relativização da soberania estatal e forte na abertura constitucional conferida pelo art. 5º, § 2º, o art. 21 da Convenção Americana, por ser mais protetivo do que a legislação doméstica, alça posição de primazia, inclusive frente ao próprio mandamento consignado nos arts. 20, XI e 231, §§ 1º e 2º da Constituição.

1 ABERTURA DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Sem prejuízo do objetivo acima, para efeitos de compreensão julga-se importante formular, em capítulo próprio, uma breve consideração sobre o que seja o caráter aberto do sujeito constitucional. Para tanto, e tendo em mira as modificações operadas a partir do século XX, para que se possa compreender o caráter heterogêneo desta sociedade plural, é preciso realizar uma pequena digressão acerca das desconfianças oriundas do modelo liberalista, notadamente diante do modo marxista da organização social.

Em sua conhecida obra *O Capital*, Karl Marx, apresentando a derrocada da sociedade capitalista, defende um modo de estruturação complexa da relação existente entre proletariado e capital, onde notadamente prepondera o direito como elemento de superestrutura; ou seja, em conformidade com a sua teoria da base e da superestrutura, o direito seria destinado a proteger somente os anseios da classe dominante, caracterizada pela burguesia, emergindo daí sua estratificação social.

Retratando o que a doutrina convencionou reconhecer como materialismo histórico, a visão marxista, por mais que passível de críticas, pode ser utilizada como base de argumentação teórica para o processo dialético de justificação da compatibilização de interesses divergentes, tais como minorias vs. maioria.

Nesse ínterim, tem-se o apanágio de Stuart Hall.

Teórico jamaicano, Stuart Hall, efetuando uma releitura do materialismo histórico, corrigindo algumas distorções existentes na doutrina marxista, preocupando-se com as conotações que estavam sendo atribuídas ao princípio da igualdade, rompendo com a ideia até então dominante, no sentido de que só existiria uma forma de se conceber a democracia, infirmando o princípio majoritário, passou a sustentar a necessidade de o Estado atuar no sentido de emancipar as minorias, assegurando-lhes a efetiva participação.

Fornecendo valiosas contribuições, os estudos realizados por Stuart Hall são capazes de desencadear uma releitura do texto constitucional, e da posição das instituições, tendo como objetivo a implementação de uma verdadeira ressignificação democrática.

Eis a razão pela qual Michel Rosenfeld¹, abordando os estudos de Hall, assinala que “a incompletude e a permanente abertura são inerentes ao projeto constitucional moderno”.

Ora, se a incompletude e a permanente abertura são ínsitas ao projeto constitucional moderno, cabe ao jurista idealizar mecanismos de superação, dando a devida proteção aos grupos que até então eram considerados invisíveis, a exemplo das minorias étnicas, tais como os índios.

1 ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject: Selfhood, citizenship, culture, and community*. London and New York: Routledge, p. 186, 2010.

2 OS INDÍGENAS COMO MAIORIA E A SUPERAÇÃO DO IDEAL INTEGRACIONISTA

Definindo a noção de minorias, Sidney Guerra² (2015, p. 234) assevera que:

A noção de minoria correlaciona-se mais estritamente ao elemento numérico, referente a um contingente inferior de pessoas, o que de certa forma pode ser uma caracterização reducionista, tendo em vista que nos dias de hoje não cabe estabelecer uma divisão com base apenas no aspecto quantitativo, principalmente porque geraria impasses em relação a grupos que muitas vezes são socialmente discriminados ou marginalizados, embora não correspondam estritamente a um grupo inferior numericamente – por exemplo, as mulheres, as crianças, os idosos.

Forjando as bases da distinção entre minorias e grupos vulneráveis, em conformidade com as valiosas lições de Guerra é possível classificar os índios na primeira posição.

Por mais que a Constituição atual reconheça aos índios “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarca-las, proteger e fazer respeitar” (MORAES, 2016, p. 905), a questão indigenista nem sempre foi assim.

Traçando o histórico evolutivo da questão indigenista no Brasil é de se citar que após a chegada dos europeus ao recém descoberto continente americano, deparando-se eles com a população aqui existente, passaram a surgir as primeiras legislações.

Praticamente fundadas no critério da autoidentificação étnica, a definição de indígena era obtida por exclusão; ou seja, ser índio era sintetizado naqueles que não tinham incorporado os valores da civilização europeia.

Prevalendo durante um significativo espaço de tempo, a partir das contribuições do antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro, ministradas no II Congresso Indigenista Interamericano, realizado no Peru, em 1949, o termo índio foi ressignificado.

2 GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 234, 2015.

Assim, diferentemente do aspecto excludente, o termo índio passou a ter a seguinte acepção: parcela da população que apresenta problemas de inadaptação ante os seus valores morais, culturais e sociais.

Preservando o aspecto etnográfico das comunidades indigenistas, o conceito difundido no II Congresso Indigenista Interamericano acabou sendo incorporado ao direito pátrio pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio, notadamente quando consegue retratar as dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas para o processo de enculturação.

E a mudança conceitual também foi sentida na órbita legislativa, isso porque, consultando o direito indigenista, é possível entrever que no devir histórico, a questão indígena no Brasil é passível de ser resumida em pelo menos três fases.

Inicialmente os índios, segundo o ordenamento brasileiro vigente durante o período monárquico, constituíam um entrave ao desenvolvimento nacional em função de não se renderem aos objetivos políticos e econômicos predominantes à época.

Assim, ao invés de atuar no sentido da diminuição das desigualdades, o Estado brasileiro se fundamentava na estigmatização das sociedades indígenas, tratando-as de maneira preconceituosa.

Beirando o extermínio, que marcou grande parte do período colonial, seguiu-se com o processo de integração.

Principiando-se no período republicano, dada a omissão tanto da Constituição Imperial de 1824, quanto da Constituição da República de 1891 acerca da questão indigenista, com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 a política integracionista recebeu um colorido todo especial, pois, a tutela dos silvícolas passou a ser ditada diretamente pelo texto constitucional, notadamente no que tange à posse de suas terras ancestrais.

Exemplo interessante de tal proteção era a prescrição contida no art. 129, assim transcrito, “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Prevendo que competiria privativamente à União promover a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, a Constituição de

1934 institucionalizava uma verdadeira política de integração, colocando os silvícolas na comunhão nacional.

Não resolvendo os problemas decorrentes da questão, e eliminando os valores que causavam a inadaptação da população indígena, o modelo pregado pela Constituição de 1934 acabou sendo superado pela Constituição de 1988.

Positivando o direito à diferença, a Constituição de 1988, superando a política integracionista, que forçava os índios a se submeterem à identidade nacional, reconhecendo talvez a maior característica que distingue à comunidade indígena da comunidade nacional, declarou ser preservada a organização social dos índios, independentemente de sua classificação.

Nesse ínterim, por mais que o estatuto do índio estereotipe os silvícolas em isolados; em vias de integração e integrados (art. 4º), a Constituição lhes assegura o direito de serem e permanecerem como índios, sujeitos de direitos originários.

Disso se defluiu que muito antes da instituição do regime proposto pela atual Constituição, a comunidade indígena já gozava de direitos justificados por fatos e regras imprevisos pela nova norma constitucional, pois, são eles os verdadeiros proprietários desta terra. Seria como se os índios fossem titulares de direitos naturais.

Acompanhada, essa certa suposição, pela ratificação de importantes documentos internacionais, dos quais se destacam a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas da Organização das Nações Unidas e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, depreende-se que a questão indigenista encontra-se em processo de constante modificação, tendo como principal objetivo assegurar o gozo, por parte dos silvícolas, dos direitos e garantias fundamentais que predicam o seu peculiar modo de ser.

3 AS DIFICULDADES REMANESCENTES: OS TERRITÓRIOS ANCESTRAIS INDÍGENAS

Na busca de tratamento adequado para a questão indigenista, e a par da evolução legislativa, inclusive da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda falta aos povos indígenas mecanismos mais eficazes para a consagração de seus territórios ancestrais.

Ressentindo-se de melhor tratamento por parte do direito positivo, e entendendo como insuficiente, porquanto em grande parte ineficaz, o procedimento de demarcação das terras indígenas, tal como previsto pela Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1973, regulamentada pelo Decreto n° 1.775, de 8 de janeiro de 1996, está à mercê de uma reformulação urgente, a fim de melhor sintonizá-lo com os principais atos internacionais subscritos pelo Brasil, a exemplo da Convenção Americana e da Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais nos Países Independentes da OIT.

Consistindo no nó górdio da não efetivação da maioria dos direitos fundamentais assegurados à população indígena, a consagração efetiva do território ancestral põe-se como elemento impostergável da consciência da identidade indígena ou tribal, considerada pela OIT como o critério fundamental para determinação das minorias protegidas pela Convenção n. 169.

Apenas a título de contextualização, em notícia divulgada no sítio eletrônico G1³, segundo levantamentos realizados pela Comissão Pastoral da Terra foi possível identificar a ocorrência de diversos conflitos agrários fundamentados nas disputas travadas entre índios e não-índios.

Representando um número alarmante, e militando, o Caso n. 12.728 da CIDH, no sentido de facilitar o processo de reconhecimento dos territórios ancestrais, pondo-se a dissertar sobre os índios, este trabalho não poderia deixar de citar os conflitos fundiários existentes, e que dificultam a implementação do programa desenhado pela Constituição para albergar a questão indigenista.

4 CASO N. 12.728

Suscitado pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares – GAJOP e pelo Conselho Indigenista Missionário em defesa do povo indígena Xucuru, o Caso n. 12.728 pode ser assim resumido:

Em 16 de outubro de 2002, o Movimento Nacional de Direitos Humanos/Regional Nordeste, o Gabinete de Assessoria Jurídica

3 A mesma reportagem notícia que: “Segundo a Funai, atualmente há 426 terras indígenas regularizadas, que representam 12,2% do território nacional. Mas a maioria delas (98,75%) se encontra na Amazônia Legal, enquanto que 554.081 dos 896.917 índios existentes no Brasil, segundo o Censo do IBGE de 2010, estão nas outras regiões, que concentram 1,25% da extensão de terras indígenas demarcadas” Acesso em 19 maio 2016 <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/04/disputas-por-posse-de-terra-no-brasil-mataram-15-indios-em-2013-diz-cpt.html>>.

às Organizações Populares – GAJOP e o Conselho Indigenista Missionário – CIMI (doravante “os peticionários”), apresentaram uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (“a Comissão Interamericana”, “a Comissão” ou “a CIDH”) contra a República Federativa do Brasil (“o Estado”, “o Estado brasileiro” ou “Brasil”), pela suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 21, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“a Convenção Americana” ou “a Convenção”), em relação com as obrigações gerais de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros, na cidade de Pesqueira, estado de Pernambuco.

2. Os peticionários alegam que o Estado violou o direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru e seus membros em virtude da demora no processo de demarcação de seu território ancestral e da ineficácia da proteção judicial destinada a garantir esse direito, assim como da falta de recursos judiciais eficazes e acessíveis. Na etapa de mérito, os peticionários incluíram alegações relacionadas com os artigos 4 e 5 da Convenção Americana. Por sua vez, o Estado argumenta que a petição é improcedente pois o processo administrativo de demarcação da “Terra Indígena Xucuru”, iniciado em 1989, está formalmente concluído. Apesar disso, o Estado reconhece que ainda não finalizou a desintrusão do território indígena com a respectiva retirada completa dos ocupantes não indígenas. O Estado alega, no entanto, que o processo de demarcação do território Xucuru foi realizado dentro de um prazo razoável, levando em conta a complexidade da questão e a necessidade de garantir o devido processo legal aos terceiros não indígenas, assim como o direito destes a uma indenização justa.

3. Após examinar a posição das partes, os fatos provados e a normativa relevante, a CIDH conclui que o Brasil é internacionalmente responsável pela violação do artigo XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem para fatos ocorridos até a ratificação da Convenção Americana pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. A Comissão também conclui que, a partir daquela data, o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, propriedade coletiva, às garantias judiciais e à proteção judicial estabelecidos nos artigos 5, 21, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com as obrigações consagradas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros.

Deflagrado em conformidade com o procedimento estabelecido no Regulamento da Comissão Internacional de Direitos Humanos, aprovado pela Comissão em seu 137º período ordinário de sessões, realizado de 28 de outubro a 13 de novembro de 2009, o Caso n. 12.278 tinha como objetivo apurar se o Brasil havia violado dispositivos constantes da Convenção Americana, bem como da Declaração Americana, notadamente os artigos 5, 21 e 25.1.

Resultando positiva a violação, a CIDH, dentro de sua competência, editando relatório, acabou emitindo uma série de recomendações, dentre as quais se destaca a encartada no item 1, e que propunha a revisão do tratamento normativo conferido pela legislação pátria.

Irrompendo uma série de discussões doutrinárias, muitas delas imbuídas pela suposta violação a soberania do Estado brasileiro, a recomendação exarada pela CIDH reveste o caráter científico necessário para embasar uma reflexão dialética, e também filosófica, acerca da eficácia que deve ser conferida aos direitos positivados em tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, notadamente quando contrastados com a Constituição.

5 REFLEXÃO DIALÉTICA: O POSTULADO CONTIDO NO ART. 21 DA CONVENÇÃO AMERICANA E SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM OS ARTS. 20, XI E 231, §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO

Dentre as recomendações realizadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no Caso n. 12.728, talvez a mais relevante, para efeitos deste artigo, seja justamente a consignada no item 1, a saber:

1. Adotar com brevidade as medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza necessárias para realizar a desintrusão efetiva do território ancestral do povo indígena Xucuru, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Em consequência, garantir aos membros do povo que possam continuar vivendo de maneira pacífica seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.

Recomendando ao Brasil a adoção, com brevidade, das medidas necessárias, inclusive de índoles legislativas, para realizar a desintrusão dos não-índios do território ancestral do povo indígena Xucuru, no item 1 a CIDH, aliada à fundamentação expendida no contexto do relatório, apegando-se ao disposto no art. 1 da Convenção Americana, louvando-se nos precedentes firmados por ocasião do julgamento dos casos do Povo

Saramaka. Vs. Suriname; Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua; Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai; e, Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai, frisou que na orientação dos:

[...] órgãos do sistema interamericano, a propriedade territorial indígena é uma forma de propriedade que não está baseada no reconhecimento oficial pelo Estado, mas sim no uso e posse tradicionais das terras e recursos; os territórios dos povos indígenas e tribais “pertencem a eles pelo seu uso ou ocupação ancestral”. O direito de propriedade comunal indígena fundamenta-se, ainda, nas culturas jurídicas indígenas, e nos seus sistemas ancestrais de propriedade, independentemente do reconhecimento estatal; a origem dos direitos de propriedade dos povos indígenas e tribais encontra-se, portanto, no sistema consuetudinário de posse da terra que existe tradicionalmente entre as comunidades⁶⁸. Em virtude disso, a Corte afirmou que “a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio conferido pelo Estado.

Causando espécie aos juristas brasileiros, e ainda que não tenha sido dada a palavra final pela Corte Interamericana, a recomendação formulada pela Comissão suscitou, e ainda suscita, inúmeros conflitos, especialmente porque contravém não somente a legislação ordinária, como também o próprio texto constitucional.

Atribuindo tratamento normativo diverso do previsto pela Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 e pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, o art. 21 da Convenção Americana, dispendo acerca da propriedade privada, elevou-a a condição de um genuíno direito fundamental.

Atrelando-se, de início, a garantia da propriedade privada, o ponto crítico da recomendação consiste na interpretação avançada conferida pela Corte e pela própria CIDH quando em voga a aplicabilidade do artigo 21 à propriedade indígena.

Rompendo com o paradigma hobbesiano de que a propriedade somente poderia existir se tutelada pelo próprio Estado, a propriedade indígena, na tessitura do artigo 21 da Convenção Americana, promanaria da própria cultura da população indígena, prescindindo do prévio reconhecimento estatal.

Disso se defluiu que o processo de demarcação, caracterizado pelo reconhecimento das terras ancestrais, na orientação do sistema americano, teria natureza declaratória, e não constitutiva.

Modificando sensivelmente os direitos originários dos índios sobre as suas terras, e não reconhecendo tratamento semelhante na jurisprudência brasileira, mesmo no célebre caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388/RR, rel. Min. Carlos Britto), onde foram fixados dezenove pontos a serem observados no processo de demarcação dos territórios indígenas, a recomendação lavrada pela CIDH é bastante intrigante, especialmente porque, contraindo o assinalado nos arts. 20, XI e 231 da Constituição, não poderia subsistir diante da soberania estatal, servindo o texto supremo de escusa para o descumprimento da medida pelo Brasil.

Todavia, por mais que o tratamento concedido pela CIDH seja diverso do outorgado pelo Brasil, tem-se a fundada convicção de que, com base no princípio da humanidade, sendo mais protetivo da dignidade, e estando em conformidade com os demais documentos internacionais dos quais o Brasil é parte, deve o artigo 21 preponderar diante da legislação doméstica, ainda que trate o tema de maneira diversa da preconizada pela Constituição.

Quando se abordou o histórico evolutivo da legislação brasileira, denotou-se que, com o advento da Constituição de 1988, o Brasil, sintonizando sua legislação com os principais diplomas internacionais, reconhecendo o caráter plural da sociedade brasileira, prestigiando medidas de preservação dos direitos das minorias, inovando frente as ordens constitucionais pretéritas, e rompendo com o ideal nacionalista - fundado na integração dos povos indígenas aos costumes e valores de uma sociedade europeia -, atribuiu, em seus arts 231 e 232, um colorido todo especial a questão indigenista.

Não recepcionando, em certa parte, o disposto na Lei n° 6.001, de 19 de dezembro de 1971, dentre as inovações conferidas pela Constituição cidadã ocupou posição de destaque, sem dúvida, a proteção atribuída as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A despeito de as considerar como sendo bens da União (art. 20, XI), o enfrentamento da questão pelo Constituinte de 1988 ainda foi bastante tímido, isso porque, afora ser distinta da posse regulada pelo direito civil, a posse permanente não confere densidade ao direito originário dos índios sobre suas terras ancestrais, as quais, por constituírem bens da União, são considerados bens de uso especial – dada a sua afetação, mas ainda integrantes do patrimônio nacional.

Não legitimando os direitos humanos desta minoria, e também grupo vulnerável, que são os indígenas, o processo político-social entalhado pela Constituição de 1988 tem condições de ser aprimorado.

Sinalizando a necessidade e a possibilidade de o processo de legitimação dos territórios indígenas ser melhorado, o leitor mais atento, firme no postulado da supremacia da constituição, poderia indagar como um ato internacional haveria de se sobrepor ao texto constitucional, síntese da soberania estatal.

Talvez maculado pela orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do caso que acabou invalidando o instituto da prisão civil por dívidas, onde ficou assentado que os tratados internacionais, quando versassem sobre direitos humanos, teriam *status* supralegal, ou seja, estariam acima das leis, mas abaixo da Constituição, o leitor conferiria interpretação por demais restritiva a abertura empreendida pelo art. 5º, § 2º, aplicando de pronto um pré-conceito, inviabilizando toda e qualquer espécie de reflexão, ante a colocação de um argumento categórico.

Não podendo o direito ser forjado em bases absolutas, e se calcando numa abordagem filosófica, o meio encontrado para justificar a prevalência do artigo 21 da Convenção Americana sobre o texto constitucional é, apegando-se as experiências colhidas do direito comparado, sustentar que no específico desse caso, por conceder maior estatura ao valor dignidade, o artigo 21 da Convenção Americana, num processo de compatibilização, tem peso maior do que os mandamentos previstos nos arts. 20, XI e 231 da Constituição, preponderando, assim, no caso concreto.

Após a superação das teorias monistas e dualistas, que empreendiam justificar a natureza jurídica pela qual os atos internacionais eram recebidos pela ordem interna, muitas outras correntes emergiram.

Podendo ser sintetizadas nas correntes que defendiam a natureza infralegal, constitucional, supralegal e supraconstitucional, para efeitos de argumentação será dado enfoque à vertente que entende que os tratados internacionais de direitos humanos tem natureza supraconstitucional.

Consultando a doutrina internacionalista mais autorizada, verifica-se que a ideia de supraconstitucionalidade das normas oriundas de tratados internacionais sobre direitos humanos é tema que campeia, de longa data, o direito alienígena.

Exemplifica muito bem o assunto o escólio de José Joaquim Gomes Canotilho⁴, para quem:

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1276.

[...] o alicerçamento do sistema jurídico político internacional não apenas no clássico paradigma das relações horizontais entre estados, mas um novo paradigma centrado nas relações entre Estado/povo; Emergência de um *jus cogens* internacional materialmente informado por valores, princípios e regras universais progressivamente plasmado em declarações e documentos internacionais; Tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos.

Dissertando sobre o chamado constitucionalismo global, em conformidade com as ideias difundidas por Canotilho é possível defender a existência de normas internacionais que são superiores às próprias normas constitucionais, isso porque, a contar do término da 2ª guerra mundial, o mundo experimentou um profundo processo de globalização, devendo o constitucionalismo se adaptar aos novos limites conferidos a soberania, e sua provável relativização.

Citando como exemplo as normas de direitos humanos, com base no constitucionalismo global é válido sustentar a predominância do artigo 21 da Convenção Americana sobre os arts. 20, XI e 231 da Constituição.

Reforça o predito, o tratamento supraconstitucional concedido pela Carta Holandesa de 1956 a temática.

Estruturando o Estado holandês, a Constituição de 1956, preocupando-se com a efetivação dos direitos humanos, frisou expressamente que os direitos oriundos de tratados internacionais incorporados ao ordenamento doméstico teriam hierarquia superior às próprias normas constitucionais.

Considerado como um caso isolado, a experiência holandesa serviu de alicerce para que outros doutrinadores abraçassem essa ideia.

Nessa linha pode-se citar, dentre os autores internacionais que se dedicam ao tema, Albuquerque Mello.

Por mais que o *status* supraconstitucional dos tratados possa ser assunto de difícil justificação, especialmente por confrontar diretamente com a soberania estatal, a ideia ali propagada encontra esteio nas também precisas palavras de Florisbal de Souza Del'olmo⁵ que, estatuindo o método de harmonização, assinala que:

5 DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 97.

[...] soberania e supranacionalidade não são incompatíveis, (...) onde o Estado entende ser mais consentâneo com seu objetivo a instituição da supranacionalidade”, o entendimento deste doutrinador é que esta abdicação da soberania seria na verdade um exercício próprio da mesma.

Demonstrando que a supraconstitucionalidade dos tratados não elimina a soberania estatal, os ensinamentos de Del’olmo, aliado as contribuições ministradas por Canotilho e Albuquerque Mello, pode servir de fundamento de justificação para a exigibilidade da recomendação tombada no item 1 do Caso n. 12.728, ainda que divergente do tratamento conferido pela vigente Constituição, até porque, embora tenha se sagrado, na obra de Jean Bodin, como elemento indispensável ao conceito e a existência do Estado, a soberania vem sendo alvejada por constantes relativizações, mostrando-se oportuno vir à baila o comentário tecido por Luigi Ferrajoli⁶, no sentido de que aquela “[...] deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.”

Ora, questionado sob o ponto de vista filosófico, a soberania não pode ser elevada como imperativo categórico capaz por si só de impedir qualquer espécie de reflexão acerca da vinculação do Estado brasileiro às recomendações emitidas pela CIDH no Caso n° 12.278, sob pena de se por em xeque o progresso da ciência.

Cite-se, ainda, que situação parecida a esta já foi dilucidada no âmbito doutrinário por ocasião da incorporação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, onde o Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, sinalizando a possibilidade de o Brasil vir a se submeter a penas de caráter perpétuo, bem como imprescritíveis, salientou que, em conformidade com o princípio da humanidade, conferindo maior proteção à dignidade, o Estatuto de Roma preponderaria frente ao ordenamento doméstico.

O mesmo se diga quanto ao reconhecimento, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, do princípio do *pro homine*, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP, rel. Min. César Peluso e do HC 90.172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes.

Encontrando tratamento semelhante na jurisprudência hodierna, e firme na natureza aberta do sujeito constitucional, entende-se que com base no princípio do *pro homine*, e dentro de uma ideia de constitucionalismo global, dando maior efetividade aos direitos e garantias fundamentais

6 FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 39-40.

dos índios, o artigo 21 da Convenção Americana deve prevalecer, e não derogar, os arts. 20, XI e 231 da Constituição, exercitando-se, assim, um juízo de ponderação entre dois textos que para nós tem igual valor e estatura.

Quem saiba com essa breve reflexão, não se consiga, em tempos vindouros, presenciar uma nova revolução copernicana, caracterizada pela progressiva mitigação da soberania estatal, tal como inclusive já se avista no atual modelo adotado pela União Europeia, que transcende em alguns aspectos o mero *status* de uma confederação de Estados soberanos e independentes.

CONCLUSÃO

Conclui-se que apesar dos avanços experimentados pela legislação brasileira no tocante a questão indigenista, ainda remanesce uma importante tarefa a se concretizar, qual seja, idealizar mecanismos de maximização da proteção desta parcela vulnerável, e minoritária, da sociedade brasileira, tal como recorrentemente consagrado nos princípios documentos internacionais.

Não se satisfazendo com as meras previsões constantes dos arts. 20, XI, 231 da Constituição, 17, I da Lei nº 6.001, de 1973 e 1º do Decreto nº 1.775, de 1996, tanto a legislação infraconstitucional, quanto a própria constituição, deverão ser relidas à luz da do art. 21 da Convenção Americana, notadamente quando se reconhece que, com o processo de modificação da noção de soberania, no conflito entre normas internacionais e internas, aí incluídas as próprias normas constitucionais, deve prevalecer a que maio favoreça a dignidade da pessoa humana (*pro homine*).

REFERÊNCIAS

BELFORT, Lucia Fernanda Inácia. *A proteção dos conhecimentos tradicionais dos povos indígenas, em face da convenção sobre diversidade biológica*. Dissertação Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- _____. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Valor constitucional dos tratados de direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1724, [21 mar. 2008]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11076>>. Acesso em: 19 maio 2016.
- GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2015.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- HALL, Stuart. *O problema da ideologia o marxismo sem garantias*. Da diáspora: identidades e mediações culturais. Editora Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2003. p. 265-293
- HARADA, Kiyoshi. *Tratados que versam sobre direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1749, [15 abr. 2008]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11161>>. Acesso em: 19 maio 2016.
- HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- KELSEN, Hans, CAMPAGNOLO, Umberto. *Direito Internacional e Estado Soberano*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002.
- MARX, Karl. *O Capital*. v. 2. 3. ed. Nova Cultural: São Paulo, 1988.
- MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Constitucionalismo”. In: BOBBIO, Norberto; *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. Atlas: São Paulo, 2016.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSENFELD, Michel. *The identity of the constitutional subject*. Selfhood, citizenship, culture, and community. London and New York: Routledge, 2010.

RECEBIDO EM: 03/05/2016

APROVADO EM: 16/06/2016

O NEOCONSTITUCIONALISMO E O SUPOSTO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*THE NEOCONSTITUTIONALISM AND THE ALLEGED MAIN ROLE
OF THE COURTS IN POLICY IMPLEMENTATION*

Daniel Rocha de Farias

*Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília - UNB
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; I Um modelo constitucional alternativo; II A força normativa da Constituição e o problema de sua interpretação; III A Constituição pluralista e a constitucionalização do direito; IV O desprezo às regras e à lei: o Direito que não rege a conduta humana; V A colisão de princípios e a técnica de ponderação; VI Demanda por uma nova teoria do Direito; VII O pseudo-protagonismo do Poder Judiciário; VIII Conclusão; Referências.

RESUMO: No presente artigo, pretende-se apresentar o neoconstitucionalismo mediante análise crítica de suas características. Inicialmente é feita análise do fundamento principal do pensamento que consiste na força normativa da Constituição. Exposto o dogma do neoconstitucionalismo, passa-se a análise de seus efeitos, onde se aborda a constitucionalização do direito, o culto aos princípios e o conseqüente desprezo às regras e a técnica de ponderação para solucionar conflitos aparentes entre princípios. A problemática é discorrida à luz da existência de outros intérpretes constitucionais. Por fim, serão analisados alguns dados empíricos disponíveis com a finalidade de contestar o alegado protagonismo do Poder Judiciário na execução de políticas públicas, argumento presente nos defensores do neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Protagonismo do Poder Judiciário. Políticas Públicas. Princípios Constitucionais. Constitucionalização do Direito. Ponderação.

ABSTRACT: In this essay, it's presented the idea of the neoconstitutionalism, with a critic analysis of its characteristics. It's presented the main argument of the theory, which is the normative effect of the Constitution. After the exposition of neoconstitutionalism dogma, it's made an analysis of its effects, included the constitutionalization of the law, a principles veneration and the consequent contempt of the rules and the balance technique in order to bring solution to the apparent principles conflict. The question is treated considering the existence of others interpreters despite the judges. At the end, some empiric data will be analyzed in order to contest the alleged main role of the courts in policy implementation, argument of the neoconstitutionalism sympathizers.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism. Main role of the Courts. Policy. Principles. Law Constitutionalization. Reflection Technique.

INTRODUÇÃO

O termo “neoconstitucionalismo” apareceu de forma a impulsionar as discussões acadêmicas no Brasil acerca da Teoria Geral do Direito e da Hermenêutica Constitucional a partir da publicação da famosa coletânea de artigos de autores estrangeiros organizada por Miguel Carbonell denominada “Neoconstitucionalismo(s)” em 2003¹, embora a discussão quanto à maioria de suas características tenha se iniciado em momento anterior.² O próprio título do livro já traz um indicativo da existência de um ideário difuso³ quanto a defesa dessa nova forma de pensar o Direito.

O próprio Carbonell, ao introduzir a obra, demonstra a multiplicidade de sentidos que o termo “neoconstitucionalismo” é tratado nos artigos da publicação: descrição do que deveria ser o Estado Constitucional; descrição da eficácia das mudanças propostas na nova interpretação constitucional; e análise das teorias explicativas deste novo estado de coisas.⁴

No mesmo sentido, a doutrina brasileira também reconhece que existe uma multiplicidade de entendimentos quanto aos elementos do neoconstitucionalismo, razão pela qual expressa a dificuldade em definir precisamente essa corrente de pensamento.⁵

Parte dos autores nacionais possui uma visão abrangente de neoconstitucionalismo, ao afirmar que seus defensores formam uma ampla gama de pessoas com orientações jusfilosóficas absolutamente

-
- 1 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.
 - 2 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2015. No texto, o autor afirma, categoricamente, que a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, as discussões sobre a força normativa da Constituição ganharam evidência.
 - 3 BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015. A expressão é utilizada pelos autores para na busca de definir traços do Pós-positivismo, que seria o substrato filosófico que embasaria o neoconstitucionalismo.
 - 4 CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 10.
 - 5 GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 56-60.

distintas: há positivistas e jusnaturalistas; defensores de métodos para aplicação do direito e aqueles que desprezam o emprego de metodologia na hermenêutica jurídica; adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas.⁶

Há, também, quem defenda o neoconstitucionalismo como uma teoria concorrente ao positivismo jurídico, onde se chega a traçar um paralelo das lições de Norberto Bobbio⁷ quanto à categorização do neoconstitucionalismo em teórico, metodológico e ideológico.⁸

Essa diversidade de ideias ensejaria a necessidade de delimitação da concepção utilizada neste trabalho para o neoconstitucionalismo. Optou-se por não realizar tal atividade, já que não destinado a isso. Ao invés de exercer uma tentativa de definir o que seria o neoconstitucionalismo, preferiu-se abordar alguns dos pontos presentes na obra de simpatizantes do paradigma para, depois disso, promover algumas reflexões sobre os efeitos do que foi proposto ou teorizado.

As críticas construídas neste trabalho foram formuladas tendo como foco a ideia de que os juízes não são os únicos seres que trabalham com a interpretação do direito.⁹ Essa atividade, seguramente, é desenvolvida pelos membros da sociedade, seja para realização de negócios jurídicos, seja para adoção de algum tipo de comportamento que lhe assegure não gerar consequências indesejadas.

Com efeito, as pessoas envolvidas em compra e venda, contratos de locação residencial e comercial, abertura de conta-corrente, concessão de mútuo, contrato de trabalho, pagamento de tributos, uso da propriedade privada, e em muitas outras atividades do cotidiano dos cidadãos brasileiros, levam em consideração as normas que regem o Estado brasileiro, muitas vezes mediante atividade de consultoria realizadas junto a operadores do direito.

6 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

7 Cf. BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi et alli. São Paulo: Ícone, 1995. p. 223-229.

8 COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 83.

9 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

Além disso, não se pode esquecer dos outros profissionais do direito. Os membros do Ministério Público, por exemplo, atuam na confecção de termos de ajustamento de conduta nos quais estabelecem que o ato perpetrado por pessoas físicas ou jurídicas não se adequam ao ordenamento jurídico e editam obrigações aos infratores com o intuito de adequar suas condutas ao Direito.

A própria Administração Pública é uma intérprete do direito por excelência. Com efeito, ainda hoje é estabelecido ao Poder Executivo a obrigação de seguir os estritos termos da lei, em decorrência do princípio da legalidade contido no artigo 37 da Constituição Federal.¹⁰ Qualquer ato administrativo deve ter um substrato legal que lhe dê suporte e isso nada mais é do que uma verificação de subsunção do ato à norma existente.

Muitas vezes, os próprios agentes da Administração Pública registram dúvidas na interpretação do direito de forma a indicar se determinada política pública pode ser executada em específica maneira. Nesse momento, buscam socorro junto ao órgão de assessoramento jurídico: a Advocacia-Geral da União¹¹ e as procuradorias dos Estados¹² e Municípios¹³ cujos membros, assim como juízes, possuem formação em Direito. Todas essas figuras sentem a presença do direito no seu dia-a-dia e é pensando nesses comportamentos que as críticas aqui são formuladas.

Ressalte-se, por exemplo, que o titular da Advocacia-Geral da União, cujos critérios de escolha são idênticos aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – reputação ilibada e notável saber jurídico, além da idade mínima de trinta e cinco anos –, possui a atribuição para fixar a interpretação jurídica a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.¹⁴

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19-20; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 64-65; dentre vários outros autores.

11 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 131. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

12 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 132. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

13 Observa-se que nem todos os municípios possuem procuradorias organizadas em carreira. Nessas hipóteses, o assessoramento jurídico é realizado por escritórios de advocacia de natureza privada.

14 BRASIL. *Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993*. artigo 4º, inciso X. Brasília: 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

Além disso, o neoconstitucionalismo aponta um protagonismo a ser exercido pelo Poder Judiciário na formação de políticas públicas, em detrimento da atividade desempenhada pelo Poder Executivo. O presente texto faz uma abordagem do tema, na tentativa de fornecer alguns elementos para trazer à reflexão o leitor sobre a viabilidade de tal protagonismo.

O método escolhido para tratar do tema é singelo. A opção é apresentar as características e ideias desenvolvidas em obras de autores considerados neoconstitucionalistas.

Em sequência, são analisados alguns dados obtidos junto ao Conselho Nacional de Justiça com o intuito de verificar a sua adequação à tese de papel principal do Judiciário.

Com isso, espera-se contribuir para o debate sobre o tema que, embora já exista no Brasil há mais de doze anos, não se consolidou como um novo paradigma do Direito, ao menos na forma como descrita por Kuhn.¹⁵

I UM MODELO CONSTITUCIONAL ALTERNATIVO

Luis Prieto Sanchís aborda dois significados para a denominação neoconstitucionalismo. O primeiro se refere a um modelo de Estado de Direito; o segundo, a uma teoria de direito.¹⁶

O Estado Constitucional de Direito, em sua visão, pode-se configurar historicamente, em dois modelos distintos. O primeiro deles prestigia as regras do jogo da competência social e política, com garantias mínimas que permitem assegurar a autonomia dos indivíduos como sujeitos privados e como agentes políticos para que desenvolvam livremente o seu plano de vida pessoal e adotem as decisões coletivas pertinentes a cada momento histórico.¹⁷

Esse modelo se aproxima muito do constitucionalismo norte-americano em que se assegura a supremacia da Constituição e, em consequência, a possibilidade de controle jurisdicional de seus termos em face dos outros poderes. No entanto, o conteúdo do texto constitucional

15 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

16 SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003. p. 201.

17 *Ibid.*, p. 202-203.

possui inspiração liberal, de forma que são previstas poucas ou nenhuma política social a cargo do Estado.

Um segundo modelo de Estado de Direito tem a Constituição como a corporificação de um projeto político de transformação social e política. Assim, a carta política não tem função unicamente limitativa de poder ou de disciplinamento das regras do jogo, mas representa uma participação diretamente deste jogo, condicionando as futuras decisões coletivas dos agentes políticos. Nessa perspectiva, o Poder Legislativo assume um papel protagonista em determinar a vontade popular na definição de políticas públicas dentro da moldura prevista no corpo constitucional, modelo sobre o qual havia dificuldade de assegurar a força normativa do texto constitucional frente aos poderes constituídos.¹⁸

Nesse ponto, indica-se o constitucionalismo desenvolvido na Alemanha e na Itália ocorrido após a Segunda Guerra Mundial como marco histórico para o surgimento desta nova interpretação constitucional. A Constituição era tida como um documento essencialmente político¹⁹, com conteúdo dependente de necessária complementação legislativa. Mas se apercebeu que atribuir unicamente ao Parlamento a responsabilidade de afirmar o significado do texto constitucional não seria suficiente para garantir proteção aos direitos fundamentais.²⁰²¹ Por isso, fez-se necessário criar uma alforria da produção legislativa para concretização do texto constitucional.

Nessa toada, o neoconstitucionalismo surgiria como um modelo de Estado de Direito híbrido que contemplaria uma junção de duas qualidades dos arranjos anteriormente mencionados: o reconhecimento da força normativa da Constituição, cujos termos deveriam ser assegurados pelo Poder Judiciário; e a participação do próprio texto constitucional como

18 SANCHÍS, op. cit, p. 203.

19 BARROSO, op. cit., p. 7.

20 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

21 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015. Utiliza-se como exemplo dessa carência de proteção dos direitos fundamentais, as barbáries ocorridas na Alemanha nazista e na Itália fascista.

condicionante para realização das atividades estatais na forma como interpretado pelas Cortes.²²

Assim, nesse modelo de Estado de Direito neoconstitucional, a construção das políticas públicas disciplinadas no texto constitucional poderia ser realizada independentemente da intermediação do Poder Legislativo, mas decorrente direta e imediatamente da Constituição.²³ Note-se que neste modelo já há sinalização não somente de uma participação efetiva do Poder Judiciário na construção de políticas públicas, mas um papel central, já que portador da última palavra sobre o caminho a ser trilhado pelo Estado.

II A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O PROBLEMA DE SUA INTERPRETAÇÃO

A força normativa da Constituição decorre do princípio da supremacia da Constituição, donde o texto maior está situado em posição hierarquicamente superior aos demais corpos normativos.²⁴ Por esse motivo, hoje se trabalha com uma nova premissa, a de que as normas constitucionais são dotadas de imperatividade e sua inobservância há de deflagrar mecanismos de coação e cumprimento forçado de suas disposições.²⁵

Diante dessas considerações é fácil perceber que a força normativa da Constituição, por si só, não deixa espaço para críticas. Afinal, defender a ausência de obrigatoriedade do cumprimento do texto constitucional, onde constam os caminhos que o Estado deve transitar, seria um contra-senso. Não se vislumbra possível sustentar a falta de imperatividade da Constituição sem que se indague qual seria o outro propósito da carta.

O problema é aquilo que decorre desse reconhecimento: a necessidade de interpretar o texto constitucional, recheado de expressões vagas e de alta carga axiológica e com dispositivos muitas vezes contraditórios entre si.

Barroso e Barcellos afirmam que a Constituição passa a ser vista como um sistema de princípios e regras de caráter aberto e, portanto, sujeita

²² SANCHÍS, op. cit., p. 204.

²³ *Ibidem*, p. 205.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

²⁵ *Ibidem*.

a aderência de valores jurídicos no qual a ideia de justiça e de realização dos direitos fundamentais ganham relevância.²⁶

As regras, de baixo teor valorativo e próprias do método subsuntivo, desempenhariam um papel referente à segurança jurídica, aqui entendida como previsibilidade e objetividade das condutas, enquanto os princípios têm por substrato a realização de justiça.²⁷

Afirma-se que os princípios contêm um espaço de indeterminação que enseja a possibilidade fixação de seu conteúdo, sempre no caso concreto, de acordo com a concepção ideológica ou filosófica do intérprete.²⁸ Dessa forma, a conclusão alcançada por uma interpretação de um princípio envolve avaliações de caráter subjetivo e que, por isso, o resultado poderá variar em função de circunstâncias pessoais do intérprete e de “outras tantas influências”²⁹, desde que não relacionadas à metafísica. Essa circunstância, inclusive, abre espaço para renovação do pleito de utilização da moral como fundamento para tomada de determinadas decisões judiciais. Na verdade, caberia ao intérprete desempenhar um papel criativo na concretização do direito.³⁰³¹

E aqui reside, talvez, o ponto chave da teoria neoconstitucionalista e campo mais fértil para semear críticas: o subjetivismo na interpretação de princípios constitucionais e a plasticidade mágica do conteúdo desse tipo de disposição.

A corrente neoconstitucionalista não é clara quanto à forma como devem ser aplicados os valores incorporados pelas normas constitucionais. Assim, em razão da vagueza da norma e da sua indeterminação, há espaço para leituras jurídicas extremamente diversificadas.³²

Nesse ponto, comenta-se que há tendência atual de utilização de princípios constitucionais de conteúdo vago com fundamentação superficial nas decisões judiciais, o que não se coaduna com o Estado

26 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

27 Ibidem.

28 ibidem.

29 Ibidem.

30 Ibidem.

31 SARMENTO, op. cit., p. 15.

32 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

Democrático de Direito³³ e abre espaço para o arbítrio institucional e para a insegurança jurídica.³⁴

O exemplo corriqueiro que se vê na prática jurisprudencial é a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, que tem sido utilizado para conferir imponência ao decisionismo judicial.³⁵ Não se defende aqui o desrespeito a este postulado constitucional. O problema é que determinadas decisões promovem uma ampla engenharia jurídica para tangenciar o princípio em referência.

No entanto, pode-se argumentar que a preocupação da existência de preceitos que demandam uma anexação de axioma ao seu conteúdo não é novidade. É possível identificar vários preceitos infraconstitucionais com essas características. De fato, é possível verificar dispositivos legais que contêm conceitos jurídicos indeterminados, por exemplo. Alguns tipos penais, também, fazem uso dessa técnica, como as hipóteses que demandam interpretação analógica, a exemplo do homicídio qualificado por emprego de meio cruel ou insidioso.³⁶ A sociedade brasileira e os operadores do direito convivem já há muito tempo com esse tipo de norma.

No entanto, o construtivismo de significados dos princípios aliados ao caráter hierarquicamente superior das normas constitucionais possibilitam o afastamento de qualquer norma promulgada pelo Congresso Nacional e que servem de norte para as condutas dos membros da sociedade e de outros operadores do direito, assim como a própria Administração Pública. Aqui está a insegurança jurídica.

Somam-se a isso outras características defendidas pelo neoconstitucionalismo: o caráter extremamente analítico da Constituição e, em decorrência disso, a existência corriqueira de conflitos entre princípios constitucionais e a chamada “constitucionalização do direito”.

33 GALVÃO, op. cit., p. 292-305.

34 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

35 Ibidem. Acesso em: 22 fev. 2015.

36 BRASIL. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Art. 121, § 2º, III. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2015.

III A CONSTITUIÇÃO PLURALISTA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

O neoconstitucionalismo tem como pressuposto a existência de uma pluralidade de valores e postulados distintos e tendencialmente contraditórios.³⁷ A defendida onipresença da Constituição Federal pressupõe, assim, um texto constitucional repleto de valores, princípios e direitos fundamentais de forma que é quase impossível que nos litígios minimamente relevantes não haja um princípio ou valor que oriente em situações distintas a solução jurídica.

É a existência de princípios de conteúdos vagos e de forte carga axiológica que estabeleceu condições que ensejaram a denominada constitucionalização do direito, entendida como uma releitura de todo o ordenamento jurídico sob uma ótica referencial dos valores constitucionais.³⁸

Reconhece-se, com isso, que em cada preceito legal há uma norma constitucional que o confirma ou que o contradiz. Nesse sentido, o texto constitucional se irradiaria em todo o corpo normativo, de forma que o Direito Constitucional assume o protagonismo na interpretação do direito e a lei deixa de ser referência para a solução dos casos.³⁹ Meciona-se, inclusive, que o princípio de presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público fica esvaziado em razão da pluralidade de normas que estão contidas na Constituição brasileira, de caráter absolutamente analítico.⁴⁰

Nesse sentido, percebe-se que é possível alcançar a solução para todos os tipos de litígio por meio do texto constitucional, e que a interpretação de seus termos cabe, em última palavra, aos juízes. Daí a conclusão de que uma característica do neoconstitucionalismo seria a onipotência judicial, em detrimento das decisões formuladas pelo Poder Legislativo. Assim, a solução trazida pela lei para os conflitos existentes na sociedade não seria uma resposta completa, pois dependeria sempre de uma avaliação de sua conformidade com a Constituição.⁴¹ É um verdadeiro totalitarismo constitucional.

37 SANCHÍS, op. cit., p. 209-210.

38 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

39 SANCHÍS, op. cit., p. 208-209.

40 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

41 SANCHÍS, op. cit., p. 208.

É reportada, inclusive, a possibilidade de constitucionalidade de uma regra em abstrato mas que, para determinadas situações concretas, a sua aplicação poderá gerar uma inconstitucionalidade por contrariar o fim desejado por um princípio da Carta Política.⁴²

IV O DESPREZO ÀS REGRAS E À LEI: O DIREITO QUE NÃO REGE A CONDUTA HUMANA

A ótica neoconstitucionalista inspira os operadores do Direito a adotar princípios em decisões, mesmo não havendo necessidade, com a finalidade de excepcionar ou tirar o peso de uma regra legal que claramente disciplina o caso. Os mais utilizados para esse propósito são o princípio da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade, cujo significado e efeito alternam entre análise entre meio e fim e senso de justiça.⁴³

De acordo com esse modelo, em síntese, toda e qualquer decisão judicial pode ser proferida por meio de utilização de princípios constitucionais – muitos deles de caráter implícito – cujo conteúdo depende de preenchimento subjetivo e valorativo do julgador – especialmente quanto ao senso de justiça e razoabilidade –, afastando-se qualquer necessidade de declaração de inconstitucionalidade de lei. Mais. Devido às prerrogativas inerentes à magistratura, a utilização dos valores por parte dos juízes faz parte do livre convencimento motivado e não se sujeita a qualquer controle, por mais atroz que seja. Portanto, e para fechar tudo, eventual recurso a tribunais superiores pressupõe uma re-análise do caso que comportará outra decisão com outros valores próprios dos novos julgadores.

O impacto disso na sociedade é flagrante. A vagueza do significado dos princípios e a utilização plástica de seus termos impossibilitam a determinação *ex ante* do direito, de forma que as pessoas não possuem conhecimento das consequências de seus atos.⁴⁴

A título ilustrativo, imagine-se duas pessoas naturais formulando um instrumento particular para celebrar contrato de locação residencial. A Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, responsável por reger esse tipo de avença, segundo os postulados neoconstitucionalistas, somente

42 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

43 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

44 COMANDUCCI, op. cit., p. 90.

disciplinará o contrato naquilo que se harmonizar com os princípios constitucionais, ainda assim, verificados em caso concreto depois de eventual litígio. Se a lei possui essa fragilidade, os termos contratuais se resumiriam a uma simples formalidade, já que, em caso de litígio, teriam influência diminuta – ou nenhuma – na decisão judicial.

A irradiação dos princípios constitucionais na esfera dos direitos privados – vale dizer, nas disposições contratuais civis e comerciais, no direito da personalidade, etc. – apresenta risco de uma interferência nas escolhas pessoais da população mediante a imposição de determinados comportamentos às pessoas, em detrimento da liberdade, que, como visto, pode ser ponderada em face de outros princípios, como a dignidade da pessoa humana.⁴⁵

Pode-se imaginar, o Ministério Público, no exercício da tutela de menores, poderia questionar o castigo de não poder brincar com os amigos aplicado a uma criança, sob o pálio da razoabilidade entre os meios e os fins a serem atingidos e ser acatado pelo juiz, extirpando esse juízo dos próprios pais da criança.

No âmbito da Administração Pública, o neoconstitucionalismo permite uma ingerência quase absoluta do Poder Judiciário na seara de escolha discricionária do gestor. O princípio da proporcionalidade, inspirado na ideia norte-americana do devido processo legal substantivo e na justiça, permite ao judiciário promover o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e serve de parâmetro para que se determine a forma como a norma deve ser interpretada para atingimento de sua finalidade, em uma análise intrínseca da própria norma ou considerada como um sistema normativo,⁴⁶ ou ainda que se tenha de contrariá-la. Além disso, conforme afirmado acima, a proporcionalidade, assim como a razoabilidade, tem sido utilizada como um juízo de justiça nos casos concretos.

Na prática, questões como a forma de resolver o problema da seca na Região Nordeste, a forma de gerar energia e, até mesmo, os rumos da política econômica, ainda que não vulnerasse claramente qualquer direito fundamental, estariam sujeitos a decisões judiciais para que tomassem outro rumo com base unicamente em princípios constitucionais, ainda que implícitos.

45 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

46 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

Talvez preocupada com essa questão, parte da doutrina neoconstitucionalista defende a ideia de que o novo paradigma não importa em abandonar o método de subsunção próprio das regras e, menos ainda, em colocar no esquecimento as técnicas tradicionais de interpretação. Inclusive, é lembrado, nesse ponto, que há muitas normas do texto maior, especialmente as da Constituição brasileira, que não demandam um esforço interpretativo, já que dotadas de baixo teor valorativo.⁴⁷

Nesse aspecto, defende-se a importância da utilização das regras por vários motivos: previsibilidade; segurança jurídica; não exige uma reflexão complexa como a ponderação, o que enseja celeridade do processo decisório; e foram editadas pelo Poder Legislativo, donde se extrai a legitimidade democrática de seu conteúdo. É defendida, portanto, a concepção do pêndulo no direito brasileiro.⁴⁸

A tentativa, ao que se vê, é de freiar o decisionismo que poderá assolar o judiciário brasileiro – se já não assola – sob a justificativa de adequação à nova interpretação constitucional.

V A COLISÃO DE PRINCÍPIOS E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Além disso, há inúmeros casos – se não todos – em que a lide comporta a denominada colisão de princípios constitucionais de forma a desafiar a técnica de ponderação. Nesse sentido, chega-se mesmo a conjecturar a inexistência de uma norma substantiva da Constituição que não encontre contradição em outras normas que possam levar a uma solução que lhe é contrária.⁴⁹ Além disso, é afirmado que não haveria qualquer despropósito na existência das antinomias tendo em vista que os conflitos dar-se-iam entre princípios e não entre regras, distinção extraída das lições de Ronald Dworkin.^{50,51} Em uma ordem pluralista – como é o caso da brasileira – a colisão de princípios faz parte da lógica do sistema normativo constitucional.⁵²

47 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

48 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

49 SANCHÍS, op. cit., p. 209-210.

50 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

51 Evitou-se discorrer acerca da problemática distinção entre princípios e regras, discussão que não caberia neste trabalho. Sobre o assunto, confira-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

52 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

No que se refere à solução dos conflitos constitucionais, os adeptos do neoconstitucionalismo promovem uma ampla defesa do uso da técnica de ponderação de valores em detrimento de utilização da técnica de subsunção próprio das regras. Afirma que a ponderação é fundamental porque não se pode entender por inválida a norma prevista em princípio constitucional em face de outro princípio de forma permanente, mas que a medida ou grau de cumprimento dos princípios em conflito depende de circunstâncias do caso concreto. Havendo alteração dos fatos que ensejam o conflito principiológico, a solução poderá ser outra.⁵³

Afirma-se, ainda, a inaplicabilidade do método tradicional da subsunção para a solução desse conflito, pois aquela técnica interpretativa importaria num sistema de tudo ou nada - ou se aplica uma norma ou a outra. Os princípios, nesse ponto, não podem se sujeitar a uma anulação total de efeitos no que recomenda a adoção do método de ponderação em que haveria uma gradação dos princípios em conflito.⁵⁴

De acordo com o princípio instrumental da unidade da Constituição, não se pode simplesmente descartar um princípio constitucional em virtude de aplicação de um outro.⁵⁵ Segundo este princípio, inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, motivo pelo qual caberia ao intérprete alcançar a maior harmonização possível dos princípios colidentes.⁵⁶

A ponderação, nesse sentido, seria uma necessidade do sistema constitucional em que se prega a força normativa do texto constitucional e não, simplesmente, uma opção filosófica ou ideológica.⁵⁷

No entanto, reconhece-se que a estrutura interna do raciocínio ponderativo, ou seja, a parte objetiva da técnica interpretativa, ainda não é bem desenvolvida, embora esteja sempre associada a noção difusa de balanceamento e sopesamento de interesses e valores.⁵⁸

53 SANCHÍS, op. cit., p. 211-227.

54 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

55 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

56 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

57 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

58 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

Ou seja, o neoconstitucionalismo, além incentivar decisões com fundamento em princípios que dependem de conteúdo axiológico em detrimento das leis, informa que na grande maioria das lides – se não em todas – há necessidade de utilização da técnica de ponderação haja vista a existência de princípios que, em leitura individual, trariam soluções diferentes para o caso.

A técnica de ponderação não é algo bem definido. Embora esteja em desenvolvimento teorias da argumentação com o intuito de trazer critérios racionais mais objetivos para modelar a gradação dos princípios colidentes na solução do caso, o fato é que, no estágio atual, a ponderação ainda não atingiu o padrão mínimo de objetividade, o que cede espaço para a ampla discricionariedade judicial. De fato, a ideia de justiça que está associada à técnica de ponderação sujeita-se a um uso indevido e não é solução para todas as situações e que, no extremo, o modelo hermenêutico pode se prestar a voluntarismos e soluções não inspiradas.⁵⁹

VI DEMANDA POR UMA NOVA TEORIA DO DIREITO

Sempre se menciona a dificuldade do positivismo jurídico em enfrentar uma solução para os denominados *hard cases* como uma justificativa de superação do modelo. Afirma-se que a descrença no fato de que as normas jurídicas possuam um sentido único para todas as situações em que incidem, um dos dogmas do positivismo jurídico, afasta a ideia de que o intérprete caberia apenas revelar o direito já pré-concebido, para atribuí-lo um papel criativo na concretização do direito.⁶⁰

Sanchís, inclusive, é bastante claro ao estabelecer que não seria suficiente a adaptação da teoria positivista, mas uma completa reformulação da teoria do direito.⁶¹ Por esse motivo, entende que a mudança operada pelo novo constitucionalismo demanda um novo substrato teórico e, por esse motivo, uma profunda revisão na teoria das fontes do direito, menos estatal e legalista.⁶²

59 BARROSO; BARCELLOS, op. cit. Acesso em: 18 fev. 2015.

60 Ibidem. Acesso em: 18 fev. 2015.

61 SANCHÍS, op. cit., p. 207.

62 Ibidem, p. 211.

VII O PSEUDO-PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO

As concepções majoritárias do princípio democrático cedem espaço para uma ideia de democracia substantiva, onde os atos do Poder Legislativo perdem importância sob o argumento de proteção aos direitos individuais e às minorias, capitaneadas por juízes que não foram eleitos.⁶³

O juiz é considerado o guardião das promessas de civilidade contidas no texto constitucional, é o grande protagonista da teoria neoconstitucionalista, em desconsideração ao Poder Legislativo.⁶⁴ Atualmente, é quase impossível que uma questão seja resolvida no âmbito parlamentar sem que haja uma busca da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal pelo grupo político perdedor.⁶⁵

Essa visão de Estado é realmente cativante. De fato, a Constituição Federal brasileira é um documento em que há um sem-número de direitos concedidos àqueles que estão em seu território.⁶⁶ Estabelecer o Poder Judiciário como protagonista na concretização desses direitos é algo realmente louvável.

A ideia que se difunde do juiz, no entanto, não é compatível com algumas deficiências que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta. Pode-se destacar a sobrecarga de trabalho, que dificultaria a utilização de técnicas objetivas de ponderação – como a argumentação – para produção de decisões, e a falta de expertise nas áreas de conteúdo eminentemente técnico para tomar decisões que promovam eficientemente os princípios constitucionais em jogo.

No campo das concretização das políticas públicas é ainda mais romântico vislumbrar que Poder Judiciário realmente consiga êxito no papel de promover uma verdadeira revolução.

63 SARMENTO, op. cit. Acesso em: 22 fev. 2015.

64 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

65 *Ibidem*. Acesso em: 22 fev. 2015.

66 Não são somente os cidadãos brasileiros os beneficiados com os direitos previstos no texto constitucional. O próprio artigo 5º da Carta expressamente menciona os estrangeiros residentes no país como destinatários das garantias ali previstas. Com efeito, a Constituição da República brasileira restringe somente alguns poucos direitos aos estrangeiros que estejam em território nacional, como é o caso do direito ao alistamento eleitoral, vedado pelo artigo 14, § 2º, da Carta.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça - CNJ⁶⁷, existiam 16.440 juízes em atividade no Brasil. Dentre eles 11.361 integram a magistratura estadual; 3.371 compõem a Justiça do Trabalho; 1.549 são magistrados federais; 39 fazem parte da Justiça Militar estadual; 32 são juízes da Auditoria Militar da União; 77 compõe o quadro de ministros dos Tribunais Superiores; e 11 o número de cargos de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Uma boa parte desses magistrados se ocupa de lides envolvendo interesses absolutamente privados, como é o caso de execução de obrigações, separação, divórcio, ações possessórias, anulação de deliberações sociais, etc. Além disso, há um elevado número de magistrados que atuam exclusivamente com causas de natureza penal.

O CNJ afirma que, do total de ações de conhecimento, aproximadamente 19% dos processos pendentes no Poder Judiciário tratam de matéria criminal; além disso, os processos de execução fiscal, que em muitas comarcas possuem juízos especializados, representam em torno de 45% dos processos pendentes.⁶⁸

Esses dados revelam que uma boa parte da força de trabalho desenvolvida pelos magistrados não enseja a concretização de políticas públicas, especialmente as de cunho social, mas trazem solução para lides que não ultrapassam a seara subjetiva das partes.⁶⁹

A grande maioria das incontáveis atividades voltadas consecução de políticas públicas contidas na Carta Constitucional brasileira é exercida pelo Poder Executivo com sua imensa estrutura burocrática. Somente na esfera federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão divulgou a existência de 757.158 cargos públicos, 113.869 cargos em comissão e 20.922 contratados em regime temporário que a União conta para exercer o seu mister constitucional.⁷⁰ A maior parte desse capital

67 Cf. BRASIL. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2014, p. 33.

68 BRASIL, op. cit., p. 36. Os cálculos do percentual foram produzidos pelo próprio autor.

69 É óbvio que imposição de pena criminal e cumprimento da prestação das obrigações fiscais podem, se considerado o somatório de manifestações judiciais de um País, concretizar a política de segurança pública ou financeira do Estado respectivamente. Mas não foi essa a intenção de Luis Prieto Sanchís que pressupôs a intervenção do judiciário como uma alternativa ao Poder Legislativo, seja para contrariá-lo, seja para suprir sua omissão.

70 Cf. BRASIL. *Portaria n. 156, de 21 de julho de 2014*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Publicada no Diário Oficial da União de 25 de julho de 2014, Seção 1, p. 100-104.

humano está voltado para a execução de políticas públicas, ao contrário do que se viu com os magistrados.

Também não se pode esquecer, conforme lembrado por Hamilton, que as cortes não possuem forma de executar suas próprias decisões, dependendo, para tanto, das armas disponíveis ao Poder Executivo e do dinheiro controlado pelo Legislativo.⁷¹

Por isso, o neoconstitucionalismo tem pecado por excesso, por atribuir ao Judiciário expectativas que ele não tem como concretizar satisfatoriamente.⁷²

Ademais, a falta de concretização das políticas públicas, notadamente as sociais, não parecem ocorrer por falta de vontade da estrutura burocrática do Poder Executivo ou dos governantes, mas sim por falta de conhecimentos relacionados à área de atuação ou, principalmente, por ausência de condições materiais para tanto.

Um exemplo disso é a questão do fornecimento de medicamentos e de atendimento de pessoas no âmbito do Sistema Único de Saúde, que é constantemente objeto de demandas judiciais, onde, individualmente, os pleiteantes normalmente conseguem, por meio da prestação jurisdicional, o atendimento que lhe é necessário. Mas em ações coletivas, onde o problema central deveria ser solucionado, não se consegue trazer eficácia à decisão judicial nem mesmo quando existe a ameaça de bloqueio de bens, pagamento de multa ou de prisão para os agentes públicos.

Deve-se relembrar, também, que o Poder Judiciário não é o único interprete da Lei Maior, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo, em nome da independência e harmonia dos Poderes.⁷³

71 HAMILTON, Alexander. *The Federalist n. 78*: The judiciary department. The Democracy Sourcebook. Robert A. Dahl et alli (org). Cambridge: The Massachusetts Institute of Technology Press, 2003. p. 201.

72 SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

73 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA, Belo Horizonte*: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

Por fim, vale lembrar que a reputação do Poder Judiciário para exercer a função criativa do Direito com imparcialidade e justiça vem, a cada dia, sendo denegrida. Episódios envolvendo prisões absolutamente arbitrárias em aeroportos⁷⁴, apropriação de bens constrictos por magistrados⁷⁵, e a instituição de auxílio-moradia para juízes proprietários de imóveis residenciais na localidade onde exercem o labor⁷⁶ mancham a imagem quase santificada dos magistrados.

É claro que se pode argumentar que são casos isolados e que não reproduzem o padrão de comportamento da grande maioria. Isso é certo. Mas também é correto afirmar que os agentes públicos corruptos também não representam a imensa gama de servidores que exercem seu labor no Poder Executivo.

Ademais, no Brasil, os magistrados praticamente não podem sofrer responsabilidade funcional por decisões proferidas em demandas judiciais, por mais aberrantes que sejam. Os servidores do Poder Executivo, no entanto, constantemente estão sendo questionados por seus atos administrativos, por mais escorreitos que sejam.

Asensi, nessa linha, promove uma crítica à judicialização da política, especificamente no que diz respeito ao papel central do Poder Judiciário na consecução de políticas públicas e realização de direitos sociais. Indica, o referido autor, três limitações à concepção de que o Poder Judiciário desempenha uma função de organizador dos direitos, próprio da concepção pós-positivista e dos entusiastas do ativismo. São elas: (i) o modelo adversarial da dinâmica judicial, especialmente quando associada ao princípio da inércia da jurisdição; (ii) a ênfase no momento de aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos

74 MILHOMEM, Alan; SOUSA, Jefferson. *Funcionários da TAM são conduzidos por determinação de juiz*.

Disponível em: <<http://imirante.globo.com/imperatriz/noticias/2014/12/07/funcionarios-da-tam-sao-conduzidos-por-determinacao-de-juiz.shtml>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

75 DURÃO, Mariana; AMORIM, Daniela. Juiz do caso Eike usa Porsche do empresário, diz advogado. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral/juiz-do-caso-eike-usa-porsche-do-empresario-diz-advogado,1638816>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

76 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Ordinária n. 1773*. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Luiz Fux. Brasília: 15 de setembro de 2014. Diário da Justiça Eletrônico de 17 de setembro de 2014.

e vigentes no âmbito societário; (iii) a sub-valorização metodológica de teórica em relação às demais instituições jurídicas e sociais.⁷⁷

Ao explicar cada uma das limitações apontadas, o autor faz uma distinção entre a judicialização e a “juridicização”. Este último termo estaria associado à resolução de conflitos por meios extrajudiciais, mas dentro de um consenso obtido por meio do diálogo e de uma participação efetiva da sociedade civil.⁷⁸

Nesse sentido, enfatiza o pouco destaque que os defensores do ativismo têm conferido à formação de consenso na solução de conflitos. Além disso, a inércia do Judiciário evidencia a participação fundamental de atores extrajudiciais na provocação do judiciário para solucionar questões.⁷⁹

Destaca que há construção de interpretações sobre o Direito vigente que não se remetem à interpretação judicial. As questões jurídicas não são questões desvinculadas da sociedade e estão relacionadas ao contexto social. A decisão judicial, portanto, é apenas um dos múltiplos meios existentes para efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Nesse sentido, sub-valorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica num “reducionismo analítico”.⁸⁰

Asensi argumenta como exemplo a utilização de termos de ajustamento de conduta, mediante diálogo com os gestores, como forma de concretizar direitos sociais e implementar políticas públicas previstas na Carta Constitucional por meio de consenso e independentemente da participação do Poder Judiciário.⁸¹

Outras formas de obtenção de consenso também podem ser citadas. A realização de conciliação na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal prevista no Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010, é outro componente importante na busca do

77 ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. *As novas faces do ativismo judicial*. FELLET, André Luiz Fernandes et alli (org.). Salvador: Juspodivm, 2011. p. 214.

78 *Ibidem*, p. 219-220.

79 ASENSI, op. cit., p. 215.

80 *Ibidem*, p. 215.

81 *Ibidem*, p. 216-220.

consenso para a execução de políticas públicas que não é considerada ao se tratar de um suposto protagonismo do Poder Judiciário na execução de políticas públicas.

VIII CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo é uma corrente de pensamento que ainda não teve um grau de desenvolvimento satisfatório e, talvez, nunca venha a tê-lo. É possível extrair dos vários autores citados neste trabalho que o pensamento neoconstitucionalista possui as seguintes características: força normativa dos princípios; valorização dos princípios na aplicação do direito; utilização de métodos mais abertos ao raciocínio jurídico; ponderação e teoria da argumentação; constitucionalização do direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para outros ramos jurídicos; reaproximação entre o direito e a moral; e protagonismo do Poder Judiciário.

Todo esse novo modo de pensar surgiu como decorrência de um fator histórico – novos modelos de textos constitucionais com princípios e regras, fracasso do positivismo, etc. – e, ao que se vê, diante das críticas traçadas neste artigo e em várias outras obras dedicadas a isso, é que, ao menos por enquanto, o neoconstitucionalismo traz mais questionamentos do que soluções para o cotidiano de quem vive o Direito, aqui incluídos seus operadores e o leigo que leva em consideração as regras para tomada de decisões.

Os neoconstitucionalistas sempre abordam o tema dando ênfase ao Poder Judiciário. Por vezes, a tese defendida acarreta uma verdadeira cisão do Direito: existiria um ordenamento jurídico para determinada parcela da sociedade; e outro, aplicado pelo juiz, mediante atividade criativa pautada por valores pessoais segundo uma leitura de princípios implícitos e explícitos.

Como se percebeu, o Poder Judiciário não possui condições materiais e recursos humanos suficientes para liderar a execução de políticas públicas no Estado brasileiro. A ideia de protagonismo não é compatível com os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O fato, no entanto, é que muitos dos postulados do neoconstitucionalismo já adentraram na prática e no ensino jurídico, o que recomenda o aprofundamento do debate sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. Algo está mudando no horizonte do Direito? Pós-positivismo e judicialização da política e das relações sociais. In: *As novas faces do ativismo judicial*. FELLET, André Luiz Fernandes *et alli* (org.). Salvador: Juspodivm, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2015.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte: ano 4, n. 37, mar. 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=4716>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. Tradução Márcio Pugliesi *et alli*. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Art. 121, § 2º, III. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 jan. 2015.

_____. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2014.

_____. *Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Brasília: 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

_____. Portaria n. 156, de 21 de julho de 2014. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Publicada no *Diário Oficial da União de 25 de julho de 2014*, Seção 1, p. 100-104.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Ordinária n. 1773. Decisão monocrática proferida pelo Ministro Relator Luiz Fux. Brasília: 15 de setembro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico de 17 de setembro de 2014*.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DURÃO, Mariana; AMORIM, Daniela. Juiz do caso Eike usa Porsche do empresário, diz advogado. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,juiz-do-caso-eike-usa-porsche-do-empresario-diz-advogado,1638816>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MILHOMEM, Alan; SOUSA, Jefferson. *Funcionários da TAM são conduzidos por determinação de juiz*. Disponível em: <<http://imirante.globo.com/imperatriz/noticias/2014/12/07/funcionarios-da-tam-sao-conduzidos-por-determinacao-de-juiz.shtml>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madri: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: ano 3, n. 9, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=56993>>. Acesso em: 22 fev. 2015.

RECEBIDO EM: 31/05/2016

APROVADO EM: 25/08/2016

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA E O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO

*THE PRINCIPLE OF THE LEGITIMATE EXPECTATION AND
THE SUBJETIVE RIGHT TO NOMINATION OF THE CANDIDATE
APPROVED IN PUBLIC SERVICE ENTRANCE EXAMINATION*

Danilo Moura Lacerda

Procurador Federal - AGU

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL

Especialista em Direito Constitucional pela

Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos; 2 Jurisprudência dos tribunais superiores; 3 Princípio da proteção à confiança legítima; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo do princípio da proteção à confiança legítima, como fundamento mais relevante, presente em decisões recentes dos tribunais superiores brasileiros, que reconhecem o direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas ou que figurem no cadastro de reserva nos concursos públicos. O entendimento jurisprudencial sobre o tema tem sofrido modificações substanciais, especialmente após a Constituição Federal de 1988, com o incremento da densidade normativa dos princípios. São etapas necessárias para o estudo adequado do tema: a análise dos julgados dos tribunais superiores; dos princípios aplicáveis aos concursos públicos; e, dos requisitos necessários para aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso Público. Nomeação. Direito Subjetivo. Interesse Público. Princípio da Proteção à Confiança Legítima.

ABSTRACT: The present article has an specific goal, that is to study the principle of the legitimate expectation as the most important reason of the recent decisions of the brazilian higher courts that have recognized the subjective right to nomination of the candidate approved in public service entrance examination, inside the number of places or on the waiting list. The jurisprudential understanding about it has incurred in substantial changes, especially after the 1988 Constitution that increased the normative density of the principles. Some steps are necessary for the appropriate study of the theme: the analysis of the higher courts decisions; the principles that applying in public service entrance examinations; and the application conditions of the principle of the legitimate expectation.

KEYWORDS: Public Service Entrance Examination. Nomination. Subjective Right. Public Interest. Principle of The Legitimate Expectation.

INTRODUÇÃO

A análise das situações em que o candidato aprovado em concurso público teria o direito subjetivo à nomeação, já é tema recorrente na doutrina e jurisprudência nacional, e não temos a intenção de inovar defendendo uma nova hipótese de configuração deste direito.

O objetivo do presente estudo é analisar o fundamento que vem sendo utilizado em diversos julgados nas demandas que versam sobre este assunto: o princípio da proteção à confiança legítima.

Acreditamos que este princípio possua a força normativa necessária para justificar, inclusive como fundamento prevalente sobre os demais, o interesse na efetiva nomeação daqueles candidatos aprovados dentro do número de vagas ou não, visto que em determinadas situações e verificadas certas condicionantes, também surgiria o direito subjetivo à nomeação, mesmo para aqueles aprovados fora do número de vagas, mas que figurem no cadastro de reserva.

Para melhor compreensão do tema que ora se apresenta, é importante realizar um levantamento do entendimento atual dos nossos Tribunais Superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal - STF, a exemplo do julgado proferido no Recurso Extraordinário 837.311/PI, e também no RE 598.099/MG, *leading cases* que sintetizam o atual estágio da jurisprudência sobre o tema.

Neste diapasão, temos como finalidade no presente estudo, a análise do fundamento e conteúdo do princípio da proteção à confiança legítima, e as condições para sua aplicação à casuística que nos propomos a estudar, sem deixar de verificar a evolução jurisprudencial a respeito do tema, e os princípios aplicáveis aos concursos públicos, especialmente, os princípios constitucionais incidentes.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

O fenômeno da constitucionalização do direito atinge todos os ramos desta ciência, inclusive o direito administrativo. Quando se parte de um sistema em que a Constituição Federal é o fundamento de validade de todas as normas subsequentes, estando no ápice do ordenamento jurídico e, ainda, num ramo como o direito administrativo, tão fragmentado em diversos diplomas legais de todos os níveis hierárquicos, em que existem múltiplos microssistemas, é imprescindível

ter como foco e fonte a Constituição Federal trazendo harmonia para o sistema¹.

Sobre o evento da constitucionalização do direito administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz referência à utilização rigorosa dos princípios de autoridade pela Administração Pública, e chama a atenção para o resgate do atraso desta, reconhecida pelo autor, como o ramo mais conservador do Estado:

Dois fatores, entre outros, merecem ser destacados como importantes concausas do resgate da Administração Pública e do Direito Administrativo da situação descrita. Um fator sócio-político: o surgimento da sociedade, como indispensável protagonista de um novo e expandido diálogo democrático, e um fator juspolítico, a afirmação do constitucionalismo, como indispensável instrumento de um novo e expandido diálogo liberal².

Todos os princípios identificados pela doutrina tradicional como integrante do conteúdo do regime jurídico administrativo estão sendo revisitados, a exemplo dos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público. Neste ponto, interessante a observação realizada por Di Pietro quando afirma que melhor seria falar em constitucionalização dos princípios do direito administrativo e não do direito administrativo em si, pois este já é altamente regulado pela constituição³.

Como exemplo, podemos citar o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, que apesar de ainda possuir importantes defensores de seu conteúdo tradicional, como Di Pietro e Bandeira de Mello, está enfrentando substanciais críticas de autores como de Humberto Ávila⁴, Gustavo Binembojm⁵, e Andreas Krell, rejeitando-se a ideia de que a “supremacia” seria um princípio jurídico autoevidente e que seria incorreto defender a existência de apenas um interesse público preestabelecido, mas

1 BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 397.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 11-12.

3 DI PIETRO, in: MARRARA, Thiago. (organizador). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 9.

4 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 26 nov. 2013.

5 BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia, e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

de vários interesses públicos a serem identificados em cada caso concreto, de acordo com as precisas palavras de Krell, é esclarecido que:

No Estado Democrático de Direito, o interesse público não ocupa mais uma posição autoevidente de superioridade em relação aos interesses particulares. O legislador passou a exigir uma ponderação acurada entre interesses públicos e privados na concretização do próprio bem público, e a administração exerce também funções de proteção de interesses privados, que devem ser sopesados com interesses públicos. Qualquer restrição estatal de um interesse particular constitucionalmente protegido deve ser normativamente fundamentada, não bastando a referência a fórmulas tradicionais⁶.

Este exemplo busca demonstrar o resultado da irradiação das normas constitucionais sobre o direito administrativo, que apresentam diante de nós conclusões novas, e irrefutáveis, bastando para tanto a mudança da lente pelo qual se observava o objeto de estudo. O uso das lentes constitucionais faz com que muitos operadores do direito se questionem como as conclusões atuais não tinham sido descobertas antes, e muitas destas conclusões contrariam a escola tradicional até então predominante.

Neste contexto de constitucionalização do direito administrativo, o estudo dos princípios ganha relevância, pois o incremento da sua força normativa, aliado à hermenêutica constitucional, potencializaram e racionalizaram, especialmente por meio da utilização da ponderação e da argumentação jurídica, a aplicação destes princípios.

Especialmente nas duas últimas décadas, após a promulgação da Constituição de 1988, que turbinou a garantia e necessidade de implementação de diversos direitos fundamentais, consolidando-se, pelo menos no âmbito normativo-constitucional, como um verdadeiro Estado social (art. 170, C.F); o Estado passou a ser cobrado cada vez mais na sua atuação de fiscalização e controle, mas também na prestação de serviços, o que levou a um aumento exponencial da necessidade de recrutamento de pessoal, isso aliado à realidade econômica do nosso país, com os elevados índices de desemprego, levaram boa parte da população economicamente ativa a se interessar pelos concursos públicos, visando ocupar um cargo garantidor de uma certa estabilidade.

6 KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceito legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 154.

Neste diapasão, o estudo sistematizado dos aspectos jurídicos que regulam o acesso aos cargos públicos, passam a ter um importante protagonismo, sendo, inclusive, já reconhecida a existência de uma garantia fundamental de todo o cidadão a ter um devido processo isonômico de seleção⁷.

O direito de acesso aos cargos públicos, também integram o status ativo do cidadão frente ao Estado (teoria dos quatro status de George Jellinek), visto que este permite uma participação efetiva do cidadão nas decisões e condução da Administração Pública, sob este enfoque, é interessante a análise de trecho do voto do Min. Luiz Edson Fachin no julgamento do RE 837.311/PI:

O direito à nomeação é um direito público subjetivo e decorre, como ensina a Ministra Cármen Lúcia, do princípio da acessibilidade aos cargos públicos. Esse princípio, por sua vez, tem especial vinculação com os princípios (i) democrático de participação política, (ii) republicano e (iii) da igualdade. Trata-se, nos termos do voto do Min. Gilmar Mendes, de um status activus dos cidadãos.

Os processos seletivos públicos visam garantir a igualdade e a meritocracia, sendo estes reconhecidos como princípios basilares dos concursos públicos⁸.

Igualdade e meritocracia são valores que se complementam na medida em que é necessário que se viabilize a ampla participação nos concursos públicos (igualdade formal), mas não só isso, devem ser utilizados mecanismos que também garantam uma igualdade material, como por exemplo: a isenção das taxas de inscrição para os candidatos de baixa renda; sistema de cotas; ou até, o custeio de cursos preparatórios; só assim haverá uma verdadeira meritocracia, pois se estará concorrendo em igualdade de condições; evidente que nem todos terão as mesmas oportunidades de acesso à educação, contudo, cabe ao Estado criar um ambiente e políticas públicas que permitam, na máxima medida possível, minimizar as diferenças, e que aqueles que demonstrem o interesse, tenham oportunidades semelhantes.

Além de seus princípios basilares, regem os concursos públicos, os princípios constitucionais garantidores da segurança jurídica, proveniente do estado democrático de direito; devido processo legal; contraditório e

7 Motta, Fabrício. *Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”*. Interesse Público IP, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=67666>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

8 CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015. p. 83.

ampla defesa; e, aqueles aplicáveis também à administração pública de uma forma geral, que são: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência (art. 37, C.F).

Como veremos a seguir, sem desconhecer a importância dos demais princípios, o princípio da proteção à confiança legítima é aquele que melhor se adequa para justificar o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas, ou integrante do cadastro reserva (em determinadas situações), pois efetiva o princípio da segurança jurídica, servindo todos os demais princípios como reforço argumentativo.

2 JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Pela natureza competitiva dos certames que visam o recrutamento do pessoal que irá integrar os quadros do funcionalismo público, e, especialmente, pela ausência de uma lei geral⁹, ou pelo menos leis específicas de cada Ente Federado regulamentando os concursos públicos, hoje, a regra é a judicialização dos concursos públicos, sendo questionadas todas as fases do certame, desde o momento da inscrição, até o resultado final e homologação, indo além, nas etapas de nomeação e posse.

No concurso público, diante do caráter competitivo do procedimento administrativo, surgirão, inevitavelmente, inúmeras insatisfações com as decisões tomadas pela Administração Pública, gerando conflitos desta com os candidatos.¹⁰

As demandas judiciais que discutem as regras do concurso público ou as decisões tomadas pela banca examinadora, geralmente, desaguam por meio do controle difuso no STF, por conta dos dispositivos constitucionais expressos que tratam dos concursos públicos (art. 37, I, e IV), e a ausência, em regra, de leis infraconstitucionais que regulem os certames, o que impede o controle de legalidade perante o Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Por vezes se tem acesso ao STJ, contudo esta via apenas é acionada por meio de sua competência originária para julgamento de Mandados de Segurança contra atos de Ministros de Estado, ou quando do julgamento de

9 A necessidade da produção de uma lei geral dos concursos públicos é objeto de análise do professor Fábio Lins de Lessa Carvalho, dentre outros assuntos, em sua obra *Principiologia do Concurso Público: Elementos para formação de uma teoria geral*. CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015.

10 CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015. p. 206.

recursos ordinários apresentados contra decisões denegatórias da segurança originária dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais.

Portanto, a análise dos julgados proferidos por estes dois Tribunais, em especial do STF, nos orienta no sentido preciso do atual estágio da jurisprudência sobre o tema relativo ao direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público.

Historicamente no STF, a questão foi pacificada no sentido da mera expectativa de direito do candidato aprovado dentro do número de vagas, reconhecendo-se a discricionariedade da Administração Pública para prover os cargos ofertados, desde que houvesse o respeito à ordem de classificação, este entendimento foi consolidado por meio do enunciado n. 15 da súmula daquele Tribunal, datado de 1963:

SÚMULA 15.

Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Naquele momento histórico, em que havia o predomínio da metódica hermenêutica clássica/legalista, mesmo sem previsão constitucional expressa semelhante à insculpida no art. 37, IV, da Carta Magna de 1988, o STF reconheceu o direito subjetivo à nomeação do candidato preterido indevidamente na ordem de classificação.

Portanto, ressalvada a hipótese de inobservância da classificação, já que a nomeação era tida como ato discricionário, era lícito à Administração não nomear os candidatos provados, abrir novo concurso dentro do prazo de validade do anterior, ou até realizar contratações precárias para suprir as vagas não providas, a depender de sua conveniência e oportunidade. Esse entendimento estava tão consolidado há época, que em 2005, uma lei do estado do Rio de Janeiro que determinava a nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas, foi declarada inconstitucional pelo STF no julgamento da ADI 2931/RJ.

Com a entrada em vigor da C.F/88, e o incremento da força normativa dos princípios constitucionais, no contexto do fenômeno da constitucionalização dos direitos, isso aliado a utilização de métodos hermenêuticos constitucionais próprios, o entendimento jurisprudencial evoluiu, e a partir de decisões dos diversos Tribunais do país, sendo

acolhidas primeiramente pelo STJ, e posteriormente no STF, o direito subjetivo à nomeação vem sendo reconhecido nas seguintes hipóteses:

- 1) Desrespeito à ordem de classificação¹¹ ;
- 2) Preterição de candidato aprovado, por meio de contratações temporárias;¹²
- 3) Aprovação dentro do número de vagas;¹³
- 4) Aprovação além do número de vagas, mas dentro do cadastro de reserva, quando surgirem novas vagas ou for aberto novo concurso público durante o prazo de validade do certame anterior, comprovando-se a necessidade do serviço, e ocorrer a preterição arbitrária ou imotivada dos candidatos já aprovados.¹⁴

São dois os arestos que concentram o entendimento mais atual do STF sobre o tema: o RE 598.099/MG de relatoria do Ministro Gilmar Mendes; e o RE 837.311/PI, que tem como relator o Ministro Luiz Fux.

No julgamento do RE 598.099/MG, o STF assegura o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, com fundamento nos princípios da segurança jurídica, boa-fé, e proteção à confiança.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. (...) II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional

11 STF, Súmula 15. STF, REAgR 419013, Relator Min. Carlos Velloso, DJ, 25 jun. 2004. STJ, ROMS 200701555305, Relatora Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ, 17 nov. 2008.

12 STF, AIaGR 440895, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ, 20 out. 2006.

13 RMS 23331/RO, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 5.4.2010; RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011.

14 RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.

(STF, RE 598099, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011). (Grifo nosso).

É reconhecido o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora do número vagas, mas inseridos no cadastro de reserva, no julgamento do RE 837.311/PI; que também utiliza como um dos fundamentos o princípio da proteção à confiança:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (ErmessensreduzierungaufNull), fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais: i) Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099); ii) Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF); iii) Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo

concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima. [...]].

(STF, RE 837311, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015). (Grifo nosso).

Toda problemática envolvendo o surgimento do direito à nomeação do candidato aprovado em concursos públicos, resume-se à identificação das situações em que uma mera expectativa de direito se convola em direito subjetivo, vinculando-se a discricionariedade; foi isso que as decisões acima mencionadas fizeram, lançando mão de vasta argumentação jurídica para justificar as situações em que esta transformação ocorre.

Os principais fundamentos invocados pelos julgados acima são: o princípio da boa-fé, segurança jurídica, proteção da confiança, e força normativa do princípio do concurso público, contudo, entendemos que o princípio da proteção à confiança legítima tem um conteúdo com grande potencial para simplificar e melhor sistematizar a aplicação dos limites à atuação administrativa, garantindo os direitos já estabilizados e a confiança dos administrados frente a atos da administração que contrariam a segurança jurídica, segurança esta tão cara no dias de hoje, especialmente, em um país onde até o passado é incerto.

Neste ponto, pretendemos demonstrar a correção da invocação pelos Tribunais do princípio da proteção à confiança legítima como razão para o surgimento do direito subjetivo à nomeação, e para tanto, passaremos a estudar mais a fundo este princípio, visando uma melhor compreensão do seu conteúdo e campo de aplicação.

3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA

De acordo com as lições de Almiro Couto e Silva, que escreveu artigo lapidar sobre o assunto, o Princípio da proteção da confiança legítima advém do conteúdo subjetivo do Princípio da Segurança Jurídica que, por sua vez, é fruto do próprio Estado Democrático de Direito, vejamos:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico de se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do

Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente tem servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI.

A outra de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e outras condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo.¹⁵

Conforme bem explicado no trecho acima, hoje a doutrina mais abalizada já atribui autonomia ao princípio da proteção da confiança legítima, que é aplicável à administração pública em diversas situações, mais especificamente: na anulação de atos ilegais; revogação de atos válidos; na expedição de atos normativos; e, defesa da vinculação dos precedentes administrativos.

No presente caso, o princípio será aplicado como limite à discricionariedade, e à expedição de atos normativos, no caso os editais, que corporificam os regulamentos dos concursos públicos; lembrando sempre da máxima: “o edital é a lei do concurso”.

Este princípio, tem origem na Alemanha pós-segunda guerra mundial, sendo uma construção jurisprudencial do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, no “caso da viúva de Berlim”, no ano de 1956; neste processo, uma mulher viúva de um funcionário público recebeu a oferta de uma pensão do Estado caso se mudasse para a Berlim ocidental. Após transcorrido aproximadamente um ano, constatou-se que ela não teria preenchido todos os requisitos legais para concessão daquele benefício, sendo este cessado e determinada a devolução dos valores recebidos. Julgado

15 COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul)*, Porto Alegre, n.57, 2004. p. 36.

o caso, decidiu-se não só pela irrepetibilidade dos valores pagos, assim como pela manutenção da pensão, tendo como fundamento o princípio da proteção à confiança.

O princípio é reconhecido e aplicado em diversos países, a exemplo da Alemanha, Portugal e Espanha, contudo, neste último é mais comum a utilização do princípio da boa-fé, com a mesma finalidade, a exemplo da obra de Jesús Gonzalez Pérez, intitulada *El principio general de la buena fe em el derecho administrativo*; como exemplo da aplicação do princípio da proteção à confiança no direito português, recorreremos às preciosas lições de J.J. Gomes Canotilho.

O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e da confiança do cidadão.

[...]

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral da segurança: princípio da determinabilidade de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzindo na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos.¹⁶

Resta ainda consignar que o princípio da confiança legítima está consagrado nos §§ 48 e 49 da lei de procedimento administrativo alemã, na lei fundamental de Bonn, assim como no art. 3º, nº 1 da lei espanhola n. 4/1999 (*Ley de Régimen Jurídico de Procedimiento Administrativo Común*).

Inversamente do que ocorreu na Alemanha, no Brasil, a introdução da proteção à confiança se deu pela produção doutrinária, que depois foi assimilada pela jurisprudência.

Quanto ao princípio da segurança jurídica aplicável à Administração Pública, este foi incorporado ao sistema jurídico pátrio de forma expressa

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 372.

no art. 2º, da lei 9.784/99¹⁷, assim como no seu corpo são inseridos diversos princípios e normas que vão nortear e operacionalizar sua aplicação.

De pronto, constatamos uma clara influência do direito alemão, quando o inciso I do art. 2º, traz a ideia de atuação conforme não só à lei, mas também ao direito (juridicidade), norma igualmente prevista no art. 20, item 3, da lei fundamental de Bonn¹⁸. Afirma Di Pietro, a qual integrou a comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da lei do processo administrativo, que a intenção inicial da inclusão do princípio da segurança jurídica no texto seria impedir a aplicação retroativa da nova interpretação dada pela administração pública, conforme determina o inciso XIII, do art. 2º, mas a própria autora reconhece que isto não esgota todo o sentido do princípio¹⁹.

A primeira lei brasileira que se tem conhecimento da previsão expressa do princípio da confiança legítima, é a lei n. 5.427/2009, do Estado do Rio de Janeiro, que em seu art. 2ª, prevê dentre outros o princípio da proteção da confiança legítima²⁰.

17 Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

[...]

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

18 Artigo 20 (Princípios constitucionais – Direitos de Resistência).

[...]

(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

[...]

19 DI PIETRO, In: MARRARA, Thiago. (organizador). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

20 Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.

Nossa lei do processo administrativo traz mais uma inovação, que é a previsão em seu art. 54²¹, de prazo decadencial de 05 (cinco) anos para que a Administração Pública possa anular os atos que tenham gerados efeitos favoráveis para o administrados, salvo comprovada má-fé. Esta regra incide nas situações que se pretende preservar os efeitos de atos ilegais geradores de direitos aos administrados de boa-fé.

Contudo, o campo de aplicação deste princípio não se esgota aí, como dito alhures, incide também na limitação do exercício da discricionariedade administrativa.

As condições exigidas para aplicação deste princípio à revogação ou modificação dos atos discricionários são diversas daquelas necessárias para preservação dos efeitos do ato ilegal, como por exemplo, ausência de necessidade de comprovação da boa-fé do administrado, visto que o ato discricionário é legal, e coberto pela presunção de legitimidade; assim como prescinde da passagem de um lapso temporal razoável para consolidar a situação, pelo mesmo motivo, o ato gerador da expectativa legítima ser lícito, e apesar de “discricionário”, produz a expectativa de estabilidade.

No direito administrativo, o princípio da proteção da confiança legítima visa proteger as expectativas do cidadão em situações jurídicas favoráveis criadas pela própria Administração, vinculando-se a administração à sua conduta inicial, tendo o efeito de no presente caso gerar a transição da expectativa de direito para o direito subjetivo à nomeação, e conseqüentemente, reduzindo a zero a discricionariedade da Administração pública.

Falando em discricionariedade, a doutrina administrativista mais moderna, já não admite a existência da dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários, mas que os atos administrativos teriam diferentes níveis de vinculação à juridicidade (leis e princípios), estando os atos vinculados em uma escala decrescente: às regras; aos conceitos jurídicos indeterminados; ou diretamente aos princípios.

Mas sempre haveria alguma espécie de vinculação, não existindo atos imunes ao controle jurisdicional. No caso específico do princípio da

21 Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

proteção da confiança legítima, Gustavo Binembojm reconhece que este seria capaz de reduzir a zero a discricionariedade administrativa.²²

Mesmo para os que adotam a dicotomia forte entre ato vinculado/discricionário, a conveniência e oportunidade se evidencia de forma mais intensa no momento da decisão administrativa de escolha do conteúdo do ato, mas isso não quer dizer que os seus efeitos sejam instáveis, frágeis. Enquanto permanecerem as mesmas condições existentes no momento da sua produção, o ato administrativo é irretratável, porque do contrário se estaria virando as costas para segurança jurídica, e frustrando as expectativas legítimas geradas nos administrados.

Marçal Justen Filho, quando trata dos concursos públicos, ensina que a discricionariedade da Administração Pública se exercita de forma mais contundente na elaboração do regulamento do certame, estando sua aplicação posterior autovinculada ao edital²³, ressaltamos a discricionariedade técnica da banca examinadora na elaboração e correção das questões, mas mesmo esta, possui alguns balizamentos, como a necessidade de se seguir o programa das matérias previstas no edital, no momento da elaboração dos quesitos.

O princípio da proteção à confiança legítima, como instrumento concretizador da segurança jurídica, nos caso dos atos administrativos discricionários, serve justamente para impedir que a administração revogue ou altere seus atos geradores de efeitos favoráveis aos administrados ao seu bel prazer, bastando para tanto, a invocação da supremacia do interesse público, interesse público este que não mais possui uma supremacia autoevidente se levarmos em consideração o protagonismo concedido pela Carta Magna de 1988 à garantia dos direitos fundamentais e da segurança jurídica.

É necessária a realização de uma ponderação no caso concreto entre o interesse público e o privado envolvidos, e na questão referente à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas, esta ponderação foi resolvida em favor do interesse privado, justamente porque o Poder Judiciário entendeu que neste caso, a Administração Pública estaria vinculada à expectativa gerada nos candidatos, devendo se comportar de forma a atender aos princípios da moralidade, eficiência, e impessoalidade.

22 BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008. p. 234.

23 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 928.

Quanto à alegação de que o que existiria seria apenas uma mera expectativa de direito, cabe argumentar que é reconhecido pela doutrina, a dificuldade de se distinguir, na prática, o direito adquirido da expectativa de direito, pois muitas das vezes, um direito é tido como uma mera expectativa apenas por uma decisão política de não se reconhecer o seu exercício, ou para permitir a retroatividade da lei ou ato normativo, vejamos as lições do professor português José de Oliveira Ascensão, ao tratar da teoria dos direitos adquiridos adotada no Brasil:

Há sobretudo a notar que a teoria é insuficiente como critério de distinção, pois há numerosas situações que não recebem nenhum esclarecimento desta noção. Assim, porque a distinção entre direito adquirido e mera expectativa de direito é na prática difícil de traçar, os autores acabam por chamar expectativas a umas situações e direitos a outras consoante pretendem ou não a aplicação da nova lei, o que representa a inversão do método.²⁴

Vendo com as lentes da proteção à confiança, publicado o edital, e neste expresso o número de vagas, existe um ato administrativo contendo uma manifestação de vontade da Administração Pública, no sentido de que precisa do preenchimento daqueles cargos para manutenção e continuidade das suas atividades, ato este com presunção de legitimidade porque legal, gerando, obviamente, a legítima expectativa no cidadão/candidato de que efetivamente serão nomeados pelo menos aquele número de aprovados.

Logrado êxito em todas as fases do certame, e aprovado dentro do número de vagas, ou seja, preenchidas todas as condições do regulamento do concurso, não há razão para se rejeitar a existência de um verdadeiro direito adquirido à nomeação, sendo o único fundamento que justifique isto como mera expectativa, a supremacia do interesse público, que nesta hipótese funciona como um verdadeiro argumento de autoridade. Para evitar que isso ocorra, devem ser ponderados o interesse público e a confiança legítima.

A proteção à confiança vai além, e ampliando este entendimento, deixa claro o direito à nomeação daqueles candidatos aprovados fora do número de vagas, figurando no cadastro de reserva, até porque a própria existência deste cadastro denota a interesse da administração de aproveitar os aprovados para provimento das vagas que surgirem durante o prazo de validade do concurso, e havendo a comprovação da existência de vagas

24 ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina. 1997. p. 550.

e atos concretos da Administração que demonstrem a necessidade do serviço, aquela promessa deve ser cumprida.

Este princípio pela sua origem, desenho doutrinário, e jurisprudencial, possui a força normativa necessária para vincular a administração quanto ao número de vagas ofertadas ou surgidas durante o prazo de validade do concurso, ao dever de nomeação; transformando uma mera expectativa em direito subjetivo.

Dentre as várias decisões que reconhecem o direito da nomeação do candidato aprovado em concurso público, muitas usam como fundamento os princípios da boa-fé, segurança jurídica, força normativa do princípio do concurso público²⁵, eficiência, moralidade, impessoalidade²⁶, e proteção à confiança legítima, sendo este o argumento que entendemos suficiente.

Por fim, é importante definir e delimitar o campo específico de incidência do princípio da proteção à confiança legítima, e para tanto é necessário fazer uma distinção dos demais princípios mais comumente utilizados como fundamento do direito à nomeação dos candidatos aprovados em concursos públicos, a saber, os princípios: da boa-fé; segurança jurídica; força normativa do princípio do concurso público; eficiência; moralidade; impessoalidade.

Conforme leciona a professora Patrícia Baptista, com relação à segurança jurídica, o princípio da proteção à confiança legítima concretiza aquele sobreprincípio, e nos casos específicos é a proteção à confiança que incide, por conta da abertura e baixa densidade normativa do princípio da segurança jurídica:

É inequívoco que a segurança jurídica, mesmo constituindo uma densificação do princípio do Estado de Direito, ainda assim é um princípio de grande abstração. Quase sempre esse princípio tem eficácia indireta por meio de outros subprincípios e regras dele extraídos. O valor segurança jurídica aparece como substrato de um extenso rol de subprincípios e regras do ordenamento jurídico-constitucional. Por isso, a segurança jurídica é frequentemente indicada como um sobreprincípio ou como um princípio matricial.²⁷

25 RE 598099, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011.

26 RE 837311, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015.

27 BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*. 2015. Edição kindle, posição 880.

Ainda quanto ao seu campo específico de atuação, o princípio da proteção à confiança legítima, apesar de fazer parte da mesma constelação de valores, não se confunde com o princípio da boa-fé. No caso, a boa-fé servirá de condição para aplicação da proteção à confiança legítima nas situações em que se pretende a manutenção de um ato ilegal gerador de uma expectativa legítima no administrado, a exemplo do art. 54 da lei 9.784/99, o que não é objeto do presente estudo, pois nos atos discricionário a comprovação da boa-fé é desnecessária.

Quanto aos demais princípios constitucionais administrativos utilizados como fundamento das decisões supracitadas (moralidade, eficiência, e impessoalidade), estes possuem um campo de aplicação mais abrangente, tendo a proteção à confiança uma maior utilidade para solução do caso prático sob o ponto de vista do administrado, seja pelo seus contornos bem definidos, aplicando-se a situações em que a administração faz surgir no administrado uma expectativa legítima qualificada, seja pela sua vocação de servir para solução de situações individuais específicas.

Este mesmo raciocínio se aplica ao princípio da força normativa do princípio do concurso público, que tem função relevantíssima na orientação dos certames como um todo, mas no caso específico da expectativa de nomeação gerada com a abertura do concurso público, a proteção à confiança tem uma melhor operatividade.

Repetimos, que isto não quer dizer que estes princípios não possuem sua importância argumentativa, contudo, o princípio da proteção à confiança legítima é aquele que melhor atua para o efetivo reconhecimento do direito à nomeação.

Por fim, cabe ressaltar que considerando a finalidade dos concursos públicos, que é recrutar pessoal, não é possível o lançamento de edital apenas com cadastro reserva, salvo algumas situações específicas, como: adiantamento do certame enquanto tramita o processo legislativo para criação das vagas; sobra de cargos de concurso anterior; iminência da vacância de cargos, etc.²⁸ Igualmente, não é permitido o lançamento de um concurso prevendo determinado número de vagas, mas com uma cláusula de reserva de revogação, autorizando a administração definir unilateralmente se vai ou não prover as vagas oferecidas, neste sentido leciona a professora Patrícia Baptista:

28 MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de "cadastro de reserva". *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=67666>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

O ordenamento jurídico, porém, não pode compactuar com a aposição arbitrária e indiscriminada de reservas de revogação pelo Poder Público, como se fossem uma mera fórmula de estilo. Para que uma reserva de revogação possa validamente fundar a revogação de um ato administrativo regular e estável, sem a respectiva outorga de uma indenização compensatória, ela mesma deverá ser legal, ou seja, deverá estar amparada em alguma disposição legal que a autorize. Além do mais, a tão-só invocação da reserva como fundamento para a revogação de um ato favorável não bastará à validade dessa revogação. Será necessária, ainda, a indicação de uma razão de interesse público suficiente para justificá-la, nos termos vistos acima.²⁹

No mais, como o direito à nomeação é reconhecido a partir de uma ponderação entre o princípio da proteção à confiança legítima e da garantia do interesse público, pode ser que em determinadas situações, este prevaleça, e o candidato não tenha reconhecido o seu direito, mas desde que o fato ensejador seja superveniente, imprevisível, grave, e necessário, conforme bem decidiu o STF no RE 598.099.

4 CONCLUSÃO

Os nossos tribunais vem reconhecendo o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas ou que figuram no cadastro de reserva em diversas situações, trazendo as balizas argumentativas para tanto, especialmente com a aplicação de princípios constitucionais, que, após o fenômeno da constitucionalização, tiveram sua densidade normativa potencializada.

O STF entendia que a Administração Pública tinha discricionariedade para realizar a convocação dos candidatos aprovados em concurso público, mediante a análise de conveniência e oportunidade, ressalvadas a hipótese de desrespeito à ordem de classificação (súm. 15 do STF). Posteriormente à constituição de 1988, e no contexto do movimento de constitucionalização do direito, passou-se a reconhecer o direito à nomeação dos candidatos aprovados em outras situações, conforme indicamos no item 2.

Dois julgados do STF, RE 598.099/MG e RE 837.311/PI expõem o entendimento mais atual da Corte sobre o tema, e em ambos os julgados,

29 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*. 2015. Edição kindle, posição 5197.

fez-se referência expressa ao princípio da proteção à confiança legítima, o que entendemos adequado.

O referido princípio é corolário do sobreprincípio da segurança jurídica, que visa garantir a estabilidade, previsão, e calculabilidade das normas e atos administrativos, fins almejados por um estado democrático de direito. Este possui um conteúdo com grande potencial para simplificar e melhor sistematizar a aplicação dos limites à atuação administrativa, garantindo os direitos já estabilizados e a confiança dos administrados frente a atos da administração que contrariam a segurança jurídica.

É evidente o desrespeito à confiança depositada pelos candidatos, nos casos em que a Administração Pública frustra a expectativa daqueles aprovados nos concursos públicos dentro do número de vagas, ou até fora, mas integrando o cadastro de reserva, que muitas vezes são preteridos por causa da realização de um novo concurso público dentro do prazo de validade do anterior, ou por meio de contratações precárias.

Na problemática estudada, instala-se um conflito entre os princípios da proteção à confiança legítima e da garantia do interesse público. No caso dos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas, ou no cadastro de reserva (neste último caso, desde que ocorra a comprovação da existência de vagas e necessidade do serviço), prevalece o interesse do particular que teve sua expectativa frustrada; mas também haverá situações em que o interesse público prepondera, especialmente quando surgir um fato superveniente, imprevisível, grave, e necessário, conforme decidiu o STF no RE 598099.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 26 nov. 2013.

BAPTISTA, Patrícia. *Segurança Jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo*. 2015. Edição kindle.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo - direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Principiologia do Concurso Público: Elementos para formação de uma teoria geral*. Maceió: EDUFAL, 2015.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria-Geral do Estado (do Rio Grande do Sul)*, Porto Alegre, n.57, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceito legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARRARA, Thiago. (organizador). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTTA, Fabrício. Concurso Público: direito à nomeação e a existência de “cadastro de reserva”. *Interesse Público IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 61, maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67666>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

RECEBIDO EM: 12/12/2016

APROVADO EM: 23/03/2017

**A FALTA DE RACIONALIDADE
DAS DECISÕES COLEGIADAS E A
NECESSIDADE DE ADOÇÃO DO VOTO DA
CORTE: ANÁLISE A PARTIR DO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO N.º 635.659**

***THE LACK OF RATIONALITY OF THE COURT DECISIONS AND THE
NEED FOR ADOPTION OF THE VOTE OF THE COURT: ANALYSIS
FROM THE EXTRAORDINARY APPEAL N.º 635.659***

Fabiana Silva Bittencourt

*Mestranda em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul
de Minas. professora substituta da disciplina de Instituições de Direito Penal II*

Cristiano Thadeu e Silva Elias

*Doutor em Direito Penal da Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do
Estado da Universidade de São Paulo - USP. Professor Titular pleno da Faculdade
de Direito do Sul de Minas - FDSM. Secretário Titular eleito da Fundação Sul
Mineira de Ensino - FSME*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Atuação do Supremo Tribunal Federal; 2 Do Recurso Extraordinário n.º 635.659; 3 Da Falta e da Necessidade de Racionalidade da Decisão; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: Os reflexos da expansão global do poder judicial estão presentes no atual cenário da democracia brasileira, caracterizando o excesso de depósito de confiança no Poder Judiciário e o consequente descrédito nos poderes Executivo e Legislativo. A partir dessa premissa, o presente trabalho tem por escopo a análise do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do estudo dos votos já proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659. Busca-se demonstrar, por meio de revisão bibliográfica e do estudo dos referidos votos, a falta de racionalidade das decisões proferidas pelos órgãos colegiados em virtude da ausência de debates para a sua construção, sendo estas fruto da reunião de decisões individuais, pessoais, solipsistas, carentes de coerência e integridade entre si, caracterizando a necessidade de adoção do voto da corte, que deve ser construído conjuntamente pelos julgadores, observando-se certo padrão de racionalidade, objetividade e de segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Decisão. Recurso Extraordinário n.º 635.659. Racionalidade. Fundamentação.

ABSTRACT: The effects of the global expansion of judicial power are present in the current scenario of Brazilian democracy, featuring reliable deposit over the judiciary and the consequent discrediting the executive and legislative branches. From this premise, this work has the scope to review the exercise of jurisdiction by the judiciary, especially the Supreme Court, from the study of the votes already cast in the judgment of Extraordinary Appeal No. 635,659. The aim is to demonstrate, through literature review and study of these votes, the lack of rationality of decisions handed down by the collegiate bodies because of the lack of debate for its construction, which are the result of the meeting of individual decisions, personal, solipsistic, lacking coherence and integrity of each other, characterizing the need for adoption of the court vote, which must be built jointly by the judges, observing certain standard of rationality, objectivity and legal certainty.

KEYWORDS: Supreme Court. Decision. Extraordinary Appeal No. 635,659. Rationality. Rationale.

INTRODUÇÃO

Com o atual descrédito nos Poderes Legislativo e Executivo e a superestima do Poder Judiciário, representando o Supremo Tribunal Federal o símbolo do depósito da confiança da população para a resolução de todos os problemas que emergem da sociedade, exsurge a necessidade de se analisar a legitimidade de suas decisões e os limites de sua atuação, sendo o escopo do presente trabalho a análise das decisões por ele proferidas.

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar, por meio de método avaliativo documental e de análise de caso, a partir do estudo dos votos já proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659, a ausência de racionalidade das decisões emitidas pelo órgão colegiado, no caso o Supremo Tribunal Federal, e dificuldade de se alcançar uma decisão da corte, em razão de serem as decisões proferidas individualmente, sem que haja debates, construção comum de argumentação, convencimento, demonstrando ser a decisão um conjunto de opiniões pessoais isoladas, fundamentadas de acordo com as perspectivas individuais dos julgadores.

O primeiro item do artigo destaca a tendência mundial de expansão do poder judicial, do excesso de confiança nele depositado, emergindo o Supremo Tribunal Federal como o corolário da Justiça e símbolo da resolução de todos os conflitos, o que, lado outro, gera inúmeros questionamentos acerca dos limites de sua atuação e da legitimidade de suas decisões, apresentando como problema a ser enfrentado pelo presente trabalho a falta de racionalidade na fundamentação das decisões judiciais além da necessidade de se repensar a técnica de composição das decisões colegiadas.

Como pano de fundo para tal análise, o segundo tópico trata especificamente do Recurso Extraordinário n.º 635.659, sendo apresentados minuciosamente os votos já proferidos pelos e. Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, suas fundamentações e dispositivos, a fim de se permitir, a título de exemplo, o estudo da racionalidade das decisões proferidas pela Corte, individual e coletivamente.

Por fim, o terceiro item trata da falta de racionalidade das decisões colegiadas, à luz da análise dos votos já proferidos no Recurso Extraordinário n.º 635.659, demonstrando-se a ausência de racionalidade das decisões colegiadas e a necessidade de adoção do voto da corte, a fim de garantir a coerência e integridade das decisões proferidas.

1 DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É indubitável o protagonismo que o Poder Judiciário vem exercendo no Brasil nos últimos tempos, concomitantemente ao total descrédito dos Poderes Executivo e Legislativo. Em uma tendência mundial, potencializada pelos recentes escândalos de corrupção nos poderes eleitos, deposita-se a cada dia maior confiança no Poder Judiciário como órgão legítimo e imparcial para a solução dos conflitos e atribuição de resposta à população carente de sentimento de justiça.

De acordo com Clarissa Tassinari¹, “[o] mundo passa por um período caracterizado pela construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais da sociedade é depositada no Judiciário”. Essa característica de expansão global do Poder Judiciário foi apontada pioneiramente pelos autores C.Neal Tate e Torbjorn Vallinder em livro dedicado à análise desse fenômeno. Tais autores afirmam que essa preponderância de atuação ativa do Judiciário em detrimento dos outros Poderes, inclusive com a interferência daquele nestes, tem como berço os Estados Unidos da América (EUA), sendo difundida com a ruptura com os regimes comunistas totalitários da Europa oriental e com o desaparecimento da União Soviética, transformando os EUA na única superpotência mundial, e, sendo ele “the home of judicialization of politics”, propagou-se o modelo americano pelo mundo, caracterizando “the global expansion of judicial power”².

De acordo com os referidos autores, vários fatores contribuem para a expansão do Poder Judicial; no entanto, em grande parte da América Latina, incluindo o Brasil, destaca-se o fato de que dadas as circunstâncias em que as democracias foram instituídas, após regimes autoritários, a inclusão de um judiciário forte na forma de composição do Estado é vista como inevitável para a manutenção da forma de Estado instituída³.

Outro fator que também tem contribuído para o protagonismo do Judiciário, segundo C. Neal Tate e Torbjorn Vallinder, é a ocorrência de escândalos de corrupção e concomitante descrédito nos poderes Executivos

1 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 49.

2 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: University Press Books, 1995. p. 2.

3 *ibidem*, p. 2.

e Legislativo, fazendo com que se deposite cada vez mais confiança no judiciário e, conseqüentemente, lhe seja atribuído cada vez mais poder⁴.

Nesse cenário, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, símbolo maior do Poder Judiciário, representa o ápice das esperanças da população na solução dos conflitos do país que estão sob sua alçada, o que acaba por gerar, inclusive, inúmeros questionamentos acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário, que, às vezes, trazem à baila discussões a respeito da legitimidade de suas decisões e dos limites de sua atuação, discussões acerca do papel e da legitimidade política dos tribunais nos sistemas democráticos⁵.

De acordo com Luís Roberto Barroso, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal,

a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua. Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.⁶

O problema abordado pelo presente trabalho está justamente na fundamentação das decisões pelos órgãos julgadores, que muitas vezes é desprovida de cunho jurídico, externalizando a simples opinião pessoal do julgador, sem qualquer preocupação com o rigor científico, em outras

4 TATE; VALLINDER, op. cit., p. 4.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coords.). *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 141.

6 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, p.71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016. p. 12.

vezes até mesmo contrária à lei, com o intuito de atender ao clamor popular, preocupando-se simplesmente com a existência formal da fundamentação, sem qualquer apego a seu conteúdo, carente de racionalidade.

Nesse sentido, José Rodrigo Rodrigues, em sua obra intitulada “Como decidem as Cortes” afirma que:

A jurisdição brasileira funciona com base em argumentos de autoridade e, especialmente, nos casos controversos, em função da agregação de opiniões individuais. A justificação das decisões articula as razões pelas quais o indivíduo que a redigiu foi convencido desta ou daquela solução e são irrelevantes para o resultado final do julgamento. As decisões colegiadas são decididas por votação sem que haja a redação de uma decisão oficial da corte. Por esta razão, denomino a jurisdição brasileira de *justiça opinativa* e afirmo que sua legitimidade está mais ligada ao funcionamento institucional do Poder Judiciário como um todo do que à racionalidade de sua argumentação ou ao carisma individual dos juízes.⁷

Nas palavras de Mauro Cappelletti⁸, o verdadeiro problema reside no grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelos Tribunais judiciais e não propriamente os conceitos de criação e interpretação em si.

Assim, o problema do protagonismo judicial exsurge em função da ausência de racionalidade das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que muitas vezes se pauta em argumentos políticos, pragmáticos, morais ou, simplesmente, pessoais do julgador, sem levar em consideração o fato de que a decisão jurídica não é a externalização do que o julgador acha a respeito de determinado caso, mas sim a observância de padrões interpretativos e construção de racionalidade da decisão, de modo que esta seja composta por condições objetivas, de adequação, necessidade e proporcionalidade⁹, capazes de sustentar uma fundamentação racional, coerente com o ordenamento jurídico.

Os juízes monocráticos, comumente assoberbados de processos e sempre com metas de produtividade, acabam por instituir decisões padrão, que são carregadas por assuntos, colacionadas em todos os processos acerca

7 RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?*: para uma crítica do direito. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p. 63.

8 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 21.

9 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 355

de determinado tema, sem levar em consideração as peculiaridades de cada caso, sem qualquer juízo de racionalidade, com fundamentações genéricas, desprovidas de juízo de adequação, com o intuito exclusivo de encerrar etapa processual, sem que seja efetivamente exercida a função de decidir o caso de acordo com os argumentos expostos pelas partes, afastando a efetiva prestação jurisdicional, a qual deveria levar em consideração cada caso em si, de acordo com suas especificidades. Exercem “papel de autômatos do sistema em face da fixação de pautas decisórias e decisões padrão pelos Tribunais Superiores, de modo que são compelidos a tão somente repeti-las sem possuir a menor infraestrutura para proferir decisões maturadas e forjadas no debate processual¹⁰”, ou, em outras circunstâncias, as decisões sequer apresentam fundamentos jurídicos, sendo manifestação da vontade pessoal do julgador, do que ele “acha” a respeito de determinado fato, invocados argumentos de autoridade simplesmente para sustentar a sua opinião.

A respeito dessa situação, o autor José Rodrigo Rodrigues denomina

zona de autarquia o espaço institucional em que as decisões não estão fundadas em um padrão de racionalidade qualquer, ou seja, em que as decisões são tomadas sem fundamentação. Uma observação importante: será rara a ocasião em que os organismos de poder afirmem simplesmente “Decido assim porque eu quero” ou “Decido desta forma porque é a melhor coisa a se fazer”. É de se esperar que esteja presente alguma forma de falsa fundamentação cujo objetivo seja conferir aparência racional a decisões puramente arbitrárias.¹¹

Destaca o referido autor que nessas situações, as fundamentações são pautadas precipuamente em argumentos de autoridade, sem que haja qualquer preocupação de demonstrar coerência entre as leis, casos e doutrinadores citados, sendo seu único compromisso o convencimento do destinatário, utilizando-se para tal fato de qualquer argumento ou estratagem, tendo como finalidade a obtenção de uma solução para o caso, sem qualquer preocupação com um padrão argumentativo de racionalidade que fundamente a decisão¹².

10 NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39.

11 RODRIGUES, op. cit., p. 70

12 Ibidem, p. 73

A outro giro, maiores ainda são as dificuldades de se encontrar racionalidade nas decisões proferidas por órgãos colegiados, vez que as cortes brasileiras não se reúnem para redigir sua decisão de maneira ordenada em um texto coerente¹³, sendo o julgamento fruto da reunião dos votos individuais proferidos, na maioria das vezes de maneira solipsista¹⁴, sem que haja qualquer debate a respeito do assunto. Ou seja, o voto colegiado no Brasil não representa um voto construído em função de debates acerca de determinado caso, em que os julgadores conversam, expõem seus posicionamentos e chegam a um denominador comum, sendo apenas uma reunião de votos isolados, que, na maioria das vezes, não guardam qualquer racionalidade entre si.

Nesse contexto, ressalta-se o caráter opinativo e personalista da jurisdição brasileira, em que vários juízes devem opinar sobre o mesmo caso nos órgãos colegiados, e, por exemplo, mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do Supremo Tribunal Federal decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião pessoal¹⁵.

Assim, ao contrário do modelo ideal de decisão em que se espera o predomínio da objetividade, aferição com acuidade dos fatos, desenvolvimento racional da fundamentação, coerência com o ordenamento jurídico, respeito às normas, juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade da decisão, verifica-se na prática o predomínio de razões subjetivas, opiniões pessoais, uso de argumentos de autoridade somente para ratificar afirmações sem qualquer vínculo com o contexto em que estes foram produzidos, chegando ao absurdo de permitir o mesmo trecho, *ipsis literis*, a fundamentação de teses antagônicas, vez que ambas não se preocuparam em contextualizar a origem do argumento de autoridade, mas apenas em utilizar a frase isolada e inseri-la em novo contexto, atribuindo-lhe nova semântica (votos dos Ministros Celso de Mello e Moreira Alves no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 8.037/90 fizeram referência aos mesmos doutrinadores e transcreveram trechos idênticos, apesar de defenderem posicionamentos opostos no julgamento¹⁶).

13 RODRIGUES, op. cit., p. 79.

14 Acerca da construção filosófica do sujeito solipsista cf. STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decidir Conforme a Consciência”? Protogênese do Protagonismo Judicial. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 224-225.

15 RODRIGUES, op.cit. p. 82.

16 *Ibidem*, p. 97.

Importante destacar que o intuito do presente trabalho não é discutir os conceitos de ativismo judicial ou judicialização¹⁷, mas sim analisar a dificuldade de construção da racionalidade na composição dos votos colegiados.

Para tanto, será utilizado como exemplo e caso para estudo o Recurso Extraordinário n.º 635.659, que está ainda em fase de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal – já tendo sido proferidos três votos – o qual trata da análise da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

2 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 635.659

O Recurso Extraordinário n.º 635.659 tem como objeto a discussão a respeito da compatibilidade ou não do artigo 28, da Lei 11.343/2006 – que tipifica a posse de drogas para consumo pessoal – com os princípios constitucionais da intimidade, da vida privada, da segurança e da saúde pública.

Tal julgamento refere-se à atuação em sede recursal do tribunal constitucional, que analisará a constitucionalidade do referido artigo em função do controle difuso de constitucionalidade. O fato que deu azo a tal recurso fundamenta-se no sentido de que a criminalização da posse de drogas para consumo violaria o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, o qual prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Nesse sentido, tal dispositivo constitucional protege as escolhas do indivíduo em âmbito privado, desde que não haja ofensa a terceiros, o que descaracterizaria a conduta criminosa, vez que, em decorrência de tal fato, a conduta para que seja definida como crime deve lesionar bens jurídicos alheios. Assim, diversamente dos recursos anteriores a respeito da inconstitucionalidade do referido artigo, que tinham como fundamento o fato de não se atribuir pena de reclusão ou detenção à conduta, o julgamento atual dar-se-á sob o enfoque da incompatibilidade do mencionado artigo com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada.

O Recurso Extraordinário em questão foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de um réu pego com 3g de maconha na

17 Cf. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n.57, p.113-134,2002. Além da corrente distinção entre ativismo judicial e judicialização, os referidos autores os apresentam diferentes significados que podem ser atribuídos ao próprio termo judicialização, merecendo destaque a referida publicação, que deve ser consultada para aprofundamento acerca do assunto.

prisão, sob o fundamento de o artigo 28 da Lei 11.343/06 ferir os direitos à intimidade, à vida privada e à autolesão, garantidos constitucionalmente.

Eleito relator do caso, o Ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto¹⁸ no sentido de dever ser reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 em razão de sua violação ao princípio da proporcionalidade, que tem como norte os princípios da proibição do excesso (*Übermassverbote*) e proibição da proteção deficiente (*Untermassverbote*), em que se devem observar critérios de necessidade e adequação para a elaboração da norma, ressaltando que a criminalização, nesse caso, restringe em grau máximo, porém, desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão.

Consigna o E. Ministro, primeiramente, em tópico acerca da possibilidade do controle de constitucionalidade de normas penais, seus parâmetros e limites, que é possível o controle de constitucionalidade material da atividade legislativa em matéria penal vez que estaria o Tribunal incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou proteger.

No item seguinte, o Ministro tece considerações acerca dos crimes de perigo abstrato, afirmando a delicada relação entre tais delitos e os princípios da lesividade/ofensividade, devendo ser rígida a fiscalização de sua constitucionalidade, à luz do princípio da proporcionalidade.

Em seguida, o Ministro passa a tratar das políticas regulatórias para a posse de drogas para consumo pessoal, distinguindo descriminalização de despenalização e ressaltando a adoção de medidas em âmbito internacional para redução de danos e prevenção de riscos.

O Ministro Gilmar Mendes, então, passa a analisar a norma impugnada, à luz do princípio da proporcionalidade, em exame de sua adequação e necessidade. Primeiramente, trata da adequação, sob o enfoque dos controles de evidência e justificabilidade, afirmando que na prática, em que pese o abrandamento das consequências penais no caso de posse de drogas para consumo pessoal, a lei, ao conferir tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico, não foi objetiva em

18 Voto na íntegra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em: 5 set 2016.

relação à distinção entre usuário e traficante, e, diante dessa situação, na maioria dos casos, todos acabam sendo enquadrados como traficantes. Para fundamentar tal afirmação, o e. Ministro apresenta estudo acerca da situação de pessoas presas em flagrante na posse de drogas, criticando o fato de não haver critérios objetivos para a distinção entre traficante e usuário, ficando a cargo da autoridade policial a classificação do delito. Conclui o julgador pela incongruência entre a criminalização da conduta e os objetivos do legislador, potencializada pela ausência de critério objetivo, o que violaria o princípio da proporcionalidade. Em seguida, o e. Ministro Gilmar Mendes trata do controle de justificabilidade, consignando que não há nenhuma relação entre a criminalização da conduta e a redução do consumo, logo, a criminalização das condutas referentes ao consumo da droga está em dissonância com o princípio da proporcionalidade.

O Ministro analisa também se a medida legislativa é necessária, sob o aspecto constitucional, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes, concluindo haver, nesse caso, de um lado o direito à intimidade, à vida privada e à autodeterminação e de outro o direito coletivo à saúde e à segurança pública, tratando-se o presente caso de verificação dos limites da intervenção em direitos individuais em nome da proteção a direitos coletivos, afigurando-se, nesse contexto, a criminalização do porte “excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade” p. 39.

A criminalização do porte de drogas para consumo próprio, portanto, segundo o Ministro, é inconstitucional por atingir em grau máximo o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, afirmando a necessidade de adoção de medidas alternativas, como a fixação de critérios objetivos para distinguir o uso do tráfico, não sendo, entretanto, realizado prévio estudo sobre as peculiaridades do local. Afirma o e. Ministro que “a criminalização do usuário restringe, em grau máximo, porém desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade”¹⁹.

Ressalta o julgador que a decisão não tem o condão de conduzir à interpretação de legalização irrestrita do porte de drogas para consumo pessoal, mas em caráter transitório, até ulterior legislação, devem ser aplicadas as medidas previstas no artigo impugnado, afastado seu caráter penal, conferindo-lhe natureza exclusivamente administrativa.

19 Trecho extraído do voto do e. Ministro Gilmar Mendes, disponível em Voto na íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> p. 49. Acesso em: 5 set 2016.

Destaca, por fim, o e. Ministro, como consequência da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, a impossibilidade de prisão em flagrante e da condução coercitiva à presença do juiz ou à delegacia, afirmando ser ônus da acusação a comprovação de que a droga não se destinada a consumo pessoal, à luz do princípio constitucional da não culpabilidade.

Em sede de dispositivo, o Ministro Gilmar Mendes declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, afastando-lhe qualquer natureza penal, contudo, mantendo no que couber, até advento de legislação específica, as medidas ali previstas com natureza administrativa, além de conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 48, §§ 1º e 2º e artigo 50, caput, todos da Lei 11.343/06. Determina, ainda, ao Conselho Nacional de Justiça diligenciar, por meio de articulação com Tribunais de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Ministério da Justiça e Ministério da Saúde, os encaminhamentos necessários à aplicação das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06, em procedimento cível, com ênfase em atuação de caráter multidisciplinar e articulação com serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas, por meio de projetos pedagógicos e campanhas institucionais, com estratégias preventivas e de recuperação adequadas às especificidades socioculturais dos diversos grupos de usuários e das diferentes drogas utilizadas.

Em seguida, após pedido de vista que durou pouco mais de uma semana, o e. Ministro Edson Fachin proferiu seu voto²⁰ seguindo o relator, com a ressalva de declaração de inconstitucionalidade da norma especificamente para a situação que, tal como se deu no caso concreto em questão, apresente conduta que, descrita no tipo legal, tiver exclusivamente como objeto material a droga que estava em pauta, ou seja, a maconha, restando mantida a proibição, inclusive do uso e do porte para consumo pessoal, de todas as demais drogas ilícitas. Ressalta o Ministro, em seu voto, que a legislação em pauta apresenta várias lacunas e que estas devem ser preenchidas pelo Poder Judiciário enquanto não houver manifestação do Legislativo.

Destaca, o Ministro, a necessidade de autocontenção da Corte, com estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação especificamente sobre: a definição da constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

20 Voto na íntegra disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em: 5 set 2016.

Afirma, ainda, que a questão da criminalização das drogas se fundamentaria em três argumentos, conforme defende o doutrinador Carlos Santiago Nino, quais sejam: argumento perfeccionista – reprovabilidade moral da conduta –; argumento paternalista – proteção contra os danos decorrentes do consumo de drogas –; argumento de defesa da sociedade – proteção dos demais cidadãos –, e que, segundo o mesmo, haveria outros mecanismos capazes de coibir e reprimir o uso de drogas alheios à esfera penal.

Após citar outros doutrinadores que tratam do tema, consigna o e. Ministro que a opção pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa uma atitude político-criminal, vez que se confrontam a técnica de incriminação por meio dos “crimes de perigo abstrato” e o princípio da ofensividade e confrontam-se concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Nesse momento, destaca o Ministro, o fato de que a definição do rol de drogas ilícitas é ato realizado pelo Poder Executivo, no âmbito do Ministério da Saúde, caracterizando o aspecto político-criminal da situação, sendo a norma impugnada espécie penal em branco, que deixou a cargo do Poder Executivo a previsão das drogas que devem ser consideradas ilícitas, ressaltando, pois, que a não inclusão do álcool e do tabaco no rol das drogas ilícitas é também uma questão político-criminal.

E, nesse contexto, deveria ser analisada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 à luz da sua compatibilidade com a intenção político-criminal, sob os aspectos da proporcionalidade e da ofensividade. Quanto à proporcionalidade, afirma o e. Ministro que esta “não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato”²¹. Já quanto à ofensividade, passa o Ministro a tratar da diferenciação entre crimes de dano e crimes de perigo abstrato, concluindo que estes, presentes na lei 11.343/06 caracterizariam uma imputação hipotética, que deve ser analisada sob o aspecto de ser capaz de gerar mais do que dúvida razoável, permitindo a conclusão de ser a incriminação justificada, o que não seria o caso do tipo em questão.

A partir de tais conceitos, conclui o e. Julgador a necessidade de ser o dependente de drogas vítima e não autor do delito. Em seguida, são apresentados vários dados referentes à condenação penal envolvendo drogas, com a discriminação específica da maconha nas análises, a fim

21 Trecho extraído do voto do e. Ministro Edson Fachin, disponível em Voto na íntegra disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> p. 7. Acesso em: 5 set 2016.

de demonstrar a necessidade de ser o usuário em situação de dependência encarado como doente, sendo dever do Estado seu acolhimento e garantia de seu direito à saúde.

Em seguida, ressalta o Ministro a necessidade de o Legislativo estabelecer a regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga, sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa, além de definir de maneira objetiva a diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas. Além disso, destaca a necessidade da respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), os quais devem, na ausência de previsão legislativa, determinar parâmetros provisórios para distinção entre usuário e traficante de drogas.

Decide o Ministro, em sede de dispositivo, declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação ao porte de maconha para consumo próprio, mantendo a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas; declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, acima referidos, aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica e emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data do julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto; em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como ouvir especialistas e a comunidade externa.

O Ministro Luís Roberto Barroso, último a proferir voto²² a respeito do caso até o momento, consignou, primeiramente, que a questão em

²² Voto na íntegra. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>> Acesso em: 5 set 2016.

discussão envolve o consumo de 3g (três gramas) de maconha e, portanto, esse é o pressuposto de seu voto, o qual se restringe à análise do porte e consumo apenas da referida droga. Ressalta em seu voto que a discussão se refere à descriminalização e não à legalização, continuando, portanto sendo o consumo da maconha ou de qualquer outra droga ilícito, cingindo o debate sobre como deve ser a reação do Direito Penal a esse fato, se por meio de medidas penais ou outros instrumentos.

Estabelece, o Ministro em seu voto, três premissas fáticas, quais sejam: o consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim – sendo papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico –; a guerra contra as drogas fracassou - a realidade atual é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico –; é preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira – combate ao tráfico, atenção à população carcerária e tratamento do usuário.

Em seguida, o Ministro elenca três razões pragmáticas para a descriminalização: a primeira razão é o fracasso da política atual, que fomentou o crescimento do mercado negro, a consolidação do crime organizado e o aumento de delitos relacionados ao tráfico de drogas; a segunda razão é o alto custo para a sociedade para a manutenção da população carcerária, que aumentou significativamente com o advento da lei 11.343/06; e a terceira razão é o fato de a criminalização afetar a proteção da saúde pública, que assume posição secundária diante das preocupações com a segurança pública e aplicação da lei penal.

Assim, nesse primeiro momento, aponta o e. Ministro razões que caracterizam a necessidade da descriminalização. Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso demonstra a tendência atual entre países como EUA, Portugal e Espanha de adoção de meios alternativos à criminalização.

Do ponto de vista jurídico, o e. Ministro aponta três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização à luz da Constituição Federal de 1988. O primeiro deles é a violação do direito à privacidade, afirmando ser a intimidade e a vida privada direitos resguardados constitucionalmente e que condutas que em que pese não moralmente aceitas, mas que não interfiram na esfera de direitos de terceiros, não devem ser punidas. O segundo é a violação à autonomia individual, não podendo o Estado interferir nas escolhas dos indivíduos se estas não prejudicarem terceiros; a autonomia individual relaciona-se diretamente à liberdade do indivíduo, direito constitucional

que não pode ser cerceado pelo Estado. O terceiro, e último, é a violação ao princípio da proporcionalidade, afirmando nesse caso o e. Ministro ser a proporcionalidade o parâmetro para a restrição das liberdades, devendo ser medida à luz da lesividade da conduta, da adequação e da necessidade; e, no caso em questão, não há que se falar em lesividade considerando que a conduta não atinge bem jurídico de alheio, tampouco em adequação, vez que não tem atingido seu fim de proteção à saúde pública, nem em necessidade, considerando a tendência atual de descriminalização.

Assim, conclui o e. Ministro pela declaração da inconstitucionalidade do art. 28 caput e de seu §1º da Lei 11.343/06, por arrastamento, afirmando a necessidade de definição de um critério objetivo para distinção entre usuário e traficante. E, em seguida, nesse sentido, o e. Julgador propõe a fixação do critério objetivo de até 25g de maconha (critério português) ou e 6 (seis) plantas fêmeas (critério uruguaio) para a caracterização do usuário, sendo este parâmetro presunção relativa, que pode ser afastado a critério do juiz de acordo com as circunstâncias do caso em questão.

Ao final, rebate, o e. Ministro, argumentos contrários à descriminalização, como: a descriminalização produzirá aumento do consumo e aumento da criminalidade associada ao consumo das drogas; a descriminalização trará impacto para a saúde pública etc.

Em sede de dispositivo, apresenta o e. Ministro a ementa de seu voto.²³

23 Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. 3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. 5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, 16 recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. 6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito. 7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais

Em conclusão, o referido Ministro declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e fixa critérios objetivos para a distinção entre usuários e traficantes, devendo prevalecer estes até manifestação do Poder Legislativo acerca da questão.

Até o presente momento foram proferidos os referidos três votos. O julgamento do recurso está suspenso em decorrência do pedido de vista do e. Ministro Teori Zavascki.

3 DA FALTA E DA NECESSIDADE DE RACIONALIDADE DA DECISÃO

No caso em questão, por se tratar de controle difuso de constitucionalidade, a decisão restringe-se ao caso concreto, que até o presente momento, converge para a absolvição do acusado em consequência à declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Entretanto, não restam dúvidas acerca do fato de que a discussão de tal matéria e qualquer decisão que seja obtida ao final das análises representam a instituição/ruptura de paradigma no estado democrático brasileiro. Decidir a Corte Suprema a respeito da descriminalização das drogas, ainda que somente da maconha, independentemente da postura que será por ela adotada, fixará um marco no atual modelo de Estado.

Além disso, outro ponto relevante que merece destaque a respeito do caso é o fato de ser questão de tamanha envergadura decidida no Tribunal Constitucional do país que, sem dúvidas, irá consolidar precedente para a decisão de todos os casos análogos, o que pode gerar um efeito cascata da decisão e inclusive fixar o próprio Supremo Tribunal Federal a sua abstrativização, ou seja, atribuindo efeitos *erga omnes* à decisão, vinculando o Poder Judiciário e a administração pública.²⁴

elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”

24 Vários autores renomados – como STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3 ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 551 – afirmam não ter o Supremo Tribunal Federal legitimidade para a atribuição da abstrativização (atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, características do controle concentrado de constitucionalidade ao controle difuso) de efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, sendo competência exclusiva do Senado Federal a realização de tal ato, nos termos do artigo 52, X, da CF/88. Tal autor questiona inclusive a possibilidade de atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade vez que tal fato feriria os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório ao pretender atingir aqueles que não tiveram a oportunidade de participação na decisão de um processo que os afetará.

Lado outro, o que se percebe, ao analisar os votos já proferidos, é a ausência de racionalidade constante na decisão. Assim, a descrição minuciosa dos votos acima tem o intuito de demonstrar essa ausência de racionalidade na decisão colegiada.

Primeiramente, conforme já afirmado no texto, uma das razões que caracteriza a falta de racionalidade da decisão colegiada é a maneira como ela é formada. Principalmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não há debate entre os Ministros acerca do assunto, cada um deles, individualmente, analisa o processo e apresenta seu respectivo voto. Ou seja, os Ministros não constroem a posição do Tribunal, mas sim apresentam suas posições individuais e prevalece a opinião da maioria.

Percebe-se, ao se analisar a fundamentação dos votos, que esta apresenta caráter individual em cada voto, expressando as motivações de decidir individualmente, sem que haja diálogo ou coincidência de argumentos, deixando clara a inexistência de uma sistematicidade e de uma coerência na construção da decisão, vez que cada Ministro decide como quer e expressa suas motivações pessoais em seu voto. Não há metodologia nem objetividade. Assim, nessa toada, se houver uma corte composta por 50 juízes, ter-se-iam 50 decisões diferentes, caracterizando a insegurança das decisões.

Em face da pressuposição de que os Ministros (...) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” no Brasil na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e órgão do Tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes.²⁵

Nesse sentido, emerge questão extremamente complexa acerca da racionalidade da decisão, pois se verifica que, ao se analisar os votos individualmente, seus fundamentos e justificativas, cada Ministro estabelece um posicionamento diferente, pessoal, próprio, e

[o] resultado disso é um manancial de argumentos, doutrinadores, leis, casos etc. que torna praticamente impossível reconstituir a argumentação do tribunal de maneira racional e unificada. É possível reconstituir claramente, estilos de julgar individuais, juiz a juiz, mas

25 NUNES, op. cit. p. 42.

não há um padrão claro e discernível para o julgamento da corte tomada como um todo²⁶.

Ao se analisar os votos individualmente, há a dificuldade patente que emerge no presente caso diante da impossibilidade de se chegar a um denominador comum a partir desses três primeiros votos proferidos. O e. Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, após discorrer sobre a possibilidade do controle de constitucionalidade das normas penais, tecer considerações sobre os crimes de perigo abstrato, tratar das políticas regulatórias do consumo de drogas e analisar o caso à luz do princípio da proporcionalidade²⁷, conclui, ao final do voto, em sede de dispositivo, pela declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 28 da Lei 11.343/06, afastando do referido texto normativo qualquer natureza penal, restando mantidas as medidas por ele previstas em sede administrativa; confere interpretação conforme à Constituição ao art. 48 e seus §§ 1º e 2º do mesmo diploma legislativo, devendo o autor do fato ser apenas notificado para comparecer em juízo em se tratando de conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06; também confere interpretação conforme à Constituição ao art. 50, caput da Lei de Drogas, no sentido de em caso de prisão em flagrante por tráfico de drogas, seja o preso apresentado ao juiz como condição de validade da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; e determina ao Conselho Nacional de Justiça verificação, seis meses após a decisão, das medidas adotadas no caso em questão.

Já o e. Ministro Edson Fachin, ao contrário do Ministro Gilmar Mendes, destaca a necessidade de autocontenção da Corte que, segundo ele, deve-se ater às balizas do caso em questão, ou seja, de análise de constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 com relação à maconha, que é a droga em comento, além de apontar diversos doutrinadores que tratam da questão da criminalização das drogas, analisar a intenção político-criminal à luz da proporcionalidade e da sua ofensividade, afirmar a necessidade de ser o dependente visto como doente e destacar a necessidade de atuação legislativa a respeito da distinção entre traficante e usuário de drogas, em sede de dispositivo determina a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação ao porte de maconha para consumo próprio, afirma ser da atribuição do legislativo o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, entretanto, enquanto houver

26 RODRIGUES, op. cit., p. 82-83

27 Acerca do tema cf. dissertação intitulada "O uso da proporcionalidade no Supremo Tribunal Federal: análise dos votos do ministro Gilmar Mendes" de autoria de Bruno Ramos Pereira. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18112009-130359/pt-br.php>>. Acesso em: 06 set. 2016.

inércia do legislativo, determina que o Executivo fixe tais parâmetros, além de determinar a criação de um órgão dentro do próprio Supremo Tribunal Federal para permitir a discussão acerca da questão das drogas com entidades e a comunidade externa.

O e. Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, após destacar a autocontenção ao caso concreto, ou seja, a decisão se restringe à análise de descriminalização da maconha, apresenta razões fáticas, jurídicas e pragmáticas em defesa da descriminalização e propõe a fixação de parâmetro para distinguir traficante do usuário de drogas. Em sede de dispositivo, declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e fixa os critérios objetivos de 25g (vinte e cinco gramas) e 6 (seis) plantas fêmeas para a distinção entre usuários e traficantes, enquanto não houver manifestação do Poder Legislativo sobre a questão.

Ao cotejar os três votos, percebe-se a disparidade de fundamentação e a incompatibilidade dos dispositivos, conforme demonstrado acima, vez que não há um padrão, uma metodologia, uma racionalidade, não há critérios objetivos para a formação da decisão. Cada Ministro, em sua fundamentação, trata do assunto da maneira que lhe convém, afirmando suas posições pessoais e utilizando de mecanismos de argumentação como os argumentos de autoridade com o intuito de sustentar a sua opinião pessoal, restando patente a discricionariedade das decisões.

Além disso, não há como extrair a decisão da corte, vez que se trata de três opiniões pessoais, individuais e bastante distintas. Os três ministros são uníssonos em declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06; entretanto, enquanto o e. Ministro Gilmar Mendes defende que tal inconstitucionalidade se aplica ao tipo referente a todas as drogas e mantém as disposições como natureza administrativa, estabelece interpretação conforme a Constituição referente aos artigos 48, §§ 1º e 2º e artigo 50, caput, da Lei 11.343/06 e determina medidas ao Conselho Nacional de Justiça; o e. Ministro Edson Fachin afirma que a inconstitucionalidade declarada refere-se apenas à droga em comento (maconha), declara que é atribuição do judiciário a fixação de parâmetros para a distinção entre usuário e traficante, mas, enquanto esta não for feita determina que o Executivo o faça, além de prever a criação de ambiente para discussão acerca do tema; o e. Ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, assim como este e contrariamente àquele, declara a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 somente com relação à maconha, e, em que pese afirmar ser atribuição do Legislativo a fixação de critérios para distinção entre usuário e traficante, estabelece, enquanto perdurar a

inércia do deste, o parâmetro de 25g e 6 plantas fêmeas para a distinção ente usuário e traficante de drogas.

Assim, é indubitável a dificuldade de se estabelecer uma decisão da Corte vez que já se mostra árdua tarefa alcançar um voto médio a partir das decisões acima carregadas, diante das divergências de posicionamento. Não se trata de computar uma votação de sim e não, a favor ou contra, mas de uma votação complexa, em que o fundamento da decisão é tão importante quanto o seu dispositivo, pois uma vez decidida questão desse porte, em repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão final servirá de embasamento para balizar os julgamentos acerca do mesmo assunto.

Nesse sentido, é necessária a adoção de um voto da corte, conjunto, alcançado por meio de debates e construído pelo plenário, de modo sistemático e coerente, para garantir a coerência e integridade do sistema jurídico, sob pena, ao contrário, ser a decisão final da corte carente de integridade, um aglomerado de votos individuais, de decisões caóticas, sem um fio condutor²⁸, que compõem uma colcha de retalhos, sem unidade, e que acaba por permitir que cada ministro, em sede de decisões monocráticas, não leve em consideração a decisão proferida pela corte e mantenha a sua posição pessoal, como vem acontecendo nas decisões dos Ministros que votaram contra a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau (HC n.º 126.292)²⁹.

28 OLIVEIRA, Fábio, C. S. OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011. p. 126.

29 A EMENTA: "HABEAS CORPUS". CONDENAÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV). CRIME HEDIONDO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO EXCLUSIVO DO RÉU. "REFORMATIO IN PEJUS". VEDAÇÃO (CPP, ART. 617, "in fine"). DECRETAÇÃO, "ex officio", DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ("CARCER AD POENAM"). INADMISSIBILIDADE. AFIRMAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE A CONDENAÇÃO CRIMINAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, NÃO OBSTANTE AINDA RECORRÍVEL, AFASTA A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E FAZ PREVALECER A PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE DO RÉU (VOTO DO DESEMBARGADOR REVISOR). INVERSÃO INACEITÁVEL QUE OFENDE E SUBVERTE A FÓRMULA DA LIBERDADE, QUE CONSAGRA, COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA, A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA. PRERROGATIVA ESSENCIAL QUE SOMENTE SE DESCARACTERIZA COM O Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 11304736. HC 135100 MC / MG TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO CRIMINAL (CF, ART. 5º, INCISO LVII). CONSEQUENTE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ENTENDIMENTO QUE IGUALMENTE DESRESPEITA A PRÓPRIA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, QUE IMPÕE, PARA EFEITO DE APLICAÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E/OU RESTRITIVAS DE DIREITOS, O PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO JUDICIAL CONDENATÓRIO (LEP, ARTS. 105 E 147). INAPLICABILIDADE, AO CASO, DO JULGAMENTO PLENÁRIO DO HC 126.292/SP: DECISÃO MAJORITÁRIA (7 VOTOS A 4) PROFERIDA EM PROCESSO DE PERFIL MERAMENTE SUBJETIVO, DESVESTIDA DE EFICÁCIA VINCULANTE (CF, ART. 102, § 2º, E ART. 103-A, "CAPUT"). PRECEDENTE QUE ATUA COMO REFERÊNCIA PARADIGMÁTICA, E NÃO COMO PAUTA VINCULANTE DE JULGAMENTOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

Assim, é preciso que o tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale “como instituição”, de forma “clara”, “objetiva”, “institucional” e, sempre que possível, “única”.³⁰

O próprio Ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra “Curso de Direito Constitucional” afirma que

é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que tenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da *discrecionariadejudicial* na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. Princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade³¹.

Destarte, considerando os argumentos acima esposados, resta patente a necessidade de se repensar a forma de votação da Corte Constitucional do país, a fim de que suas decisões não sejam apenas uma reunião de posicionamentos individuais, subjetivos, de argumentação tendenciosa e comprometida com interesses pessoais. A decisão da Corte tem que ir muito além de um conjunto de votos isolados, deve ser fruto de um debate, de um amadurecimento da questão, de um processo sistematizado e racional, e o Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função de corte recursal e guardião da constituição, deve respeitar limites impostos pelo Estado Democrático de Direito e emitir decisões que obedeçam a certo padrão de racionalidade e de objetividade, condensadas em um texto organizado.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se por um lado o Supremo Tribunal Federal, como representação de maior envergadura do Poder Judiciário, expressa o ideal de esperança

(HC 135100 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 04/07/2016 PUBLIC 01/08/2016)

30 SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

31 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 431.

e justiça da população brasileira, por outro, é necessário que se reafirme as características do Estado Democrático de Direito, que se pauta pela objetividade, racionalidade e segurança jurídica.

Assim, os órgãos judiciários como um todo e, principalmente as Cortes, em destaque o Supremo Tribunal Federal, como exemplo e norte de entendimento para as jurisdições inferiores que o são, têm de, em compromisso com o exercício constitucional de sua função, proferir decisões racionalmente fundamentadas, pautadas no caso concreto, objetivas, dotadas de coerência e integridade com o sistema jurídico.

Nesse sentido, à luz dos estudos decorrentes da análise dos votos já proferidos no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 635.659, percebe-se a necessidade de se atentar para o modo de construção das decisões proferidas pelas Cortes, que precisa ser repensado a fim de que se possa alcançar realmente um julgamento colegiado, em que se construiu uma decisão racionalmente fundamentada em decorrência de debates, embasada por argumentos jurídicos, objetivos, que externalize uma decisão da Corte, do órgão colegiado como um todo, coerente e íntegra com o ordenamento.

Assim, a decisão construída a partir da reflexão conjunta entre os integrantes do Supremo e não em decorrência de série de votos isolados, garante sua maior legitimidade, em decorrência da busca de coerência, integridade e unidade do voto da corte.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, n. 13, p.71-91, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e política: tópicos para uma intervenção. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n.57, p.113-134,2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.31-49.

OLIVEIRA, Fábio, C. S. OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poiesis*, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.

RODRIGUES, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144/2927>>. Acesso em: 20 mar 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. O que é isto – “Decidir Conforme a Consciência”? Protogênese do Protagonismo Judicial. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo; MACHADO, Felipe D. Amorim (Coords.). *Constituição e processo: entre direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York: University Press Books, 1995.

RECEBIDO EM: 23/03/2016

APROVADO EM: 31/10/2016

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL: TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO NOS CASOS DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR

*REDIRECTION OF THE TAX EXECUTION: INITIAL TERM
OF PRESCRIPTION IN THE HYPOTHESIS OF IRREGULAR
DISSOLUTION*

Fernando Meneguetti Chaparro

Procurador Federal - AGU

Mestrado em Direito Processual e Cidadania pela

Universidade Paranaense - UNIPAR,

Thais Angélica Pelegrini

Universidade Paranaense - UNIPAR

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 Da prescrição; 2 Dissolução irregular da empresa: a responsabilidade tributária do administrador; 3 Termo a quo do lustro prescricional; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O termo a quo da contagem do prazo prescricional para o redirecionamento da ação executiva fiscal em face do responsável tributário de uma sociedade limitada, constitui questão controvertida e, inclusive, objeto de recurso especial representativo de controvérsia pendente de julgamento. Discutir, portanto, as proposições prevaletentes nessa cizânia, sob um enfoque jurídico-tributário, limitado à hipótese de dissolução irregular, configura o intento do presente estudo. O ensaio perpassa pelo exame da premissa de que a citação da pessoa jurídica denota o evento inaugural da prescrição em cotejamento com a tese que elege o surgimento da pretensão como tal, representada pela infração à lei que dá azo à responsabilização de terceiro alheio à execução. Tal abordagem, que foi subsidiada pela revisão bibliográfica e jurisprudencial, leva a inferir pela viabilidade da estreia do transcurso do quinquênio legal quando consubstanciada a aferição nos autos acerca da extinção da empresa em inobservância dos parâmetros legais.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Dissolução Irregular. Prescrição. Redirecionamento. Responsabilidade Tributária.

ABSTRACT: The counting initial term of negative prescription for the redirection of execution action against the tax responsible of a limited society is a contested issue, inclusively it's subject of special appeal that represents a controversy. To discuss the predominant propositions in this contention, under a juridical focus, circumscribed to the hypothesis of irregular dissolution, configures the intention of this study, which passes by the examination of the premise that the official notification of an enterprise denotes the inaugural event of the limitation period in comparison with the thesis that elects the emergence of the pretension as such, represented by the infraction of the law that is the cause of another's responsibility. The research, which was subsidised by the bibliographic and jurisprudential reviews, led us to infer the viability of starting the course of legal quinquennium when consubstantiated the extinction of an enterprise without respecting the legal parameters.

KEYWORDS: Tax Execution. Irregular Dissolution. Negative Prescription. Redirection. Tax Responsibility.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de se manejarem os atos executórios em face do administrador de uma sociedade limitada, que é originariamente devedora perante o Fisco, há tempos, é pauta de discussões no campo do saber jurídico.

A responsabilização de terceiro, sob a perspectiva da prescrição extintiva, é medida que pode ser assumida pelo credor dentro de determinado lapso temporal e, obviamente, em observância às disposições de direito material previstas em lei. E é nesse ponto que subsiste o dissenso: a definição do marco que inaugura o prazo prescricional para o redirecionamento do executivo fiscal contra o gestor, na qualidade de responsável tributário. A indagação é recorrente.

As cizânias doutrinária e jurisprudencial norteiam este esboço, que se restringe a pormenorizar a responsabilidade de terceiro circunscrita à hipótese de extinção irregular da empresa. Pretende-se, assim, identificar o momento definidor da contagem do lustro prescricional para a inclusão do administrador no polo passivo da ação executiva, elucidando-se a consequência resultante da inércia do credor, sob um enfoque jurídico-tributário.

Para tanto, procedeu-se ao resgate dos conceitos de prescrição e responsabilidade tributária, além de se trazer à tona os contornos acerca do encerramento das atividades empresárias sem observância dos requisitos balizados por lei, com o fito de que seguidamente se delineasse o termo *a quo*, sopesando-se as proposições prevaletentes

A revisão da literatura especializada e de julgados constitui o subsídio teórico para os procedimentos perscrutadores adotados nessa pesquisa. Elege-se o método dedutivo como baliza prospectiva na análise das asserções colhidas na narrativa jurídica.

Assim, intenta-se edificar um parâmetro consubstanciado em premissas da sistemática dos tributos, correlacionando-o com os conceitos previamente esmiuçados no decorrer do texto, com vistas à harmonização do tema, de modo a amparar a prestação jurisdicional viabilizada pelos atores do poder público aos cidadãos.

1 DA PRESCRIÇÃO

Que a interferência do tempo é substancial na sociedade, mormente no âmbito do Direito, em que o interesse jurídico-social conduz a existência

do instituto da prescrição, não há dúvidas. Nesse rumo, o direito há de ser exercido pelo titular em certo lapso temporal, censurada a sua pendência indefinida. Trata-se de medida de ordem pública, assentada no princípio da segurança jurídica, que visa coibir a perpetuação de pretensões ajuizáveis, o que eternizaria a possibilidade de ingresso no Judiciário para contorno de determinada situação. Tomando-se neste artigo o conceito de prescrição extintiva como base, inexistindo atuação, o titular perderá a prerrogativa de recorrer ao Judiciário para atender à sua demanda. Cuida-se de garantir a estabilidade e harmonia sociais, afastando-se a incerteza nas relações entre os sujeitos. Evitam-se lides cujos contornos tornaram-se longínquos no tempo e cuja demonstração demandaria provas de difícil execução ante o remoto acontecimento dos fatos.

Com efeito, Câmara Leal¹ aduz que o objeto imediato da prescrição não é o direito, mas a pretensão que o garante. Esta somente se configura havendo lesão a alguém, oportunizando que seja exigível. Contudo, o direito também é afetado pelos seus efeitos, dado que a extinção da demanda obsta a sua operação.

De acordo com a doutrina civilista invocada², a prescrição é esteada por quatro elementos, quais sejam, a “existência de uma ação exercitável”, “inércia do titular da ação pelo seu não-exercício”, “continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo” e “ausência de causas preclusivas de seu curso”.

A partir do momento em que exsurge o objeto da prescrição, ou seja, quando o titular de um direito pode postulá-lo ou resguardá-lo em âmbito judicial, inicia-se a consumação do prazo. Ao datar da perturbação ou rompimento do direito – o que gera a necessidade de garanti-lo ou protegê-lo –, é facultado ao titular recorrer à intervenção do poder público, representado por seu órgão judicial, intentando a ação cabível ao caso. Sobre isto, conclui-se que a prescrição somente se faz possível quando houver uma ação a ser exercitada, isto é, a exigência pelo legitimado de uma conduta a ser satisfeita³. Na especificidade deste estudo, essa faculdade advém da violação de um direito que abre espaço à prerrogativa do Fisco de redimensionar a cobrança do crédito tributário.

1 LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência. Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

2 *Ibid.*, p. 20.

3 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2007.

A desídia do titular do direito para exercê-lo, que, diante de ameaça ou violação, deixa de insurgir-se nos limites estabelecidos pela lei, figura como fator precípua da prescrição. O transcorrer do tempo deve estar atrelado à inércia continuada do legitimado, sem que haja interferência de ato ou fato capaz de impedi-lo, interrompê-lo ou suspendê-lo. Assim, mesmo com a violação do direito, que viabiliza a ação de seu titular, este demonstra passividade, abstando-se de conferir-lhe efetividade. Queda-se imóvel, sem que entrave tal violação. A inação do credor perfectibiliza a prescrição, que passa a transcorrer até que seja promovida a ação. A repreensão da inatividade, com vistas a sustentar a harmonia social, revela-se à medida que o Estado-juiz, apesar de provocado, não é compelido a dar provimento à lide aforada em momento posterior ao término do interregno prescricional.

Sob o ponto de vista da doutrina subjetiva, não se fala em inação do credor até que este tenha ciência inequívoca do fato violador do seu direito, bem como da extensão de seus efeitos. A ignorância do ocorrido, que motiva o exercício do direito, tolhe a atividade de seu titular. Logo, torna-se equivocado responsabilizá-lo por uma inércia que não lhe poderia ser atribuída.

A inocorrência de causas preclusivas também é elemento essencial da prescrição. Dessarte, a legislação prevê causas suspensivas e interruptivas que atravancam o curso do prazo prescricional e sua consecutiva consumação. Concretizada uma das hipóteses de suspensão previstas em lei, a exigibilidade do crédito tributário permanecerá paralisada enquanto perdurar a situação motivadora, ao passo que, caso interrompida a prescrição, contar-se-á o prazo desde o início, desprezando-se o tempo passado e devolvendo-lhe ao interessado.

De forma sintética e abordando tais aspectos, Câmara Leal define a prescrição como “a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso”⁴.

No Direito Tributário, a discussão assume caráter peculiar. O Código Tributário Nacional preceitua que “a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos” (artigo 174). O dispositivo emprega o termo “prescrever” no sentido de extinguir-se, referindo-se ao direito de ação em determinado intervalo.

4 LEAL, op. cit., p. 20.

Na disciplina jurídica dos tributos, que têm natureza patrimonial, enuncia-se a prescrição como um prazo extintivo, tal qual a decadência. A consumação desse lustro acaba por desvanecer não apenas a pretensão, mas configura causa de extinção do crédito tributário, consoante leitura do artigo 156, V, do CTN⁵. Por adotar o posicionamento de Leandro Paulsen⁶ e Hugo de Brito Machado⁷, não se estende aqui o olhar sobre a prescrição como regra de cunho estritamente processual, mas hábil a acarretar indiretamente a extinção da prestação devida e também da relação jurídico-obrigacional. Vale dizer, impacta da mesma forma o direito material e, ao atingir a forma e o conteúdo, finda a própria obrigação tributária, fulminando qualquer possibilidade de nova constituição do crédito. Destaque-se, aqui, o Parecer PGFN/CDA nº 877, de 26 de maio de 2003, em que se concebeu prudente “negar a inscrição do crédito tributário ou não-tributário prescrito, bem como cancelar a inscrição do crédito nas mesmas condições caso esta tenha sido feita [...]”.

Notadamente, no campo tributário, a consumação do quinquênio prescricional não apenas confere segurança ao sujeito passivo por frustrar eventual pretensão da fazenda pública, que intenta cobrar judicialmente seu haver, mas também por suprimir todas as restrições provindas de uma pendência fiscal, a exemplo da emissão de uma certidão negativa. E tal é proveito que decorre da extinção do crédito tributário, dizeres expressos no Código Tributário Nacional.

2 DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA: A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ADMINISTRADOR

Abordadas algumas premissas a respeito do instituto da prescrição, faz-se pertinente resgatar o conceito de responsabilidade tributária, a fim de que seguidamente delinear-se o termo *a quo* do prazo prescricional para o redirecionamento do executivo fiscal em face do sócio administrador.

A responsabilidade tributária é imputada a terceiro que não praticou o fato gerador da obrigação, ou seja, outrem que não se reveste da condição de contribuinte. Sua figuração como devedor não se dá de forma natural, uma vez que este não integra o binômio “Fisco-contribuinte”⁸. Em outras

5 Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...] V - a prescrição e a decadência; [...]

6 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2014.

7 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2008.

8 AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 352.

palavras, a ampliação da sujeição passiva atribui ônus a um sujeito que não deu origem à obrigação tributária, sem, no entanto, prescindir da vinculação com o fato gerador e de nexos de causalidade entre o responsável e o contribuinte, ainda que por meio de um liame indireto. Não é a qualquer pessoa que pode ser imposta tal responsabilidade, afinal, do terceiro passa-se a exigir uma conduta jurídica equivalente à do devedor principal. Logo, o encargo tributário a ser suportado pelo terceiro decorre de disposição expressa de lei.

A despeito de não integrar a relação contributiva, subsiste um ligame entre o contribuinte e o responsável, por meio de uma relação própria. Com notável perícia, a Ministra Ellen Gracie referiu-se ao tema no julgamento do Recurso Extraordinário n. 562.276, porquanto relatora:

[...] Não é por outra razão que se destaca repetidamente que o responsável não pode ser qualquer pessoa, exigindo-se que guarde relação com o fato gerador ou com o contribuinte, ou seja, que tenha a possibilidade de influir para o bom pagamento do tributo ou de prestar ao fisco informações quanto ao surgimento da obrigação. Efetivamente, o terceiro só pode ser chamado a responder na hipótese de descumprimento de deveres de colaboração para com o Fisco, deveres estes seus, próprios, e que tenham repercutido na ocorrência do fato gerador, no descumprimento da obrigação pelo contribuinte ou em óbice à fiscalização pela Administração Tributária. [...]

Ainda que à época da distribuição do feito executivo não figurasse no polo passivo da ação, posto que seu nome não constava na Certidão de Dívida Ativa que instrui a petição inicial, o terceiro pode ser posteriormente incluído como parte executada, cabendo à Fazenda Pública o ônus da prova para que se estenda a responsabilidade. Outra não é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DO PLEITO EXECUTIVO AOS SÓCIOS-GERENTES CUJOS NOMES NÃO CONSTAM DA CDA. REDIRECIONAMENTO AUTOMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7 E 211/STJ.

1. É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, não constando expressamente o nome dos sócios-gerentes como corresponsáveis tributários, não é cabível o redirecionamento automático da Execução Fiscal, sendo necessária a prova de indícios do cometimento, pelos

sócios, de ato com excesso de poder, contrário à lei ou ao contrato social, ou mesmo à prova indiciária da dissolução irregular da empresa.

2. Não conheço da irresignação recursal no tocante à ocorrência de dissolução irregular ante os óbices sumulares n. 7 e 211/STJ. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 677.880/PI, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 13/05/2015)

O administrador não é responsabilizado no campo tributário pelos atos de gestão ordinária da sociedade. Contudo, ao inadimplemento do tributo, emanado da não observância de um dever pelo diretor, gerente ou representante de uma pessoa jurídica de direito privado, a lei confere a consequência de responder pelo pagamento com seu próprio patrimônio. Para tanto, devem restar caracterizados atos cometidos com excesso de poder ou prática que contravenha a lei, contrato social ou estatuto de uma sociedade, compatível com o artigo 135, III, do CTN⁹. Tal preceito concede legitimidade para o redirecionamento da cobrança do crédito tributário, contanto que seja demonstrada a situação fática específica que justifica o emprego da regra de responsabilidade. Significa dizer que a atividade gestora desprovida de cautela, de modo a exceder as normas legais e contratuais, enseja a responsabilização.

E a apuração dessa responsabilidade nem sempre se verifica ao tempo da ocasião do fato gerador ou durante o andamento do processo administrativo de constituição do crédito tributário. Acaso se tome por base a responsabilização do sócio, o momento da retificação do polo passivo da obrigação não será necessariamente anterior à inscrição em dívida ativa, com a subsequente inclusão na CDA.

O presente estudo está circunscrito à responsabilidade tributária consolidada em momento posterior ao ajuizamento do feito executivo, quando esta vem à tona no decorrer do processo executivo. Discutir-se-á a alteração do polo passivo em decorrência da dissolução irregular da sociedade, o que habilita a responsabilização do sócio que geria a empresa. A delimitação do debate ao tempo em que já em curso a execução, o que significa dizer quando da judicialização da cobrança, se dá pela afluência

9 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

de tal prática. O enfoque foi definido em razão do grande número de executivos fiscais nos quais se constata o encerramento das atividades empresariais com inobservância dos ditames da lei. Sob essa perspectiva, é oportuna uma breve digressão acerca do assunto por meio de exame doutrinário e jurisprudencial.

Como ressaltado, na existência de início de prova de excesso de mandato ou violação à lei ou ao contrato social, ou, ainda, quando caracterizada a dissolução irregular da empresa, admite-se o redirecionamento da execução em face do administrador, função geralmente exercida por um dos sócios. É de se ressaltar, porém, que a simples condição de sócio não é suficiente para ocasionar a sua responsabilidade, mas a condução da sociedade.

É descabido, portanto, o fechamento das portas de um estabelecimento comercial sem que sejam cumpridas as obrigações civis e tributárias. Para a jurisprudência majoritária e parte da doutrina, tal circunstância caracterizaria infração à lei e justificaria a responsabilização do então administrador, tudo respaldado pelo artigo 135, III, do CTN.

Entretanto, apesar de pacífico o reconhecimento de que a dissolução irregular de uma empresa autoriza o manejo do executivo em face do responsável, a doutrina não é uníssona no que atine ao enquadramento dessa ocorrência ao aludido dispositivo. A título de exemplo, cito o posicionamento de Leandro Paulsen (2014, p. 1089), ao ponderar que a dissolução irregular não se amolda ao disposto no compêndio tributário, porquanto desta não se emana obrigação tributária inédita e ordinariamente sucede os fatos geradores que originaram aos créditos exequendos. E arremata: “não é fato gerador de tributo algum”. Aduz o autor que a referida extinção daria luz à presunção de que houve locupletamento dos sócios, aliado à confusão patrimonial, reputando-se ao artigo 50 do Código Civil de 2002.

Para atender aos requisitos legais na hipótese de encerramento da atividade empresária, uma sociedade deve, ao paralisar o seu funcionamento, realizar o seu ativo e pagar o passivo, de modo a satisfazer os credores por meio de seu patrimônio, ainda que na medida de seus recursos, rateando eventual remanescente entre sócios ou acionistas. Com a promoção da liquidação regular e respectiva averbação no Registro Público, o cancelamento de sua inscrição e comunicação aos demais órgãos, entre outras providências legais, conclui-se pela extinção regular, que acautela o direito de sócios e terceiros. Pode, ainda, o empresário insolvente requerer a autofalência, que, por consubstanciar meio legal de extinção, não enseja responsabilização do sócio pelas dívidas fiscais, tal qual o

procedimento de falência propriamente dito, salvo se consumado crime falimentar. A inobservância das formalidades suscita a presunção de que os administradores promoveram a dissipação dos bens da sociedade para seu proveito, em prejuízo de eventuais credores.

Outro não é o entendimento da Corte Superior acerca da desobediência do rito próprio para dissolução:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE OFICIAL DE JUSTIÇA QUE INFORMA NÃO TER ENCONTRADO A EMPRESA NO ENDEREÇO INDICADO PELO FISCO PARA CITAÇÃO. REDIRECIONAMENTO. PRESUNÇÃO “JURIS TANTUM” DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR. ART. 135, DO CTN. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 435/STJ.

1. Em execução fiscal, certificada pelo oficial de justiça a não localização da empresa executada no endereço fornecido ao Fisco como domicílio fiscal para a citação, presume-se (*juris tantum*) a ocorrência de dissolução irregular a ensejar o redirecionamento da execução aos sócios, na forma do art. 135, do CTN. Precedentes: EREsp 852.437 / RS, Primeira Seção. Rel. Min. Castro Meira, julgado em 22.10.2008; REsp 1343058 / BA, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 09.10.2012.

2. É obrigação dos gestores das empresas manter atualizados os respectivos cadastros junto aos órgãos de registros públicos e ao Fisco, incluindo os atos relativos à mudança de endereço dos estabelecimentos e, especialmente, os referentes à dissolução da sociedade. Precedente: EREsp 716412 / PR, Primeira Seção. Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12.9.2007.

3. Aplica-se ao caso a Súmula n. 435/STJ: “Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1374744/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 17/12/2013)

A obrigatoriedade do registro é expressa nos artigos 1.150 e 1.151 do Código Civil¹⁰. Na mesma via, o texto da Lei n. 8.934/1994 - Lei

¹⁰ Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o

dos Registros Mercantis - a saber, em seu artigo 32¹¹, é categórica ao reclamar que sejam conservadas informações a respeito dos empreendimentos, inclusive no que atine à extinção. Como se nota, a manutenção de dados atualizados da empresa nos registros comercial e fiscal é dever de seus gestores. E a conjectura acerca da dissolução irregular se dá quando a empresa cessa suas atividades ou deixa de funcionar no endereço constante no contrato social ou arquivado na Junta Comercial. Dissipa-se sem indicar nova gestão e sem conservar patrimônio bastante para a solvência de suas obrigações fiscais. Do exposto, confere-se que a mera extinção da pessoa jurídica não se iguala ao encerramento irregular.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a mudança do domicílio fiscal da empresa deve ser oficialmente comunicada. Com a edição da Súmula 435, no ano de 2010, definiu-se que “presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente”.

O verbete sumular, além de prever uma hipótese hábil a configurar a dissolução irregular, também categoriza tal fato como circunstância legítima para o redirecionamento da execução em face do sócio-gerente. É suficiente a certificação pelo oficial de justiça de que as atividades da empresa não mais são exercidas no local constante na Junta Comercial ou na Secretaria da Fazenda. O redirecionamento pode ser deferido antes mesmo da efetiva citação da pessoa jurídica, dada a paralisação de suas atividades, caso se adote a perspectiva da solidariedade entre empresa e sócio-gerente.

Cuida-se de presunção *juris tantum*, concernente ao preceito de fé pública que o oficial de justiça detém ao atestar o resultado de suas diligências. Por sua espécie, não se reputa absoluta, de modo a admitir prova em contrário para ilidi-la, o que se traduz por lastro probatório em

qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Art. 1.151. O registro dos atos sujeitos à formalidade exigida no artigo antecedente será requerido pela pessoa obrigada em lei, e, no caso de omissão ou demora, pelo sócio ou qualquer interessado.

§ 1º Os documentos necessários ao registro deverão ser apresentados no prazo de trinta dias, contado da lavratura dos atos respectivos.

§ 2º Requerido além do prazo previsto neste artigo, o registro somente produzirá efeito a partir da data de sua concessão.

§ 3º As pessoas obrigadas a requerer o registro responderão por perdas e danos, em caso de omissão ou demora.

11 Art. 32. O registro compreende:

[...]

sentido contrário, isto é, que afaste a responsabilidade do sócio e/ou infirme a dissolução irregular, a ser edificado em sede de embargos à execução. Para se eximir da obrigação, caberá ao administrador provar que não agiu com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. Ainda que o executivo fiscal comporte a exceção de pré-executividade, via de defesa erigida pela doutrina e jurisprudência, o rito não se coaduna com a produção de provas.

Impende concluir que se prescinde de provas robustas para demonstração da situação em tela, sendo razoável a existência de indícios para que a fazenda pública seja autorizada a perquirir os bens do administrador executado. Entretanto, sem esmiuçar o assunto, é certo que não basta o retorno do aviso de recebimento sem assinatura ou a declaração do agente dos Correios que atesta o desconhecimento acerca da existência da empresa.¹² Da mesma forma, não é bastante a informação de cancelamento ou baixa no registro no Sintegra – Sistema de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços¹³, cujos dados são de forma contumaz utilizados para instruir o pedido de superação da personalidade jurídica da sociedade executada.

O sujeito a ser responsabilizado é aquele que atua na gestão da empresa ao tempo de sua dissolução, quando esta é procedida sem a observância dos procedimentos elencados em lei. Por certo, não é possível alcançar o patrimônio daqueles que compõem o quadro societário, mas não detém o poder de gerência ou mesmo do administrador que não mais exerce a atividade por ocasião do encerramento da sociedade.

No que tange ao comprometimento dos patrimônios da empresa inativa e de seu gestor, nota-se intensa cizânia doutrinária e jurisprudencial. Em contornos sinópticos, invocam-se algumas interpretações comumente alastradas no meio jurídico.

O cunho subsidiário é, para alguns, norteador da responsabilidade do terceiro em relação à empresa, de modo que os bens da pessoa física somente podem ser atingidos após a completa exação dos recursos do

II- O arquivamento:

dos documentos relativos à constituição, alteração, dissolução e extinção de firmas mercantis individuais, sociedades mercantis e cooperativas;

12 Precedente: Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.075.130/SP (2008/0155530-9), Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2010.

13 *Vide* Agravo Regimental no Recurso Especial n. 841860/PR (2006/0087872-1), Relator: Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, data de publicação: DJe 01/08/2008.

devedor principal, tal qual o sentido atribuído ao dispositivo 134 do CTN. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO-GERENTE. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. 1. O Tribunal de origem reconheceu *in casu*, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional. 2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser. 3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica. Aplicação do princípio da *actio nata*. 4. Agravo Regimental provido. (AgRg no REsp 1.062.571/RS, Rel. Min, Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20.11.2008, DJe 24.3.2009)

Sob outra perspectiva, o termo “pessoalmente”, empregado no texto legal, implicaria asseverar que o responsável tributário deve ser direta e exclusivamente demandado, o que significaria refutar o benefício de ordem, dando lugar à modalidade de substituição. Infirma-se a conclusão antecedente ao sugerir-se que a leitura do artigo 135 conduz à acepção de que o contribuinte deve ser excluído do polo passivo da obrigação, não se tratando de responsabilidade subsidiária ou solidária¹⁴.

De outro norte, Hugo Brito de Machado protesta pela manutenção do contribuinte no polo passivo da demanda, ainda que o responsável também o integre. Não se trata de uma conservação meramente formal, visto que não implica a desobrigação do devedor originário. O excerto a seguir bem sintetiza a perspectiva do autor:

Dizer que são pessoalmente responsáveis as pessoas que indica não quer dizer que a pessoa jurídica fica desobrigada. A presença do responsável, daquele a quem é atribuída a responsabilidade tributária

14 AMARO, op. cit.

nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional, não exclui a presença do contribuinte¹⁵.

Impende elucidar que, não obstante a ação seja focada no responsável tributário, o contribuinte inadimplente não deixa de figurar na demanda executiva, o que, de fato, otimiza a persecução pelo recebimento do crédito¹⁶.

Dadas essas premissas, não se pode olvidar que a ausência de quitação da dívida fiscal não serve de parâmetro para a responsabilização de sócios, isto quando acatado isoladamente. Conquanto a jurisprudência outrora admitisse tal possibilidade, os bens que não pertencem à sociedade não mais podem ser arrolados ante a mera falta de pagamento de tributos, tampouco se permite que o nome dos sócios conste no título executivo extrajudicial, a CDA. Essa conclusão será relevante ao próximo tópico do estudo, que tratará especificamente do marco inicial do prazo prescricional para se redirecionar a execução fiscal contra terceiro.

3 TERMO *A QUO* DO LUSTRO PRESCRICIONAL

O termo inicial da contagem do prazo de prescrição para o redirecionamento do feito executivo em face do administrador é questão controvertida na jurisprudência. O assunto foi objeto do Recurso Especial n. 1.145.563/PR, autuado em 2009 e posteriormente submetido à forma do artigo 543-C do Código de Processo Civil. Na ocasião, o sócio executado insurgiu-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4^a. Região. Entretanto, não houve ponderação acerca da matéria, visto que o Ministro Relator Luiz Fux acolheu os embargos de declaração opostos pelo recorrente e, mediante invocação da Súmula 211 do STJ¹⁷, determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem – Tribunal Regional Federal da 4^a. Região – ante a afronta ao artigo 535 do CPC.

15 MACHADO, op. cit., p. 596.

16 Corroborar esse entendimento o elucidativo fragmento da ementa do voto do Relator Otávio Roberto Pamplona no Agravo de Instrumento n. 5018929-56.2014.404.0000/SC: “A responsabilidade prevista no art. 135 do CTN é pessoal dos sujeitos nele elencados, porém solidária com a pessoa jurídica, contribuinte da exação, não comportando benefício de ordem. Inteligência dos arts. 135 e 124, inciso II, e seu parágrafo único, ambos do CTN. 3. Tratando-se de responsabilidade solidária, e não subsidiária, correta está a exequente em postular desde logo o redirecionamento, ainda que exista nos autos bem penhorado”. (TRF4, D.E. 09/10/2014).

17 Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.”

Adiante, o Ministro Relator Herman Benjamin definiu que o Recurso Especial n. 1.201.993/SP, interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra *decisum* do Tribunal de Justiça do estado, seria afetado à 1ª. Seção, seguindo o regime do artigo 543-C do CPC. O acórdão hostilizado considerou que houve “decorso superior a cinco anos entre a citação da devedora e a citação dos sócios”¹⁸. Na data de 14/09/2011, o Relator deu provimento ao recurso especial. Na oportunidade, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho pediu vista dos autos e, em 23/11/2011, apresentou seu voto no sentido de negar provimento ao recurso fazendário. Então, o Min. Herman Benjamin solicitou nova consulta ao processo, tendo concluído pela ratificação de seu posicionamento anterior. Na sequência, o Min. Mauro Campbell Marques deu provimento ao recurso em 28/11/2012. No final do ano de 2014, decidiu-se pela renovação do julgamento, tendo em vista a “insuficiência de quórum”, o que foi repetido em outubro de 2015. Por fim, a Sra. Ministra Regina Helena Costa e o Ministro Relator pediram vista dos autos. Desde então, nenhuma movimentação de relevância foi adicionada ao processo, cuja última fase é datada de 29/10/2015, a saber, “Conclusos para julgamento ao(à) Ministro(a) HERMAN BENJAMIN (Relator) após pedido de vista regimental, conforme certidão de julgamento à fl. 763”¹⁹.

Inexiste consenso entre os magistrados que lidam com o tema em primeira instância, e mesmo entre os desembargadores. A dissonância se dá, inclusive, no seio de um mesmo Tribunal, entre as diferentes turmas que o compõem. Para ilustrar a contenda que circunscreve a matéria, reúno dois decisórios recentemente ementados pelo Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, que abrange as Seções Judiciárias dos estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul:

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO PARA OS SÓCIOS. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA. NÃO EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO À DEVEDORA PRINCIPAL.

1. Entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a citação do sócio para fins de redirecionamento de execução fiscal deve ser efetuada nos cinco anos a contar da data da citação da empresa executada, em observância ao disposto no citado art. 174 do Código Tributário Nacional.

18 Agravo n. 907.979.5/8-00 Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 04/05/2009, DJSP 07/05/2009.

19 A última consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça foi realizada em 01/03/2016.

2. *Decurso de prazo superior a cinco anos entre a citação da pessoa jurídica e o pedido de inclusão de sócios.*

3. Descabimento da extinção da execução em relação à pessoa jurídica em razão de ter havido dissolução irregular e não dispor mais a sociedade de patrimônio para satisfazer o crédito tributário, eis que vedado ao Poder Judiciário apreciar a conveniência e oportunidade da Administração Fiscal de suportar os efeitos da extinção das execuções que promove. Aplicação por analogia do artigo 20 da Lei n. 10.522/2002 e da Súmula n. 452, do Superior Tribunal de Justiça.

4. Apelação da União e remessa oficial a que se dá parcial provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, APELREEX 0000439-50.2004.4.03.6111, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, julgado em 19/03/2015, e-DJF3 Judicial 1, DATA:31/03/2015) (*grifo nosso*)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. CARACTERIZADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. A existência do nome do sócio ou dirigente no quadro de devedores da Certidão de Dívida Ativa só o legitima para figurar no polo passivo da execução fiscal caso a autoridade administrativa tenha logrado provar que aquele cometeu qualquer dos atos previstos no inciso III do artigo 135 do CTN, ou a ocorrência de dissolução irregular, nos termos da Súmula 435 do STJ.

2. O prazo prescricional a ser observado é de 5 (cinco) anos, já que a partir da Constituição Federal de 1988, as contribuições sociais foram dotadas novamente de natureza tributária, pelo que o prazo prescricional voltou a ser regido pela norma do artigo 174 do Código Tributário Nacional que prevê: “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 05 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

3. *Somente a partir da dissolução irregular pode ser compreendida como legítima a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, e, conseqüentemente, é o momento em que se inicia o cômputo do prazo prescricional de cinco anos para o redirecionamento da execução fiscal. Precedentes.*

4. A partir da ciência quanto à dissolução irregular da executada principal, em 16/04/1999, o termo ad quem do lapso de cinco anos para caracterização da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal aos sócios da empresa executada corresponde a 16/04/2004, impondo-se seu reconhecimento no presente caso.

5. Agravo legal improvido.

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, AI 0033083-70.2009.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 17/03/2015, e-DJF3 Judicial 1, DATA:26/03/2015) (*grifo nosso*)

Os excertos transcritos evidenciam a dissensão que cerceia a temática, como já ressaltado. Apesar de estar pendente o julgamento do Recurso Especial n. 1.201.993, a ser julgado sob o rito dos recursos repetitivos, a primeira seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça tem empregado o entendimento de que a contagem do prazo em estudo encetaria no momento em que fosse citada a empresa executada. Frise-se que a Corte Especial firmou o entendimento de que o comando legal do artigo 543-C, do CPC, apenas é dirigido aos Tribunais de segunda instância, razão pela qual os recursos especiais já remetidos ao STJ não são abrangidos. Em vista disso, alguns processos que envolvem a matéria controvertida têm sido levados a julgamento e evidenciam o posicionamento regresso. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. PRESCRIÇÃO NO REDIRECIONAMENTO. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça que a citação dos corresponsáveis eventuais, para interromper a prescrição em relação ao pedido de redirecionamento da execução fiscal, deve ocorrer em até cinco anos a partir da citação da pessoa jurídica. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 500.020/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNESMAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 01/07/2015)

Cumpra registrar, no entanto, que há decisões da Corte Superior que não adotaram a citação da pessoa jurídica como marco deflagrador do

quinquênio legal, reconhecendo o emergir da possibilidade de exercício da pretensão como motivo legítimo para tanto. Alguns precedentes: Agravo Regimental no Recurso Especial 1062571/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 24/03/2009; Recurso Especial 1095687/SP, Relator Ministro Castro Meira Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 08/10/2010; e Agravo Regimental no Recurso Especial 1196377/SP, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 19/10/2010, DJe 27/10/2010).

Não há objeção à viabilidade de se manejar uma ação executiva em face do responsável tributário, contanto que se denote a situação fática que enseja a aplicação da norma correspondente, ainda que o terceiro não tenha participado do processo administrativo de constituição do crédito tributário. Sob o prisma da relação de direito processual, o rol daqueles que podem figurar no polo passivo de uma execução é elencado no artigo 568 do Código de Processo Civil, dentre os quais se lê “o responsável tributário” (inciso V), ao passo que o Código Tributário Nacional dá guarida às normas de direito material sobre as quais se ampara a responsabilidade.

Resta, portanto, observar os ditames relativos ao lapso temporal de que a fazenda pública dispõe para tanto. Depreende-se do artigo 174 do CTN que ao credor foram conferidos cinco anos para que se efetivasse a cobrança judicial da dívida, a começar da data em que o crédito tributário foi definitivamente constituído. O parágrafo único, por sua vez, relaciona as hipóteses que interrompem esse fluxo, dentre as quais, a ordem judicial para citação no executivo fiscal, conforme inciso I, cuja redação foi alterada pela Lei Complementar n. 118/2005²⁰. Isso importa dizer que, para pleitear em juízo a percepção do que lhe é devido, o Fisco dispõe de um intervalo máximo de cinco anos entre a constituição do crédito tributário e o despacho que determina a citação do devedor, se nenhuma outra causa de paralisação se consumir no período e ressalvada a morosidade exclusivamente imputada ao aparato judiciário. Registre-se, por oportuno, que o assunto encontra guarida na Súmula n. 106 do STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Da interpretação sistemática do aludido dispositivo, infere-se que tempo idêntico é conferido ao credor fazendário para que este promova o

20 A antiga redação do parágrafo único, inciso I, do artigo 174 do CTN, considerava a “citação pessoal feita ao devedor” como um dos marcos interruptivos da prescrição.

redirecionamento do executivo em face do responsável tributário. Nessa lógica, este estudo intenta perquirir qual seria o momento legítimo para que a contagem desse prazo seja inaugurada.

Delinear o termo *a quo* perpassa pela configuração do fato que dá causa ao redirecionamento, a propósito, a dissolução irregular de uma sociedade limitada. Se a prescrição está alicerçada sobre a violação de um direito e a inércia, o estudo tributário não pode desvincular-se de tais premissas. Dito isso, a possibilidade de se exercer uma pretensão é condição basilar para o transcurso do prazo, juízo condizente com o princípio da *actio nata*. Em compasso com a ciência acerca da lesão ao direito, eclode a pretensão e, sendo esta conhecida pelo credor, não há razão para postergar o começo do lustro prescricional. A desídia do ente fazendário não é albergada nesta concepção, visto que não pode quedar-se inerte, sem imprimir efetividade aos atos tendentes ao alcance de seu pleito, qual seja, a satisfação da dívida.

Enquanto não atestada a ocorrência de fato praticado pelo terceiro que sustenta a sua responsabilização, não há como manejar a execução em seu desfavor. Não é razoável acoirar o responsável tributário por um ato sobre o qual inexistente notícia nos autos, um ilícito que não fora ainda constatado ou sequer ocorreu. Antes dessa conformação, não há que se falar em pretensão exercitável que submeta o credor ao prazo prescricional. Sua estreia está enleada à possibilidade de a fazenda recorrer à prestação jurisdicional para reclamar o seu direito à quitação dos tributos, multas e juros decorrentes, encartados na CDA.

Essa também é a conclusão que foi aprovada por maioria no I FONEF (Fórum Nacional de Execuções Fiscais), realizado em 2015, no qual se elaborou o Enunciado 9, aprovado por maioria dos participantes: “O termo inicial do prazo para o exequente requerer o redirecionamento conta-se da sua ciência da dissolução irregular comprovada nos autos”.

O caráter punitivo da prescrição revela-se à medida que o exequente, apto a postular seu direito perante terceiro, não o faz. A ciência da condição autorizadora do redirecionamento viabiliza o requerimento perante o Juízo da execução, de modo que a inércia em adotar as medidas cabíveis para tanto acarreta a consumação do quinquênio legal e tem como resultado a perda da pretensão.

Não obstante o Ministro Herman Benjamin enfatize o momento em que nasceu a pretensão para o redirecionamento, o que implica averiguar

se antecedeu ou foi posterior à citação da empresa, a inviabilidade de se considerar reiniciado o prazo prescricional assim que citada a pessoa jurídica ou com o despacho citatório, em quaisquer casos, norteia seu diagnóstico acerca do assunto. Nesse prisma, faço uso de seus dizeres, *verbo ad verbum*, proferidos em seu voto-vista no Recurso Especial interposto contra decisão no Agravo de Instrumento n. 1.239.258/SP:

Ocorre que os antigos precedentes, que se limitavam à situação acima referida, passaram a ser aplicados, sem a prudência que seria recomendável – ou, ao menos, sem que o tema fosse analisado em seus desdobramentos – para as hipóteses de redirecionamento da Execução Fiscal. Pior ainda, consagram a equivocada tese da prescrição pautada em parâmetro objetivo e absolutamente desvinculado de inércia atribuível à parte (“prescrição sem inércia”). [...] Como em qualquer ramo do Direito, a aplicação de um instituto jurídico não pode ser feita com base na singela literalidade da redação da lei. É preciso, antes, captar a essência da norma que o dispositivo legal enuncia, à luz dos princípios que o informam. [...] Por essa razão, quanto ao entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que o prazo para redirecionamento da Execução Fiscal, mediante inclusão do sócio gerente (ou responsável nos termos da lei) no polo passivo, é de cinco anos, contados da citação da pessoa jurídica, tenho que somente é aplicável quando a autoridade judiciária, com base na prova dos autos, constata que o ato de infração à lei ou aos estatutos sociais é precedente à citação do devedor principal e, cumulativamente, o débito não está com a exigibilidade suspensa. [...] No caso dos autos, observo que o Tribunal de origem aplicou mal a legislação apontada como infringida, pois não atentou para a necessidade de identificação do momento a partir do qual nasceu a pretensão do redirecionamento. Limitou-se a, abstratamente, consignar que o redirecionamento foi pleiteado após superado o prazo de 5 anos da citação da pessoa jurídica.

Insta salientar que não se pretende eleger um critério imutável e insensível às circunstâncias peculiares de cada caso. A proposta aqui debatida adequa-se a situações recorrentes no cotidiano da prática jurídica, contudo, não parece prudente recomendar o esgotamento do assunto.

Nesse rumo, importante se faz repensar a tendência jurisprudencial de acolher a citação da pessoa jurídica como marco inaugural para a contagem do lustro prescricional. O exame desse posicionamento remete a um paradigma outrora difundido pelos Tribunais Superiores, que concebia a responsabilização do sócio unicamente pelo inadimplemento da dívida,

sem que houvesse a exigência de outra conduta infratora. Sob esse enfoque, a ausência de pagamento da dívida no prazo concedido pelo ato citatório era motivo bastante para que o sócio passasse a integrar o polo passivo da demanda judicial. Justo seria, portanto, que a contagem do prazo conferido à Fazenda Pública para requerer a inclusão do sócio na execução fosse estreada com a citação da parte originariamente executada. No cenário atual, não mais se admite atingir o patrimônio do sócio para a quitação de dívida cujo fato gerador refere-se à empresa²¹.

O argumento sobre o qual se assenta tal interpretação demanda um olhar particularizado, dadas as circunstâncias atuais que cerceiam a matéria. Não se menoscaba a premissa de que essa referência temporal elidiria a imprescritibilidade do crédito e, por conseguinte, propiciaria segurança jurídica aos jurisdicionados, em especial, àqueles demandados.

A par da argumentação de que a cobrança do crédito tributário nos termos aqui delineados seria eterna, asserção esta dispersada por parte dos que escudam o início do prazo prescricional atrelado à citação da pessoa jurídica originária, algumas sinóticas considerações hão de ser delineadas.

A interpretação harmônica do sistema tributário e da Lei de Execuções Fiscais conduz ao entendimento de que o prazo previsto pelo artigo 174 do Código Tributário Nacional diz respeito não somente ao lapso temporal entre a constituição definitiva do crédito e o despacho judicial de citação do devedor, mas abrange também os atos processuais praticados no âmbito da ação executiva, ou seja, no *iter* processual seguinte ao ajuizamento da demanda.

Nesse percorrer, o próprio artigo 40 da Lei 6.830/1980 estabelece a possibilidade da extinção do executivo quando da ocorrência de prescrição intercorrente face à inércia do exequente em localizar o devedor e auferir o adimplemento da dívida por meio da persecução de seus bens. Abstendo-se do exercício de seu direito, ou seja, não promovendo atos que efetivamente viabilizam a cobrança do crédito, a Fazenda Pública estará adstrita a tal disposição da lei. Via de consequência, o prazo prescricional, outrora interrompido, terá sua contagem reiniciada a partir do despacho que

21 No Recurso Repetitivo n. 1.101.728-SO (DJe 23.03.09), definiu-se que “a simples falta de pagamento de tributo não configura, por si só, nem em tese, circunstância que acarreta a responsabilidade subsidiária do sócio, prevista no art. 135 do Código Tributário Nacional. É indispensável, para tanto, que tenha agido com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto da empresa”. O enlace da questão se deu com o Enunciado sumular n. 430 do STJ: “O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente”.

determinou a suspensão do feito, segundo reiterada jurisprudência. Culminado o decurso quinquenal sem que o curso processual seja retomado, com indicação de bens efetivamente constritáveis, o magistrado pode, inclusive *ex officio*, reconhecer a prescrição e decretá-la, com observância dos dizeres legais dos parágrafos do aludido artigo.

Isto exposto, não há que se falar em pretensão inatingível pela prescrição. A legislação não respalda a desídia do credor, que é afeto a impulsionar a ação executiva. Cabe a ele perquirir a real situação da empresa devedora, empregando diligências que indiciem eventual encerramento das atividades sem acato do devido procedimento, o que franqueia o deslocamento do executivo ao terceiro responsável, nos termos já exauridos.

A busca por informes mediante acesso a sistemas conveniados às Procuradorias, tais como o CNE (Cadastro Nacional de Empresas) e o SINTEGRA (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços), a expedição de ofício à Junta Comercial respectiva e mesmo o requerimento ao Juízo para que atue na apuração com apoio em evidências encartadas aos autos, são medidas tangíveis e que caracterizam uma atuação diligente por parte do órgão fazendário. De grande valia também é a consulta aos dados arquivados junto à Receita Federal do Brasil, cujos registros econômicos-fiscais ou a falta destes são indicativos fidedignos de paralisação das atividades, resguardado o sigilo que os permeia. O confronto dessas informações, aliado à insolvência da devedora originária – ausência de bens consubstanciada em buscas infrutíferas – é apto a formalizar um complexo probatório que conduz à inferência de que a empresa foi extinta de forma irregular. Não havendo impulso útil ao prosseguimento do feito executivo, é plausível a aplicação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais (LEF).

Feitas essas considerações, é oportuno descrever uma hipótese com a qual comumente os operadores se deparam na práxis jurídica. A título de exemplo, imagine-se o ajuizamento de uma execução fiscal pela Fazenda Pública em face de uma sociedade limitada para cobrança de montante inscrito em dívida ativa da União. Exarado o despacho citatório, o Oficial de Justiça procede à citação da empresa na pessoa de seu sócio administrador, oportunidade em que constata o pleno funcionamento do comércio varejista. Decorrido o prazo para pagamento sem que o devedor liquidasse a dívida ou aderisse a parcelamento, e nem mesmo fossem nomeados bens à penhora, o patrimônio da pessoa jurídica passa a ser perseguido. No entanto, apesar das inúmeras diligências empreendidas, apenas um veículo e duas prateleiras foram constritas e depositadas. Decorridos quatro anos desde a citação,

foram designadas datas para o praxeamento dos bens. O êxito da alienação judicial, todavia, não acarretou a extinção do processo, visto que o produto da arrematação não foi suficiente para suprimir o débito. Outras buscas por bens penhoráveis foram efetuadas, porém, todas restaram frustradas. Seguidamente, deferiu-se o requerimento de penhora de percentual do faturamento da empresa, a qual procedeu aos depósitos e prestação de contas correlatos durante um ano. Em vista do descumprimento da ordem judicial, a parte exequente postulou a intimação pessoal do depositário, bem como carrou aos autos indícios de que a sociedade foi extinta de forma irregular.

Do caso hipotético, colige-se que a pretensão hábil a ensejar a responsabilização de terceiro exsurgiu em momento posterior ao decurso de um lustro, se principiado pela perfectibilização do ato citatório. À toda evidência, era descabida a inserção do responsável tributário até que se concretizasse a condição autorizadora do redirecionamento. No mais, vale frisar que, caso se entenda pelo cabimento da responsabilidade subsidiária do sócio, a inclusão deste no executivo somente pode se dar após o esgotamento dos meios de consecução de bens em face da pessoa jurídica, desde que preenchidos os requisitos legais (*vide* AGRESP nº 1062571, DJe 24/03/2009, Rel. Herman Benjamin).

Daí se nota ser providente inadmitir – de modo irrestrito – um termo *a quo* arraigado tão somente na citação do devedor originário, sem que a existência de uma pretensão exercitável em juízo seja providencial, conclusão adversa de se conceber um crédito imprescritível. Como explicitado, a partir da leitura sistemática do artigo 174 do CTN, depreende-se que há, sim, delimitação temporal, aprazada em cinco anos. Entretanto, para o encetamento da contagem, exige-se o atendimento às já mencionadas condições jurídicas, sem que se descuide da ciência do credor.

4 CONCLUSÃO

É certo que o julgamento do Recurso Repetitivo n. 1.201.993 servirá de referência às decisões subsequentes no que tange ao início do prazo prescricional para se redirecionar o executivo fiscal contra o administrador; contudo, não poderá esgotar-se em si.

O conceito de prescrição há de ser examinado com amparo no ordenamento jurídico pátrio e na narrativa jurídica que pensa e repensa o Direito, de modo a prestigiar parâmetros técnicos que designam que esse instituto vindica uma pretensão exercitável e a inércia do titular do direito, o qual, especificamente nos casos de executivos fiscais, situa-se como credor.

A exigência de rompimento do direito – que implica o surgimento da pretensão quando conhecido aquele – para que seja encetado o quinquênio legal não impede a reverência ao princípio de segurança jurídica, tampouco importa admitir a imprescritibilidade de uma dívida. É providente inadmitir – de modo irrestrito – um termo *a quo* arraigado tão somente na citação do devedor originário, sem a existência de uma pretensão exercitável em juízo, conclusão adversa de se conceber um crédito em aberto *ad infinitum*. A estreia da contagem não dispensa o atendimento às já mencionadas condições jurídicas, sem que tal signifique desprezo ao interesse social subjacente à prescrição.

Entretanto, cabe mencionar que uma tese conclusiva em que se afigura a citação da pessoa jurídica como o deslinde da questão estará robustecida pelo paradigma de que o inadimplemento da dívida é motivo bastante para a persecução dos bens daquele que gere a empresa, sem que a conjectura seja analisada com amparo na existência de uma pretensão tangível ao credor.

Daí se nota ser providente inadmitir – de modo irrestrito – um termo *a quo* arraigado tão somente na citação do devedor originário, sem que a existência de uma pretensão exercitável em juízo seja providencial, conclusão adversa de se conceber um crédito imprescritível. Como explicitado, a partir da leitura sistemática do artigo 174 do CTN, depreende-se que há, sim, delimitação temporal, aprazada em cinco anos. Entretanto, para o encetamento da contagem, exige-se o atendimento às já mencionadas condições jurídicas, sem que se descuide da ciência do credor.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 27 out. 1966.

_____. Lei nº 8.630, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 set. 1980.

_____. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Consulta Interna nº 20121000CI00013. Reconhecimento administrativo de prescrição intercorrente. Possibilidade. *Parecer PGNF/CDA n. 877, de 26 de maio de 2003*. Autor: Luiz Fernando Jucá Filho. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/%2Fstorage%2Ff%2F2013-10-1T021759%2F18162013_7ecf_arquivo.do>

c&usg=AFQjCNFs7pXdFHZ444LpwSYACnPCcLiCWg&sig2=do38RGyRkYzmJ8EZ2DD3Yg&bv=108194040,d.Y2l> Acesso em 10 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp nº 677.880*, Brasília, DF, 13 mai. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1374744*, Brasília, DF, 12 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1.062.571*, Brasília, DF, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 1.075.130*, Brasília, DF, 02 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp nº 841860*, Brasília, DF, 01 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AGREsp nº 1062571*, Brasília, DF, 24 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AGREsp nº 1196377*, Brasília, DF, 27 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1095687*, Brasília, DF, 08 out. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 562.276*, Brasília, DF, 10 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª. Região. *AI nº 5018929-56.2014.4.04.0000*, Porto Alegre, RS, 09 out. 2014. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. *APELREEX nº 0000439-50.2004.03.6111*, São Paulo, SP, 31 03. 2015. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região. *AI nº 0033083-70.2009.4.03.0000*, São Paulo, SP, 26 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 15 out. 2015.

CARVALHO, Aurora Tomazini. (Org.) *Decadência e prescrição em Direito Tributário*. São Paulo: MP Editora, 2008.

FONEF. I Fórum Nacional de Execuções Fiscais. *Enunciados consolidados*. 14 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.ajufe.org/arquivos/downloads/enunciados-consolidados-fonef-161431118.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

LEAL, Antônio Luís da Câmara *Da prescrição e da decadência. Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Adriano Vidigal. A contagem do prazo prescricional do crédito tributário em relação aos sócios administradores. *Revista Dialética do Direito Tributário*. N. 216, setembro de 2013.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2014.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2007.

RECEBIDO EM: 22/05/2016

APROVADO EM: 18/08/2016

PUBLICIDADE REGISTRAL PARA PROTEÇÃO AMBIENTAL: AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL NA MATRÍCULA IMOBILIÁRIA E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL

***LAND REGISTRATION AND ENVIRONMENTAL PROTECTION:
REGISTRATION OF LEGAL RESERVE AREA AND THE NEW
ENVIRONMENTAL LAW***

Gabriela Almeida Marcon

*Mestranda em Administração pela Universidade do Sul de Santa Catarina,
UNISUL. Pós-Graduada em Direito. Graduação em Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina - UFSC. Procuradora Federal - AGU*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Segurança Jurídica, Publicidade Registral e Proteção Ambiental; 2 Averbação da Reserva Legal após o Código Florestal de 2012; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é refletir sobre a publicidade registral como meio de promoção da proteção ambiental. Este artigo tem como objetivo analisar se resta mantida no ordenamento jurídico pátrio a viabilidade de averbação da área destinada à Reserva Legal na matrícula imobiliária e em quais casos. Para alcançar o objetivo geral lançado neste estudo, o pesquisador realizou uma revisão sistemática da literatura e da jurisprudência nacional, de caráter exploratório, acerca da importância da publicidade registral, desenvolvimento sustentável, reserva legal e tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Concluiu-se que, a despeito das disposições trazidas pelo artigo 18, §4º, da Lei n. 12.651/12, o artigo 167, II, item 22 da Lei n. 6.015/73 não foi revogado. Além disto, a averbação matricular da especialização da reserva legal é forma de promover a proteção do meio ambiente a partir da publicidade da existência de limitação administrativa sobre a propriedade rural, sendo, portanto, plenamente compatível com a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Reserva Legal. Averbação. Registro de Imóveis. Publicidade Registral. Direito Ambiental.

ABSTRACT: The primary concern of this study is to reflect on the publicity of the real state registration system as means to foster environmental protection. This article aims to analyze if it's still possible in the Brazilian legal system the registration of the area destined to the legal reserve in the real estate registration and in which cases. In order to achieve the overall goal out this study, the researcher conducted an exploratory systematic review of literature and national jurisprudence, about the importance of real state registration publicity, sustainable development, legal reserve and sustainability. It was concluded that, despite the provisions brought by Article 18, paragraph 4 of Law n. 12,651 / 12, the Article 167, II, item 22 of Law n. 6,015 / 73 has not been revoked. In addition, the enrollment of the legal reserve area is a way to promote the protection of the environment and therefore fully compatible with the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Legal reserve. Registration. Property Registry. Publicity. Environmental Law.

INTRODUÇÃO

O reforço da cidadania num Estado que se preocupa em preservar o meio ambiente postula uma nova racionalidade jurídica, desvinculada da propriedade como matriz de estruturação do ordenamento (PUREZA, 1997). A Sociedade de Risco assinala um estágio da modernidade em que as ameaças produzidas no período industrial clássico agigantam-se (BECK et al., 1997). A sustentabilidade foi declarada a nova grande tendência a ser enfrentada pelas organizações e pelo governo (LUBIN e ESTY, 2010; HOLDEN et al., 2014). É natural que a estrutura das cidades seja diversa conforme a situação econômica, social e ecológica local (HAFEZ, 2015). É, ainda, consabido que o crescimento da indústria da construção e a especulação imobiliária acarretaram uma série de problemas socioambientais, tais como o aumento da emissão de gases poluentes e do consumo de energia (LI et al., 2014; ZUO e ZHAO, 2014).

Após a 2ª Guerra Mundial, cientistas de diversas áreas, passaram a discutir pragmaticamente alternativas para aliança entre crescimento econômico e proteção do meio ambiente, com ênfase no princípio da solidariedade intergeracional (GIDDINGS et al., 2002; SNEDDON et al., 2006; CANOTILHO, 2007). A origem do conceito de desenvolvimento sustentável remete ao Relatório Brundtland ou “Nosso Futuro Comum” (WCED, 1987). De acordo com dito relatório – que ganhou este nome em homenagem à primeira-ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland – o crescimento por si só não basta.

O desenvolvimento sustentável requer que as sociedades satisfaçam necessidades humanas de forma isonômica, tanto aumentando o potencial de produção, quanto garantindo a todos as mesmas oportunidades. Devem ser supridas as necessidades humanas onde claramente não são atendidas. Em locais onde, com efeito, não existem carências, o desenvolvimento sustentável poderá consentir com o crescimento econômico, desde que este crescimento reflita os princípios da sustentabilidade e não implique exploração de outrem (WCED, 1987). Quatro dimensões primárias derivam do Relatório Brundtland (WCED, 1987), quais sejam: a salvaguarda da sustentabilidade ecológica em longo prazo, a satisfação de necessidades humanas básicas, promoção da equidade intrageracional e intergeracional (HOLDEN et al., 2014).

A visão disseminada pelo Relatório Brundtland é antropocêntrica e segue o pensamento ambiental neoclássico, segundo o qual é sustentável o desenvolvimento econômico que não acarrete o esgotamento dos

recursos no presente, inviabilizando a qualidade de vida humana no futuro (SARTORIUS, 2006). É certo que a espécie humana se tornou grande fator transformador do ambiente, capaz de dizimar habitats e gerar mudanças climáticas drásticas (RIBEIRO, 2009). A preservação da natureza deve integrar o conceito de desenvolvimento sustentável (MACHADO, 2002).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 dedica um capítulo à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida das gerações atuais e futuras (BRASIL, 1988). O artigo 225 da Carta Magna brasileira consagra a proteção ao meio ambiente como direito e dever do Estado e dos cidadãos. Cabe ao Poder Público, no intuito de zelar pela conservação dos bens ambientais, cuja titularidade é difusa, definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente resguardados, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (BRASIL, 1988). Em harmonia com o capítulo dedicado à proteção da ecologia, o artigo 170 da Constituição de 1988 traz como princípios da ordem econômica a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, inclusive por meio de tratamento diferenciado consoante o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 1988).

É dever do Estado Democrático de Direito administrar as florestas afim de que seja viável o uso dos bens ambientais disponíveis e, concomitantemente, a promoção da sustentabilidade (FIORILLO, 2009). Neste passo, a propriedade privada está obrigada a cumprir sua função socioambiental e não está infensa à fiscalização, conforme definiu o Supremo Tribunal Federal quando da apreciação da ADI 3540 (BRASIL, 2006).

Dizer que a propriedade plena é direito real absoluto numa perspectiva civilista, por consistir na reunião das faculdades de uso, gozo, fruição e disposição, não significa que o exercício deste direito é absoluto. Há limitações constitucionais ao agir do proprietário, com base no interesse público. O direito à propriedade representa condição de existência digna e de liberdade dos seres humanos (MONTEIRO, 2003).

Ante o exposto, o presente estudo pretendeu refletir sobre a publicidade registral como meio de promoção da proteção ambiental. Buscou-se, para tanto, responder se resta mantida no ordenamento jurídico pátrio a viabilidade de averbação da área destinada à Reserva Legal na matrícula imobiliária e em quais casos.

Para alcançar o objetivo geral proposto, foi examinada a literatura existente acerca do direito à sustentabilidade e publicidade registral. Para futuros estudos acadêmicos, o trabalho pode ser um ponto de referência para novas pesquisas em termos do caráter protetivo ao meio ambiente da publicidade registral imobiliária. O pesquisador realizou uma revisão sistemática da literatura e da jurisprudência nacional, de caráter exploratório, acerca da publicidade registral e tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A pesquisa exploratória pretende fazer um levantamento bibliográfico para buscar evidências científicas (TRANFIELD et al., 2003). Quanto à abordagem da pesquisa, classifica-se como qualitativa (RICHARDSON, 2010), envolvendo a coleta de dados secundários.

1 SEGURANÇA JURÍDICA, PUBLICIDADE REGISTRAL E PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Direito registral imobiliário objetiva a publicidade da propriedade de bens imóveis e de outros direitos reais imobiliários, no intuito de proteger titulares destes direitos reais (publicidade estática) e, ainda, asseverar o tráfego jurídico imobiliário (publicidade dinâmica) (LOUREIRO, 2014). O princípio da publicidade registral, ao conferir maior segurança jurídica aos negócios, diminui os custos econômicos e sociais das transações, implicando a redução da litigiosidade (LOUREIRO, 2014).

O sistema do fôlio real adotado pelo Brasil, semelhante ao Alemão, tornou-se exemplo internacional, sobretudo, em razão da seriedade e eficácia que dele emana. O efeito da concentração merece ser aplicado nos casos em que a publicidade se faz necessária, tais como quando recaia limitação ou restrição ao direito de propriedade (MELO, 2004).

Como é cediço, os direitos reais insculpidos no artigo 1.225 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) são taxativos, mas os atos passíveis de inscrição no fôlio real, são exemplificativos. O princípio da concentração foi bem delineado pelo Provimento n. 260/CGJ-MG/2013, da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal do Estado de Minas Gerais, veja-se:

IX - Da concentração, a possibilitar que se averbem na matrícula as ocorrências que alterem o registro, inclusive títulos de natureza judicial ou administrativa, para que haja uma publicidade ampla e de conhecimento de todos, preservando e garantindo, com isso, os interesses do adquirente e de terceiros de boa-fé (BRASIL, 2013).

A partir da adoção da matrícula, a qual deve conter todos os atos passíveis de oposição a terceiros, consagrou-se, como única prática saudável, o princípio da concentração (ERPEN e PAIVA, 2014). O que não está na matrícula imobiliária não deve existir para o mundo jurídico, ressalvados os casos em que a publicidade é natural, a exemplo da usucapião. O Registro de Imóveis tem força atrativa de todos os atos relevantes ao direito de propriedade consubstanciado numa matrícula imobiliária, a fim de resguardar a boa-fé dos adquirentes e terceiros interessados. Esta é a essência do princípio da concentração (ERPEN e PAIVA, 2014).

Os institutos protetivos ao meio ambiente, meios de promoção do desenvolvimento socioeconômico sustentável, configuram limitações administrativas, razão pela qual seu conhecimento erga omnes é juridicamente relevante. A limitação administrativa é restrição de caráter geral, não acarreta ônus específico a um particular. Sendo injunções de caráter geral, as limitações administrativas não ensejam indenização em favor dos proprietários, porquanto inexistentes sacrifícios individualizados, contudo genéricos a que se devem obrigar os membros da coletividade em prol do bem comum (CARVALHO FILHO, 2014).

No mesmo sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles (1997), que define limitação administrativa como sendo toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades privadas às demandas do bem-estar social. Na hipótese de esvaziamento econômico da propriedade acarretado pela instituição de determinação protetiva ao meio ambiente, eventuais prejuízos poderão ser indenizados mediante ação pessoal, não real. No tocante à natureza jurídica dos institutos protetivos ao meio ambiente, é torrencial o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a restrição ao uso do imóvel se trata de limitação administrativa, não ensejando desapropriação indireta¹.

Importante destacar, nesta senda, que, para fins de exclusão do cálculo da produtividade imobiliária e concessão da isenção de ITR prevista na Lei n. 9.393/96, artigo 10, II, alínea “a” em função da reserva legal (BRASIL, 1996), sob a égide do Código Florestal de 1965 o Superior Tribunal de Justiça exige a averbação no Registro de Imóveis². Este entendimento não

1 v. g. STJ, AgRg no AREsp 82.551/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015; STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 457.837/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014; STJ, AgRg no REsp 1.317.806-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 6/11/2012.

2 v. g. STJ AgRg no REsp 1.366.179/SC, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 20/03/2014.

merece se alterar em função da entrada em vigor do novo Código Florestal (BRASIL, 2012), isto porque representaria uma flexibilização da segurança jurídica, considerando que o CAR não está definitivamente implantado em todos os locais do território nacional, e, conseqüentemente, flexibilização da tutela do meio ambiente, o que não é admissível ante o artigo 225 da CF/88 (BRASIL, 1988). Neste norte, colaciona-se:

Conseqüentemente, reduzir, inviabilizar ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de proteção da Natureza nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que conceder colossal incentivo econômico a quem não podia explorar (e desmatar) partes de sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passa a podê-lo. Tudo às custas do esvaziamento da densificação do mínimo ecológico constitucional (BENJAMIN, 2012, p. 71-72).

É notória a relevância da publicidade que emana do registro no tocante às limitações administrativas decorrentes da tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2 AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL APÓS O CÓDIGO FLORESTAL DE 2012

Em 2012, no mês de junho, com o auxílio de organizações de diversos setores produtivos, o Brasil sediou a conferência Rio+20, que marcou os vinte anos da Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento – Rio 92 (Eco 92), renovando os compromissos firmados naquela época, atualizando a Agenda 21, propondo o crescimento econômico sem descuidar da inclusão social e da proteção da natureza (ONU, 2012). No relatório final denominado “O Futuro que Queremos”, os países reconhecem que o avanço obtido nos vinte anos que se seguiram à Eco 92 foi desigual, não havendo isonomia no tocante à promoção da sustentabilidade e à erradicação da pobreza nos continentes. As crises econômico-financeira, de alimentos e energética ameaçaram a habilidade, sobretudo, dos países em desenvolvimento em fomentar o progresso sustentável (ONU, 2012a).

No mesmo ano, entrou em vigor o novo Código Florestal brasileiro, instituído pela Lei Federal n. 12.651, que estabelece normas gerais acerca da proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, além de prever instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos (BRASIL, 2012).

A Reserva Legal é inerente ao direito de propriedade. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 186, assevera que a função social da propriedade rural é cumprida quando, dentre outras diretrizes, utiliza adequadamente os recursos naturais disponíveis e preserva o meio ambiente (BRASIL, 1988).

Neste norte, ante o caráter *propter rem* da reserva legal, bem como seu intuito de salvaguarda da cobertura florestal necessária à estabilidade do ecossistema local, impunha o Código Florestal, ao proprietário da área averbada, a vedação da alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação de área, com as exceções previstas em lei (MILARÉ, 2011).

O instituto da Reserva Legal pode ser definido, nos termos da Lei Federal atualmente em vigor, como a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos legais, com papel de garantir o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa (BRASIL, 2012). Ainda, a reserva legal contribui para a melhor disponibilidade hídrica e para a retenção de umidade, reduzindo os efeitos provocados por estiagens (VALENTE e GOMES, 2005). Os percentuais de reserva legal estão definidos para cada região no Código Florestal (BRASIL, 2012). Nos Estados do Sul do Brasil predomina o bioma mata atlântica, sendo exigida a reserva de 20%. Na Amazônia Legal, em áreas de florestas, o Código promulgado pela Lei n. 12.651/12 prevê, em seu artigo 12, I, a reserva legal de 80% (BRASIL, 2012).

O primeiro Código Florestal do país foi instituído pelo Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934. No artigo 107 este normativo já previa que os atos governamentais atinentes às florestas e imóveis determinados seriam comunicados aos Ofícios de Registro de Imóveis competentes para que fossem realizadas as averbações respectivas, sob pena de responsabilidade civil e criminal (BRASIL, 1934). O mesmo normativo previa em seu artigo 23 que nenhum proprietário de terras cobertas de mata nativa poderia abater mais de três quartas partes da vegetação existente no terreno, ressalvados os casos de reflorestamento e autorização do Poder Público (BRASIL, 1934). O decreto de 1934 foi revogado pelo Código Florestal de 1965, publicado no período de governo militar.

Em seu artigo 16, § 8º, da Lei Federal n. 4.771/1965, o antigo Código Florestal nacional previa que a área de reserva legal deveria

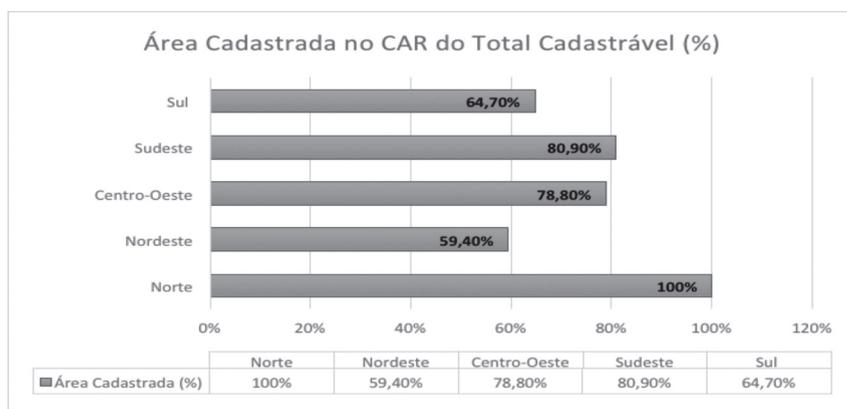
ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área (BRASIL, 1965). Sob a égide do Código Florestal de 1965, interessante destacar o entendimento então esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que normativos infralegais que permitam o registro de títulos aquisitivos sem a respectiva averbação da reserva legal florestal na matrícula do imóvel seriam nulos por esvaziar o conteúdo do referido código³.

A Lei 12.651/2012 criou o Cadastro Ambiental Rural (CAR), que é um registro eletrônico, obrigatório para todos os imóveis rurais brasileiros, formando base de dados estratégicos, integrando informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento (BRASIL, 2012). São, portanto, objetivos do CAR, conforme dicção do artigo 29 do Código Florestal atualmente em vigor, a promoção da identificação, da regularização ambiental e o monitoramento das propriedades e posses rurais (BRASIL, 2012). A Lei n. 12.651/12 não distingue os imóveis rurais quanto ao: domínio (propriedade ou posse); regime jurídico (público ou privado); proprietário (pessoa física ou jurídica); nacionalidade do titular; forma de uso (condomínio ou composesse) ou localização geográfica.

O artigo 18, §4º, da Lei n. 12.651/12 desobriga a averbação no Ofício de Registro de Imóveis para aqueles que realizarem o registro no CAR, sendo que, no período entre a data da publicação do novo Código Florestal e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à gratuidade do ato (BRASIL, 2012). Enquanto não plenamente implantado o CAR, é, portanto, necessária a averbação da especialização da reserva legal na matrícula imobiliária. De acordo com o Boletim Informativo do Serviço Florestal Brasileiro do mês de maio de 2016, já foram cadastrados no CAR 3.26 milhões de imóveis rurais, os quais totalizam uma área de 352.417.041 hectares e consistem em 81,69% da área passível de cadastro, que diz respeito aos números apurados até a instituição do Sistema (BRASIL, 2016).

3 v.g. STJ. RMS 18.301-MG, Rel. Min. João Otávio Noronha, julgado em 24/8/2005.

Figura 1 - Números do Cadastro Ambiental Rural em maio de 2016.



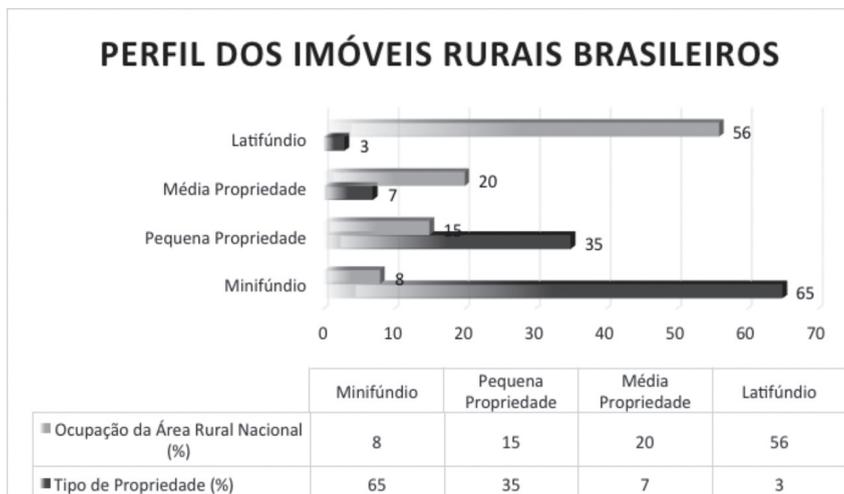
Fonte: Elaborado pelo autor. Adaptado do Boletim Informativo do Serviço Florestal Brasileiro (BRASIL, 2016).

O CAR é uma ferramenta importantíssima para o Poder Público, uma vez que fornece subsídios à intensificação da fiscalização. A nova lei não pretendeu reduzir a eficácia da norma ambiental, contudo, tão somente alterar o órgão responsável pelo registro da reserva legal, que antes era o Registro de Imóveis, e passou a ser o órgão ambiental responsável pelo CAR⁴.

Segundo levantamento de dados do IPEA (BRASIL, 2011), os minifúndios representam 65% dos imóveis rurais brasileiros, enquanto que os latifúndios apenas 3%, todavia, ocupam 56% da área rural. Logo, enquanto poucos imóveis concentram mais da metade da área destinada à agropecuária, acima de dois terços dos imóveis rurais do país seriam inviáveis economicamente do ponto de vista da extensão territorial. Os dados demonstram que a flexibilização da exigência de reserva legal não resolverá o problema dos minifúndios brasileiros. A proteção ambiental não tem sido entrave à produção e desenvolvimento dos pequenos proprietários rurais.

4 v.g. STJ, REsp 1.356.207-SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28/4/2015, DJe 7/5/2015.

Figura 2- Porcentagem do tipo de propriedade rural e porcentagem da ocupação da área rural brasileira



Fonte: Elaborado pelo Autor. Adaptado de IPEA (BRASIL, 2011).

É certo que mesmo sob a égide do Código Florestal de 1965, a existência da área de Reserva Florestal Legal independe de averbação na matrícula do imóvel (DEUD, 2009), o que ocorre a partir da averbação é a especialização da área, de extrema importância para fins de fiscalização do cumprimento da legislação ambiental.

O artigo 167, II, item 22 da Lei n. 6.015/73, com as alterações da Lei n. 11.284/2006, traz a possibilidade de averbação da reserva legal nas matrículas imobiliárias (BRASIL, 2006). Tal dispositivo não foi expressamente revogado (art. 83 da Lei n. 12.651/12) pelo novo Código Florestal e descabe dizer que é com ele incompatível.

Com efeito, não há incompatibilidade da averbação na matrícula do imóvel efetivada nos termos da Lei n. 4.771/65. Isto se depreende do próprio artigo 30 da Lei n. 12.651/12, do qual se extrai que quando a reserva legal que já estiver especializada na matrícula do imóvel o proprietário não será obrigado a fornecer novamente ao órgão ambiental as informações previstas no inciso III do § 1º do art. 29⁵.

5 Art. 30. Nos casos em que a Reserva Legal já tenha sido averbada na matrícula do imóvel e em que essa averbação identifique o perímetro e a localização da reserva, o proprietário não será obrigado a fornecer ao órgão ambiental as informações relativas à Reserva Legal previstas no inciso III do § 1º do art. 29.

A averbação da reserva legal na matrícula imobiliária não pode mais ser exigida de forma intransigente com base no Código Florestal atualmente em vigor (BRASIL, 2012), todavia, é importante meio de promoção da proteção ao meio ambiente, não havendo óbice para que seja realizada a critério do proprietário ou por determinação judicial, em Ações Cíveis Públicas de reparação de danos ambientais, como forma de assegurar a integridade do entorno.

É certo que a Lei Federal n. 7.347/85 que, entre outras providências, disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, consigna em seu artigo 3º que a Ação Civil Pública poderá ter por objeto obrigação de fazer e não fazer (BRASIL, 1985). A especialização da reserva legal é uma medida protetiva ao meio ambiente que certamente poderá ser cominada pelo juízo a requerimento do autor legitimado.

Não se pode dizer, ademais, que houve o rompimento entre o CAR e o princípio da concentração na matrícula imobiliária, o que implica admitir que a autoridade governamental competente, detentora do cadastro ambiental integrado, poderia fornecer as informações aos registros de imóveis.

Ainda, ante o disposto no artigo 24, VI, da Constituição Federal de 1988, que trata da competência legislativa concorrente entre União e Estados (BRASIL, 1988), conjugado com a previsão da Lei de Registros Públicos, não seria inconstitucional o estabelecimento de hipóteses específicas de averbação da especialização da área de reserva legal pelas legislações estaduais, de nítido caráter suplementar, não dissonantes da legislação federal geral, objetivando a preservação da fauna, da flora e conservação da biodiversidade, sobretudo, nas hipóteses em que a medida se justificasse ante ações de proteção a espécies vegetais ameaçadas de extinção, recursos hídricos, etc.

CONCLUSÕES

A busca pelo desenvolvimento sustentável é uma preocupação cotidiana global. As Grandes Guerras mundiais fizeram com que autoridades e pesquisadores em muitos países voltassem seu olhar à importância do meio ambiente para a vida humana. A Constituição Federal de 1988 incorporou

Parágrafo único. Para que o proprietário se desobrigue nos termos do caput, deverá apresentar ao órgão ambiental competente a certidão de registro de imóveis onde conste a averbação da Reserva Legal ou termo de compromisso já firmado nos casos de posse.

a conscientização e proteção ambiental em seu plexo axiológico, o que deu origem a normas ambientais cada vez mais pujantes.

A Reserva Florestal Legal, como limitação administrativa ao direito de propriedade, existe no ordenamento brasileiro antes mesmo da Constituição atualmente vigente, todavia, teve sua relevância enaltecida nos últimos anos, com vistas à preservação do meio ambiente como um todo, prestando-se a assegurar e reabilitar processos ecológicos. O Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771/65) previa a obrigatoriedade da averbação da especificação da reserva legal na matrícula imobiliária. A viabilidade da averbação emana do artigo 167, II, item 22 da Lei n. 6.015/73, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.284/06.

O papel dos Oficiais de Registro de Imóveis é conferir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos concernentes a imóveis. É certo que o conhecimento acerca da limitação administrativa decorrente da reserva florestal legal, sua extensão e exata localização é relevante aos terceiros interessados. O serviço público de registro de imóveis é de extrema relevância, exercendo os agentes delegados importante função social.

A Lei n. 12.651/12, novo Código Florestal Brasileiro, criou o Cadastro Ambiental Rural (CAR), no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA. Trata-se de um registro público eletrônico que desobriga o proprietário rural a efetivar a averbação da especialização da reserva legal na matrícula imobiliária. Não se pode dizer, porém, que a Lei n. 12.651/12 tenha suprimido do ordenamento jurídico a possibilidade de promoção da averbação em apreço. O artigo 30 da Lei n. 12.651/12 legitima as averbações realizadas sob a égide do artigo 16, §8º, da Lei n. 4.771/65. Ainda, não houve revogação do artigo 167, II, 22, da Lei n. 6.015/73.

O que se pode afirmar é que não haverá obrigatoriedade de averbação da reserva legal na matrícula imobiliária quando houver regular cadastro da propriedade rural no CAR. À míngua de implantação do CAR na localidade, prevalece a obrigatoriedade de averbação matricular. Ainda, será possível a averbação a critério dos proprietários, por determinação judicial ou pelo próprio poder público, detentor das informações do CAR. Ao invés de tornar meramente facultativa a averbação da reserva legal, a nova lei acentua seu caráter protetivo à ecologia. Interpretação diversa implicaria redução da proteção constitucionalmente conferida ao ambiente natural.

Não se diga que a manutenção no ordenamento jurídico da viabilidade da averbação matricular da especialização da reserva legal em coexistência com o cadastro no CAR implicaria gravame à propriedade rural. Consoante exposto, a reserva florestal legal existe independentemente da averbação, como o próprio nome sugere, decorre de lei imperativa e, portanto, a promoção da publicidade da limitação administrativa longe de violar qualquer garantia fundamental do proprietário apenas intensifica a tutela coletiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O CAR não pode ser entendido como supressão do dever de especializar a reserva florestal legal. Ao contrário, a instituição do cadastro integrado visa a robustecer a fiscalização e as ações protetivas, de sorte que não se pode entender ilegal a averbação matricular.

REFERÊNCIAS

BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997, p. 6-135.

BENJAMIN, A. H.V. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. In: Rollemberg, Rodrigo (org.). *O princípio da proibição do retrocesso ambiental*. Brasília: Senado, 2012.

BRASIL. ESTADO DE MINAS GERAIS. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Provimento nº 260/CGJ/2013. 2013. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02602013.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Comunicado do IPEA n. 96*: Código Florestal: Implicações do PL 1876/99 nas Áreas de Reserva Legal. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110616_comunicadoipea96.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934*: Aprova o código florestal que com este baixa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D23793impressao.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Lei Federal n. 4.771, de 15 de setembro de 1965*: Institui o novo Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771impressao.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985*: Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 05 de outubro de 1988*. Brasília. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*: Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 maio 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Lei Federal n. 11.284, de 2 de março de 2006*: Dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável; institui, na estrutura do Ministério do Meio Ambiente, o Serviço Florestal Brasileiro - SFB; cria o Fundo Nacional de Desenvolvimento Florestal - FNDF; altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, 4.771, de 15 de setembro de 1965, 6.938, de 31 de agosto de 1981, e 6.015, de 31 de dezembro de 1973; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11284.htm#art85>. Acesso em: 05 maio 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Lei Federal n. 12.651, de 25 de maio de 2012*: Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. *Lei Federal n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996*: Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, sobre pagamento da dívida representada por Títulos da Dívida Agrária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9393.htm>. Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL. SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO. Números do Cadastro Ambiental Rural. *Boletim Informativo - Extrato Brasil - Edição Extra - Dados até 05 de maio de 2016*. Disponível em: <<http://www.florestal.gov.br/cadastro-ambiental-rural/numeros-do-cadastro-ambiental-rural>>. Acesso em 16 maio de 2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no AREsp 82.551/MG*, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27 out 2015, DJe 10 nov 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.366.179/SC*, Relator Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20 fev. 2014, DJe 20 mar. 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg nos EDcl no AREsp 457.837/MG*, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15 maio 2014, DJe 22 maio 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp 1.356.207-SP*, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 28 abril 2015, DJe 7 maio 2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no REsp 1.317.806-MG*, Relator Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 6 nov 2012, Informativo 508, de 05 a 14 nov 2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RMS 18.301-MG*, Relator Ministro João Otávio Noronha, julgado em 24 agosto 2005. Informativo 257, período de 22 a 26 de agosto de 2005.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 3.540-MC*, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 01º set. 2005, DJ de 03 fev. 2006.

CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. p. 1-55. In: *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

DEUD, M. L. B. Averbação e recuperação da área de reserva florestal legal: responsabilidade do proprietário rural e as ADINs n. 3346 e 4495. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.6, n.12, p.155-174, jul./dez. 2009.

ERPEN, D.A.; PAIVA, J. P. L. *O princípio da concentração dos atos registrares na matrícula imobiliária*. IRIB, 2014. Disponível em: < http://www.trib.org.br/files/obra/20142110_PRINCIPIO_DA_CONCENTRACAO_PAIVA_E_ERPEN1.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIDDINGS, B.; HOPWOOD, B.; O'BRIEN, G. Environment, economy and society: Fitting them together into sustainable development. *Sustainable Development*, v. 10, n. 4, p. 187-196, 2002.

HAFEZ, R. M. New cities between sustainability and real estate investment: A case study of New Cairo city. Housing and Building National Research Center, *HBRC Journal*. 2015.

HOLDEN, E.; LINNERUD, K.; BANISTER, D. Sustainable development: Our Common Future revisited. *Global Environmental Change*, v. 26, p. 130-139, 2014.

LI, Y.; YANG, L.; HE, B.; ZHAO, D. *Green building in China: needs great promotion*. Sustain. Cities Soc. 11, 1-6. 2014.

LOUREIRO, L. G. *Registros Públicos: Teoria e Prática*. 5. ed. São Paulo: Método, 2014.

LUBIN, D.A.; ESTY, D.C. The Sustainability Imperative. *Harvard Business Review*, May 2010. Harvard Business School Publishing Corporation. 2010.

MACHADO, P. A. L. *Direito ambiental brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELO, M. A. S. de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 429, 9 set. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5669>>. Acesso em: 15 maio 2016.

MILARÉ, E. *Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco; doutrina; jurisprudência; glossário*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2011.

MONTEIRO, W. de B. *Curso de Direito Civil*. v. 3: Direito das Coisas. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. RIO+20: O MODELO BRASILEIRO. *Relatório de Sustentabilidade da Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável*. 2012. Disponível em: < http://www.rio20.gov.br/documentos/relatorio-rio-20/1.-relatorio-rio-20/at_download/relatorio_rio20.pdf>. Acesso em: 10 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. RIO+20. *Documentos da Conferência. Relatório “O Futuro que Queremos”*. 2012a. Disponível em: < http://www.rio20.gov.br/documentos/documentos-da-conferencia/o-futuro-que-queremos/at_download/the-future-we-want.pdf>. Acesso em: 15 maio 2016.

PUREZA, J. M. O Estatuto do ambiente na encruzilhada de três rupturas. *Oficina do CES*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, n.102, dez. 1997.

RIBEIRO, M. A. *Ecologizar: Instrumentos para a ação*. v. 3. Brasília: Universa, 2009.

RICHARDSON, R. J. *Pesquisa Social: métodos e técnicas*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SARTORIUS, C. Second-order sustainability-conditions for the development of sustainable innovations in a dynamic environment. *Ecological Economics*, v. 58, n. 2, p. 268- 286, 2006.

SNEDDONA, C.; HOWARTH, R. B.; NORGAARD, R. B. Sustainable development in a post-Brundtland world. *Ecological Economics*, v. 57, n. 2, p. 253-268, 2006.

TRANFIELD, D.; DENYER, D.; SMART, P. Towards a methodology for developing evidence-informed management knowledge by means of systematic review. *British Journal of Management*, v. 14, n. 3, p. 207-222, 2003.

VALENTE, O. F.; GOMES, M. A. *Conservação de nascentes: hidrografia e manejo de bacias hidrográficas de cabeceiras*. Viçosa: Aprenda Fácil, 2005. 210p.

WCED – World Commission on Environment and Development. *Our Common Future*. Oxford University Press, Oxford, 1987.

ZUOA, J.; ZHAO Z. Green building research—current status and future agenda: A review. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, v. 30, February 2014, p. 271–281.

RECEBIDO EM: 17/11/2016

APROVADO EM: 05/04/2017

CASO DOS PNEUS: ADEQUAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA À JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

*THE BRAZILIAN TYRES CASE: IMPLEMENTING
BRAZILIAN LEGAL ORDER COMPLIANCE WITH
INTERNATIONAL JURISDICTION*

*João Paulo Ribeiro Lima Pacheco Carnevalli de Oliveira
Mestre em Ciências no Programa de Pós-Graduação em Integração da América
Latina – PROLAM/USP. Procurador da Fazenda Nacional - PGFN*

*Márcio Bobik Braga
Doutor em Economia na Universidade de São Paulo - USP. Professor Livre-Docente
do Depto. de Economia da USP – campus de Ribeirão Preto e do Programa de Pós-
Graduação em Integração da América Latina – PROLAM/USP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O regime brasileiro de importação de pneus; 2 Os contenciosos; 3 A readequação do regime brasileiro; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Os litígios relativos ao regime brasileiro de importação de pneus são representativos das dificuldades hoje existentes no relacionamento entre as instâncias jurisdicionais nacionais e internacionais. A partir do estudo de caso, são abordados alguns dos problemas advindos da expansão da importância da jurisdição internacional. Decisões em sistemas de solução de controvérsias judiciais de âmbito regional e mundial repercutem em litígios nacionais, e o mesmo ocorre na via inversa. O desfecho do caso dos pneus, por ora, aponta tentativa de adequação do judiciário brasileiro aos entendimentos advindos das esferas internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: OMC. Mercosul. Sistema de Solução de Controvérsias. ADPF 101.

ABSTRACT: The disputes related to Brazilian measures affecting imports of tyres are representative of the current problems in the relationship between the national courts and international bodies. the case study addresses some problems arising from the expansion of international jurisdiction. Decisions of dispute settlement bodies in regional and global level reverberate on national disputes, and even the same occurs in reverse mode. The outcome of the tyres controversies denotes a meanwhile successful adequation of brazilian judiciary to international understandings.

KEYWORDS: WTO. Dispute Settlement. MERCOSUR. ADPF 101.

INTRODUÇÃO

Um dos mais intrincados casos envolvendo o relacionamento de jurisdições nacionais e internacionais é aquele relativo ao regime brasileiro de importação de pneus usados e recauchutados. Ele teve seu desfecho com a publicação em 2012 do acórdão que decidiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 101.

O processo em questão é referencial para estudo do relacionamento da jurisdição brasileira com a internacional, permitindo aferir qual o caminho trilhado pela suprema corte brasileira para tentar compatibilizar a decisão que deveria tomar com aquelas anteriormente adotadas no sistema de solução de controvérsias do Mercosul e da OMC sobre a mesma matéria.

As decisões referidas foram todas adotadas no bojo de processos que interferiam no comércio internacional, especificamente no regime brasileiro de importação de pneus. Os processos envolviam temas de direito ambiental e de direito internacional, notadamente o desafio de efetivar um julgamento frente a um quadro de descoordenação entre as diversas esferas jurisdicionais ligadas ao comércio.

No presente artigo serão descritos os aspectos mais relevantes dos casos e ao final analisar-se-á os efeitos das sentenças internacionais na ordem jurídica brasileira.

1 O REGIME BRASILEIRO DE IMPORTAÇÃO DE PNEUS

O regime brasileiro relativo à importação de pneus usados e reformados foi objeto de sucessivas transformações e controvérsias jurídicas a partir do início da década de 90.

Estes eventos afetavam um mercado que abrange desde o pneu simplesmente usado até os pneus reformados por meio de diferentes processos industriais como a recauchutagem, remoldagem e recapagem.

Inicialmente, o regime de importação passou a ser modificado com o intuito aparente de reduzir o ingresso de pneus reformados. Isto foi feito a partir de uma questão terminológica consistente em interpretar a expressão “pneumáticos usados”, empregada em algumas normas que regulavam a importação, como albergando também os pneus reformados

por qualquer processo industrial¹. Com efeito, no início dos anos 1990, quando as normas brasileiras vedavam a importação de pneus usados, as autoridades alfandegárias permitiam o ingresso de pneus reformados². A partir de 2000, por meio da portaria SECEX 8/2000, estabeleceu-se que não seria permitida a importação de “pneumáticos recauchutados e usados”, mudando o quadro até então vigente. Estipulou-se, então, a não emissão de licença de importação de produtos classificados na posição 4102 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL. Em seguida, o Decreto 3919/2001, estabeleceu ser infração administrativa a importação de pneus usados ou reformados, cominando multa por cada unidade importada.

2 OS CONTENCIOSOS

A partir das oscilações na formatação do regime brasileiro de importação de pneus, alguns contenciosos surgiram, como será visto a seguir.

2.1 Dos litígios perante a justiça brasileira

No âmbito interno, as primeiras disputas relativas à importação de pneus foram propostas por empresas brasileiras de recauchutagem que queriam importar pneus usados para utilizá-los como matéria prima. Argumentavam que era incoerente proibir a importação de pneus usados estrangeiros como matéria prima para a indústria nacional ao mesmo tempo em que se admitia a importação de pneus remoldados do MERCOSUL, feitos com a mesma matéria prima estrangeira cujo ingresso aqui se vedava.

Desde 1992, ao menos 24 empresas tiveram êxito em demandas ajuizadas perante a justiça federal brasileira, o que representou a importação, só no ano de 2005, de doze milhões de pneus usados³. Muitas destas ações transitaram em julgado sacramentando o direito de importação de pneus usados.

-
- 1 Um método de esclarecer tal questão consiste na análise da alocação dos produtos no sistema harmonizado de classificação alfandegária. As normas de classificação aduaneira do MERCOSUL, Nomenclatura Comum do MERCOSUL, adotadas pelos membros do MERCOSUL desde 1995, e conhecida por NCM. Elas estampam as seguintes posições e subposições para classificação dos pneus. Pneus recauchutados e usados ocupam uma única posição na tabela, a 4012. A diferenciação sobre os produtos é feita na forma de subposições.
 - 2 Exemplo da vedação estava na Portaria DECEX 8/1991 que proibia a importação de bens de consumo usados, aí incluídos os pneus. Este tipo de proibição tinha o respaldo do Supremo Tribunal Federal que já dera guarida à aludida portaria em julgamentos anteriores, com base no artigo 237 da Constituição Federal que permite a defesa dos interesses fazendários nacionais pelo controle do comércio exterior.
 - 3 Segundo informação da petição inicial da ADPF 101.

2.2 O contencioso Uruguaí x Brasil no MERCOSUL

No âmbito do sistema próprio de solução de controvérsias do MERCOSUL eclodiu um outro contencioso versando especificamente sobre a importação de pneus remoldados, e fruto de uma reclamação do Uruguaí contra o Brasil.

Quando em 2000 a Portaria SECEX 8/2000 restringiu o ingresso de “pneumáticos recauchutados e usados” isto prejudicou algumas empresas uruguaias de remoldagem que exportavam para o mercado brasileiro. Pressionado, o governo uruguaio postulou que a barreira brasileira fosse submetida ao sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL, fazendo com que, em setembro de 2001, fosse instalado o Tribunal relativo ao caso *Prohibicion de Importacion de Neumaticos Remoldeados (Remolded) Procedentes de Uruguay*.

A alegação uruguaia era de que pneus reformados não se confundiam com pneus usados, e a Portaria 8/2000 da SECEX, ao estabelecer a não emissão de licença de importação de produtos classificados na posição 4102 da Nomenclatura Comum do MERCOSUL, acabava criando uma nova restrição ao comércio intrabloco. Segundo o Uruguaí, durante dez anos fora permitida a importação dos recauchutados e a nova regra brasileira, ao vedar genericamente a importação de pneus sob classificação mais ampla, violaria a normativa do MERCOSUL, notadamente a Decisão 22/2000 do Grupo Mercado Comum.

O Brasil sustentava não haver efetiva inovação posto que a Portaria SECEX 8/2000 limitava-se a interpretar, corretamente, a normativa antecedente⁴, já que o pneu reformado sempre fora, a rigor, um pneu usado reaproveitado, com o que a importação já era em verdade proibida desde 1991. Ademais, não estaria em vigor nenhuma norma do MERCOSUL que impusesse a importação de produtos usados, remanescendo a regulação da matéria no âmbito das leis domésticas de cada membro do MERCOSUL.

O contencioso regional não abrangia a importação de pneus usados *não reformados*, mas apenas dos pneus reformados. Quanto à amplitude deste termo, se abrangente de todo pneu reformado, ou apenas daqueles submetidos a algum processo específico, prepondera a ideia de que estava a se tratar do processo de “remoldagem”, muito embora o laudo, em diversas passagens, fizesse menção pura e simplesmente a pneus

4 Especialmente a Portaria DECEX 8/91.

“recauchutados”. Nessa linha, muito embora não fosse de todo clara, no curso da controvérsia, que a questão era restrita aos pneus reformados pelo método de remoldagem, o certo é que ao final, no cumprimento da decisão do Tribunal do MERCOSUL, o Brasil tratou de liberar apenas a entrada dos remoldados.

O Uruguai saiu vitorioso do caso, e o Tribunal apontou que não havia margem, no âmbito do MERCOSUL, para aumento de restrições ao comércio. O crescente fluxo de comércio de pneus reformados dentro do bloco, iniciado antes de 2000 sob o aval de vários órgãos administrativos brasileiros, tornava ilegítima a mudança de entendimento posteriormente adotada.

Cinco meses do início da reclamação, em 9 de janeiro de 2002, foi emitido o laudo reprovando as restrições brasileiras, e apontando que a Portaria SECEX 8/2000 era incompatível com a normativa do MERCOSUL, devendo o Brasil adaptar sua legislação interna de forma a extirpar tal restrição.

O Brasil, em atenção a esta decisão, passou a admitir a importação de pneus remoldados dos demais membros do MERCOSUL.

2.3 O contencioso 332: Comunidades europeias x Brasil na OMC

O regime brasileiro de importação de pneus no período subsequente ao laudo arbitral do MERCOSUL suscitou uma nova controvérsia jurídica, desta feita no âmbito da OMC. O caso “DS 332 – Brasil, Medidas que Afetam a Importação de Pneus Recauchutados”⁵ teve início em 20 de junho de 2005 por solicitação das Comunidades Europeias. A reclamação europeia gravitava dois pontos, basicamente:

- a) a restrição brasileira à importação de pneus recauchutados era indevidamente discriminatória já que poupava os produtos oriundos do MERCOSUL;
- b) a invocação, pelo Brasil, de aspectos de saúde pública e ambientais para fundamentar a restrição seria falaciosa uma vez que, ao mesmo tempo em que se impedia a importação de recauchutados, admitia-se (ainda que pela via judicial) a importação de grandes fluxos de pneus usados como matéria-prima por indústrias brasileiras.

5 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Disputa 332*.

As Comunidades Europeias sustentaram que o regime de importação de pneus recauchutados mantido pelo Brasil era incompatível com o artigo XI, parágrafo 1º do GATT ao impor restrição distinta da tarifária. Violaria o parágrafo 4º do artigo III (cláusula do tratamento nacional) ao impor, ao produto oriundo das Comunidades Europeias, multa que não era impingida ao equivalente brasileiro. Além disso, infringia a cláusula da ‘nação mais favorecida’ (artigo I do GATT) ao eximir os produtos do MERCOSUL da proibição de importação, dando-lhes um tratamento diferente e privilegiado em relação àquele dado aos produtos europeus.

A reclamação das Comunidades Europeias na OMC visou, especialmente, a Portaria SECEX 14 de 17 de novembro de 2004⁶ que, segundo alegado, vedara a expedição de licenças de importação de pneus recauchutados.

A expressão ‘recauchutados’, na controvérsia perante a OMC, teve um sentido mais amplo que naquela do MERCOSUL. Com efeito, enquanto no litígio do MERCOSUL a controvérsia limitava-se a ‘remoldados’, na disputa perante a OMC debateu-se a importação de todas as modalidades de pneus reformados destinados a automóveis de passageiros, de ônibus, de caminhões e de aeronaves.

Nem o contencioso da OMC, nem o do MERCOSUL, versavam sobre a política relativa a pneus usados *strictu sensu*, mas unicamente sobre aquela relativa aos submetidos a algum recondicionamento industrial.

Os argumentos brasileiros centravam-se em dois aspectos: primeiramente, que as restrições às importações eram motivadas por uma política de proteção da saúde pública e de preservação ambiental, encontrando suporte no artigo XX (b), do GATT; em segundo lugar, o tratamento específico conferido aos Estados do MERCOSUL decorria de decisão do Tribunal do MERCOSUL e encontrava amparo no artigo XXIV e XX (d) do GATT.

A invocação dos aspectos de saúde pública e ambiental justificava a restrição comercial sob o abrigo do artigo XX do GATT, pois os pneus recauchutados, comparados aos pneus novos, tinham menor vida útil. Além disso, tinham menos ciclos de uso: ou não admitiam recauchtagem (pneus de veículos de passeios), ou tinham menos ciclos possíveis de

6 A Portaria SECEX 14/2004 fora editada pelo governo brasileiro já após a decisão do Tribunal Arbitral do MERCOSUL, e com o objetivo de cumpri-la.

reforma (recauchutagens, remoldagens, etc), no caso de pneus para veículos comerciais e aeronaves, tardando menos para converter-se em lixo.

Descartados inadequadamente, tais pneus tendiam a intensificar a liberação de substâncias químicas tóxicas e metais pesados no ambiente e propiciavam proliferação de mosquitos transmissores da dengue e da febre amarela. Ademais, o número final de pneus descartados podia ser significativamente reduzido se toda a recauchutagem de pneus no Brasil fosse feita a partir de pneus usados no Brasil.

No que toca às importações de pneus usados (e não recauchutados), viabilizadas por decisões do judiciário brasileiro, afirmou-se que tais decisões sempre foram combatidas pelo governo brasileiro e que havia uma expectativa de que fossem reformadas em curto prazo aludindo, inclusive, à ação interposta junto ao STF (ADPF 101) com o fito de extirpar de vez o problema das autorizações judiciais de importação de usados⁷.

Em contraposição, neste tópico específico, as Comunidades Europeias apontavam que as importações viabilizadas judicialmente eram volumosas e crescentes desde 2000, e que aquilo que viria a ser decidido futuramente pelos órgãos do judiciário brasileiro não tinha qualquer relevância para o caso em curso na OMC. Além disso, apontavam o paradoxo de que o Brasil restringisse a importação de recauchutados quando, simultaneamente, por via judicial, importava pneus usados.

Constatações do Painel

Em 12 de junho de 2007, confrontados os argumentos, o Painel concluiu que, de maneira geral, o regime legal brasileiro de restrição de pneus recauchutados não era consistente e nem compatível com o arcabouço normativo do GATT, e deveria ser modificado:

Por conseguinte, o Painel recomenda que o Órgão de Solução de Diferenças solicite ao Brasil que traga as medidas incompatíveis acima enumeradas em conformidade com as obrigações que lhe correspondem em virtude do GATT de 1994.⁸

7 Referindo-se à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101.

8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Informe do Painel DS 332*. Documento WT/DS332/R. 12 jun. 2007.

O erro brasileiro estaria justamente no grande volume de pneus usados importados por via judicial e que serviam de matéria prima para indústrias brasileiras de reforma de pneus. Segundo o painel, tais importações constituíam discriminação injustificável e encoberta ao comércio internacional. A utilização da matéria prima importada fragilizaria o argumento ambiental brasileiro, tornando inadequada a invocação, pelo Brasil, do artigo XX do GATT como suporte para sua política.

É oportuno salientar que o artigo XX é uma das mais significativas exceções do sistema GATT por admitir diversas restrições ao comércio internacional em nome de interesses não comerciais como a moralidade pública, proteção do patrimônio artístico, histórico, proteção da segurança e da saúde, entre outros. Na lição de Mota, “quanto mais ampla for a interpretação do art. XX, maior será a margem de manobra dos membros da OMC para recorrerem a medidas restritivas do comércio internacional.”⁹

Por outro lado, a “exceção MERCOSUL” aos recauchutados não mereceu reprimenda do Painel devido ao seu baixo volume que descaracterizaria a discriminação arbitrária ou injustificável. O tratamento diferenciado no âmbito do MERCOSUL foi tido como razoável:

Na medida em que a existência de alguma discriminação em favor de outros membros de uma união aduaneira é parte inerente do seu funcionamento, a possibilidade de que se reproduza esta discriminação entre membros do MERCOSUL e outros Membros da OMC, como resultado da aplicação do acordo do MERCOSUL não é, a nosso juízo, *a priori* irrazoável.¹⁰

Importante notar que o Painel somente anuiu à discriminação pró-MERCOSUL porque ela, quantitativamente¹¹, não era significativa:

Se essas importações tiveram lugar em quantidades tais que o alcance do objetivo da medida em litígio ficasse prejudicado, a proibição das importações em conjunto com a exceção MERCOSUL constituiria um meio de discriminação injustificável. Quanto mais importações entrem em território brasileiro em função da exceção, mais se verá prejudicado o objetivo da política declarada pelo Brasil e reduzir

9 MOTA, Pedro Infante. *O Sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2005.

10 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Informe do Painel DS 332*. Documento WT/DS332/R. 12 jun. 2007.

11 A consideração quantitativa foi objeto de críticas e subsequente reforma pelo Órgão de Apelação.

a acumulação desnecessária de pneus de despejo na maior medida possível, afetando assim a justificação da manutenção da proibição de importações com relação aos Membros da OMC que não pertencem ao MERCOSUL [...] Sem embargo, nas datas em que o Painel realizou seu exame, parece que o volume de importação de pneus recauchutados em virtude da exceção não foi significativo.¹²

Com relação à decisão do Tribunal Arbitral do MERCOSUL, o Painel da OMC, dizendo compartilhar de entendimento das Comunidades Europeias, reconhece que constituía *res judicata* para o Brasil, e este estava obrigado a cumpri-la. Sobre a questão, já se observou que

O painel entendeu de que a exceção MERCOSUL não foi motivada por capricho ou razões não declináveis. A exceção MERCOSUL resultou meramente da decisão pelo Tribunal resolvendo a disputa entre membros do MERCOSUL com base no direito do MERCOSUL, cujo resultado era legalmente vinculante para o Brasil. O Painel também notou que o Artigo XXIV prevê tratamento preferencial aos membros de um acordo tendente a liberalizar o comércio como uma união aduaneira, em detrimento de outros países. Assim, embora ele não pronunciasse o MERCOSUL enquanto legalmente qualificado como união aduaneira nos moldes do GATT, a discriminação entre os membros do MERCOSUL em relação aos membros da OMC sob o Artigo XXIV não é *a priori* despropositada.¹³

Em síntese, sopesados todos os argumentos, o Painel da OMC encontrou inconsistência na conduta brasileira basicamente pela grande quantidade de pneus usados que ingressavam no país por força de decisões judiciais para servir de matéria-prima à indústria brasileira de recauchutagem.

A Análise do Órgão de Apelação

O desfecho do caso na primeira instância ensejou um recurso das Comunidades Europeias ao Órgão de Apelação da OMC, o que não deixa de ser paradoxal já que, considerando que a conclusão do Painel era de que a postura brasileira era inconsistente, era de se esperar que a Europa não

12 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Informe do Painel DS 332*. Documento WT/DS332/R. 12 jun. 2007.

13 LAVRANOS, Nikolaos. The Brazilian Tyres Case: A Case-Study of Multilevel Judicial Governance. In: LAVRANOS, Nikolaos (editor). *Multilevel Judicial Governance Between Global and Regional Economic Integration Systems: Institutional and Substantive Aspects*. Italia: European University Institute, 2009.

almejasse a reforma de tal decisão. O inconformismo europeu reputava haver dois erros nas conclusões do painel:

- a) o de considerar as restrições aos recauchutados necessárias para proteção da vida das pessoas e animais nos moldes do artigo XX do GATT de 1994;
- b) o de usar critérios quantitativos, seja para validar a exceção ao MERCOSUL, seja para avaliar a importação de usados como fragilizadora do argumento brasileiro.

Seguem, desde logo, as conclusões a que chegou o Órgão de Apelação em seu informe e que, como se vê, assinalaram a incompatibilidade do regime legal brasileiro com o GATT:

O Órgão de Apelação recomenda que o OSC peça ao Brasil que ponha suas medidas, cuja incompatibilidade com o GATT de 1994 foi constatada no presente relatório, e no relatório do Painel modificado por este relatório, em conformidade com as obrigações que lhe impõe este Acordo.¹⁴

Embora as conclusões do Órgão de Apelação sejam bastante semelhantes àquelas do Painel, nela há muitas críticas às fundamentações da decisão anterior. O Órgão de Apelação referendou as constatações do Painel relativas à utilidade das restrições aos recauchutados para se atingir os objetivos sanitários e ambientais mas, com relação à exceção do MERCOSUL, ou seja, à admissão, pelo Brasil, de pneus remoldados do MERCOSUL, entendeu-a como arbitrária e discriminatória, e conseqüentemente violadora do permissivo do artigo XX do GATT. Apontou que, embora a exceção atendesse decisão do Tribunal *Ad Hoc* do MERCOSUL, ainda assim era inconsistente com a normativa da OMC, na medida em que violava frontalmente os objetivos declinados pelo Brasil com base nos apartados do artigo XX. Expressou que o aspecto quantitativo era irrelevante para aferir-se a violação da normativa, subentendendo-se que qualquer volume de importação, ainda que ínfimo, bastava para caracterizar a violação.

Mais adiante, em relação à importação de pneus usados, não reformados, ao abrigo de medidas judiciais, considerou que ela também gerava discriminação arbitrária e injustificável à proibição de importações, e frisou que também aqui o volume de importação era irrelevante para a constatação.

14 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Informe do Órgão de Apelação*. Documento WT/DS332/AB/R. 3 dez. 2007. (246 e 247).

A maneira como redigida a decisão da OMC – “recomienda que el OSD pida al Brasil que ponga su medida, cuya incompatibilidad con el GATT de 1994 se ha constatado [...] en conformidad con las obligaciones que le impone ese Acuerdo” – permitia alguma flexibilidade na forma de seu cumprimento. Se a inconsistência do regime brasileiro estava em não dar um tratamento uniforme e isonômico a todos os membros da OMC, surgiam duas alternativas:

- a) abertura generalizada da importação de pneus reformados, admitindo-os de qualquer membro da OMC;
- b) fechamento total do mercado brasileiro aos reformados importados, inclusive àqueles oriundos do MERCOSUL.¹⁵

O Brasil optou pela segunda via, ou seja, dedicou-se a vedar a importação de todo e qualquer reformado, além, de impedir a entrada de pneus usados como matéria prima à indústria brasileira de reforma de pneus.

Para atingir este objetivo, o Brasil buscou mudar a legislação bem como, no viés judicial, sustar todas decisões então vigentes, e inibir novas, que autorizassem a importação de pneus usados ou reformados. Como isto foi feito é o que se verá a seguir.

3 A READEQUAÇÃO DO REGIME BRASILEIRO

Aos formuladores da política aduaneira brasileira restava a difícil missão de atender decisões conflitantes no que toca à maior ou menor abertura do mercado brasileiro aos pneus importados. Muitas decisões judiciais nacionais já transitadas em julgado haviam de há muito estipulado que era lícita a importação de pneus usados como matéria prima. A manifestação advinda do contencioso regional junto ao MERCOSUL impunha a abertura do mercado brasileiro a pneus reformados no âmbito do bloco regional. Por sua vez, a OMC estabelecera que ou o Brasil fechava completamente seu mercado a pneus usados e reformados, de qualquer origem, ou o abria indistintamente, sob pena de vir a sofrer as retaliações previstas nos acordos do GATT.

Diante disso, a adequação da ordem jurídica brasileira às recomendações da OMC punha em pauta uma interessante questão

15 OLIVEIRA, Joao Paulo de. *Adjudicação e comércio internacional - o caso dos pneus reformados*. São Paulo: Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, 2012. Dissertação de Mestrado em Integração da América Latina. 160 p.

de relacionamento de poderes. As características do regime brasileiro de importação de pneus, na forma como então assentado, decorriam, naquela quadra, não apenas da moldagem que lhe fora dada pelo poder executivo, mas também daquela que lhe imprimira o poder judiciário. A sua reformulação para adequar-se à normativa internacional não poderia prescindir, portanto, da atuação conjugada das duas esferas governamentais.

3.1 Solução judicial: a ADPF 101

Para tentar equacionar o problema, o governo buscou junto ao próprio judiciário brasileiro uma possível solução. Tal busca, todavia, conforme pondera Varella, implicava na superação de diversos obstáculos, já que “a grande maioria dos juízes brasileiros nem sequer sabe o que é a Organização Mundial do Comércio”¹⁶ e não se dão conta da maneira como as decisões de casos concretos isolados poderia ter repercussões *erga omnes* por força dos efeitos indiretos da decisão internacional.

Impunha-se, pois, a utilização de uma abordagem processual que concentrasse os debates numa só demanda e permitisse, com isso, superar as discussões pulverizadas em centenas de processos espalhados pelo país. Isto foi feito por meio da ação conhecida como ADPF 101, perante o STF. Quando ajuizada, em 21 de setembro de 2006, o Brasil já tinha pendente contra si a reclamação das Comunidades Europeias junto à OMC. Por ocasião do julgamento da ADPF 101, em junho de 2009, já haviam sido proferidas as decisões de ambas instâncias da OMC, ambas preconizavam a readequação da normativa brasileira à internacional.

O julgamento pelo STF se deu, pois, à sombra de decisões proferidas em autênticas cortes internacionais às quais o Brasil voluntariamente decidira submeter-se por meio de tratados internacionais. A todas, portanto, o Supremo Tribunal Federal, como vertente do Estado brasileiro, deveria prestar consideração.

3.1.1 A propositura da Ação

A elaboração da ADPF 101 decorreu de recomendação da Casa Civil¹⁷ após provocação do Ministério das Relações Exteriores¹⁸, como

16 VARELLA, Marcelo D. Dificuldades de Implementação das Decisões da OMC: Um estudo de Caso a Partir do Contencioso Pneus. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 19, p. 53-68, jan-jun, 2014.

17 Na nota SAJ/SAG 3111/06.

18 SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle. *A Judicialização da Política Externa Brasileira: a disputa na OMC sobre os Pneus Reformados e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF*. Tese de

meio para reverter decisões judiciais que autorizavam importação de pneus usados no Brasil.

A argumentação foi a da ofensa, pelas decisões judiciais em questão, de preceitos constitucionais garantidores do direito à saúde e a um meio ambiente equilibrado.

As decisões judiciais atacadas na inicial da ADPF invariavelmente invocavam fundamentos como a ofensa ao regime da livre iniciativa e livre comércio (170, IV, da Constituição Federal), e a ofensa à isonomia, já que seriam importados pneus usados do MERCOSUL. Apontavam, também, que as proibições seriam só para pneus usados, mas não para recauchutados, com o que indiretamente estar-se-ia recebendo-se usados que tivessem sido industrializados pelos parceiros do MERCOSUL.

A ação proposta apontava, a seu turno, que até doze milhões de pneus usados ao ano vinham sendo importados por força destas decisões judiciais e que isto repercutira perante o Sistema Solução de Controvérsias da OMC. Anotou-se que eventual derrota brasileira no âmbito da OMC trazia a ameaça de remessa de pneus usados da Europa, cujo passivo a ser descartado era da ordem de 3 bilhões de unidades, sem computar os que poderiam vir do restante do mundo.

A menção ao contencioso na OMC também era usada para se pleitear que o STF vedasse tanto a importação de pneus usados quanto de remoldados, de forma a, na expressão utilizada na ação, melhorar a posição do Brasil perante a comunidade internacional. Há de se pontuar, contudo, que a ação ressalva a importação de pneus do MERCOSUL, aduzindo que era restrita aos remoldados, e que se dava exclusivamente em atendimento ao Tribunal Ad Hoc do MERCOSUL, com o que a mesma deveria ser mantida. A inicial da ADPF tem, entre seus pedidos, uma expressa postulação da “constitucionalidade e legalidade [...] do artigo 40 da Portaria SECEX 14, de 17/11/2004” que é justamente a portaria que traz a ‘exceção MERCOSUL’, que depois viria a ser repudiada pela OMC:

Art. 40. Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.11.00, 4012.12.00, 4012.13.00

e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do Mercosul ao amparo do Acordo de Complementação Econômica no 18.

O pedido, tal qual feito na inicial, acaba por refletir-se no acórdão oficialmente publicado, que em sua parte dispositiva mantém a exceção MERCOSUL.

3.1.2 O acórdão

No julgamento do caso, em 24 de junho de 2009, a relatora, Ministra Carmen Lucia Antunes Rocha mostrava ter plena percepção de que uma das inconsistências do arcabouço jurídico brasileiro, segundo a OMC, residia, justamente, na admissão discriminatória de pneus vindos do MERCOSUL:

Entretanto, também como antes mencionado, reconheceram os integrantes daquele Painel que o Brasil estaria a aplicar a medida de maneira contraditória ou mesmo injustificada, ou seja, se a proibição objetiva proteger a saúde e o meio ambiente, a coerência determina que se cancele totalmente a importação de pneus usados e reformados, independentemente da origem e de maneira coerente, vale dizer, sem os intercursos decorrentes das 77 decisões judiciais contrárias à fundamentação constitucional exposta pela Estado brasileiro em nível internacional [...]. Aquela decisão convida o Judiciário nacional, em especial este Supremo Tribunal, a examinar e julgar a matéria no que concerne às providências, incluídas as normativas, adotadas no sentido de garantir a efetividade dos princípios constitucionais. Enfoque especial há de ser dado à questão das decisões judiciais contraditórias, realce àquelas listadas na peça inicial desta Arguição, mas que têm caráter meramente exemplificativo, à luz das obrigações internacionais do Brasil, mas, principalmente e em razão da competência deste Supremo Tribunal [...].¹⁹

Paradoxalmente, na parte dispositiva de seu voto, foi mantida a exceção do MERCOSUL, tida por constitucional. Tal dispositivo desatende o recomendado pela decisão da OMC:

Pelo exposto, encaminho voto no sentido de ser julgada parcialmente procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Voto da Relatora. Brasília, 2007. DJE 108, Divulgação 1/6/2012, Publicado em 4 jun. 2012.

Fundamental para: [...] b) declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes àqueles provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas.²⁰

O teor do voto de plano ensejou polêmica, tanto assim que a Embaixada do Paraguai, já em junho de 2009, requereu disponibilização da íntegra da decisão porque, no seu entender, a Ministra “havia votado pela procedência parcial do pedido do governo” e que “havia sido excluídas dessa proibição as exceções previstas com relação aos pneumáticos remoldados originários e procedentes dos países do MERCOSUL”²¹.

Ao tempo em que a decisão do Supremo Tribunal Federal ainda não havia sido oficialmente publicada, a Advocacia-Geral da União, em 2009, atendendo a solicitação da SECEX, emitiu parecer asseverando que, embora o voto da relatora mantivesse a ‘exceção MERCOSUL’, a relatora “fez o Plenário entender que estaria modificando o seu voto, proibindo as importações também para os países integrantes do MERCOSUL”. De qualquer sorte, a AGU antecipava que, uma vez publicado o acórdão, haveria interposição de embargos de declaração com o objetivo de clarificar seu conteúdo. O entendimento exarado pela AGU em seu parecer, ao final, é de que a contar de 24 de junho de 2009 estava vedada a emissão de licenças de importação de pneus usados de qualquer origem, inclusive do MERCOSUL.

Publicado o acórdão, silenciou a AGU. A relatora em nada mudou seu voto, e mesmo assim não houve interposição de embargos de declaração para suscitar o ventilado esclarecimento da decisão. Ao final, a decisão irrecorrida convalidou amplamente o artigo 40 da Portaria SECEX 14, de 17/11/2004”, que é justamente a portaria que traz a ‘exceção MERCOSUL’, *verbis*

- declarar válidas constitucionalmente as normas [...] e do art. 40, da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.2004 com efeitos *ex tunc*;

- declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Voto da Relatora. Brasília, 2007. DJE 108, Divulgação 1/6/2012, Publicado em 4 jun. 2012.

21 PARAGUAI. Embaixada no Brasil. *Requerimento nos autos do processo ADPF 101*. 25 jun. 2009.

qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes aos provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas.²²

O resultado é que a decisão do STF, da forma como redigida, em tese validava a violação daquilo que fora estipulado pelo sistema de solução de controvérsias da OMC, pois mantinha a permissão de importação de remoldados do MERCOSUL, consolidando a discriminação indevida à qual se reportara a organização internacional.

Na prática, a decisão do STF resultou no fim das importações de pneus usados sob guarida de liminares judiciais por empresas de recauchutagem brasileira. Além disso, a despeito do estrito teor do acórdão, as autoridades responsáveis pela política aduaneira brasileira sintomaticamente terminaram por editar normas que fecharam completamente o mercado brasileiro a pneus usados ou reformados, sob qualquer modalidade, de qualquer procedência, inclusive os do MERCOSUL, como se verá abaixo.

3.2 A adequação normativa

Além de contornar os precedentes judiciais, o Brasil ainda necessitava adequar sua legislação às recomendações internacionais e, para tanto, modificou regulamentos até então vigentes. Para atender ao relatório do Painel da Organização Mundial do Comércio, de 12 de junho de 2007, a Resolução CAMEX 38, de 22 de agosto de 2007, restringiu, quantitativamente, o montante de pneus remoldados que poderiam ser importados dos demais membros do MERCOSUL. Em seu preâmbulo, a resolução expressamente mencionava que seu conteúdo levava em consideração o Laudo do Tribunal Arbitral do Mercosul e o relatório do Painel da OMC, *verbis*

[...] o Laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul, de 09 de janeiro de 2002, em controvérsia apresentada pela República Oriental do Uruguai sobre a proibição de importação de pneus remoldados, adotado pelo Brasil; o relatório do Painel da Organização Mundial do Comércio circulado no dia 12 de junho de 2007, que reconheceu ser justificada a autorização excepcional dada pelo Brasil para a importação de pneus

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Voto da Relatora. Brasília, 2007. DJE 108, Divulgação 1/6/2012, Publicado em 4 jun. 2012.

remoldados provenientes do Mercosul nos patamares próximos às 2.000 toneladas verificadas no ano de 2004²³

No ano seguinte, e já então após o relatório do Órgão de Apelação da OMC, a Resolução CAMEX 46, de 03 de julho de 2008, alterou as cotas existentes, e estabeleceu que só vigorariam “até 31 de dezembro de 2008, conforme o prazo estabelecido na Resolução nº 25, de 29 de junho de 2008, do Grupo Mercado Comum do MERCOSUL – GMC”, e que poderia ser modificada a partir dos resultados do Grupo Ad Hoc, criado pela Resolução GMC nº 25, de 2008, bem como daquilo que fosse considerado como prazo razoável pela OMC para implementação da decisão relativa à controvérsia movida pelas Comunidades Europeias contra o Brasil a respeito da proibição da importação de pneus reformados. Segundo relata Varella, “a Câmara de Comércio Exterior (conselho de Ministros de Estado) decidiu suspender a importação de pneus do MERCOSUL e violar e negociar com o Paraguai compensações”²⁴.

A restrição absoluta ao ingresso de pneus usados e reformados passou a vigorar desde então, e sobre ela nenhum efeito prático teve o dispositivo do acórdão da ADPF 101, prolatado em 2009, que validava as importações provenientes dos Estados integrantes do MERCOSUL.

3.3 Jurisdição Nacional x Jurisdição Internacional

O acórdão ao final prolatado pelo STF contém alguns aspectos contraditórios. A leitura da sua fundamentação, notadamente do voto da relatora, evidencia que a decisão foi norteadada por uma preocupação de não afrontar explicitamente as decisões das instâncias internacionais relativas ao tema. Paradoxalmente isto não se refletiu, mais adiante, na parte dispositiva do acórdão.

Por outro lado, embora haja referência aos resultados do contencioso do MERCOSUL e da OMC, em momento algum o STF assume expressamente que deva observância às decisões advindas destas instâncias internacionais.

O comportamento sinuoso parece refletir a própria forma de estruturação da jurisdição internacional.

23 BRASIL. Câmara de Comércio Exterior. *Resolução 38*, de 22 de agosto de 2007.

24 VARELLA, Marcelo D. Dificuldades de Implementação das Decisões da OMC: Um estudo de Caso a Partir do Contencioso Pneus. *Revista Direito GJ*, São Paulo v. 19, p. 53-68, jan-jun, 2014.

Hoje, diversas cortes de distintos segmentos atuam na jurisdição internacional. Tais instâncias estabeleceram-se em momentos diferentes, de forma assistemática, notadamente a partir da segunda metade do século XX. Em função disso, há muitos casos em que as diversas instâncias jurisdicionais internacionais têm âmbitos de atuação conflitantes. Na quadra atual, os diversos órgãos jurisdicionais internacionais atuam autonomamente, “em completa independência uns dos outros e sem qualquer vinculação formal com as decisões alheias”²⁵, muito embora o aumento do número de tribunais tenha também aumentado o surgimento de conflitos de competência e de produção de decisões contraditórias.

Sob outro enfoque, registra-se uma progressiva convergência de matérias passíveis de serem submetidas tanto às jurisdições domésticas quanto às internacionais, especialmente na área do comércio internacional. À medida que estes diferentes âmbitos de solução de litígios passam a tratar de temas afins, surge a necessidade de aprimorar a interlocução entre eles para que todo o conjunto possa funcionar de maneira satisfatória. Em outras palavras, a intensificação dos contatos internacionais torna cada vez mais inadequada a concepção de que normas, (e, conseqüentemente, os tribunais que as aplicam), estão situadas em patamares absolutamente intangíveis e não interferentes. Em termos práticos, “quanto mais o Mundo se tornar economicamente interdependente, mais os cidadãos verão os seus postos de trabalho, os seus negócios e a sua qualidade de vida afectados, ou mesmo controlados, por acontecimentos externos”²⁶, devendo o arcabouço jurídico paulatinamente adequar-se a esta nova realidade.

Oportuna, a propósito, a observação de Cesare Romano de que as cortes internacionais estabeleceram-se como autêntica ‘precipitação’ do adensamento do direito internacional e os Estados, ao darem poder às organizações internacionais para criar normas, naturalmente terminam por lhes delegar o poder de interpretá-las e aplicá-las²⁷.

A escassez de regras que disciplinem a relação dos órgãos jurisdicionais internacionais com as jurisdições domésticas fomenta o surgimento de inconsistências, tal como ficou registrado na sucessão de litígios acerca do regime brasileiro de importação de pneus.

25 LAVRANOS, Nikolaos. On the Need to Regulate Competing Jurisdictions Between International Courts and Tribunals. *EUI Working Papers*. MWP 2009/14, Max Weber Programme.

26 MOTA, Pedro Infante. *A Função Jurisdicional no Sistema GATT/OMC*. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 63.

27 ROMANO, Cesare P. R. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle. *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 31, (Verão 1999), p. 709-752.

Outro aspecto insuficientemente equacionado diz respeito aos efeitos das sentenças internacionais na ordem jurídica brasileira. O Estado Brasileiro deve ou não acatar decisões de organizações internacionais como o MERCOSUL e a OMC? Em caso positivo, o STF, como componente do Estado brasileiro, deve ou não efetiva observância às decisões referidas?

Em primeiro lugar, é importante salientar que o Brasil somente enfrenta julgamentos em instâncias como os sistemas de solução de controvérsias do MERCOSUL e da OMC porque previamente assentiu, abrindo mão de parte de sua soberania, submeter-se a tais jurisdições. A propósito, em termos gerais o funcionamento da chamada jurisdição internacional é basicamente pautado no consentimento dos Estados já que eles, ao menos formalmente, convivem no cenário internacional em situação de igualdade, não estando, *a priori*, submetidos a nenhuma autoridade ou jurisdição. O prévio consentimento dos Estados é que, no plano internacional, “convalida a autoridade do foro judiciário ou arbitral”²⁸.

Por outro lado, algumas organizações internacionais, notadamente na área de comércio e investimento internacional, impõem como requisito para admissão de um membro a concomitante submissão do pretendente à jurisdição de determinada instância decisória de feições jurisdicionais²⁹. Em termos concretos, a participação do Brasil tanto no MERCOSUL quanto na OMC deu-se acompanhada do assentimento à jurisdição dos respectivos sistemas de solução de controvérsias, que são autênticas instâncias judicantes daquelas organizações.

Ao anuir prévia e permanentemente a uma determinada jurisdição, o Estado assume uma obrigação que se prolonga no tempo, pouco importando que a partir de determinado momento haja mudança dos interesses que originalmente motivaram o consentimento inicial³⁰.

Assim, perante a ordem jurídica internacional, o Brasil – e por Brasil entenda-se tanto a União, quanto todos entes da federação e respectivos poderes – deve observância às recomendações tanto do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL quanto às da OMC.

28 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2005.

29 BORN, Gary. A New Generation of International Adjudication. *Duke Law Journal*. v. 61, n. 4, p. 779, jan. 2012.

30 GROSSMAN, Nienke. Legitimacy and International Adjudicative Bodies. *George Washington International Law Review*, vol. 41, p. 107, agosto 2010.

Partindo do que acima se expôs, é factível afirmar que as recomendações são verdadeiras ‘sentenças internacionais’³¹ que surtem efeito sobre o Estado brasileiro independentemente de reconhecimento interno ou de procedimento de homologação judicial³².

Há, é certo, polêmicas em relação ao assunto. Como contraponto, cite-se Dallari, para quem a questão da efetividade de julgados originários de tribunais internacionais insere-se no contexto mais amplo da recepção das decisões de organizações internacionais, aludindo que a forma como elas incorporam-se ao direito interno é absolutamente obscura, sendo incipiente o debate em torno do tema, e pontuando ter sido frustrada a tentativa de emenda constitucional que previa que normas emanadas de organizações internacionais das quais o Brasil fizesse parte vigorariam na ordem interna se assim previsto nos respectivos tratados constitutivos. Dallari, tendo em foco o regime do MERCOSUL, entende que as respectivas decisões “não se integram automaticamente à ordem jurídica nacional”, e que, se são por alguma forma recepcionadas pelo Estado brasileiro, o são por força do que a doutrina chama de *soft law*³³.

Divergindo do autor citado, aqui se entende que os laudos do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL surtem efeitos imediatamente em território brasileiro, independentemente de qualquer ato interno de recepção. Este imediatismo decorre dos artigos 23 e 26 do Protocolo de Olivos, ambos incisivos ao assinalar que os laudos são obrigatórios para os Estados a partir de suas respectivas notificações. Esta eficácia dos laudos destoa, a propósito, da disciplina dada ao restante universo de normas emanadas dos demais órgãos do MERCOSUL (Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do MERCOSUL) que por expressa estipulação do artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto, dependem de uma incorporação interna por todos Estados membros. Portanto, no que toca ao momento da eficácia, os laudos gozam de tratamento diferenciado em relação ao restante das decisões e normas do MERCOSUL.

A situação dos relatórios dos Painéis e do Órgão de Apelação da OMC é similar. Eles adquirem eficácia após a aprovação pelo Órgão de Solução de Controvérsias. Não há, no âmbito dos diversos tratados

31 É importante salientar a diferença existente entre a sentença internacional e a sentença estrangeira, uma emanada de uma organização internacional, a outra emanada de uma soberania. Em razão disso, submetem-se a diferentes regimes jurídicos.

32 Trâmite reservado às sentenças estrangeiras, mas não às sentenças internacionais.

33 DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

da OMC, autorização para postergação imotivada da implementação das recomendações, sendo certo que o descumprimento das mesmas dá ensejo a compensações (ao Estado vencedor) e à suspensão de concessões e obrigações. Estas medidas são aplicadas com o propósito de induzir o vencido a implementar as recomendações. Compensações e suspensão de concessões têm natureza transitória, não servindo para substituir, definitivamente, a implementação das recomendações e adequação de práticas pelo Estado refratário.

Ao lado destes efeitos, os relatórios mencionados contêm evidente carga declaratória ao dizerem se uma legislação, ou mesmo conduta de um membro, é compatível ou não com os acordos da OMC. Tal aferição sobre determinada prática comercial declara uma interpretação do direito e elimina dúvidas que pudessem até o momento existir.

Dito isto, vê-se que, independentemente de qualquer reconhecimento formal pelas autoridades brasileiras, as recomendações do sistema de solução de controvérsias da OMC, uma vez descumpridas – pouco importa se por autoridades alfandegárias ou judiciárias brasileiras – dão ensejo à imposição das retaliações no âmbito da OMC.

A legislação brasileira não dá, é fato, clara resposta quanto ao procedimento de reconhecimento das sentenças internacionais, posto que, exceptuado o dispositivo constitucional relativo ao Tribunal Penal Internacional³⁴, inexistem regras genéricas sobre o tema. Consequentemente, o ingresso destas decisões deve ser estudado, caso a caso, tomando por base os tratados internacionais nos quais o Brasil aceitou submeter-se a determinada jurisdição. Apenas neles estarão os parâmetros de eficácia de tais sentenças.

4 CONCLUSÃO

Feito o apanhado dos diversos contenciosos que cercaram o regime brasileiro de importação de pneus usados e reformados, constata-se que embora seja difícil configurar uma perfeita identidade de demandas, elas inequivocamente cuidavam de um mesmo assunto: a consistência da legislação brasileira relativa a maior ou menor abertura do mercado brasileiro à importação de pneus usados e reformados.

34 Constituição Federal. Artigo 5º [...] § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Vê-se, de outra via, que todas as decisões reverberaram nos contenciosos subsequentes. Partindo da esfera nacional para a internacional, as primeiras decisões no âmbito do judiciário brasileiro, que propiciavam o ingresso de pneus usados no território nacional, serviram como argumentos das Comunidades Europeias para reclamação na OMC, e estavam entre os fundamentos invocados pelo próprio sistema de solução de controvérsias para constatar a inconsistência do regime brasileiro frente à normativa da OMC. Também a decisão produzida no âmbito do Tribunal Ad Hoc do MERCOSUL prestou-se à análise subsequente conduzida na OMC, e alicerçou a constatação da inconsistência do regime brasileiro. Já no sentido inverso, do internacional para o nacional, verifica-se que o julgamento da ADPF 101 pelo Supremo Tribunal Federal foi fortemente pautado pelo conteúdo das decisões antecedentes no âmbito do Tribunal *Ad Hoc* do MERCOSUL e do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. A decisão do Supremo Tribunal Federal acabou por revelar-se contraditória, ora dando a entender que promoveria uma adequação do regime brasileiro às recomendações da OMC - “[...] a coerência determina que se cancele totalmente a importação de pneus usados e reformados, independentemente da origem [...]”³⁵ - ora dando a entender que respeitaria a deliberação do Tribunal Ad Hoc do MERCOSUL

[...] declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes àqueles provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL.³⁶

A decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que isso não fosse explicitamente assumido, pareceu querer compatibilizar-se com os precedentes oriundos das cortes internacionais, notadamente com o precedente produzido no âmbito da OMC³⁷. Esta análise pauta-se sobretudo na fundamentação do voto da Ministra Carmen Lúcia, já que o dispositivo da decisão padece de aspectos contraditórios.

35 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Voto da Relatora. Brasília, 2007. DJE 108, Divulgação 1/6/2012, Publicado em: 4 jun. 2012.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Voto da Relatora. Brasília, 2007. DJE 108, Divulgação 1/6/2012, Publicado em 4 jun. 2012.

37 OLIVEIRA, Joao Paulo de. *Adjudicação e comércio internacional - o caso dos pneus reformados*. São Paulo: Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, 2012. Dissertação de Mestrado em Integração da América Latina. 160 p.

Quanto à OMC, a decisão de seu sistema de solução de controvérsias não exteriorizou grande deferência ao conteúdo da decisão antecedente do Tribunal *Ad Hoc* do MERCOSUL. Assim manifestou-se o Órgão de Apelação sobre o precedente do MERCOSUL:

Em nossa opinião, a resolução do tribunal arbitral do MERCOSUL não é um fundamento aceitável para a discriminação porque não guarda relação com o objetivo legítimo da proibição das importações compreendido no âmbito do apartado *b* do artigo XX, e vai inclusive contra esse objetivo. Em consequência, consideramos que a exceção MERCOSUL, que está compreendida no âmbito do apartado *b* do artigo XX, deu lugar a que a proibição de importações se aplique de forma que constitui uma discriminação arbitrária ou injustificável.³⁸

Com esta abordagem, o Sistema de Solução de Controvérsias terminou por manifestar completa desvinculação com relação àquilo que fora decidido no âmbito do MERCOSUL, sinalizando, em larga medida, que a resolução regional não se sustentaria ante a recomendação da OMC.

A deliberação precedente do Tribunal *Ad Hoc* do MERCOSUL apenas serviu para que a conduta brasileira de aceitar pneus remoldados do MERCOSUL não fosse considerada caprichosa ou aleatória, não tendo bastado para que a exceção MERCOSUL pudesse doravante ser mantida.

As menções da OMC às decisões judiciais brasileiras serviram unicamente para sinalizar que a autorização de importação de pneus usados como matéria-prima da indústria de recauchutagem brasileira evidenciava a inconsistência das alegações do Brasil.

Assim, verifica-se que se deferência houve entre as diversas instâncias envolvidas, esta se deu, ao menos no campo das intenções, por parte da jurisdição brasileira às instâncias do MERCOSUL e da OMC. No sentido inverso, não se verificou.

Ao final, a forma como atualmente se relacionam as diversas instâncias jurisdicionais internacionais enseja o surgimento de decisões conflitantes e, conseqüentemente, fomenta inconsistências e insegurança jurídica. No caso concreto dos diversos julgamentos que cuidaram do regime brasileiro de importação de pneus usados e reformados, o Brasil

38 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Informe do Órgão de Apelação*. Documento WT/DS332/AB/R. 3 dez. 2007. (246 e 247).

desdobrou-se para moldar a legislação e as decisões judiciais até então vigentes de forma buscando evitar o surgimento de novas controvérsias internacionais. Para tanto, valeu-se sobretudo de estratégia judicial atípica que redundou em decisão do STF que, embora marcada por contradições, até o momento vem se mostrando incólume a novos questionamentos.

REFERÊNCIAS

- BORN, Gary. A New Generation of International Adjudication. *Duke Law Journal*. v. 61, n. 4, p. 779, jan. 2012.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU/SGCT/ARL/257/2009*.
_____. Casa Civil da Presidência da República. *Nota SAJ/SAG 3111/06*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_82/pareceres/ParecerMariaElizabeth.pdf> Acesso em: 3 abr. 2013.
- _____. Secretaria de Comércio Exterior. *Portaria 8/2000*
- _____. Câmara de Comércio Exterior. *Resolução 38*, de 22 de agosto de 2007.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101*. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Voto da Relatora. Brasília, 2007. DJE 108, Divulgação 1/6/2012. Publicado em: 4 jun. 2012.
- DALLARI, Pedro B. A. *Constituição e Tratados Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GROSSMAN, Nienke. Legitimacy and International Adjudicative Bodies. *George Washington International Law Review*, v. 41, p. 107, agosto 2010.
- LAVRANOS, Nikolaos. The Brazilian Tyres Case: A Case-Study of Multilevel Judicial Governance. In: LAVRANOS, Nikolaos (editor). *Multilevel Judicial Governance Between Global and Regional Economic Integration Systems: Institutional and Substantive Aspects*. Itália: European University Institute, 2009.
- _____. Nikolaos. On the Need to Regulate Competing Jurisdictions Between International Courts and Tribunals. *EUI Working Papers*. MWP 2009/14, MAX WEBER PROGRAMME. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1418518>>. Acesso em: 12 dez. 2010.
- MOTA, Pedro Infante. *A Função Jurisdicional no Sistema GATT/OMC*. Tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.
- _____. *O Sistema GATT/OMC*. Coimbra: Almedina, 2005.

OLIVEIRA, Joao Paulo de. *Adjudicação e comércio internacional - o caso dos pneus reformados*. São Paulo: Integração da América Latina, Universidade de São Paulo, 2012. Dissertação de Mestrado em Integração da América Latina.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Disputa 332*. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds332_s.htm>. Acesso em: 15 set. 2008.

_____. *Informe do Painel DS 332*. Documento WT/DS332/R. 12 jun. 2007.

_____. *Informe do Órgão de Apelação*. Documento WT/DS332/AB/R. 3 dez. 2007. (246 e 247).

PARAGUAI. Embaixada no Brasil. *Requerimento nos autos do processo ADPF 101*. 25 jun. 2009.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROMANO, Cesare P. R. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle. *New York University Journal of International Law and Politics*, v. 31, (Verão 1999).

SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle. *A Judicialização da Política Externa Brasileira: a disputa na OMC sobre os Pneus Reformados e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF*. Tese de Doutorado. Universidade Nacional de Brasília. Brasília, 2010. Disponível em: <http://btdtd.bce.unb.br/tesdesimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=6423>. Acesso em: 30 ago 2011.

VARELLA, Marcelo D. Dificuldades de Implementação das Decisões da OMC: Um estudo de Caso a Partir do Contencioso Pneus. *Revista Direito GV*. São Paulo v. 19, p. 53-68, jan-jun, 2014.

RECEBIDO EM: 16/02/2016

APROVADO EM: 05/04/2016

THE FREE MOVEMENT OF GOODS IN THE EUROPEAN UNION AND THE LIMITATION OF RENEWABLE ENERGIES PROMOTION SCHEMES TO THE MEMBER STATES OWN TERRITORY

O PRINCIPIO DA LIVRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS NA UNIÃO EUROPEIA E A LIMITAÇÃO DE PROGRAMAS DE SUPORTE A ENERGIAS RENOVÁVEIS AO TERRITÓRIO DOS ESTADOS MEMBROS

Luiz Eduardo Diniz Araujo

Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, UFPE. Mestrado profissional em andamento em MASTER IN ENERGY LAW Technische Universität Berlin, TUBerlin, Alemanha. Procurador Federal - AGU

TABLE OF CONTENTS: Introduction; 1 Articles 34 and 36 of the Treaty on the Functioning of the European Union: a general view; 2 Article 3 (3) of the Directive 2009/28/EC; 3 Principle of conforming interpretation; 4 Conclusion; References.

ABSTRACT: This paper sets out to examine whether the legal framework of the European Union allows the Member States to design and apply renewable energies support schemes limited to their own territory, with a direct exclusion of the renewable energies produced in other Member States. The Directive 2009/28/EC will be interpreted in the light of the principle of free movement of goods inserted in the articles 34 and 36 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

KEYWORDS: European Union. Free Movement of Goods. Territorial Discriminatory Measures. Renewable Energies Support Schemes. Legal Interpretation.

RESUMO: O presente artigo analisa se a estrutura normativa da União Europeia autoriza que os Estados Membros desenvolvam e apliquem programas de suporte a energias renováveis com limitação ao seu próprio território, com direta exclusão das energias renováveis produzidas nos demais Estados Membros. A Diretiva 2009/28/EC será interpretada à luz do princípio da livre circulação de mercadorias, o qual se encontra inserido nos artigos 34 e 36 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

PALAVRAS-CHAVE: União Europeia. Livre Circulação de Mercadorias. Discriminação Territorial. Programas de Suporte a Energias Renováveis. Interpretação Jurídica.

INTRODUCTION

To be able to answer whether articles 34 and 36 TFEU allow Member States to limit renewable energies promotion schemes to their own territory, some steps must be taken.

Firstly, it is necessary to assess the European Court of Justice's general interpretation of the Articles 34 and 36 TFEU.

Secondly, the Article 3 (3) of the Directive 2009/28/EC must be interpreted systematically, especially in connection with the recital 25, and in the light of the ECJ's case law.

Thirdly, the interpretation of the Article 3 (3) of the Directive 2009/28/EC must be submitted to a conformity test with the principle of free movement of goods, which is inserted in the primary law. So far as these three steps have been done, it will be able to reach a secure and grounded answer to the question presented.

1 ARTICLES 34 AND 36 TFEU: A GENERAL VIEW

In *Dassonville*¹ the European Court of Justice presents general and too much broad statements about the interpretation of article 34 of the Treaty on the Functioning of the European Union, such as what became famous as the *Dassonville* formula:

All trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, directly or indirectly, actually or potentially, intra-Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions.

A general and broad statement as such transformed 'the free movement of goods' in an overarching principle, limiting too much the Member States legislative powers.

Balancing the application of the article 34, the article 36 provides an exhaustive² list of possible justifications to measures with equivalent

1 ECJ Case 8/74, 11.07.1974 - *Procureur du Roi v Dassonville*.

2 SCHOLZ, Lydia. The dialogue between free movement of goods and the national law of renewable energies. In: T. Solvang. *EU Renewable Energy Law: legal challenges and new perspectives*, Marlus, 2014. p. 98.

effect to quantitative restrictions, which are public morality, public policy, public security, and protection of health, life of humans, animals or plants.

When deciding *Cassis de Dijon*³, the ECJ is more cautious than with *Dassonville*, referring straight to the facts and avoiding establishing general statements.

From the very beginning, the ECJ narrows the broad interpretation conferred in the *Dassonville* formula, admitting some exemptions to obstacles in free trade. The difference from *Dassonville* is that the ECJ admits that obstacles must be accepted if they are proven to be “necessary in order to satisfy mandatory requirements”⁴, which means that must be a proportionality relation. Therefore, the *Dassonville* formula is reviewed in order to accept exemptions.

The ECJ then establishes the mutual recognition principle, meaning that:

[...] there is therefore no valid reason why, provided that they have been lawfully produced and marketed in one of the Member States, alcoholic beverages should not be introduced into any other Member State⁵.

Finally, the ECJ states that article 34 prohibits discriminatory and non-discriminatory measures, which apply indistinctly to national and foreign goods, but put a greater burden on the latter. According to Craig and De Búrca, “discrimination is therefore a sufficient, but not necessary, condition for invocation of Article 34”⁶.

The ECJ then establishes the rule of reason (proportionality test)⁷ to assess if the mandatory requirements are necessary in order to justify non-discriminatory measures.

The list of mandatory requirements pointed by the ECJ is considered non exhaustive⁹: protection of public health, effectiveness of fiscal

3 ECJ Case 120/1978, 20.02.1979 – *Rewe Central AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

4 ECJ Case 120/1978, 20.02.1979 – *Rewe Central AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, par. 8.

5 ECJ Case 120/1978, 20.02.1979 – *Rewe Central AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, par. 14.

6 CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne De. *EU Law: texts, cases, and materials*. Oxford, 2013. p. 665.

7 *Ibid*, p. 676.

8 ECJ Case 120/1978, 20.02.1979 – *Rewe Central AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, par. 8.

9 SCHOLZ, *op. cit*, p. 106.

supervision, fairness of commercial transactions, defence of the consumer, environmental protection, cultural protection, fundamental rights.

In *Keck*¹⁰, the ECJ establishes a secure guidance for the EU law interpretation, which has to consider the main principles inside the Treaties as an interpretative North. As long as the interpretative North is met – “[...] the appropriate course is to look at the prohibition of resale at a loss from the perspective of the free movement of goods”¹¹ –, the ECJ provides its application to the facts. To rule then the case in a coherent manner, the ECJ has to repeal the prior interpretation given in *Dassonville* in order to admit provisions restricting or prohibiting specific selling practices only when applied indistinctly to domestic and imported products¹².

When one analyses the grounding of the decision pronounced by the ECJ in *Dassonville*, it seems that the formula presented states a lot more than what the ECJ in fact analysed and meant by deciding the case. The effect is that very different situations, which apparently should not be covered by the formula, fit into it.

So, in a matter of fact, such a general statement could not have been validly extracted from *Dassonville*. The inaccuracy made by the ECJ consisted in transforming into a general rule what should only have been the solution for a unique case and, maximum, a reference for similar situations. Perhaps such a general statement was due to an eagerness of finding a general rule automatically applicable to all similar cases, which is desirable but really difficult to achieve.

In *Cassis de Dijon*, the ECJ became more cautious, even when setting out a general principle. The mutual recognition principle is linked to the situation analysed in the case, which is very specific and includes the following elements: alcoholic beverages produced and marketed lawfully in one of the Member States may, because of this, be introduced in other Member States. Between *Dassonville* and *Cassis de Dijon*, it is already possible to identify an evolution of the ECJ reasoning towards a more technical, meticulous and careful grounding, with a special attention regarding the decision's range.

10 ECJ Cases C-267/91 and C-268/91, 24.11.1993 - Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard.

11 ECJ Cases C-267/91 and C-268/91, 24.11.1993 - Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard, par. 10.

12 ECJ Cases C-267/91 and C-268/91, 24.11.1993 - Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard, par. 16.

In *Keck*, the reasoning improves at its best, and the Court presents a solid interpretative North – principles in the Treaties – and its consequent application to the facts. However, it must be said that what can be extracted from *Keck*'s decision is not a general principle automatically applicable to other similar cases, but only a secure guidance on interpretation and reasoning.

Considering the three decisions – *Dassonville*, *Cassis de Dijon* and *Keck* –, it is possible to identify a walk towards a systematic and clearer way of interpretation and application of Articles 34 and 36 of the TFEU.

The lesson we have to learn from the evolution of the ECJ legal reasoning is that these decisions are not supposed to be final decisions to other cases, but instruments that can serve only as reference for achieving coherent and correct decisions.

For this paper, what is important to note is that the ECJ accepts that the free movement of goods principle can be weakened when there is a sensitive reason related to the Article 36 or to mandatory requirements, but only when a proportionate measure is used¹³.

These three cases are not directly related to the renewables promotion scheme, not even to the energy sector, but insofar as energy is considered a good¹⁴ they could present a general guidance to answer the question presented above.

2 ARTICLE 3 (3) OF THE DIRECTIVE 2009/28/EC

The Directive 2009/28/EC intends to harmonize – partially – the promotion of energy from renewable sources and establishes compliance targets to be achieved by Member States.

Nonetheless, its Article 3 (3) establishes that Member States may apply support schemes and that they “shall have the right to decide, in accordance with Articles 5 to 11 of this Directive, to which extent they support energy from renewable sources which is produced in a different Member State”.

13 ECJ Case C-572/2012, 01.07.2014 - Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten, par. 76.

14 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 95.

Here it can be found a clear allowance to a direct discriminatory measure – territorial restriction – against renewable energy produced in others Member States, with the potential of hindering the free movement of renewable energy within the European Union.

In the recital (25) of the Directive, it is assumed that “the majority of Member States apply support schemes that grant benefits solely to energy from renewable sources that is produced on their territory” and that this has a sensitive reason, which is that Member States should have the right to “control the effect and costs of their national support schemes according to their different potentials”.

It follows that these promotion schemes must be supported in order to “maintain investor confidence”, so the Directive is not supposed to affect national schemes.

According to Scholz¹⁵, in *Preussen Elektra*¹⁶ the ECJ “first considered the issue of the admissibility under European Union law of territoriality clauses within a national promotion system”. Indeed, in *Preussen Elektra* the ECJ states that, “in the current state of the Community law concerning the electricity market”, provisions that carry a territorial restriction are not incompatible with the principle of the free movement of goods.

When grounding the decision, the ECJ considers that renewable energy must be supported in order to prevent climate change¹⁷, but it is not clear if the ECJ considers the environmental question inside the article 36 or as a mandatory requirement.

As Johnston¹⁸ points out, the previous case law would require the characterization of the nature of the restriction upon trade, but even so the ECJ did not make it.

Scholz¹⁹ criticizes the reasoning made by the ECJ, arguing that “it posed more questions than it answered in relation to the construct of

15 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 99.

16 ECJ Case 379/98, 13.03.2001 – *Preussen Elektra*.

17 ECJ Case 379/98, 13.03.2001 – *Preussen Elektra*, p. 73.

18 JOHNSTON, Angus. The impact of the new EU Commission guidelines. In: T. Solvang. *EU Renewable Energy Law: legal challenges and new perspectives*, Marlus, 2014. p. 33.

19 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 99.

the free movement of goods”, but it at least made a theoretical balance between the free movement of goods and the environmental protection.

Although establishing a sophisticated theoretical reasoning, the ECJ does not succeed to make an effective proportionality test in the light of the elements involved.

In fact, it must be said that the ECJ even does not assess properly the proportionality of the territorial restriction related to the achievement of its potential goals, which is the core issue of the question.

Lately, the ECJ had two opportunities to assess territorial restrictions in the light of the Article 3 (3) of Directive 2009/28/EC, which were in *Ålands Vindkraft*²⁰ and *Essent*²¹. In both cases, the ECJ admitted renewable promotion scheme with territorial restriction against the energy produced in other Member States.

In *Ålands Vindkraft*, the ECJ concludes that territorial restriction is capable – “at least indirectly and potentially”²² – of impeding electricity imports from other Member States, in principle incompatible with Article 34, unless that restriction can be objectively justified. The ECJ considers that the objective of promoting the use of renewable energy is in principle capable of justifying barriers to the free movement of goods²³. After assessing the facts, the ECJ states that the territorial restriction is not in breach of the principle of proportionality.

This judgement was vigorously criticized by the commentators. Steinbach²⁴ summarizes it by saying that “renewable energy providers have reason to celebrate”, but “the goal of creating a single European market for electricity has fallen by the wayside”. He points out that two “opposing trends – one of convergence and one of divergence” can be identified relating to energy policies at the EU level. On the normative level, he identifies a “process of convergence” as “numerous measures have

20 ECJ Case 573/12, 14.07.2014 - *Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten*.

21 ECJ Cases 204/12 and 208/12, 11.9.2014 - *Essent Belgium*.

22 ECJ Case 573/12, 14.07.2014 - *Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten*, par. 67.

23 ECJ Case 573/12, 14.07.2014 - *Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten*, par. 82.

24 STEINBACH, Armin. *Renewable Energy and the Free Movement of Goods*. To be published in: *Journal of Environmental Law, Issue 1, 2015*. <<http://www.nuffield.ox.ac.uk/Research/Politics%20Group/Working%20papers/Documents/Renewable%20Energy%20and%20the%20Free%20Movement%20of%20Goods.pdf>>. Access: 21 nov. 2015, 10.58.

been implemented to promote the integration of national energy markets”. Nonetheless, he also identifies a “countervailing trend toward greater fragmentation” and, in his view, “Ålands Vindkraft clearly bolsters the movement toward heterogeneity and divergence”.

Ankersmit, quoted by Jiménez-Blanco²⁵, points out that the Court failed to explain why the territorial limitation was in line with the rule of reason. In his view, to make the proportionality test appear more convincing, the ECJ should have pointed economic evidence of the indispensability of the territorial restriction. He concludes that the ECJ “is and probably will remain deferential towards the protection of public interests which are important for the UE itself, in particular as regards combating climate change” even it fails to pass the proportionality test.

Also quoted by Jiménez-Blanco²⁶, Albert Sánchez Graells states that Ålands Vindkraft deserves criticism from three perspectives: “a strict legal perspective (due to the muddled situation in which it keeps environmental protection justifications to restrictions of free movements on goods)”; “economic perspective (due to partial and biased assessment of economic charges and incentives)”; “a functional/political (international) perspective (as it diminishes the possibilities for the EU as a whole to comply with the Kyoto Protocol)”.

In *Essent*, Advocate General Bot plays an important role trying to convince the ECJ to admit expressly that “environmental protection goals are capable of justifying even directly discriminatory national trade-restricting measures, on the basis that EU law requires the EU to integrate (Article 11 TFEU) environmental protection objectives into its definition and implementation of EU policies”²⁷. Nonetheless, he is not followed by the ECJ, who keeps the same reasoning already presented in *Ålands Vindkraft*.

Talus²⁸ points out that the ECJ’s approach was less technical and more political, not addressing the “core issues of free movement and

25 JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. Energías renovables y Tribunal Europeo: la sentencia de la Gran Sala de 1 de julio de 2014, *Ålands Vindkraft*. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014, p. 1775-1794.

26 *Ibidem*.

27 JOHNSTON, *op. cit.* p. 37.

28 TALUS, Kim. *EU Energy Law and Policy: a critical account*. Oxford, 2013. p. 171/172.

environment”²⁹. He even states that the ECJ, when the environment protection is at stake, “is prepared to adopt a more relaxed approach to measures taken by Member States than it would in other situations”³⁰, even if it means to “trump the strict application of law”³¹.

The critics addressed to both recent judgements seem to be irreproachable to the extent as the ECJ does not manage to make a link of its argumentation to enough economic and factual evidence, which reveals extremely necessary to relativize coherently the free movement of goods principle, according to previous ECJ’s case law.

Indeed, the ECJ should have assessed the positive impact of the territorial restriction on the promotion schemes, as well as the potential impacts of the removal of the territorial restriction.

As pointed out by Johnston³², in *Essent*³³ AG Bolt stressed the “need to take into account the advantages that may arise from trade in green electricity within the European Union”, what, unfortunately, was not made by the ECJ. Perhaps the greatest achievement of these two judgments in *Ålands Vindkraft* and *Essent* is solely legal certainty³⁴.

3 PRINCIPLE OF CONFORMING INTERPRETATION

Scholz³⁵ assesses the cases *Ålands Vindkraft* and *Essent* by using the principle of “*praktische Konkordanz*”, pointing out the necessity to weigh up two different principles inside primary law (free movement of goods - environmental protection) against each other so that both may achieve their maximum efficacy.

Actually, the use of “*praktische Konkordanz*” principle is not even needed, as it doesn’t seem to be a real collision between free

29 TALUS, Kim. Renewable energy disputes in the European Union, In: T. Solvang. *EU Renewable Energy Law: legal challenges and new perspectives*, Marlus, 2014, p. 151.

30 Ibidem.

31 Ibidem, p. 155.

32 JOHNSTON, op. cit., p. 37.

33 ECJ Cases 204/12 and 208/12, 11.9.2014 – *Essent Belgium*.

34 SCHOLZ, op. cit., p. 91.

35 Ibidem, p. 101.

movement of goods and environmental protection principles, as Scholz³⁶ eventually concluded.

An alternative approach to the question could be a conforming interpretation of the renewable promotion schemes with the article 34 TFEU. Although “it is settled case law that a national provision is not to be assessed in light of the Treaties if it falls into an area already exhaustively harmonised at Union level”^{37 38}, it is undisputed that the promotion of renewable energy is not still completely harmonized³⁹.

So, it follows that the national renewables promotion schemes can be assessed by the ECJ in the light of the article 34 TFEU. Another option would be to examine directly the validity of the article 3 (3).

By doing so, the ECJ should stress the possible justifications and in the light of not having 28 different energy markets. Indeed, as Talus⁴⁰ points out, “the main difference between an EU internal energy market and 27 [28, at the moment] liberalized national energy markets is their integration through unhindered cross-border trade in energy”.

By doing this, the article 3 (3) should be read in the light of the commitment among Member States to achieve the internal market through the strengthening of the free movement of goods and weakening off all forms of protectionism, as precisely highlighted by Scholz⁴¹.

At this point, the debate should be focused on the economic reasons to maintain or not the trade barrier, and especially the economic and environmental consequences of its removal.

Indeed, to assess the justifiability of article 3, (3), of the Directive 2009/28/EC, the ECJ should analyse the arguments presented in recital 25, in order to verify if the removal of the territorial barrier would affect, and in what extent, investor’s confidence, or if it would hinder the efficacy of the promotion schemes.

36 SCHOLZ, op. cit., p. 101.

37 Ibidem, p. 96.

38 ECJ Case 573/12, 14.07.2014 - Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten, par. 57.

39 ECJ Case 573/12, 14.07.2014 - Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten, par. 58/64.

40 TALUS, Kim. *EU Energy Law and Policy: a critical account*, Oxford, 2013. p. 158.

41 SCHOLZ, op. cit., p. 95.

In debates as such, it is important to keep the focus on the central issues. Talus⁴² says that arguments such as “environment protection” and “security of supply” sometimes have “less to do with objective factors and more to do with the appeal this line of argumentation has to an energy non-expert”. He warns that “the stronger weight now given to environmental objectives means both that protectionism will increasingly seek environmental camouflage and that advocacy of environmental purposes will urge that the environmental failure of markets requires correction by means of public subsidies”⁴³.

According to Johnston, by analysing the restriction in the light of the hierarchically superior position of the Treaty rules on free movement of goods, Advocate General Bot “went on to find that the relevant provisions in that Directive were themselves an unjustifiable trade restriction and thus contrary to Article 34 TFEU”⁴⁴.

4 CONCLUSION

The answer one can achieve so far is that nowadays the ECJ admits, with crooked lines, that Member States, due to environmental protection, are allowed to limit their renewable promotion schemes to their own territory.

It is not clear although if the ECJ, in order to relativize the article 34 TFEU, considers environmental protection inside the article 36 or as a mandatory requirement⁴⁵.

However, the truth is that this definition doesn't seem to have any importance, as the ECJ decides to make a pragmatic and embracing approach in order to maintain untouched, no matter what, the national renewable promotion schemes.

One question still unanswered is that presented by Advocate General Jacobs in *Preussen Electra*⁴⁶: “it is unclear why electricity from renewable sources produced in another Member State would not contribute to the

42 TALUS, *op. cit.*, p. 160.

43 *Ibidem*, p. 161.

44 JOHNSTON, *op. cit.*, p. 35

45 SCHOLZ, *op. cit.*, p. 108.

46 STEINBACH, *op. cit.*

reduction of gas emissions in Germany to the same extent as electricity from renewable sources produced in Germany”.

By not giving an answer to this question, the ECJ clearly chooses to privilege the legal certainty of these schemes over a more technical analysis, which would conduct to a completely different conclusion.

REFERENCES

JOHNSTON, Angus. The impact of the new EU Commission guidelines. In: T. Solvang. *EU Renewable Energy Law: legal challenges and new perspectives*. Marlus, 2014. p. 33.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *Energías renovables y Tribunal Europeo: la sentencia de la Gran Sala de 1 de julio de 2014, Ålands Vindkraft*. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014. p. 1775-1794.

STEINBACH, Armin. Renewable Energy and the Free Movement of Goods, to be published in: *Journal of Environmental Law, Issue 1, 2015*. <<http://www.nuffield.ox.ac.uk/Research/Politics%20Group/Working%20papers/Documents/Renewable%20Energy%20and%20the%20Free%20Movement%20of%20Goods.pdf>>. Access: 21 nov. 2015, 10.58.

TALUS, Kim. *EU Energy Law and Policy: a critical account*, Oxford, 2013.

_____. Renewable energy disputes in the European Union, In: T. Solvang. *EU Renewable Energy Law: legal challenges and new perspectives*, Marlus, 2014.

SCHOLZ, Lydia. The dialogue between free movement of goods and the national law of renewable energies. In: T. Solvang. *EU Renewable Energy Law: legal challenges and new perspectives*, Marlus, 2014.

CRAIG, Paul; Búrca, Gráinne de. *EU Law: texts, cases, and materials*. Oxford, 2013.

CASES:

ECJ *Case 8/74, 11.07.1974* - Procureur du Roi v Dassonville.

ECJ *Case 120/1978, 20.02.1979* – Rewe Central AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

ECJ *Cases C-267/91 and C-268/91*, 24.11.1993 - Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard.

ECJ *Case 379/98*, 13.03.2001 – Preussen Electra.

ECJ *Case C-572/2012*, 01.07.2014 - Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten, par. 76.

ECJ *Cases 204/12 and 208/12*, 11.9.2014 – Essent Belgium.

RECEBIDO EM: 20/10/2015

APROVADO EM: 07/03/2016

CORTES CONSTITUCIONAIS E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: O DEBATE NORMATIVO SOB O OLHAR DA PERSPECTIVA POSITIVA

*CONSTITUTIONAL COURTS AND CONSTITUTIONAL
JURISDICTION: THE NORMATIVE DEBATE UNDER THE EYE OF
THE POSITIVE PERSPECTIVE*

Ricardo Silveira Ribeiro

*Doutor em Direito Público pela UFPE. Professor Titular I de Direito
Administrativo da UNOPAR. Procurador Federal - AGU*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Questões normativas concernentes às atividades das Cortes Constitucionais; 1.1 A crítica do liberalismo político ao papel contemporâneo das Cortes Constitucionais; 1.2 As Cortes Constitucionais na teoria do discurso de Habermas; 1.3 O idealismo constitucional brasileiro; 2 O modelo liberal, a teoria do discurso e o idealismo constitucional sob o olhar de uma concepção positiva; 2.1 A contribuição da teoria positiva às teorias normativas; 2.2 Soberania popular, Poder Legislativo e Cortes Constitucionais; 2.3 Legitimidade das Cortes Constitucionais; 2.4 O que faz, afinal, uma Corte Constitucional?; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa criticamente três teorias normativas da jurisdição constitucional de certa aceitação no Brasil – o liberalismo político, a teoria do discurso de Habermas e o idealismo constitucional brasileiro. Fazendo uso da literatura em Política Judicial, o artigo demonstra que muitas das críticas à atuação das Cortes Constitucionais realizadas pelas teorias normativas estão longe de terem algum tipo de amparo na realidade. Não há então como sustentar que a atuação das Cortes viola a vontade popular, é ilegítima ou mesmo irracional. Conclui-se que as Cortes Constitucionais não se limitam a guarnecer um sentido constitucional pré-fixado. As decisões das Cortes Constitucionais, em verdade, fixam o sentido a ser dado ao texto constitucional, mesmo que para isso tenham que fazer prevalecer determinado direito em detrimento de outros igualmente relevantes para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Cortes Constitucionais. Jurisdição Constitucional. Liberalismo Político. Teoria do Discurso. Política Judicial. Teoria Positiva. Teoria Normativa.

ABSTRACT: This paper analyses critically three normative theories of constitutional jurisdiction accepted in Brazil – political liberalism, Habermas's discourse theory, and Brazilian constitutional idealism. Based on Judicial Politics literature, the paper demonstrates that many critics directed to Constitutional Courts behavior that come from normative theories are far from being supported by reality. Therefore, there is no reason to believe that court behavior violates popular will, or can be considered illegitimate, or even irrational. We concluded that Constitutional Courts have not been limited to preserve a pre-set constitutional meaning. The decisions of Constitutional Courts in truth define the meaning of the constitutional text, even if they have to make a right prevail on other equally relevant right for society.

KEYWORDS: Constitutional Courts. Constitutional Jurisdiction. Political Liberalism. Discourse Theory. Judicial Politics. Positive Theory. Normative Theory.

INTRODUÇÃO

Para a área do conhecimento denominada “Política Judicial” (do inglês *Judicial Politics*), as Cortes Constitucionais¹ devem ser investigadas sob uma perspectiva positiva.² Isso significa que o foco de análise não está centrado em ditar como essas instituições “deveriam ser” – como deveriam julgar – mas em entender como e por que a estrutura institucional das Cortes induz certos comportamentos dos magistrados que às vezes colidem com nossas mais sagradas crenças jurídicas.

Em contraposição a esse tipo de análise, existe a abordagem normativa. Esta última já não está preocupada em descrever o mundo à sua volta, mas em determinar como os agentes deveriam comportar-se e por quais mudanças as instituições deveriam passar para alcançar certos objetivos.

Recentemente, teorias jurídicas amparadas na perspectiva normativa tendem a enfatizar, em tom crítico, que as Cortes Constitucionais vêm ampliando demasiadamente seu poder de julgar de acordo com valores, preferências ou ideologias políticas em detrimento da Constituição. Há ainda visões que defendem que as Cortes constitucionais erram justamente por não satisfazerem algum tipo de expectativa social de legitimação. Seja qual for a visão, estão latentes, nas teorias normativas, certas crenças críticas que parecem desconsiderar o modo como se dá o efetivo processo decisório em Cortes Constitucionais.

Como se verá, tais teorias normativas precisam de ajustes que possam dar conta da complexidade com que as Cortes Constitucionais

1 Utilizamos o termo “Corte Constitucional” em um sentido lato, o qual inclui todo órgão nacional de cúpula, politicamente independente ou pertencente ao Poder Judiciário, com poder decisório para julgar questões constitucionais. Essa perspectiva ampla, normalmente, é utilizada pela Política Judicial em pesquisas comparadas, pois permite distinguir os diversos modelos de Corte Constitucional existentes em todo o mundo (cf.: GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?*. University of Virginia School of Law, 2013. p. 10). Para essa definição, o STF e a Suprema Corte Norte-Americana podem ser considerados exemplos de Cortes Constitucionais. Por outro lado, reservaremos o termo “Tribunal Constitucional” para nos referirmos ao modelo austríaco (kelseniano ou europeu). Cf., também, o uso desse termo com acepção mais ampla por BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 94. Na doutrina, há autores que usam o termo “Corte Constitucional” de maneira mais restritiva, como se fosse um sinônimo de “Tribunal Constitucional”. No Brasil, esta é a posição de SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 544. Para quem defende uma visão restritiva, somente o órgão independente da jurisdição ordinária que possua a competência exclusiva para conhecer do “contencioso constitucional” poderá ser considerado “Corte Constitucional”. Esta também é a visão de FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. p. 14.

2 Ernani Carvalho a denomina analítica. Cf. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, p. 115, nov. 2004. .

atuam ao decidirem conflitos ou simplesmente manifestarem a jurisdição constitucional. É justamente esse o objetivo de nosso trabalho: discutir criticamente as crenças que orientam teorias normativas de certa aceitação no Brasil, de modo a apresentar uma perspectiva mais realista do processo decisório das Cortes Constitucionais.

Quanto à organização do trabalho, explanaremos, inicialmente, os principais argumentos normativos da visão liberal e da teoria do discurso de Habermas. A seguir, enunciaremos algumas crenças comuns do discurso dogmático brasileiro acerca do papel das Cortes para, ao final, criticarmos essas visões.

1 QUESTÕES NORMATIVAS CONCERNENTES ÀS ATIVIDADES DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

1.1 A Crítica do Liberalismo Político ao Papel Contemporâneo das Cortes Constitucionais

Inicialmente, trataremos da visão do liberalismo político sobre o papel do Estado e, conseqüentemente, das Cortes Constitucionais. A apresentação de tal perspectiva é importante porque, ainda hoje, as principais críticas realizadas ao trabalho das Cortes Constitucionais seguem os pressupostos do modelo liberal, mesmo quando essas críticas são advindas de autores não comprometidos, necessariamente, com o liberalismo político.³

As premissas clássicas do liberalismo político assentam-se na tese de que as liberdades negativas devem ser protegidas contra a ação nefasta do Estado. Diante disso, o principal desenho institucional a ser positivado, em uma Constituição, é aquele que assegura direitos individuais aos seres humanos que possam ser opostos ao Estado.

Dentro dessa lógica, o Judiciário é erigido a mero garantidor da legalidade. Acredita-se, portanto, que esse Poder seria capaz de ser um

3 As teorias normativas que serão resenhadas a seguir não esgotam os possíveis debates normativos. Nos Estados Unidos, por exemplo, há uma forte discussão acerca das virtudes e defeitos da consagração do controle de constitucionalidade em uma Constituição. Ver, para uma noção desse debate, as ideias de: CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, n. 3, p. 673-690, 2004; TUSHNET, Mark. Non-judicial review. *Harvard Journal of Legislation*, v. 40, p. 453-492, 2003; WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1406, 2006. Para esta pesquisa, está fora de discussão qualquer análise acerca do quão bom ou do quão ruim é o controle de constitucionalidade para o princípio democrático ou para o princípio da separação dos poderes. Isso implicaria adentrar no debate normativo e essa não é a nossa proposta. Além disso, como nossa Constituição consagrou amplamente o controle de constitucionalidade e há grande aceitação desse modelo no Brasil, entendemos pouco útil discutirmos aqui se essa escolha constitucional de outrora foi boa ou ruim.

simples meio de manifestação das decisões previamente estabelecidas por leis. O Legislativo, por outro lado, é alçado a verdadeiro representante da vontade popular. Seria através dele que o povo manifestaria suas expectativas quanto à organização da vida pública e social.

Obviamente, a ideia de soberania parlamentar é extremamente importante nesse modelo liberal clássico. Se é certo que o povo se manifesta por representantes – os parlamentares – os textos normativos positivados por esse Poder devem ser soberanos, isto é, devem ser incapazes de oposição e limitação pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, sob pena de consagrarmos uma situação de instabilidade às liberdades negativas dos cidadãos.

Há também outro pressuposto do modelo liberal de organização do Estado. Para esse, a principal arena de discussão política é o Poder Legislativo. É nele que os interesses do povo se manifestam. Qualquer sinal de desrespeito às leis simbolizaria uma lesão à legitimidade do Poder Legislativo como fórum de discussão pública.

Nesse sentido, para o modelo liberal clássico, as Cortes deveriam:

- (1) interpretar a lei da maneira mais próxima possível de seu sentido original;
- (2) manter a neutralidade, o que implica, por sua vez, não decidir questões de acordo com ideologias políticas, perspectivas valorativas ou crenças alheias ao direito positivo;
- (3) não se opor, excessivamente, ao Poder Legislativo, pois os resultados da atividade legislativa são legítimos por representarem a vontade do povo.⁴

Contemporaneamente, essas asserções estão latentes na visão crítica de Ingeborg Maus sobre a jurisdição constitucional alemã. Para essa autora, o Tribunal Constitucional alemão vem assumindo, continuamente, o papel de “superego” da sociedade em substituição aos papéis exercidos pelo pai na família e pelos reis nas sociedades de outrora. Esse papel não só é confirmado pela expansão do Poder Judiciário no século XX, como também deita suas raízes em certa veneração popular desse Poder.

⁴ Uma boa visão dos postulados do liberalismo político pode ser encontrada na obra de Locke. Cf. LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002, passim.

Como resultado, o Tribunal Constitucional passa a assumir as funções de mediador da política e dos conflitos sociais, uma espécie de “pai” capaz de resolver conflitos coletivos insolúveis dentro dos mecanismos democráticos tradicionais com fundamento em valores morais socialmente aceitos.⁵

Para a autora, isso simboliza uma verdadeira inversão no modo de ver a relação entre governantes e governados. No ideário do século XVIII, a autoridade do governante deveria ser derivada da vontade do povo. O Poder Legislativo, por meio de leis estabelecidas em nome do povo, seria capaz de impor amarras ao governo exercido pelo Poder Executivo.⁶ Com isso, a conexão de legitimação entre a vontade popular e a vontade do governo seria mantida.

As leis, por conseguinte, representariam uma dupla garantia ao povo: expressariam sua vontade e seriam a mais pura concretização de uma concepção de liberdade iluminista, pois as leis não só funcionariam como freios ao Estado (papel de liberdade negativa) como também seriam responsáveis por delimitar, claramente, os conteúdos da liberdade e da proibição legal (papel de liberdade positiva).⁷ Desse modo, os indivíduos, para o modelo normativo iluminista, devem ser autônomos, o que significa serem emancipados “tanto do infantilismo relativo às questões de tomada de consciência, como da orientação paternalista no processo político de decisão”.

Obviamente, para a autora, esse modelo de indivíduo cai por terra com a expansão do Poder Judiciário no século XX, dada a “ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública”. Nesse século, o Poder Judiciário passa a fundamentar suas decisões em concepções morais e valorativas que terminam por imunizar “suas decisões contra qualquer crítica” e liberar a “Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular”.

Como consequência, os casos concretos passam a ser decididos de forma “inusitada” e “o âmbito das ‘proibições’ legais pode ser arbitrariamente estendido ao campo extrajurídico das esferas de liberdade”. A Corte passa, então, a determinar proibições nunca antes aventadas pelo Poder Legislativo e os cidadãos terminam por descobrir o que lhes fora proibido apenas após o processo de judicialização.⁸

5 MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos estudos*, n. 58, p. 183-202, p. 185-186, nov. 2000.

6 *Ibidem*, p. 188.

7 *Ibidem*, p. 189.

8 MAUS, op. cit., p. 189s.

Esse movimento de expansão da Justiça Constitucional, contudo, não é apenas o produto da ação do próprio Poder Judiciário. O próprio direito positivo veicula conceitos de teor moral, favorecendo uma crescente importância dos pontos de vista moral e valorativo nas decisões judiciais. Por outro lado, a “confiança popular” na Justiça e a tendência de os movimentos sociais insistirem em judicializar as relações sociais e políticas em nome dos seus “pontos de vista morais” acarretam o mesmo problema supracitado.⁹

Nesse sentido, com o aumento da demanda pelos seus serviços, o Tribunal Constitucional vê-se alçado a árbitro dos conflitos sociais que, para exercer suas funções, constrói interpretações constitucionais que ampliam seu poder decisório para campos nunca antes previstos pelo direito constitucional positivo:

Assim, a “competência” do TFC¹⁰ – como de qualquer outro órgão de controle de constitucionalidade – não deriva mais da própria Constituição, colocando-se em primeiro plano. Tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.

“*Legibus solutus*”: assim como o monarca absoluto de outrora, o tribunal que disponha de tal entendimento do conceito de Constituição encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição “corretamente interpretada”, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma “ordem de valores” submetida à Constituição.¹¹

Para a autora, a ampliação do poder do Tribunal também faz-se sentir na compreensão contemporânea da Constituição. Esta termina por ser concebida como um “texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. Longe de ser um guardião da Constituição, o Tribunal Constitucional Federal¹² torna-se “garantidor da própria história

9 MAUS, *op. cit.*, p. 190.

10 TFC é o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha.

11 MAUS, *op. cit.*, p. 191s.

12 Usamos Tribunal Constitucional Federal ao invés de Tribunal Federal Constitucional, pois entendemos que aquela tradução é mais adequada à língua portuguesa.

jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autoreferencial” em razão de seus “métodos específicos de interpretação constitucional”.¹³

Além disso, sua função de “administração judicial da moral” acarreta uma espécie de “funcionalização das relações sociais” e uma alteração nos padrões morais de acordo com os cânones estabelecidos pelo Tribunal. Assim, em nossa sociedade, concepções morais diversificadas, advindas dos movimentos sociais, perdem a chance de veicular junto ao Parlamento e à Corte seus pontos de vista.¹⁴

1.2 As Cortes Constitucionais na Teoria do Discurso de Habermas

Uma segunda teoria normativa de projeção deriva da tentativa do filósofo Jürgen Habermas de responder, em seu livro *Between Facts and Norms*, a algumas perguntas relacionadas com a atividade contemporânea das Cortes Constitucionais. São elas:

- (1) as decisões de uma Corte podem ser racionais?
- (2) em que medida é legítimo entregar poderes de declarar a inconstitucionalidade de normas às Cortes Constitucionais?
- (3) é racional que Cortes fundamentem suas decisões em uma espécie de jurisprudência dos valores?
- (4) qual o papel das Cortes em uma democracia?

As duas primeiras questões merecem um tratamento conjunto. Habermas¹⁵ entende que as Cortes Constitucionais exercem atividades que se baseiam em uma racionalidade bem diferente da que rege a atividade legislativa. Enquanto esta é responsável pelo desenvolvimento de novas normas em função de políticas, a Corte desenvolve direitos em função de princípios previamente positivados e de razões outrora responsáveis pela legitimação da atuação legislativa. Ao desenvolver direitos, entretanto, a Corte não o faz de maneira direta, mas indireta, por meio do apelo às razões limitadas por normas.

Uma questão importante, entretanto, salta aos olhos. Se existe alguma indeterminação na aplicação de normas (multiplicidade interpretativa, por exemplo), como afirmar que a atuação das Cortes é, realmente, limitada pelo

13 MAUS, op. cit., p. 192.

14 MAUS, op. cit., p. 201.

15 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Massachusetts: The MIT press, 1996. p. 261.

texto constitucional? Em resposta, o autor parece crer que, mesmo diante desse problema, ainda assim as Cortes Constitucionais são órgãos legítimos (racionais) em sentido amplo, desde que sejam independentes, limitem-se a declarar a inconstitucionalidade de normas e não criem obrigações ao Poder Legislativo.

Na verdade, o que faz Habermas pensar assim são “considerações político-legais e pragmáticas” que não estão muito claras no capítulo onde o autor desenvolve suas análises acerca da relação entre o Judiciário e o Legislativo,¹⁶ mas que, de alguma forma, podem ser encontradas no capítulo 5 de seu livro.

Para Habermas, os discursos de aplicação das normas jurídicas são resultantes de um processo decisório aberto à discussão entre partes de interesses contrapostos. Nesse processo, o que define a qualidade da decisão final do juiz não é somente a existência de uma fundamentação não-contraditória da decisão judicial, mas a qualidade da regulação dos procedimentos que permitem o acesso ao Poder Judiciário e o desenvolvimento de um fluxo de argumentos contínuos advindos das partes envolvidas no processo.

Em geral, a argumentação desenvolvida em qualquer âmbito impele os interlocutores a tratar um ao outro como iguais, imunizando o discurso contra a presença de elementos relacionados à repressão e à desigualdade. Nessa situação de fala, o objetivo é convencer o outro e uma espécie de auditório universal de que seus argumentos são os mais válidos.¹⁷

No discurso de aplicação de normas, todavia, a controvérsia em torno de qual norma deve reger um caso concreto gera incentivos para que as partes entrem em uma disputa altamente contextualizada, onde os interesses particulares desses atores possuem função determinante na descrição e seleção dos fatos relevantes à resolução do caso. Não há, assim, como abstrair a percepção individual das partes envolvidas no processo: “participantes em um discurso de aplicação devem trabalhar suas diferentes interpretações da mesma situação em uma normativamente rica descrição das circunstâncias [...]”.¹⁸

Ao mesmo tempo em que as disputas interpretativas se dão de forma contextualizada, a percepção individual dos participantes, por outro lado, é capaz de fazer a ligação com a dimensão universal da comunicação, pois,

16 HABERMAS, op. cit., p. 262.

17 Ibidem, p. 228.

18 “Participants in an application discourse must work their different interpretations of the same situation into a normatively rich description of the circumstances that does not simply abstract from the existing differences in perception” (HABERMAS, op. cit., p. 228).

ainda assim, as disputas interpretativas dão-se em torno da validade de normas positivadas.¹⁹

Depreende-se dessa abordagem que uma boa decisão judicial depende não só da coerência dos argumentos (não contradição), como das condições pragmáticas nas quais os processos argumentativos irão produzir-se. Os discursos de aplicação de normas são, portanto, limitados de tal forma que o Judiciário se vê estimulado a agir como uma terceira parte imparcial, a qual será responsável pelo desenvolvimento dos processos argumentativos.²⁰

Embora as partes no processo ajam estrategicamente, daí não se conclua que o fazem de maneira livre. Os procedimentos processuais atuam de tal maneira que as temáticas que são objeto de controvérsia são claramente demarcadas pela atividade das partes e as regras de produção de prova e oitiva das partes estão submetidas a uma lógica de imparcialidade. Caberão às Cortes, ao final, decidir no “vácuo” legal a partir da habilidade do próprio magistrado.²¹ Isso, entretanto, somente se dá após o desenrolar de um amplo procedimento que é capaz de assegurar decisões justas e aplicação consistente das normas positivadas.²²

Em suma, Habermas parece apoiar a legitimidade de Cortes Constitucionais com fundamento na ideia de que os procedimentos desenvolvidos no âmbito dessas asseguram condições relativamente ideais para que se faça justiça em uma decisão concreta, ao tempo em que se protege a consistência da ordem jurídica como um todo. Por outras palavras: não só os procedimentos ideais asseguram uma racionalidade no processo decisório de Cortes como a norte-americana e a alemã, como seria legítimo entregar o controle de constitucionalidade às mesmas em função das condições pragmáticas nas quais os discursos de aplicação se desenvolvem.

Contudo o autor não quer dizer, com isso, que todas as decisões judiciais em sede de controle de constitucionalidade irão ser, necessariamente, racionais. Como vimos, as decisões dão-se em uma espécie de vácuo normativo em que prevalecem as “habilidades” dos magistrados. A análise da racionalidade das decisões concretas da Corte, portanto, depende de outro nível de reflexão crítica mais associado à práxis específica do trabalho da Corte.

19 HABERMAS, op. cit., p. 228.

20 Ibidem, p. 235.

21 Ibidem, p. 237.

22 Ibidem, p. 236.

Examinando o trabalho de aplicação de normas do Tribunal Constitucional Federal alemão, o autor salienta que a Corte vem desenvolvendo uma jurisprudência dos valores, tendo como consequência maior um aumento da probabilidade de serem tomadas decisões irracionais.

Para o Tribunal Constitucional, a Constituição representa uma espécie de ordem de valores positivados. Em alguns casos, esses valores, travestidos sob a forma de princípios, podem colidir de maneira tal que seja necessário sopesar o princípio mais adequado ao caso concreto. Como princípios são mandados de otimização, a natureza normativa dos mesmos cede lugar às reais possibilidades de incidência de suas normas sobre caso.²³

Diante desse fato, a crítica habermasiana passa a dirigir-se contra o modo como o Tribunal Constitucional associa as normas constitucionais aos valores. Para o autor, as normas constitucionais possuem natureza deontológica, o que não se verifica nos valores. Valores são, na verdade, um conjunto de crenças compartilhadas por indivíduos; são diversificados e variam de grupo social a grupo social. Normas, por outro lado, são cogentes para diferentes grupos sociais e a tarefa de uma Corte não é otimizar a aplicação das mesmas, mas aplicá-las devidamente.

Nesse sentido, as normas são válidas ou inválidas; ou regem um caso concreto ou não. A natureza binária das mesmas gera diferença substancial com relação aos valores. Enquanto estes últimos podem ser utilizados ou não de acordo com as preferências individuais, as normas não devem ser submetidas a qualquer sopesamento ou análise de custo-benefício. Se existem normas, devem ser cumpridas! Não deve haver assim gradação de cumprimento de normas, mesmo que essas sejam de natureza principiológica.²⁴

Para o autor, a jurisprudência da Corte alemã termina por gerar problemas de legitimação, pois a ideia de que pode haver o sopesamento de normas termina por trazer como consequência argumentos “funcionalistas” em detrimento de argumentos “normativos”.²⁵

Não está claro, entretanto, o que o autor denomina de argumentos “funcionalistas”. Provavelmente, são argumentos que defendem a inaplicabilidade de determinada norma ou restrições ao seu caráter cogente com fundamento em alguns dos valores considerados relevantes pela Corte.

23 HABERMAS, op. cit., p. 254.

24 Ibidem, op. cit., p. 255.

25 Ibidem, p. 258.

A partir desses pontos de vista, percebe-se que o papel da Corte, para Habermas, é relativamente limitado. Para esse autor, a Corte deve restringir-se a garantir que a elaboração de normas tenha sido realizada sob o manto das “condições de legitimação da política deliberativa”.²⁶ A ideia, assim, é conceber a Corte Constitucional como controladora da execução de um bom processo de deliberação pública, isto é, um processo aberto à participação dos diversos grupos sociais, inclusive daqueles que estão à margem do processo político.²⁷

Para a teoria do discurso, a aplicação da lei permite que o processo democrático penetre o discurso judicial de maneira contínua, cabendo à Corte apenas mediar esse processo ao invés de ser uma regente, líder ou guardiã ativa do mesmo.²⁸ Não se deve, assim, idealizar a atividade da Corte. Ela não é emissária do povo, nem artífice do processo democrático, nem mesmo defensora dos “fracos e oprimidos”. Seu papel é o de apenas garantir o respeito às regras do jogo da discussão pública, quando da elaboração de normas.

A partir dessa abordagem, pode-se vislumbrar também uma conclusão importante: a fonte de legitimação da formação da vontade democrática não reside no respeito a qualquer tipo de regra ética abstrata, mas na obediência aos pressupostos comunicativos que levam a um bom processo de deliberação pública. Respeitados os procedimentos, espera-se que o resultado seja legítimo. A Corte, então, deverá zelar pelo respeito a esse procedimento e, se preciso for, deverá até mesmo exercer seu ativismo judicial para fazer valer as boas condições do processo comunicativo.²⁹

1.3 O Idealismo Constitucional Brasileiro

A terceira abordagem normativa que escolhemos para apresentar advém da dogmática constitucional brasileira. Essa visão, denominada pelo autor deste artigo de idealismo constitucional, acusa o Supremo Tribunal Federal – STF de suscitar uma crise de legitimação ou uma baixa legitimação da jurisdição constitucional em razão de sua dependência para com o Poder Executivo ou da falta de sintonia da Corte para com os anseios do povo e a proteção aos direitos fundamentais.

A solução para esse tipo de problema, inerente à Corte, seria reestruturar o STF, de sorte a convertê-lo em Tribunal Constitucional.

26 “... legitimating conditions of deliberative politics” (Ibidem, p. 274).

27 Ibidem, p. 274s.

28 Ibidem, p. 278.

29 HABERMAS, op. cit., p. 280.

Só assim poderíamos ter uma Corte ativa em sua função de verdadeira guardiã da Constituição.

Para analisarmos o idealismo constitucional, selecionamos dois autores que representam bem essa visão crítica extremamente presente na doutrina brasileira e nos discursos da prática jurídica cotidiana.

O primeiro deles é o renomado constitucionalista Paulo Bonavides. Para ele,³⁰ o Brasil é um bom exemplo de um país cuja jurisdição constitucional está mais a serviço do governo que da ordem constitucional. Seu diagnóstico é o de que, em termos qualitativos, o controle de constitucionalidade vem passando por um processo de degradação que terminou acarretando uma dependência do STF para com a vontade do Executivo, dependência essa conseguida por meio de pressões deste Poder sobre aquele. O exemplo mais cabal dessa conivência, segundo Bonavides,³¹ foi o modo pelo qual o STF aceitou que o Executivo legislasse continuamente por meio de medidas provisórias.

Para esse autor, a jurisdição constitucional deve ser a grande agente de contenção do ímpeto do Poder Executivo, pois, somente assim, o exercício do controle de constitucionalidade estaria de acordo com os termos da Constituição.³² Uma Corte legítima é, para o autor, aquela cujos juízes são capazes de acompanhar, em seus votos, os “valores representados e incorporados na Constituição”, ao tempo em que não se politizam em demasia para ceder aos caprichos do Poder Executivo.

Em contraponto a esse ideário, nossa progressiva tendência à centralização do controle de constitucionalidade no STF acarreta sério risco, pois o controle concentrado “conduz irremissivelmente ao reconhecimento patente da politização da jurisdição constitucional”.³³

Bonavides assume, então, que essa tendência parece aumentar a probabilidade de o controle de constitucionalidade brasileiro ficar à mercê da vontade do Executivo. Em certa medida, para o autor, isso já vem ocorrendo: a “Suprema Corte correrá o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo”.³⁴

30 BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. *Estudos Avançados*, São Paulo: USP, 18(51), p. 127-150, p. 128, 2004.

31 *Ibidem*, p. 130.

32 BONAVIDES, op. cit., p. 131.

33 *Ibidem*, p. 131s.

34 *Ibidem*, p. 141.

Assim, o diagnóstico que Bonavides fez de nosso STF foi o pior possível. Nossa Corte estaria fadada a ser subserviente ao Poder Executivo e a, frequentemente, deixar de seguir princípios constitucionais em benefício dos “interesses que privilegiam o Poder mais forte, ou seja, o Executivo, o mais infrator dos Poderes no que tange ao princípio da separação de Poderes”.³⁵

A solução desse problema, para o autor, seria transformar o Supremo Tribunal Federal em Tribunal Constitucional nos moldes do modelo austríaco ou, ao menos, reformar a estrutura do mesmo.³⁶ Ainda assim, haveria o problema de aumentar a legitimidade das Cortes.

Embora Bonavides não o diga claramente, parece haver a crença de que, como os Tribunais Constitucionais são sensíveis ao ambiente político, a transformação do STF em Tribunal Constitucional não adiantaria muito se não viesse também acompanhada de uma “reforma democrática das instituições em máximo grau de profundidade possível” para que se alcance a “democracia participativa”.³⁷

Esse autor deixa de esclarecer, contudo, quais mudanças adicionais deveriam ser feitas no modelo austríaco para que se concretizasse um aumento na legitimidade decisória dos Tribunais no ambiente de uma democracia participativa. A única pista do autor, nesse sentido, é insuficiente. Entende Bonavides que grande parte dessa legitimidade deriva da capacidade do “juiz em orientar-se em suas sentenças e em suas diligências hermenêuticas, pela adesão do corpo político aos valores representados e incorporados na Constituição”.³⁸ O como fazer isso, todavia, fica em aberto.

O segundo e último autor a ser resenhado, Walber Agra, também compartilha de preocupações semelhantes com as de Paulo Bonavides. Em livro, defende a reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal a partir de mudanças não só na organização do mesmo, como mudanças no regime político e no modo como os julgadores concebem a Constituição.

Aderindo a uma visão que denomina substancialista, o autor propugna-se a defender que o Supremo Tribunal Federal deve ser responsável por uma densificação do conteúdo substancial da Constituição que possa, ao mesmo tempo, garantir os direitos fundamentais e acompanhar a mudança

35 BONAVIDES, op. cit., p. 138.

36 *Ibidem*, p. 139s.

37 *Ibidem*, p. 132.

38 *ibidem*, p. 132.

da própria realidade, atendendo às necessidades sociais crescentes.³⁹ Há, entretanto, inúmeras vias para se reconstruir a legitimidade, e o autor propõe várias ao mesmo tempo, pois só assim seria possível incrementar a legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil.

Em primeiro lugar, o autor defende que uma das tarefas seria considerar a Constituição como a grande fonte da legitimidade e o limite à jurisdição constitucional. Isso, contudo, somente será alcançado se várias mudanças ocorrerem concomitantemente. A primeira seria o incremento de força normativa da Constituição. Concordando com Hesse, Agra sustenta que a Constituição deve ser compatível com a realidade e deve ser capaz de influenciar a vida cotidiana dos indivíduos. Além disso, deve haver mudança no regime democrático, de sorte a torná-lo uma democracia participativa, pois, somente assim, a população poderia interessar-se pela jurisdição constitucional e, conseqüentemente, pela indicação dos Ministros do STF, tal qual ocorre nos Estados Unidos.⁴⁰

Como consequência dessa tarefa, os direitos fundamentais devem ser alçados à condição de normas constitucionais de máxima importância. Para Agra, uma Constituição, concebida como ordem concreta de valores, suscita o problema de saber-se a extensão da “carga axiológica” dos dispositivos constitucionais. Embora saibamos que os direitos fundamentais devam ser concretizados, nem sempre há clareza na extensão dessa concretização e nos parâmetros a serem utilizados nesse processo. A “solução” de Agra para acabar com a “indeterminação valorativa” da Constituição seria assumir as ideias de “densidade suficiente ou do mínimo existencial”.

Com esses princípios, que o autor considera conceitos idênticos, seria possível preservar a discricionariedade decisória e a proteção ao texto constitucional contra “fatores extrajurídicos”, pois se respeitaria o “núcleo duro ou conteúdo essencial” do direito fundamental ao tempo em que se deixaria uma “zona periférica” deste ao desenvolvimento do STF por via jurisprudencial.⁴¹

Ainda no concernente à proteção aos direitos fundamentais, Agra⁴² propõe, como via para que se aumente a legitimidade dos direitos fundamentais, o entrenchment (entrancheamento), popularmente conhecido como princípio

39 AGRA, Walber. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 269.

40 Ibidem, p. 274.

41 ibidem, p. 294s.

42 Ibidem, p. 300s.

da proibição do retrocesso. Para o autor, os direitos fundamentais devem ser entrincheirados contra possíveis tentativas de suprimi-los. Com efeito, isso resultaria em uma “intensidade mínima” na proteção aos direitos que, por sua vez, não impediria a expansão dos mesmos. Em casos excepcionais, entretanto, seria possível uma relativização do entrenchment, desde que fosse respeitado o núcleo essencial do direito fundamental.

Para que haja densificação da jurisdição constitucional, o STF também deve estar aberto aos novos intérpretes da Constituição. Deve incluir, em suas ponderações, as opiniões de amplos setores da comunidade. Na realidade, como Agra⁴³ reconhece, essa visão – tributada a Peter Häberle – já vem sendo garantida pela Lei nº 9.868/99 via instituto do *amicus curiae*.

Por fim, o autor toma em consideração propostas de mudança institucional no STF para completar suas sugestões no concernente à reconstrução da legitimidade de nossa Corte. Na verdade, a sugestão principal é a conversão do STF em Tribunal Constitucional nos moldes do modelo europeu.

Os passos para isso são bem conhecidos na doutrina constitucional: supressão das competências decisórias em matéria de jurisdição ordinária; constituição de um órgão jurisdicional independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e eleição de seus membros por forças políticas diversificadas.⁴⁴

O autor espera, com isso, que alguns *outcomes* positivos surjam, tais quais: uma atuação pró-ativa em benefício dos direitos fundamentais; uma redução no “gap existente entre suas decisões e os demais poderes componentes do Estado”; decisões mais condizentes com “o sentimento imperante na sociedade” e com a “dinâmica das forças sociais”.⁴⁵

2 O MODELO LIBERAL, A TEORIA DO DISCURSO E O IDEALISMO CONSTITUCIONAL SOB O OLHAR DE UMA CONCEPÇÃO POSITIVA

2.1 A Contribuição da Teoria Positiva às Teorias Normativas

Após essa exposição sucinta das críticas da visão liberal, da teoria do discurso de Habermas e do idealismo constitucional à jurisdição constitucional, podemos passar a chamar a atenção do leitor para os

43 Agra, *op. cit.*, p. 292.

44 *Ibidem*, p. 277-283.

45 *Ibidem*, p. 286s.

problemas inerentes a cada uma dessas perspectivas sob o enfoque de uma concepção positiva da jurisdição constitucional.

Antes de qualquer crítica, devemos esclarecer melhor que tipo de contribuição uma teoria positiva poderá dar às perspectivas normativas. Como a perspectiva positiva está interessada em como a realidade é e a teoria normativa está interessada em dar diretrizes sobre como a realidade deveria ser, cremos que a grande contribuição daquela sobre esta seria indicar como construir visões normativas empiricamente viáveis (realistas).

A via para que as construamos seria, certamente, (1) não defender visões normativas vazias, isto é, perspectivas que não apresentem qualquer indicação concreta de cursos de ação humana e (2) construir visões normativas compatíveis com as limitações impostas pela realidade, isto é, propor ações humanas e modificações na realidade viáveis sob os pontos de vista econômico, político e social.

Comumente, os autores que estão ocupados com questões normativas se esquecem dessas duas diretrizes e, ao fazerem isso, terminam por desenvolver propostas normativas sem nenhuma utilidade concreta, salvo para dar sustentáculo à utilização retórica das mesmas pelos atores políticos e sociais.

Comentando esse mesmo dilema na economia, Anthony Downs⁴⁶ afirma serem comuns propostas de economistas normativos que prescrevem políticas que, pelo seu irrealismo, seriam inoperantes. Assim, conclui: “é quase inútil aconselhar os governos a fazê-lo ou fazer recomendações de ação baseadas na suposição de que poderiam fazê-lo, a menos que haja uma razão para crer que o farão”.

Parafrazeando Downs, poderíamos dizer: é inútil defendermos que as Cortes e órgãos públicos deveriam seguir uma doutrina se não há razões reais para crer que o farão ou se não há razões reais para crer que seria uma visão social, política e economicamente viável. Esse é o ponto central da presente análise.

Por exemplo, a crítica mais tradicional a uma Corte Constitucional é a de que, ao declarar-se a inconstitucionalidade de normas, restaria lesado o princípio da separação dos poderes. Essa crítica foi feita com maior radicalidade pelo jurista alemão Ernest Forsthoff, para quem a posituação das normas de jurisdição constitucional, com a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade, leva, automaticamente, a um rompimento da

46 DOWNS, Anthony. *Uma teoria econômica da democracia*. São Paulo: Edusp, 1999. p. 302.

separação qualitativa entre a jurisdição e a atividade legislativa: “a jurisdição constitucional é a evidente ruptura do princípio da separação dos poderes, um princípio disposto pela mesma Lei Fundamental”.⁴⁷

Na verdade, esse autor somente chega a essa conclusão porque ainda tem em conta uma definição extremamente tradicional da separação de poderes. Assim, o problema central não está na jurisdição constitucional, mas no modo como o autor compreende o princípio da separação dos poderes. Se o compreendemos como divisão estanque de atribuições, a única conclusão possível é a de que a jurisdição constitucional é incompatível com a separação de poderes; se o vemos como uma distribuição dinâmica de funções, nas quais essas se interpenetram, fica mais fácil chegar à conclusão de que a jurisdição constitucional é compatível com o princípio da separação dos poderes.

Do ângulo de uma teoria positiva, a jurisdição constitucional é um fato. Mais ainda, esta última foi consagrada em países que mantêm, em suas Constituições, o princípio da separação de poderes. Na verdade, dois dos países com Cortes Constitucionais mais ativas do mundo, os Estados Unidos e a Alemanha, consagram o princípio da separação dos poderes, razão pela qual fica difícil sustentar que uma norma, a da separação de poderes, é absolutamente contrária à outra, a da jurisdição constitucional.

A melhor alternativa será assumir, realisticamente, que o princípio da separação dos poderes precisa ser redefinido, normativamente, à luz das atuais circunstâncias de expansão internacional do Poder Judiciário, até porque as causas dessa expansão são bem concretas e estão irremediavelmente assentadas na realidade política do ocidente. Esse é o tipo de reflexão de uma teoria positiva.

Dito isso, passemos à análise crítica das teorias normativas supracitadas.

2.2 Soberania Popular, Poder Legislativo e Cortes Constitucionais

Nossa primeira análise irá centrar-se na visão de Ingeborg Maus. Essa autora faz uso das teorias normativas dos séculos XVII e XVIII para criticar o trabalho da Corte Constitucional alemã a partir de um resgate da ideia de soberania parlamentar. Na compreensão dessa autora, o Tribunal Constitucional Federal alemão lesa a vontade do Parlamento positivada em normas, a qual, por sua vez, representa a vontade popular.

⁴⁷ “La jurisdicción constitucional es la evidente ruptura del principio de separación de poderes, un principio dispuesto por la misma Ley Fundamental” (FORSTHOFF, Ernest. *El estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 223s.).

Esqueceu, contudo, como a Ciência Política contemporânea questiona a possibilidade de os parlamentares, efetivamente, conseguirem representar seus eleitores. Põe-se ainda muita ênfase no Poder Legislativo como grande arena decisória da política, desconhecendo a diversidade de importantes órgãos decisórios do Estado que operam fora da lógica do Parlamento nos dias de hoje.

Se a autora estivesse atenta a esses fatos, teria que reconhecer as quatro asserções a seguir:

- a) o Poder Legislativo não representa, de fato, o povo, mas, no máximo, seus eleitores;
- b) os parlamentares podem ser representativos ou não de seus eleitores, muito embora haja uma grande probabilidade de os eleitores não conseguirem obter informações relevantes sobre a conduta de seus representantes;
- c) as normas não contêm significados precisos, logo não há como ser fiel à lei nos estritos termos, mesmo que estivéssemos diante de juízes ávidos por serem exegetas;
- d) as políticas públicas são elaboradas e implementadas por vários órgãos e não há por que entender que o Parlamento seria a principal arena decisória.

Em primeiro lugar, vamos debater a asserção de que o Parlamento representa o povo.

A noção de povo é uma das ideias mais caras do constitucionalismo. Contemporaneamente, entretanto, sua utilidade como conceito deixa muito a desejar, embora ainda seja usado, amplamente, pelos agentes políticos e pela doutrina constitucional.

Na dogmática jurídica, a noção de povo representa, comumente, uma ideia quase intuitiva, como se seu significado fosse evidente. Apela-se à ideia de vontade do povo como se, de fato, essa vontade existisse, concretamente, e como se as instituições, realmente, representassem essa vontade. O conceito de povo e de vontade popular, entretanto, suscita inúmeros problemas.

O primeiro é que, concretamente, não existe “o povo”. Na sociedade, deparamo-nos apenas com seres humanos em um dado território. O conceito de povo e, principalmente, o apelo à vontade popular parecem

tratar todos esses indivíduos como se tivessem uma mesma preferência política, como se pensassem de maneira igualitária, como se não fossem diversificados e pertencessem a diversos estratos sociais.

Na vida concreta, entretanto, não há uma só vontade do povo. Há, no máximo, decisões tomadas por agentes políticos ou eleitores via algum mecanismo de agregação de preferências (ex.: eleições, votações em plenário, assembleias). Ilustrando melhor essa assertiva: a escolha de um Presidente da República no Brasil não representa, em realidade, a vontade do povo, mas uma simples conjugação de preferências individuais da maioria dos eleitores. Os eleitores que não votaram no Presidente vencedor não comungaram dessas preferências e assim não se pode afirmar que compunham a “vontade popular”.

Ainda assim, há um dado importante: os eleitores do Presidente não são a totalidade dos indivíduos de uma dada sociedade, pois, por exemplo, os menores de 16 anos e os que perderam ou tiveram os seus direitos políticos suspensos não puderam votar. Não se pode dizer que esses indivíduos são parte da “vontade popular”. De maneira realista, temos que admitir que a decisão de escolher um Presidente é uma simples manifestação da vontade de uma maioria de votantes, não a escolha do povo ou a manifestação da vontade popular.

Da mesma forma, a decisão de escolher parlamentares não é a manifestação da vontade do povo, mas a manifestação da vontade de eleitores diversificados. A conclusão a que se chega, diante disso, é que os parlamentares somente teriam incentivos para agir, no máximo, de acordo com a vontade de seus potenciais eleitores. Isso se partirmos do pressuposto de que os eleitores são bem informados sobre as condutas de seu parlamentar.

Na ausência de informações adequadas acerca de como os parlamentares se comportam (assimetria de informação), os eleitores perdem a total capacidade de realizar a accountability política de seus representantes.⁴⁸ Os parlamentares, nessas circunstâncias, podem ter fortes incentivos para serem movidos, exclusivamente, por interesses alheios aos de seu eleitorado. Por exemplo, podem aprovar normas simplesmente para atenderem expectativas partidárias ou de lobbies.

Em suma, sob o ponto de vista de uma teoria positiva não há razões para entendermos que a lei é uma manifestação da vontade do povo, ao menos se quisermos ser realistas, seja porque o conceito de povo é

48 PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan; MANIN, Bernard. Introduction. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan; MANIN, Bernard (orgs.). *Democracy, accountability and representation*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 43.

ilusório, seja porque as decisões de parlamentares não são, necessariamente, representativas das vontades de seus eleitores. A lei, na verdade, resulta de um processo de agregação de preferências dos parlamentares que, por sua vez, podem agir de maneira representativa de seu eleitorado ou não.⁴⁹

Normativamente, a consequência de encararmos o processo legislativo dessa forma seria a de que não há também motivos para mitificar a lei e entender que o ativismo de uma Corte, na declaração de inconstitucionalidade da lei por razões não imediatamente previstas na positividade do texto constitucional, estaria a resultar em um atentado contra o povo ou a vontade popular, como quer Maus.

Há de se considerar também que existem evidências empíricas, na literatura, que indicam que as Cortes, em circunstâncias especiais, podem refletir melhor expectativas sociais ou atitudes que as instituições democráticas tradicionais. Com amparo em estudos de caso, Corinna Lain demonstrou que três decisões paradigmáticas da Suprema Corte Norte-Americana ocorreram em resposta à dificuldade de instituições democráticas tradicionais, como os Poderes Executivo e Legislativo, atenderem às necessidades decorrentes de mudanças socioeconômicas significativas e de um forte apelo da opinião pública por mudanças na legislação.⁵⁰

De uma perspectiva positiva, essa constatação reforça as razões outrora suscitadas para não endeusarmos o Poder Legislativo.⁵¹ É claro que também não há razão para endeusarmos a Corte Constitucional, considerando-a como uma agente capaz de solucionar todos os problemas da representação democrática. Atente-se: Corinna Lain não generalizou seu argumento. As evidências apenas indicaram que instituições democráticas tradicionais, como o Parlamento, podem ser insensíveis às expectativas sociais dos representados e, nessas circunstâncias, uma instituição como a Suprema

49 Para a teoria da escolha social (social choice), qualquer processo que promova a agregação de preferências não enseja, necessariamente, resultados justos, corretos ou consistentes com as preferências individuais dos eleitores ou votantes. Assim, ainda que os parlamentares desejem representar seus eleitores, o processo de votação pode levar a resultados incompatíveis com as preferências dos votantes. Cf., para uma discussão sobre o tema, RIKER, William. *Liberalism against populism: a confrontation between the theory of democracy and the theory of social choice*. Illinois: Waveland, 1982. p. 14; SEN, Amartya. The possibility of social choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999..

50 LAIN, Corinna Barrett Lain. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 113, p. 113-183, p. 176-177, 2012.

51 Para a enunciação de outros argumentos que demonstram como a lei não reflete, necessariamente, a vontade dos eleitores, cf. LAIN, op. cit., p. 146-156.

Corte pode ser menos “contramajoritária” que o Parlamento,⁵² atendendo a essas expectativas de maneira mais adequada que o Poder Legislativo.⁵³

Desse modo, trazendo essa discussão para a realidade brasileira, podemos afirmar que seria muito otimismo pressupor que a maioria dos brasileiros se vê representada, constantemente, pelo STF. Pesquisas de opinião indicam, justamente, o contrário. De 2009 a 2015, a confiança da população no Poder Judiciário, mensurada pelo IBOPE, tem sido significativamente inferior à depositada em instituições como os meios de comunicação, as forças armadas e as empresas. Na verdade, com poucas oscilações e apesar de ser superior à confiança no Congresso Nacional, a confiança no Poder Judiciário tem sido equivalente ou inferior à depositada em instituições como a polícia e os bancos, o que é surpreendente e demonstra certa indiferença da população para com esse Poder.⁵⁴

Mesmo o STF, que por força do processo do “mensalão” (Ação Penal 470/MG) teve índice de confiança significativamente superior ao dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Congresso Nacional em 2012,⁵⁵ gozou de um índice de confiança muito inferior ao dos meios de comunicação e das forças armadas.

Na verdade, o índice de confiança do STF, em 2012, foi de 54 pontos. Na escala do IBOPE, na qual o ponto significa “nenhuma confiança”, 33 pontos “quase nenhuma confiança”, 66 pontos “alguma confiança” e 100 pontos “muita confiança”,⁵⁶ 54 pontos significa que a população em geral tende a ter certa indiferença para com o STF ou, no máximo, uma confiança tão mínima que está próxima da indiferença.

Com isso, parece ser evidente que é precipitada qualquer conclusão no sentido de que o STF pode ser a via para se garantir a solução para o

52 LAIN, op. cit., p. 117.

53 De igual modo, Barroso cita exemplos de decisões do STF que atenderam mais às expectativas sociais que atitudes do próprio Congresso Nacional. Na terminologia desse autor, as decisões de uma Corte podem ser, apenas, contrarepresentativas, mas não, necessariamente, contramajoritárias. Cf. BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 26-27.

54 IBOPE. *Índice de Confiança Social 2015*. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

55 IBOPE. *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça*. Disponível em: <<http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-no-stf-e-maior-do-que-na-justica/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

56 IBOPE. *Índice de Confiança Social 2015*. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

problema da ausência de representatividade⁵⁷ ou, ao menos, para o problema da imperfeita representatividade do Poder Legislativo.

Dito isso, passemos a nosso segundo ponto. Normalmente, a norma a ser aplicada possibilita diversas interpretações em função da utilização de palavras vagas ou ambíguas ou mesmo por força de previsão expressa do texto normativo. São as denominadas “indeterminações” da norma.⁵⁸ Se várias interpretações são possíveis, não há como se exigir que as Cortes Constitucionais tenham a tarefa de aplicar estritamente a Constituição ou as leis em geral.

Na verdade, se várias interpretações são possíveis, fatores estranhos ao direito positivo, como preferências políticas, valores, crenças ou mesmo antecipação de custos políticos, sociais ou econômicos da decisão, passam a ser candidatos naturais para explicar a razão pela qual a Corte escolheu determinada interpretação em detrimento de outra.⁵⁹

Isso é um processo normal, de modo que também Habermas não parece ter razão ao julgar inadequada a utilização da jurisprudência dos valores pelo Tribunal Constitucional alemão. Embora as normas jurídicas possuam uma estrutura lógica deontológica, terminam possibilitando múltiplas interpretações, de sorte que é praticamente impossível julgar sem a orientação de cânones extrajurídicos.

Por fim, Maus aparenta pôr muita ênfase no Poder Legislativo como principal arena decisória, obscurecendo o fato de que as múltiplas políticas públicas são elaboradas e implementadas nos mais diversificados espaços institucionais. O Poder Legislativo, nesse sentido, não é o principal espaço decisório em abstrato. Agências reguladoras, órgão judiciais, Tribunais de Contas, conselhos, escolas, universidades, ministérios e o Banco Central, por exemplo, são atestados da grande divisão de trabalho que impera no

57 Essa parece ser a expectativa de BARROSO (op. cit., p. 31) e de Eduardo Mendonça (MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 135), que fazem uma análise do índice de confiança do IBOPE sem atentarem para o significado do índice e da reputação do STF diante das outras instituições supracitadas (forças armadas e meios de comunicação). Como vimos, longe de o STF ser visto com grande confiança ou desconfiança, a população tende a ser indiferente para com a Corte e com o Poder Judiciário em geral.

58 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 388.

59 Para uma explicação detalhada de como fatores estranhos ao direito positivo podem afetar decisões das Cortes Constitucionais, cf. RIBEIRO, Ricardo. Preferências, custos da decisão e normas jurídicas no processo decisório das cortes: o modelo de múltiplos comportamentos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 2, p. 264-296, p. 266s, jul./dez. 2011. Nesse texto, o autor discute os modelos legal, atitudinal, estratégico e de múltiplos comportamentos das Cortes Constitucionais.

Estado contemporâneo, representando, sobretudo, canais institucionais múltiplos por onde as ações dos atores políticos perpassam.

2.3 Legitimidade das Cortes Constitucionais

Outro argumento utilizado pelos autores para questionar o modo como as Cortes Constitucionais decidem é acusá-las de ilegitimidade. Nesse sentido, há duas vias para se utilizar esse argumento sob o ponto de vista normativo.

A primeira seria analisar a legitimidade da criação e do desenho institucional de uma Corte em si. A segunda seria discutir a legitimidade das decisões emitidas por essa Corte. Em ambas, procura-se, ao final, fazer algum julgamento normativo acerca desses aspectos, isto é, procura-se definir se o desenho institucional de determinada Corte ou o conjunto de suas decisões é legítimo ou não.

Sob a perspectiva positiva, contudo, a preocupação central seria apontar se é possível uma noção mais concreta de legitimidade, isto é, uma visão de legitimidade menos normativa e mais próxima daquilo que ocorre nas relações sociopolíticas, sem preocupações a priori com julgamentos de valor dessas Cortes ou de suas decisões.

Esse ponto é importante porque o conceito de legitimidade, normalmente, é tratado de maneira mais idealista nos discursos jurídico-normativos. Assume-se, nesses discursos, que seria possível haver um critério demarcador do que é legítimo e do que não é legítimo, no qual os seres humanos poderiam julgar os comportamentos dos agentes políticos segundo esses padrões.

A consequência desse tipo de abordagem é bem clara: a legitimidade passa a ser um critério definido por atores políticos para legitimar ou deslegitimar instituições e outros atores de acordo com sua conveniência ideológica. É, na verdade, uma arma da retórica política. Se, entretanto, quisermos atribuir um sentido mais objetivo ao conceito de legitimidade, teremos que tratá-lo de outro modo. É o que faremos.

Como vimos, Habermas entende que os procedimentos ideais que orientam o trabalho das Cortes asseguram racionalidade ao discurso de aplicação das normas, sugerindo, por sua vez, a legitimidade da criação de Cortes Constitucionais como o Tribunal Constitucional Federal alemão e a Suprema Corte norte-americana. Portanto, a legitimidade das Cortes, em si, dependeria, apenas, do fato de serem institucionalmente moldadas para a garantia dos bons procedimentos ideais de discussão.

A legitimidade das decisões dessas Cortes, por outro lado, dependeria da aceitabilidade racional das mesmas. Isso fica bastante claro quando Habermas critica a jurisprudência dos valores, capitaneada pelo Tribunal Constitucional Federal. Segundo este autor, os argumentos utilizados por essa Corte, ao desconsiderarem as diferenças entre normas e valores, terminam por aumentar o risco de uma fuga da normatividade constitucional em benefício de argumentos funcionalistas dependentes da visão parcial da Corte.

Nesse processo, problemas de legitimação das decisões do Tribunal surgiriam e a única solução para os mesmos seria uma mudança na autocompreensão que a Corte tem de suas decisões em benefício do reconhecimento de que suas decisões estão limitadas por normas. Alegar valores seria, então, aumentar o risco de decisões irracionais, o que, para Habermas, significa a mesma coisa que decisões ilegítimas, embora, no plano abstrato, a instituição Tribunal Constitucional Federal seja legítima.

De maneira semelhante, o idealismo constitucional adere a uma determinada visão de legitimidade que serve como critério político para desqualificar instituições e decisões, classificando-as como ilegítimas, mas, dessa vez, segundo a perspectiva ideológica do doutrinador. Isso acarreta uma profusão de propostas de aumento de legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal com justificativas pouco objetivas.

Na verdade, o conceito de legitimidade parece muito pouco claro, pois, em diversos momentos, transparece significar independência do Supremo Tribunal Federal perante o Poder Executivo, aceitação das decisões pelo povo ou, até mesmo, o resultado de múltiplos fatores. Seja como for, convém tomar algumas precauções metodológicas.

Supostamente, essas noções de legitimidade são científicas, isto é, objetivas, baseadas em teorias empiricamente fundadas. Na verdade, refletem ideologias políticas dos autores, as quais buscam julgar, normativamente, as instituições e as ações dos outros atores como legítimas ou não.

Sob uma perspectiva positiva, entretanto, o conceito de legitimidade não pode depender de visões parciais de mundo, de critérios unilaterais fundados nas crenças de determinado autor. O conceito deve ser o mais objetivo possível. Sejamos mais claros.

A noção habermasiana de legitimidade como aceitabilidade racional das decisões da Corte, por exemplo, não é uma concepção teórica objetiva. É, em última análise, uma proposta conceitual de legitimidade pautada pela agenda de

pesquisa do autor. Isso porque uma versão realista do conceito de legitimidade teria que levar em consideração que a legitimidade de uma instituição e da ação política de seus atores não pode depender dos julgamentos parciais ou de concepções do bem do autor. Deve depender, em verdade, do suporte que a coletividade dá a essa instituição e a esses atores políticos independentemente das crenças pessoais de determinado autor como teórico ou como doutrinador.

Para isso, um conceito positivo de legitimidade deve aferir se as instituições e os atores agem legitimamente a partir de critérios objetivamente relacionados ao apoio que os mesmos possuem perante os indivíduos de uma dada comunidade, pois só assim o conceito de legitimidade pode ganhar alguma objetividade: instituições e atores legítimos são aqueles que recebem apoio; instituições e atores ilegítimos são os que não recebem apoio.

A legitimidade de uma instituição como a Corte Constitucional, portanto, deve ser definida como lealdade institucional dos indivíduos para com a instituição, mesmo que haja discordâncias eventuais acerca do teor das decisões tomadas pela mesma em curto prazo. Há de se distinguir, portanto, os conceitos de apoio difuso e apoio específico a uma instituição.⁶⁰ Enquanto o apoio específico tem a ver com concordância imediata com as políticas decididas pela instituição, o apoio difuso significa lealdade para com a instituição em longo prazo.

Isso quer dizer, por exemplo, que não há problema para a legitimidade se os indivíduos discordam de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, não dando apoio específico, desde que entendam, em sua maioria, que o Supremo Tribunal Federal funciona adequadamente a longo prazo e no conjunto de suas decisões, o que representa um apoio difuso.

A noção de apoio pode dar a sensação de que os indivíduos, em uma sociedade, incomodam-se ou são cientes do funcionamento de todas as suas instituições. Indivíduos reais, entretanto, não estão atentos ao trabalho da totalidade das instituições.

Isso não retira a legitimidade dessas, pois legitimidade não pode significar, em circunstâncias de complexidade social, somente ter consciência das atividades desempenhadas pela instituição, mas, sobretudo, não se opor à mesma ou ser indiferente para com a existência de determinada instituição, pois, na vida concreta, mesmo que conheçamos algumas instituições, ainda assim existem centenas (ou milhares!) de outras que não conhecemos ou

60 GIBSON, James. *The legitimacy of the United States Supreme Court in a polarized polity*. Washington, Washington University in St. Louis, version 1.11, p. 1-39, jun. 2006. p. 5s.

sequer temos informação relevante para julgá-las normativamente, embora possuam influência direta ou indireta em nossas vidas.⁶¹

Como consequência, nossa visão não é nada afeita às teses que adoram ver crises de legitimidade nas instituições. A crise de legitimidade, sob a perspectiva positiva, é excepcional e, normalmente, é o resultado de convulsões sociais ou revoluções, embora possam ocorrer em momentos de maior instabilidade política.

Essas observações podem causar espécie às visões normativas expostas, mas estamos certos de que é um modo de ver a legitimidade mais realista que as propostas que desqualificam a legitimidade de uma instituição porque, simplesmente, o dogmático ou o filósofo acredita que ela não preenche qualificativos relevantes ao autor, como “ser sensível ao povo”, “obter o consenso dos indivíduos”, “permitir a democracia direta”, “efetivar direitos fundamentais”, “respeitar a força normativa da Constituição”, “garantir a racionalidade do discurso de aplicação normativa”, entre muitos outros.

2.4 O que Faz, afinal, uma Corte Constitucional?

A abordagem anterior leva a uma nova discussão, a dos objetivos de uma Corte Constitucional. No Brasil, o art. 102, caput, da Constituição, fixa, claramente, a tarefa do Supremo Tribunal Federal – a de “guarda da Constituição”. O problema principal que esse objetivo suscita poderia ser resumido em uma simples pergunta: o que é ser guardião de uma Constituição?

A resposta mais tradicional poderia ser: “ser guardião seria efetivar a Constituição e protegê-la contra investidas não autorizadas dos Poderes e dos agentes políticos”. Não só essa resposta é a mais óbvia como é a mais comum na doutrina constitucional. Variações dessa seriam as perspectivas que defendem que, além disso, as Cortes teriam como objetivo efetivar direitos fundamentais, ou efetivar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou entrincheirá-los contra a ofensiva dos atores políticos. Essas respostas, típicas do idealismo constitucional, são todas provisórias e deixam a desejar diante do exame da realidade.⁶²

61 Em circunstâncias de complexidade social, é difícil até mesmo asseverar que a autoridade de uma Corte Constitucional é “aceita”, como afirma MENDONÇA (op. cit., p. 157). Como já vimos a partir da análise da pesquisa sobre confiança nas instituições, os cidadãos não afetados pelas decisões do STF parecem muito mais indiferentes às atividades desse órgão, ressaltadas, é claro, situações excepcionais de grande comoção social e com visibilidade na mídia.

62 Além dos autores do idealismo constitucional já mencionados, Barroso (op. cit., p. 19-20) também enuncia afirmação equivalente.

Vamos procurar, entretanto, demonstrar os limites dessa visão a partir da seguinte assertiva: os Ministros, ao decidirem, não procuram defender uma Constituição pura e simplesmente; na verdade, decidem casos envolvendo qual sentido deveria ser dado a uma Constituição e, portanto, ao decidirem, terminam por guarnecer o sentido que a maioria da Corte quer dar à Constituição em um dado momento histórico.

Observe-se que essa asserção traz uma crítica direta às concepções que defendem que a Constituição seria uma espécie de texto autônomo com sentido próprio. Na verdade, como documento jurídico, a Constituição é um mero texto normativo e sua interpretação depende completamente do sentido que os seres humanos fixam ao mesmo.

O texto normativo, em verdade, funciona como limite ao processo de interpretação, autorizando múltiplas interpretações e, ao mesmo tempo, rejeitando de antemão outras, dada a estratégia linguística com o qual foi construído.⁶³ Cessa aí, entretanto, o papel do texto normativo. O texto normativo não oferece pautas claras e objetivas para apontar como um determinado caso deveria ser julgado, salvo em casos excepcionais.

Se isso é verdade, afirmar que a Corte é guardiã da Constituição é algo simples em demasia, pois não há como ser guardiã de algo que não tem um só sentido pré-fixado de antemão.

Isso é mais evidente ainda nos conflitos constitucionais. Com ampla frequência, cada conflito constitucional suscita, ao menos, duas formas de resolvê-lo, ou seja, duas possibilidades de decisão. Com isso, não há como ser guardiã de um significado que não está determinado de antemão, pois somente será “conhecido” a posteriori, quando da imposição das interpretações pela própria Corte.

Ora, se os conflitos constitucionais suscitam duas ou mais interpretações acerca de como se deveria proteger um direito fundamental, não há como a Corte ser guardiã do direito fundamental se não há um só sentido a ser dado ao caso, isto é, se os próprios limites do exercício desse direito fundamental estão por serem fixados pela própria Corte.

De uma perspectiva positiva, seria melhor que a dogmática constitucional reconhecesse esse fato simples e redefinisse o modo como interpretamos o artigo supra, pois ser a guardiã não pode significar ser a

63 RIBEIRO, Ricardo. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 31-36.

protetora de um sentido estático da Constituição porque ele, simplesmente, não existe. Na verdade, ser a guardiã significa, apenas, ter a competência para fixar qual é o sentido autorizado da Constituição, quando da ocorrência de conflitos ou questões de natureza constitucional.⁶⁴

Para ilustrar essa ideia, tomemos em consideração a discussão sobre o direito ao aborto. Na Alemanha, nos Estados Unidos e no Brasil, o aborto é um tema que levanta extrema polêmica por razões normalmente religiosas. Reforça a polêmica o fato de que, nas três Constituições desses países, não há dispositivos claros acerca da autorização ou não para a realização do aborto.

Na Alemanha e nos Estados Unidos, contudo, já existem decisões definitivas acerca da existência ou não desse direito. Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal declarou a inconstitucionalidade de uma norma que tentou positivar o direito ao aborto. Nos Estados Unidos, o direito ao aborto foi consagrado, amplamente, pela Corte e, após sucessivas decisões, sofreu restrições.⁶⁵ O que há em comum nesses casos?

Ora, as Cortes atuaram de maneira diferenciada em nome da proteção aos direitos fundamentais. A Constituição apenas mencionava o direito à vida, sem especificar limites a esses direitos; nos dois casos, esse direito foi interpretado de maneira distinta, ensejando conclusões diferenciadas. Vejamos.

Foi no caso *Roe versus Wade*,⁶⁶ julgado em 22 de janeiro de 1973, que os Estados Unidos consagraram o direito ao aborto. Essencialmente, a Suprema Corte, sob a liderança do Justice Blackmun, entendeu que as redações das leis criminais estaduais que proibiam o aborto, independentemente do

64 É impressionante como inúmeros doutrinadores admitem, teoricamente, a textura constitucional aberta, mas não derivam daí a conclusão mais óbvia: se múltiplas interpretações são possíveis, não há uma só interpretação correta, assim como não se pode ter a expectativa de criar parâmetros claros de interpretação que deveriam ser seguidos pelas Cortes Constitucionais. Não há, portanto, como criar, doutrinariamente, diretrizes argumentativas objetivas que possam orientar o STF a agir de maneira ativista ou com autocontenção em determinadas situações. No máximo, essas diretrizes devem ser entendidas como topos, pontos de partida argumentativos que permitam manipulação de seu sentido pelo agente encarregado da interpretação. Com isso, deixo claro que sou extremamente cético quanto ao projeto de Mendonça de apresentar parâmetros a serem seguidos pelo STF para fins de autocontenção. Como se vê em MENDONÇA, op. cit., p. 161-162; 169-175, os parâmetros para atuação ou autocontenção formulados pelo autor geram margem a várias interpretações no processo de aplicação de normas. A nosso ver, as situações de deferência (ou ativismo) frente os Poderes Executivo e Legislativo podem ser explicadas por razões mais relacionadas com o cálculo político do STF, como se pode teorizar a partir de RIBEIRO, op. cit., p. 216s.

65 No Brasil, o aborto não é considerado permitido, salvo diante das exceções trazidas pelo Código Penal, mas o Supremo Tribunal Federal entendeu, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que haveria o direito ao aborto nos casos de gravidez de feto anencéfalo.

66 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/113>>. Acesso em: 19 out. 2015.

estágio da gravidez da mulher,⁶⁷ incorriam em lesão ao princípio do devido processo legal previsto pela Emenda Constitucional nº 14.

Segundo Blackmun, como múltiplos interesses decorrem do aborto, deve haver uma especificação mais adequada dos termos em que seria possível esse direito, pois estão em jogo o interesse da mulher e o interesse do Estado em regular o direito à vida. Nos termos de sua decisão final, até quase o final do primeiro trimestre de gravidez a opção deveria estar nas mãos do médico e da própria grávida. Por volta do período imediatamente posterior ao terceiro mês, o Estado poderia regular procedimentos para a realização do aborto de acordo com o julgamento médico. Por fim, após esses dois períodos, o Estado poderia até mesmo proibir o aborto, salvo nos casos de preservação da saúde da mãe.

Logo, vê-se um claro trade off entre diferentes perspectivas de efetivação dos direitos fundamentais. Ao decidir pelo direito à opção, a Corte, em tese, escolheu fixar um direito fundamental que lesaria o direito à vida segundo a perspectiva dos grupos “pró-vida”. Não se pode dizer, portanto, que a Corte se limitou a proteger direitos fundamentais; ela fez mais que isso: decidiu qual seria o sentido autorizado do direito fundamental, qual seria a interpretação válida segundo a compreensão das autoridades competentes para decidir o caso, ainda que isso acarretasse lesão a outros direitos fundamentais considerados relevantes por grupos sociais opostos do movimento “pró-vida”.

O mesmo fato aconteceu no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quando da decisão BVerfGE 39, 1.⁶⁸ Nesse caso, após declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, a Corte decidiu que o feto merece proteção à vida desde a fecundação, salvo nos casos de deformidades graves, estupro e risco de vida para a mãe.

Por esse ponto de vista, a mãe não teria qualquer direito a realizar aborto, pois o direito a ser protegido seria o do feto. O curioso aí é perceber que, tal qual a Corte norte-americana, está-se a definir qual seria o direito fundamental a ser exercido. A Corte alemã não está simplesmente protegendo um direito fundamental, um direito claro do feto, mas está definindo esse direito, constituindo-o, mesmo que, para isso, tenha que desconhecer outro possível direito – o da mãe.⁶⁹

67 Só havia exceção para abortos necessários à preservação da saúde da mãe.

68 Para a leitura da decisão em inglês, conformar em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/germandecision/german_abortion_decision2.html>. Acesso em: 19 out. 2015.

69 É certo que, na prática, a percepção desse fato fica obscurecida porque a decisão judicial, nas Cortes Constitucionais, fundamenta suas conclusões em um estilo de argumentação que simula a revelação de

Os dois casos acima chamam a atenção pelo fato de serem polêmicos à luz da opinião pública e/ou dos atores políticos. Diferentemente do imaginado pelo idealismo constitucional, as duas Cortes tomaram decisões que não incorreram, necessariamente, em apoio da maioria ou dos líderes políticos da época, seja porque a questão dividia a população, seja porque a maioria da população era contrária à visão da Corte.⁷⁰

No caso norte-americano, a decisão da Corte Suprema no caso *Roe versus Wade* até aumentou a oposição dos atores políticos contra o direito ao aborto.⁷¹ A decisão da Corte alemã, por outro lado, foi absolutamente contrária ao consenso político e popular da época. Não só passou por cima dos anseios das visões progressistas do período, como foi contrária à consagração de um direito que tinha, aproximadamente, 75% do apoio da população, segundo pesquisas por survey realizadas na Alemanha dois anos antes de o aborto ser autorizado pelo Parlamento.⁷²

Como consequência, é fácil notar que direitos fundamentais protegidos por cada Corte não são “invariantes axiológicas”. São históricos, isto é, determinados por instituições, lutas políticas e preferências dos atores políticos relevantes que tomam as decisões políticas mais importantes de um país.

3 CONCLUSÃO

Este artigo analisou, criticamente, os pressupostos das teorias normativas da jurisdição constitucional à luz dos cânones da teoria positiva. Inicialmente, foram salientados alguns postulados do liberalismo clássico, da teoria do discurso habermasiano e do idealismo constitucional brasileiro para, em seguida, criticá-los a partir de discussões da Ciência Política contemporânea.

Ao fim de todo esse esforço, pudemos observar que não faz sentido sustentarmos a vinculação clássica entre soberania parlamentar e vontade popular, nem muito menos crer na possibilidade de eleitores se verem efetivamente

um direito já posto ao invés de se deixar claro que está sendo criado um direito ou sendo escolhido um sentido pelos Ministros da Corte dentre outros igualmente possíveis.

70 É importante salientar esse ponto, pois, para Agra (op. cit., p. 169), a Corte norte-americana e a Corte alemã são os dois grandes exemplos de uma jurisdição constitucional que cumpriria as grandes tarefas de densificação da jurisdição constitucional salientadas por ele: respeito pela democracia, proteção aos direitos fundamentais, geração de consenso popular em torno da proteção aos direitos fundamentais, entre outras.

71 ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?* Chicago/London: The University of Chicago, 1993. p. 295.

72 SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford, 2000. p. 110.

representados por seus parlamentares. Consequentemente, o ativismo judicial de uma Corte não pode ser visto como uma lesão à vontade popular.

A atuação das Cortes Constitucionais também não deve ser considerada ilegítima por não preencher alguma expectativa normativa. A ilegitimidade, em termos objetivos, somente surge em momentos críticos em que o suporte a determinada instituição deixa de ter amparo dos indivíduos no longo prazo. Discordâncias eventuais, críticas ou insatisfações com decisões das Cortes Constitucionais não significam qualquer crise de legitimidade, de modo que, em princípio, a expansão do poder decisório dessas instituições não deve ser encarada como algo ilegítimo.

Por fim, verificamos que as Cortes Constitucionais são muito mais que meras guardiãs de um sentido positivado pela Constituição. Ao decidirem questões constitucionais, ditam qual seria o sentido a ser dado ao texto constitucional, de modo a delimitar quais direitos devem ser protegidos em detrimento de expectativas de proteção a direitos igualmente relevantes para outros grupos sociais e/ou políticos.

Como se viu, se as normas possibilitam várias interpretações, o sentido que a Corte designa a uma Constituição não depende, exclusivamente, do texto constitucional, mas é o produto de fatores extrajurídicos. As indeterminações normativas, nesse sentido, possibilitam múltiplas interpretações, o que faz com que as decisões das Cortes representem verdadeiras escolhas fundadas em preferências, crenças, valores ou ponderações de custo-benefício dos impactos de uma decisão judicial na realidade ou junto a outros atores.

Fica evidente, portanto, que as Cortes Constitucionais, longe de simplesmente operarem como guardiãs de um sentido normativo previamente estatuído pelas respectivas Constituições, atuam como verdadeiras criadoras de normas constitucionais. São as instituições autorizadas a decidirem por último ou com exclusividade sobre como se dará a interpretação de determinado dispositivo do texto normativo.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As especificidades e os desafios democráticos do processo constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coords.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 93-158.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 3-34.
- BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, São Paulo: USP, 18(51), p. 127-150, 2004.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.
- CHEMERINSKY, Erwin. In defense of judicial review: the perils of popular constitutionalism. *University of Illinois Law Review*, n. 3, p. 673-690, 2004.
- FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
- FORSTHOFF, Ernest. *El estado de la sociedad industrial*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GIBSON, James. *The legitimacy of the United States Supreme Court in a polarized polity*. Washington, Washington University in St. Louis, version 1.11, p. 1-39, jun. 2006.
- GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. *Why do countries adopt constitutional review?*. University of Virginia School of Law, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Massachusetts: The MIT press, 1996.
- IBOPE. *Índice de confiança social 2015*. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.
- _____. *Confiança do brasileiro no STF é maior do que na Justiça*. Disponível em: <<http://177.47.5.246/noticias-e-pesquisas/confianca-do-brasileiro-no-stf-e-maior-do-que-na-justica/>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LAIN, Corinna Barrett Lain. Upside-Down Judicial Review. *The Georgetown Law Journal*, v. 101, n. 113, p. 113-183, 2012.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos Estudos*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.
- MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Jurisdição constitucional e política*. São Paulo: Forense/Gen, 2015. p. 133-176.
- PRZEWORSKI, Adam; MANIN, Bernard; STOKES, Susan. Introduction. In: PRZEWORSKI, Adam; MANIN, Bernard; STOKES, Susan (orgs.). *Democracy, accountability and representation*. New York: Cambridge University Press, 1999. p. 1-54.
- RIBEIRO, Ricardo. *Omissões normativas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
- RIBEIRO, Ricardo. Preferências, custos da decisão e normas jurídicas no processo decisório das cortes: o modelo de múltiplos comportamentos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, n. 2, p. 264-296, jul/dez, 2011.
- RIKER, William. *Liberalism against populism: a confrontation between the theory of democracy and the theory of social choice*. Illinois: Waveland, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope: can courts bring about social change?*. Chicago/London: The University of Chicago, 1993.
- SEN, Amartya. The possibility of social choice. *The American Economic Review*, v. 89, n. 3, p. 349-378, 1999.
- SWEET, Alec. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York: Oxford, 2000.
- TUSHNET, Mark. Non-judicial review. *Harvard Journal of Legislation*, v. 40, p. 453-492, 2003.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, 115, p. 1346-1406, 2006.

RECEBIDO EM: 14/12/2016

APROVADO EM: 17/03/2017

EM BUSCA DO CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE (IN) ADIMPLEMENTO CONTRATUAL: ANÁLISE FUNCIONAL À LUZ DA BOA-FÉ OBJETIVA

*IN SEARCH OF CONTEMPORARY CONCEPT OF BREACH OF
CONTRACT: FUNCTIONAL ANALYSIS BASED ON OBJECTIVE
GOOD-FAITH*

Rodrigo da Guia Silva

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Advogado

SUMÁRIO: Introdução; 1 Complexidade obrigacional e heterointegração dos contratos; 2 A doutrina da violação positiva do contrato; 3 A renovada configuração do (in)adimplemento contratual; 4 Síntese conclusiva; Referências.

RESUMO: A questão central sob investigação no presente estudo consiste em definir a consequência do descumprimento de deveres laterais de conduta oriundos da boa-fé objetiva. Nessa empreitada, adotam-se como premissas teóricas específicas o reconhecimento da complexidade obrigacional e da subsequente integração do regulamento contratual pelos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Cogita-se, na sequência, da resolução da problemática com base na doutrina tedesca da violação positiva do contrato, destacando-se as dificuldades que desaconselham a importação da figura pelo direito brasileiro. Investigam-se, por fim, os contornos contemporâneos do (in)adimplemento contratual, sob os necessários influxos da perspectiva funcional, com o que se reconhece que a integração dos referidos deveres laterais ao regulamento contratual autoriza a conclusão no sentido de inadimplemento contratual (absoluto ou relativo) quando do seu descumprimento.

PALAVRAS-CHAVE: Inadimplemento Contratual. Boa-fé Objetiva. Deveres Laterais de Conduta. Violação Positiva do Contrato. Análise Funcional.

ABSTRACT: The main question under investigation is to determinate the consequence of breach of duties arising from the objective good-faith. The study takes as specific theoretical premises the complexity of contractual relationship and the subsequent integration of contract by duties arising from the objective good-faith. Further, the study analyses the proposal of resolving the problem based on German doctrine of the positive breach of contract, highlighting the difficulties which make unavoidable its importation by Brazilian law. In the end, the study investigates the contemporary contours of breach of contract, under necessary influxes of functional perspective, recognizing that the integration of side duties to the contract authorizes conclusion about breach of contract (in absolute or relative sense).

KEYWORDS: Breach of Contract. Objective Good-faith. Side Duties. Positive Breach of Contract. Functional Analysis.

INTRODUÇÃO^{1*}

A superação do individualismo e do voluntarismo típicos do direito civil oitocentista fez-se acompanhar, especificamente na seara obrigacional e contratual, pela consolidação da boa-fé objetiva como regra de conduta destinada a reger a generalidade das relações obrigacionais. Já referida como a “regra áurea da relação obrigacional”² e comumente apontada como decorrência do princípio da solidariedade social,³ a boa-fé objetiva irradia efeitos sobre todas as fases da relação obrigacional e sobre todas as situações jurídicas subjetivas que lhe são correlatas. Não resta espaço aos contratantes ou mesmo ao julgador para qualquer abstenção sobre o imperativo da boa-fé objetiva, a qual assume especial importância no propósito unificador do sistema jurídico-positivo.⁴

Sem embargo do considerável relevo assumido pela boa-fé objetiva na civilística contemporânea, a sua natureza de autêntica cláusula geral acarreta uma inevitável dificuldade conceitual.⁵ Melhor sorte assistirá ao intérprete-aplicador do direito, então, que priorizar a concretização

- 1 * O autor agradece ao Professor Eduardo Nunes de Souza pela revisão minuciosa do original e pelos debates profícuos que acompanharam todo o estudo, bem como aos Professores Carlos Nelson Konder e Gisela Sampaio da Cruz Guedes pelos importantes apontamentos formulados por ocasião do Grupo de Pesquisa Institucional “A boa-fé nas decisões do TJRJ”, vinculado ao curso de Mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, locus no qual se iniciou o estudo que ora se apresenta ao público.
- 2 A expressão é de TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Pádua: CEDAM, 2013. p. 707.
- 3 Nesse sentido, v., na doutrina brasileira, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Notas sobre a promessa de doação. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 282; e KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, abr./jun.2012. p. 220; e, na doutrina italiana, PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014. p. 634.
- 4 V. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007. p. 46).
- 5 Ao analisar a dificuldade de conceituação da boa-fé objetiva, Judith MARTINS-COSTA conclui que “[...] é impossível apresentar uma definição apriorista e bem-acabada do ‘que seja’ a boa-fé objetiva” (*A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 41). A autora adverte: “Isso não significa, de modo, algum, que a expressão boa-fé objetiva constitua *flatus vocis* ou elástico cheque em branco a ser preenchido de acordo com o impressionismo jurídico (principalmente aquele, muito perigoso à democracia, que é o ditado pelo incontrolável e subjetivo ‘sentimento de justiça’). Há – mesmo na relatividade do tempo e no espaço – um conteúdo mínimo (traduzido no *honeste vivere* ciceroniano) que lhe está conotado. O agir *segundo a boa-fé objetiva* concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico *campo de atuação* em que situada a relação obrigacional” (Ibid., p. 41).

da exigência de boa-fé objetiva à luz de cada caso particular que lhe for apresentado do que àquele cujos esforços se resumirem à tentativa de conceituação estrita e apriorística da referida cláusula geral.

Tal dificuldade conceitual gera, entretanto, um risco diuturnamente vivenciado pela civilística contemporânea, na medida em que a abertura ínsita à cláusula geral poderia gerar a (equivocada) impressão sobre a ausência de contornos gerais da exigência de boa-fé objetiva.⁶ Nesse contexto, cresce a responsabilidade do intérprete na fundamentação pormenorizada sobre as razões que o levam à conclusão acerca da conformidade ou contrariedade de certas condutas à cláusula geral em comento, especialmente na seara do inadimplemento contratual, cujos efeitos drásticos não se harmonizam com decisões precariamente fundamentadas.⁷

Deve-se ressaltar, nesse contexto, a relevância do papel da doutrina no desenvolvimento de parâmetros que auxiliem o julgador na aplicação da boa-fé objetiva,⁸ em cumprimento à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais.⁹ Nessa empreitada, o presente estudo consistirá, em um primeiro momento, na análise da integração do regulamento contratual por deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. Na sequência, analisar-se-á a expressiva tendência

6 A explosão contemporânea do recurso à boa-fé objetiva apresenta, a um só tempo, uma faceta positiva e outra negativa, como destaca Judith MARTINS-COSTA: “A explosão do emprego do instituto jurídico designado como boa-fé objetiva tem um lado virtuoso e outro perverso. Virtuoso porque assenta no Direito brasileiro inafastável padrão ético à conduta contratual. Perverso quando o uso excessivo, desmesurado, imperito, deslocado dos critérios dogmáticos a que deve estar vinculado serve para desqualificá-lo, esvaziá-lo de um conteúdo próprio, diluindo-o em outros institutos e minorando sua densidade específica” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 11). A autora arremata: “Oferecer critérios é também oferecer limites” (*Ibid.*, p. 11).

7 “Uma vez que o intérprete tem a liberdade – e o dever – de cotejar as potencialidades linguísticas do texto do enunciado normativo com os demais enunciados, em especial com os princípios fundamentais do sistema, e confrontar circularmente esses enunciados com as peculiaridades juridicamente relevantes da realidade concreta a que se destinam as normas, não há possibilidade de conceber sua atividade sob o modelo formal da subsunção, que mascara as escolhas como se fossem necessárias e neutras. As escolhas do intérprete devem ser assumidas expressamente, não como forma de libertá-lo do direito institucionalizado, mas exatamente para permitir o debate argumentativo acerca da sua adequação ao ordenamento: trata-se da responsabilidade do intérprete” (KONDER, Carlos Nelson. *Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 1, jan./abr.2015. p. 208).

8 “Passada a fase em que os foros brasileiros acolheram o princípio da boa-fé com sabor de novidade, é chegada a hora de sua sedimentação, para o que imprescindível o labor doutrinário crítico e propositivo de critérios orientadores de sua aplicação” (MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 46).

9 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14, abr./jun.1995. p. 23.

contemporânea de adoção, por autores pátrios, da doutrina tedesca da violação positiva do contrato, no intuito de compreender sua aptidão à resolução da problemática sobre os efeitos do descumprimento de deveres laterais de conduta. Por fim, investigar-se-ão os contornos contemporâneos do (in)adimplemento contratual, sob os necessários influxos da perspectiva funcional, de modo a perquirir se a integração dos referidos deveres laterais ao regulamento contratual autoriza a conclusão no sentido de inadimplemento (absoluto ou relativo) quando do seu inadimplemento, ou se seria necessário, ao revés, o reconhecimento de uma nova categoria de descumprimento das obrigações.

1 COMPLEXIDADE OBRIGACIONAL E HETEROINTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS: OS DEVERES ORIUNDOS DA BOA-FÉ OBJETIVA

De longa data, a civilística propugna a superação da concepção estática da obrigação – outrora entendida como a contraposição direta entre crédito e débito –¹⁰ por uma renovada concepção que leve em conta a complexidade das situações jurídicas subjetivas e dos interesses envolvidos.¹¹ Alinhadas com essa preocupação estão as proposições que entendem a relação obrigacional como uma *totalidade complexa*,¹² como *relação de cooperação*¹³ ou, na formulação mais consagrada pela civilística pátria, obrigação como *processo*¹⁴. Trata-se, em verdade, de construções teóricas que guardam semelhante preocupação essencial, consistente em ressaltar que a relação obrigacional é muito mais complexa do que a mera

10 Conforme leciona Paul ROUBIER, a mitigação dessa concepção antiquada de obrigação foi acompanhada pela preferência, por parte da doutrina, de referir-se ao conceito de situação jurídica subjetiva, complexo de direitos e deveres, em lugar da noção mais tradicional de direito subjetivo (*Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963, p. 52).

11 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 673.

12 “Numa relação obrigacional complexa considera-se o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92). Em sentido semelhante, na doutrina alemã, cf. a clássica lição de LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 37.

13 BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005, p. 28 e segs.

14 SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, *passim*. Segundo o autor, a concreção do princípio da boa-fé objetiva implica uma releitura das fontes das obrigações, de modo a permitir que estas sejam entendidas como um processo tendente ao adimplemento a partir da cooperação entre as partes (p. 169).

contraposição entre direito e obrigação principais do credor e do devedor, respectivamente.¹⁵ Tal percepção reclama do intérprete uma acurada análise interna da relação, capaz de trazer à tona as especificidades do caso concreto que se afigurem relevantes ao adequado desenvolvimento da relação obrigacional.¹⁶

O desenvolvimento contemporâneo da noção de obrigação está intimamente relacionado à consolidação da boa-fé objetiva como parâmetro para o desenvolvimento da generalidade das relações obrigacionais – com especial destaque para aquelas de índole contratual,¹⁷ cerne de investigação do presente estudo. A boa-fé objetiva, nos termos particulares em que é concebida atualmente, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC - Lei 8.078/90),¹⁸ que a menciona expressamente nos seus arts. 4º, III, e 51, IV.

-
- 15 “A complexidade intra-obrigacional traduz a ideia de que o vínculo obrigacional abriga, no seu seio, não um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade completa” (CORDEIRO, op. cit., p. 586). No âmbito do direito brasileiro, Carlos Nelson KONDER afirma: “O impacto da boa-fé impõe o reconhecimento da complexidade da relação obrigacional. Em lugar da dinâmica simplificada direito subjetivo – dever jurídico, passa-se a reconhecer diversas outras situações jurídicas subjetivas conjugadas – uma ‘pluralidade de elementos autonomizáveis –, em especial deveres paralelos que interagem entre si e cujo inadimplemento pode ferir o todo obrigacional” (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 221). Na mesma linha de sentido, a destacar o alargamento do objeto da obrigação, SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011. p. 73.
- 16 Judith MARTINS-COSTA destaca a importância da análise interna da relação (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 218).
- 17 O desenvolvimento da boa-fé objetiva em outros segmentos do direito civil constitui matéria relativamente pouco explorada pela civilística pátria. A ilustrar relevantes possibilidades de aplicação da referida cláusula geral na seara dos direitos reais, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais*. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, vol. 4, abr.-jun./2015, *passim*.
- 18 A propósito do histórico da boa-fé no direito brasileiro, vale registrar a observação de Teresa NEGREIROS: “Evidentemente, não se desconhecem as referências à boa-fé constantes do Código Comercial de 1850 (art. 131), nem às inúmeras regras que, no próprio Código Civil de 1916, também aludiam à boa-fé. No primeiro caso, porém, o contexto ultraliberal em que inserida a regra da interpretação conforme a boa-fé dos contratos comerciais a tornou uma fórmula vazia, de raríssima ou mesmo nenhuma aplicação prática [...]. No segundo caso, a boa-fé de que se tratava era a subjetiva” (O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 223, nota de rodapé n. 1). Para uma análise da gênese e do desenvolvimento da boa-fé objetiva no direito brasileiro, v. TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-33; e AGUIAR JUNIOR, op. cit., p. 21 e segs.

O Código Civil de 2002, a seu turno, teve o mérito de prever a incidência da boa-fé objetiva no âmbito das relações paritárias, fazendo-lhe referência expressa ao tratar da interpretação dos negócios jurídicos (art. 113), do abuso do direito (ar. 187) e, por fim, dos princípios aplicáveis aos contratos (art. 422). Tais disposições parecem ter resultado da concepção, desenvolvida com vigor pela doutrina pátria desde a promulgação do CDC, de que a boa-fé objetiva apresentaria três funções essenciais:¹⁹ i) função hermenêutica, segundo a qual o negócio jurídico deve ser interpretado do modo consentâneo com o parâmetro de conduta imposto pela boa-fé objetiva,²⁰ inclusive nas hipóteses em que não se verificar qualquer lacuna a ser colmatada;²¹ ii) função limitadora do exercício de situações jurídicas subjetivas, hipótese em que a boa-fé objetiva atua de modo a reprimir exercícios disfuncionais,²² servindo como critério para aferição de abuso do direito;²³ e iii) função integradora do conteúdo contratual, a impor aos

19 KONDER, op. cit., p. 221.

20 “A ‘compassividade’ pela boa-fé hermenêutica não se esgota na determinação da intenção consubstanciada na declaração, conforme o sentido oferecido (também) pela boa-fé e os usos. Outros *standards* e cânones interpretativos – como o da totalidade hermenêutica, o da finalidade do contrato, ou o do comportamento das partes, exemplificativamente – são também chamados a atuar” (MARTINS-COSTA, op. cit., p. 448-449).

21 Pertinente, neste ponto, a ressalva de Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR: “A boa-fé tem função integradora da obrigação, atuando como fonte de direitos e obrigações ao lado do acordo de vontades, além de servir para a interpretação das cláusulas convencionadas. Os voluntaristas querem reduzir sua intervenção apenas para a integração do contrato de acordo com aquilo que fora pressuposto pelas partes; mas não é assim: a utilização da cláusula de boa-fé implica a criação de uma norma para o caso de acordo com os dados objetivos que ele mesmo apresenta, atendendo à realidade social e econômica em que o contrato opera, ainda que isso o leve para fora do círculo da vontade” (A boa-fé na relação de consumo, cit., p. 24). Em sentido semelhante, v. NEGREIROS, op. cit., p. 229-232). Em sentido diverso, Judith MARTINS-COSTA sustenta a suposta subsidiariedade da boa-fé objetiva: “[...] para não se recair no vício da superinvocação da boa-fé (que é o risco de sua diluição, pelo excesso), quando houver regra legal que colmate a lacuna, completando a regulamentação contratual, não se justifica o apelo à boa-fé” (A boa-fé no direito privado, op. cit., p. 518).

22 No âmbito da função limitadora do exercício de situações jurídicas subjetivas, desenvolvem-se as denominadas *figuras parcelares* da boa-fé objetiva, tais como *tu quoque*, *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio*. Para sua análise individualizada, v. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 232 e segs.; e AGUIAR JÚNIOR, op. cit., p. 26.

23 Teresa NEGREIROS destaca a correlação entre boa-fé objetiva e abuso do direito, “[...] nesta sua função de limitar ou mesmo impedir o exercício de direitos que emergem da relação contratual” (O princípio da boa-fé contratual, cit., pp. 232-233). Pertinente, neste ponto, a advertência de Eduardo Nunes de SOUZA, no sentido de que o abuso do direito não se resume à boa-fé objetiva: “Não bastasse para tal conclusão a previsão legal de outros critérios de aferição da conduta abusiva, a concepção mais acurada de exercício abusivo (baseada na análise funcional das situações jurídicas subjetivas) permite depreender que a boa-fé atua apenas como mais um indicador da abusividade – e, certamente, já desempenha, nesses termos, papel crucial na análise do caso concreto” (Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, abr./jun. 2012. p. 57-58).

contratantes deveres que conduzam à promoção da causa contratual em concreto.²⁴

Diante da aparente impossibilidade de uma definição que esgote por completo o conteúdo da boa-fé objetiva,²⁵ a enunciação da sua tripartição funcional auxilia na consolidação de uma cultura jurídica orientada pela cooperação e confiança recíprocas entre os contratantes – noções essas às quais se poderia reconhecer a síntese elementar da cláusula geral de boa-fé objetiva.²⁶ Com efeito, referida análise tripartida não tem pretensão de exaustão ou, tampouco, de isolamento das hipóteses de incidência da cláusula geral em categorias estanques.²⁷ Exatamente em decorrência dessa compreensão já se propugnou a redução das funções da boa-fé objetiva a apenas duas,²⁸ em raciocínio que autorizaria, ao menos na execução contratual, a superação da análise tripartida em prol da exigência única de cooperação com vistas ao pleno adimplemento.

O presente estudo tem como escopo central a denominada função integradora, no bojo da qual se estudam os *deveres laterais de conduta* integrados ao conteúdo contratual por imposição da boa-fé objetiva.²⁹ Tais deveres, por vezes também ditos *fiduciários* ou *accessórios de conduta*,³⁰

24 NEGREIROS, op. cit., p. 245.

25 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 42.

26 A propósito da importância da noção de confiança, v. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 48.

27 NEGREIROS, op. cit., p. 232.

28 “A rigor, as três funções apontadas acima poderiam ser reduzidas a apenas duas: (i) a função interpretativa dos contratos e (ii) a função criadora de deveres anexos. Tecnicamente, são estes deveres anexos, que formando o núcleo da cláusula geral de boa-fé, se impõem ora de forma positiva, exigindo dos contratantes determinado comportamento, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37).

29 Pode-se distinguir o grau de incidência da heterointegração de acordo com o espaço concretamente reservado pelo ordenamento à autonomia privada. Nesse sentido, v. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 518.

30 “A nomenclatura destes deveres está muito longe de ser objeto de consenso; a primeira designação que lhes foi dada foi a de ‘deveres laterais’, mas a que ganhou a preferência da doutrina e da jurisprudência foi a de ‘deveres anexos’; todavia nós temos como mais adequada a de ‘deveres fiduciários’, porque é denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, op. cit., p. 101).

contrapõem-se aos *deveres contratuais de prestação*,³¹ os quais podem ser qualificados como principais ou secundários³² – conforme se relacionem direta ou indiretamente à causa contratual, respectivamente.³³ A distinção entre deveres laterais de conduta e deveres contratuais de prestação resulta, em realidade, de classificação marcadamente estruturalista, cujo cerne é a fonte de cada um desses deveres: enquanto os últimos são previstos expressamente no exercício da autonomia privada, os primeiros decorrem diretamente de previsão legal.³⁴

Não bastasse a dificuldade de classificação dos deveres laterais de conduta em apartado dos deveres contratuais de prestação, deve-se reconhecer que a própria conceituação de tais deveres decorrentes da boa-fé objetiva é tarefa das mais árduas. Sem embargo dessa dificuldade conceitual, parece ser possível afirmar que o escopo primordial dos deveres laterais de conduta é a promoção da causa contratual concreta,³⁵ com vistas

31 Acerca da distinção entre deveres principais, secundários e anexos, VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. v. I. 10. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. p. 125-128; Judith MARTINS-COSTA, op. cit., p. 219-220; NORONHA, op. cit., p. 98-107; e HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 900, out. 2010. p. 45-52.

32 Há quem divida os deveres secundários, por sua vez, em deveres *meramente acessórios da prestação principal* (e.g. conservar a coisa até a tradição) e deveres *secundários com prestação autônoma* (e.g. indenização fixada em cláusula penal moratória). Nesse sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 71-72.

33 Teresa NEGREIROS associa os deveres laterais de conduta à complexidade intra-obrigacional: “Tais deveres pressupõem uma nova compreensão da relação obrigacional, que passa a ser vista como um processo, complexo, que tem em mira a finalidade global da obrigação, e não apenas o adimplemento, exigindo-se, por isso, uma relação de cooperação entre ambas as partes, credor e devedor, que subsiste até mesmo depois de adimplida a prestação principal” (O princípio da boa-fé contratual, cit., p. 247). Em sentido semelhante, v. CORDEIRO, op. cit., p. 592; e LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 121.

34 Por tais razões, Aline de Miranda Valverde TERRA pugna pelo abandono da classificação em abstrato dos deveres obrigacionais: “Qualificar os deveres como principais de prestação, secundários de prestação ou de conduta não releva para fins de identificação dos efeitos que o inadimplemento de cada um deles produz na concreta relação obrigacional. O que importa é investigar a repercussão do inadimplemento sobre a prestação devida, sobre o resultado útil programado, sobre o interesse do credor na prestação” (Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. p. 5-6. Disponível em: <<http://civilistica.com/clausularesolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial/>>. Acesso em: 24 out. 2016).

35 “São deveres que não estão voltados pura e simplesmente para o cumprimento do dever de prestar, cujo escopo não é diretamente a realização ou substituição da prestação, mas deveres que direcionam a relação obrigacional ao seu adequado adimplemento, de maneira a salvaguardar outros interesses que devem ser levados em conta na relação” (KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, op. cit., p. 223).

ao adequado adimplemento segundo a perspectiva funcional regente do direito civil contemporâneo.³⁶

Conforme a causa contratual em concreto seja promovida mais ou menos diretamente, será possível subdividir os deveres laterais de conduta em deveres *anexos* ou *de proteção*, respectivamente.³⁷ Ambas as categorias guardam certas características comuns,³⁸ as quais podem se sobrepor em cada caso concreto, porém a utilidade geral da classificação consiste em chamar a atenção do intérprete para a circunstância de que, em cada caso concreto, alguns deveres buscam promover mais imediatamente o pleno adimplemento contratual (a saber, os chamados deveres anexos), enquanto outros visam apenas mediadamente a tal finalidade, ocupando-se primordialmente a assegurar a posição dos envolvidos e, com isso, evitar prejuízos (os deveres de proteção).³⁹ Trata-se, portanto, de classificação que auxilia o intérprete no momento de aferir a concreta satisfação dos interesses que caracterizam o pleno adimplemento contratual, sem que com isso se pretenda consagrar uma classificação abstrata dos deveres obrigacionais.⁴⁰

Entre os deveres anexos, destacam-se os deveres de informação, cooperação e lealdade. Os dois últimos, comumente analisados em conjunto, preceituam a adoção de comportamentos aptos a promover ou viabilizar

36 A análise funcional do adimplemento será retomada no item 4 deste estudo.

37 Como sucede em matéria de classificações – seara na qual mais importa a utilidade prática do que a suposta correção teórica –, a bipartição dos deveres laterais de conduta não é unânime em doutrina. Antônio Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO, por exemplo, propõe classificação tripartida entre deveres acessórios de proteção, de esclarecimento e de lealdade (*Da boa-fé no direito civil*, cit., pp. 604-606). Idêntica classificação é adotada, na civilística pátria, por AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*, cit., p. 26; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 106-119. O mérito dessa proposta parece consistir, com efeito, em destacar que os deveres informativos comumente variam entre os interesses de prestação e interesses de proteção, não se podendo prescindir da investigação da sua relevância em concreto para a promoção do resultado útil do contrato.

38 Carlos Nelson KONDER enumera quatro características comumente associadas aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva: i) impossibilidade de seu conhecimento prévio; ii) iminuidade dos deveres laterais aos efeitos da ineficácia *lato sensu* do contrato (aqui incluídas as hipóteses de nulidade, anulabilidade e ineficácia em sentido estrito); iii) larga abrangência subjetiva, a abarcar não somente devedor, mas igualmente credor e, possivelmente, terceiros; e iv) aplicabilidade antes, durante e após a relação contratual (Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 97-106). No tocante à possibilidade de violação da boa-fé objetiva na fase de execução das obrigações assumidas pelos contratantes ou, ainda, nas fases pré ou pós-contratual, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 379 e segs.

39 V. MARTINS-COSTA, op. cit., p. 523.

40 Nesse sentido, a criticar a classificação abstrata dos deveres atribuídos às partes, v. TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial*, op. cit., p. 6.

a perfeita realização da causa contratual concreta⁴¹ – ou, em palavras mais breves, o pleno adimplemento contratual.⁴² Tais deveres assumem tamanha relevância no renovado panorama das relações obrigacionais que se chega a afirmar que o cerne da boa-fé objetiva consiste na exigência de cooperação mútua entre todos os envolvidos.⁴³

Por sua vez, o dever de informação, verdadeiro gênero que talvez fosse melhor representado pela expressão plural *deveres informativos*, comporta os deveres de avisar, de esclarecer e de aconselhar.⁴⁴ Seja qual for a denominação atribuída à manifestação concreta do dever de informação, o fato é que da cláusula geral de boa-fé objetiva decorre a necessidade de oportunização, a todos os envolvidos, do conhecimento das informações relevantes ao desenvolvimento e deslinde de uma dada

41 O tormentoso problema da causa contratual não comportaria maior desenvolvimento nesta sede. De fato, trata-se de conceito multifacetado, sobretudo porque, conforme destaca Maria Celina BODIN DE MORAES, a causa “[...] cumpre três papéis diferentes mas interdependentes, daí a confusão em que se vê envolvido o termo: i) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial a contratos atípicos, mistos e coligados; ii) serve a delimitá-los através do exame da função que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; iii) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável” (A causa do contrato. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out./dez. 2013. p. 12). Parte-se, por isso, da constatação de que o ponto de consenso da doutrina acerca da causa é o de que se trata de noção correspondente ao perfil funcional do negócio (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 96). Particularmente sobre a noção de causa concreta, faz-se remissão à lição de Carlos Nelson KONDER, segundo o qual se trata “[...] da função que aquele contrato específico visa a realizar – seu ‘perfil funcional’ – e que, para tanto, deverá ser compatível com o ordenamento, isto é, com a finalidade, socialmente relevante, em virtude da qual se concede este poder aos particulares, enfim, a dita função social do contrato. A causa do contrato, em consequência, é causa daquele contrato específico e individualizado, com suas peculiaridades e vicissitudes, e por isso referida como função econômico-individual, expressa pelo valor e capacidade que as próprias partes deram à operação negocial na sua globalidade, considerada em sua concreta manifestação. [...] A síntese destes efeitos essenciais em concreto é que deverá ser objeto de avaliação pelo ordenamento, para aferir se compatíveis com os referidos preceitos gerais do ordenamento” (Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, jul./set. 2010. p. 74).

42 Nesse sentido, v. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 523-524; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 112-113.

43 “No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com considerações dos interesses do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado” (NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual, op. cit., p. 227).

44 Judith MARTINS-COSTA esclarece a polissemia da expressão *deveres informativos*: “A polimorfia atine também à extensão, pois sob a rubrica ‘deveres informativos’ são incluídos deveres de informar, de avisar, de esclarecer e o de aconselhar. Há, pois, um sentido lato e um sentido estrito da expressão ‘deveres informativos’. No sentido lato, abrange informar, avisar, revelar, esclarecer e aconselhar. No sentido estrito abarca a informação, *tout court*” (*A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 527).

relação obrigacional.⁴⁵ A menção à *relevância* das informações faz-se de sensível destaque, no que tange ao objeto precípua do presente estudo, uma vez que nem toda omissão ou má prestação de informação será suficiente à caracterização de inadimplemento contratual.⁴⁶

Em razão da diversidade ínsita às espécies de relações em que podem se manifestar, os deveres informativos apresentam variados graus de incidência. Com efeito, maior será a exigência de informação a ser prestada pelos contratantes quanto maior for a assimetria entre os mesmos.⁴⁷ Percebe-se que a boa-fé objetiva tem o condão de atuar, neste ponto, como valioso instrumento de correção de iniquidades informacionais tão comuns nas relações contemporâneas – marcadamente, reconheça-se, nas relações de consumo.⁴⁸

Ao lado dos deveres anexos, situam-se os deveres de proteção, cuja finalidade precípua consiste em evitar a ocorrência de prejuízos no desenvolvimento da relação obrigacional.⁴⁹ Entre os deveres de proteção, destacam-se os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte, os deveres de omissão e de segredo e os deveres referentes ao resguardo da esfera jurídica de todos os potencialmente atingidos pelo contrato.⁵⁰

Eventuais semelhanças desses deveres com aqueles ditos anexos não chegam a ser de se estranhar. Isso porque, como já mencionado, a distinção entre deveres anexos e deveres de proteção parece ser muito mais

45 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 115.

46 Imbuída de semelhante preocupação, Judith MARTINS-COSTA elenca cinco critérios gerais auxiliares à concreção do dever de informação: i) impossibilidade de o lesado ter aceso, razoavelmente, à informação; ii) pertinência da informação faltante; iii) aferição *in concreto* da intensidade do dever de informação; iv) inexistência de um “dever de não-confiar”; v) oportunação de consentimento informado (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 540-542).

47 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 536.

48 Sobre as dificuldades de categorização da vulnerabilidade ínsita às relações de consumo, inclusive no que tange à assimetria informacional, cf. KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 99, maio/jun. 2015, item 7.

49 Jorge Cesa Ferreira da SILVA relata algumas críticas direcionadas aos deveres de proteção: “No âmbito intra-obrigacional, como assinalado, consubstanciam os deveres laterais que maior independência apresentam dos deveres de prestação. Por isso, são também os que mais conhecem contestações quanto a sua alocação obrigacional ou, mais especificamente, contratual. Concorre para isso o fato de esses deveres não se limitarem à proteção exclusiva das partes, o que parece chocar-se com o princípio da relatividade dos pactos” (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 110-111).

50 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 546.

quantitativa do que qualitativa, não sendo recomendável a enunciação, em tom apriorístico, de categorias estanques de deveres oriundos da boa-fé objetiva. A possível utilidade da classificação talvez consista, portanto, não na identificação de categorias incomunicáveis de deveres laterais de conduta, mas sim na circunstância de se conclamar o intérprete-aplicador do direito a perquirir, em todo e qualquer caso, a relevância de certas condutas para a promoção da causa contratual em concreto.

A título de ilustração do que poderia ser considerado descumprimento de deveres laterais de conduta, vale imaginar a situação em que, no bojo de um contrato de compra e venda a prazo, o vendedor deixa de prestar informações ao comprador sobre as dificuldades logísticas inerentes ao produto alienado que este virá a ter se optar por buscar a mercadoria por via rodoviária. Pense-se, ainda, na situação em que o vendedor entrega a coisa no tempo e lugar devidos, mas viola o dever anexo de sigilo ao revelar uma estratégia de distribuição do produto concebida pelo comprador para seus concorrentes. A despeito da dificuldade em se enunciarem exemplos teóricos desacompanhados das concretas circunstâncias negociais, sobretudo no presente tema, em ambas as hipóteses aludidas parecer ser possível reconhecer uma violação da boa-fé objetiva, na medida em que o devedor cumpriu sua prestação principal (entrega da coisa), mas ignorou deveres imprescindíveis ao perfeito desenrolar da relação contratual.

Sem embargo das inúmeras dificuldades atinentes à conceituação e à classificação dos deveres laterais de conduta, o objeto precípua do presente estudo é a análise da consequência, no direito brasileiro, do seu descumprimento. De uma parte, sustenta-se a configuração de inadimplemento contratual, tal como sói decorrer do descumprimento de obrigações contratuais em geral. De outra parte, porém, pugna-se pelo reconhecimento da violação positiva do contrato, doutrina de origem tedesca que encontraria acolhida no direito pátrio em razão de suposta incompletude na disciplina do inadimplemento contratual.

2 A DOCTRINA DA VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO

Desde a positivação da boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, o descumprimento dos deveres laterais de conduta muitas vezes é associado à doutrina da violação positiva do contrato,⁵¹ cujo

51 Vale mencionar que a expressão *violação positiva do contrato* sofre objeções terminológicas as mais diversas: “Nesse particular, tem-se criticado a expressão ‘violação positiva do contrato’ ao argumento de que o adjetivo ‘positiva’ negaria relevância à conduta omissiva do devedor. Afirma-se, além disso, que a violação positiva, consoante a própria fórmula de Staub, poderia ser aplicada também a outras

desenvolvimento dogmático está intimamente relacionado às peculiaridades do sistema jurídico alemão, que lhe serviu de berço. A referida doutrina decorre, em realidade, da construção de Hermann Staub intencionada a suprir uma lacuna do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*– BGB).⁵²

Ao analisar a disciplina do BGB na seara do cumprimento das obrigações, o autor concluiu que o legislador alemão apenas regulava expressamente a impossibilidade superveniente da prestação (§280) e a obrigação de indenizar pelos prejuízos decorrentes da mora (§286). Tal regime acabou sendo modificado com a reforma promovida pelo legislador alemão sobre o direito das obrigações em 2002.⁵³ Originalmente, porém, o BGB não continha previsão específica para as hipóteses em que o descumprimento do contrato se desse de forma positiva,⁵⁴ isto é, a despeito de ter ocorrido prestação tempestiva por parte do devedor, pois neste caso

relações obrigacionais fundadas em negócios jurídicos unilaterais, e não contratos, daí decorrendo tentativas variadas de oferecer expressões alternativas, dentre as quais tem merecido destaque a 'violação positiva do crédito' (*positive Forderungsverletzung*)" (SCHREIBER, Anderson. A triplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108, nota de rodapé n. 45). Ainda em matéria de crítica à terminologia adotada na matéria, v. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor* – Resolução. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p. 125. Sem embargo da razão contida nas objeções terminológicas, a consagração pelo uso justifica que se mantenha a referência à *violação positiva do contrato*.

52 A tese encontra-se desenvolvida em STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001. p. 39. Para uma síntese da tese de Staub, v. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 594 e segs.; KONDER, Carlos Nelson. *Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição*, op. cit., p. 225; e SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008. p. 152.

53 A chamada "prestação deficiente" passou a ser reconhecida pelo §281, I do BGB, bem como o descumprimento de deveres auxiliares restou disciplinado pelos §§280, III e 282 do BGB, como relata ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations*. In: BONELL, M. G. (direto da). *Saggi, conferenze e seminari*, vol. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002. p. 21-22.

54 Jorge Cesa Ferreira da SILVA relata alguns exemplos fornecidos por Staub para demonstrar hipóteses de violação positiva do contrato: "O primeiro é o do fabricante e vendedor de material brilhante que vende o produto para um comerciante. O material continha composto explosivo, mas tal característica não é informada ao adquirente. Em face disso, o material explode na loja do comprador, produzindo vários danos. O segundo caso é o da empresa que presta à outra errônea informação sobre a solvibilidade de um de seus mais conhecidos clientes, provocando-lhe danos. Em ambos os casos, o interesse envolvido não se relacionava aos diretos fins do contrato, mas à proteção do patrimônio da outra parte" (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 221).

não se fazia possível a subsunção nem à impossibilidade absoluta nem à mora (entendida como o não cumprimento no tempo devido).⁵⁵

Diante da lacuna por ele identificada no BGB, Staub propôs a aplicação analógica do regime da mora (§ 326)⁵⁶ aos casos de prestação deficiente, argumentando que mesmo uma conduta positiva (prestação realizada no tempo devido) poderia ensejar a obrigação de ressarcir danos quando desrespeitadora de deveres laterais de conduta.⁵⁷ Nasceu, assim, a doutrina da violação positiva do contrato, cujo grande mérito parece ter sido o de apresentar uma resposta minimamente satisfatória a uma questão que se mostrava particularmente tormentosa em um sistema fechado de responsabilidade civil como o tedesco.

A construção de Staub não passou imune a críticas no âmbito do direito alemão. Com efeito, emergiram objeções as mais variadas à doutrina da violação positiva do contrato, desde a alegação de falta de unidade no tratamento proposto por Staub até a tese de ausência da suposta lacuna subjacente a todo o seu raciocínio.⁵⁸ Destacou-se, nesse contexto, a crítica formulada por Heinrich Stoll,⁵⁹ segundo o qual toda obrigação comportaria interesses de prestação e interesses de proteção, cuja violação poderia

55 Hermann STAUB sintetiza a sua preocupação em sistematizar as denominadas *violações positivas do contrato* (*die positiven Vertragsverletzungen*): “Segundo o §286 do BGB, o devedor deve ressarcir ao credor o dano causado pelo atraso. Está, então, em mora quem não cumpre uma prestação à qual está obrigado. Pôde-se, assim, prever, de modo claro e suficiente, todos os casos em que alguém não cumpre uma prestação omitindo aquilo que deveria fazer. O BGB não contém, todavia, uma análoga disposição para as numerosas hipóteses em que alguém viola uma obrigação mediante conduta positiva, fazendo alguma coisa que deveria omitir, ou executando a prestação devida, mas de modo inexato” (*Le violazioni positive del contratto*, cit., p. 39. Tradução livre da versão italiana).

56 STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*, op. cit., p. 55.

57 KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição, cit., p. 226; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 107.

58 As principais críticas direcionadas à formulação de Hermann Staub são sintetizadas por Antônio Menezes CORDEIRO: “Censurou-se, assim, que, à designação unitária de violação do contrato se abrigavam, na realidade, fenômenos diferentes. A diversidade foi-se ampliando à medida que as investigações posteriores, impulsionadas pelas necessidades práticas, foram multiplicando as modalidades iniciais. [...] Outra crítica de relevo consistiu em negar a presença de uma lacuna, o que estava na origem de toda a construção subsequente: as várias realidades unificadas por Staub e seus seguidores reconduzir-se-iam a diversas disposições legais do BGB” (*Da boa-fé no direito civil*, cit., pp. 596-597).

59 A crítica foi originalmente desenvolvida em STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxi*, 136. Bd., 1932. p. 257-320. Como se nota, o título adotado pelo autor (“Despedida da doutrina da violação positiva do contrato”, em tradução livre) não deixa dúvida quanto à sua oposição direta à doutrina desenvolvida por Hermann Staub.

ensejar a configuração de mora ou de inadimplemento absoluto, sem que fosse necessário recorrer à categoria da violação positiva do contrato.⁶⁰

Sem embargo das críticas já formuladas no âmbito do próprio direito alemão – muitas das quais inspiraram a reforma da disciplina das obrigações no BGB no início deste século –,⁶¹ a doutrina da violação positiva do contrato tem recebido considerável acolhida no Brasil e alhures.⁶² Entre os principais argumentos que justificariam a adoção da referida doutrina no direito brasileiro, dois merecem especial destaque, ambos consistentes em se afirmar que a violação positiva serviria a colmatar a lacuna supostamente existente no conceito de mora adotado pelo art. 394 do Código Civil. Argumenta-se, em primeiro lugar, que a menção ao “tempo, lugar e forma” não abrangeria o *modo* de cumprimento das obrigações, de modo que restariam não reguladas as hipóteses de cumprimento imperfeito das obrigações.⁶³

Ao lado da questão atinente ao *modo* de cumprimento das obrigações, afirma-se que o conceito legal de mora padeceria, ainda, de lacuna no tocante aos interesses de proteção. Partindo da distinção supramencionada entre interesses de prestação e de proteção, sustenta-se que a disciplina legal da mora se restringiria aos deveres imediatamente vinculados aos interesses de prestação, razão pela qual a doutrina da violação positiva do contrato apresentaria especial utilidade para a tutela dos deveres mais diretamente relacionados aos interesses de proteção.⁶⁴ Na sequência do

60 Para um relato detido acerca da construção teórica de Heinrich Stoll, um dos principais opositores à proposição de Hermann Staub, v. CORDEIRO, Antônio Menezes *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 586 e segs.

61 Pertinente, neste ponto, o relato de Aline TERRA: “Em 01.01.2002, entrou em vigor uma das mais profundas reformas do BGB desde sua sanção, a remodelar grande parte do direito das obrigações. [...] A reforma introduziu, ainda, a possibilidade legal de resolução do contrato diante do não cumprimento adequado da prestação pelo devedor, a abarcar, a um só tempo, os casos de infração de deveres acessórios que diretamente tenham relação com a prestação principal, bem como as situações em que o devedor infrinja deveres acessórios não vinculados à prestação principal em si mesma considerada” (A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, set./out. 2015. p. 8-9). Para uma análise mais detida da reforma, cf. ZIMMERMANN, Reinhard. *Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations*, op. cit., p. 21 e ss.

62 Ilustrativamente, parte da doutrina de Portugal pugna pelo reconhecimento da doutrina da violação positiva do contrato. V., entre outros, CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit., p. 602.

63 Assim se manifesta AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 126.

64 Nesse sentido, Gustavo HAICAL afirma: “Conforme se constata, a figura da violação positiva do crédito restringe-se somente aos deveres de proteção não ligados de modo direto aos deveres de prestação. Assim, não se pode sustentar a violação positiva do crédito quando se tratar do descumprimento de

raciocínio, afirma-se que a distinção entre interesses de prestação e de proteção justifica que a violação positiva do contrato (entendida como o descumprimento de deveres de proteção) apenas possa suscitar a indenização pelas perdas e danos, mas não a resolução do contrato, em razão de não estar em jogo a tutela imediata dos interesses de prestação.⁶⁵

De fato, interpretação tendencialmente mais literal e restritiva do art. 394 do Código Civil levaria às conclusões que se acaba de expor. Parece mais adequado, porém, reconhecer que referida linha de raciocínio findaria por reduzir os potenciais efeitos da noção contemporânea de obrigação e da cláusula geral de boa-fé objetiva sobre a disciplina do inadimplemento contratual. Constata-se, com efeito, não haver qualquer razão aparente no sistema que justifique a interpretação do art. 394 do Código Civil de modo a reduzi-lo à tutela dos denominados *interesses de prestação*. O inadimplemento relativo no direito civil brasileiro constitui categoria suficientemente ampla a englobar tanto os interesses de prestação quanto os interesses de proteção.

Tal como se pôde expor acima, não se justifica sequer a distinção rígida e estanque entre tais espécies de interesses e, tampouco, o subsequente tratamento apartado entre a violação a deveres anexos (ou “deveres de prestação”) e a violação a deveres de proteção. Isso porque ambos se relacionam, imediata ou mediatamente, às obrigações contratuais principais e secundárias. Parece mais adequado, portanto, reconhecer que a configuração do inadimplemento contratual dependerá sempre e necessariamente da demonstração de violação à causa (concreta) do contrato em análise.⁶⁶ Afasta-se, assim, a enunciação apriorística de que a frustração dos interesses de proteção não poderia deflagrar o direito à resolução

deveres ou primários, ou secundários, ou laterais, os quais formem o interesse de prestação do credor. Em ocorrendo essas hipóteses, pode-se afirmar a existência ou do inadimplemento absoluto ou do inadimplemento relativo.” (O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., pp. 57-58). Idêntica conclusão é alcançada por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, op. cit., p. 691.

65 Assim conclui Judith MARTINS-COSTA: “Abrangendo a figura da violação positiva do crédito tão somente o descumprimento de dever de proteção decorrente da boa-fé objetiva, inserto em interesse de proteção (e que, portanto, tem vinculação apenas mediata com o dever de prestação), o incumprimento gera direito às perdas e danos, e não à resolução, não tendo a violação positiva do crédito, de regra, a virtualidade de gerar o nascimento do direito formativo extintivo de resolução *lato sensu*” (*A boa-fé no direito privado*, cit., p. 691)”. No mesmo sentido, v. HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva, cit., p. 58.

66 Para uma análise mais detida da configuração do inadimplemento contratual segundo uma perspectiva funcional, remete-se ao item 4 deste estudo.

contratual e se consolida, ao revés, a imprescindibilidade da análise da causa em concreto para a configuração do inadimplemento contratual.

Todo o exposto parece levar a crer que o conceito amplo de mora adotado pelo art. 394 do Código Civil permite a configuração do inadimplemento relativo não apenas diante do atraso culposo,⁶⁷ mas igualmente nas hipóteses de violação a deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé objetiva. O limite da mencionada amplitude do conceito legal de mora coincidirá com a subsistência do interesse útil do credor, critério consagrado no sistema brasileiro para a distinção entre o inadimplemento relativo e o absoluto. Em suma, justamente em decorrência da adoção do aludido conceito amplo de mora parece não se justificar o acolhimento da doutrina da violação positiva do contrato no direito brasileiro.⁶⁸

Se tais considerações são verdadeiras, como parecem, não subsiste hipótese de cumprimento *imperfeito* no direito brasileiro que já não esteja abarcada pelo conceito amplo de inadimplemento do Código Civil, a afastar a necessidade da adoção da doutrina da violação positiva do contrato.⁶⁹ Com

67 Assim entendia Agostinho ALVIM ainda sob a égide do Código Civil de 1916, cujo art. 955 continha previsão semelhante à do atual art. 394: “[...] é certo que a mora, via de regra, manifesta-se por um retardo, embora, em face do nosso Código, e rigorosamente falando, ela seja antes a imperfeição no cumprimento da obrigação (tempo, lugar, forma – art. 955 CC)” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. Rio de Janeiro: Editora Jurídica Universitária, 1965. p. 29). Não se trata, porém, de entendimento unânime. Jorge Cesa Ferreira da SILVA, por exemplo, sustenta: “Apesar dos termos da definição legal, a mora no direito brasileiro continua vinculada exclusivamente ao tempo da prestação” (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*, cit., p. 146). Ainda a sustentar conceito restrito de mora, v. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014, pp. 153 e ss. Parece mais adequado, diversamente, entender que não se deve confundir o elemento “demora” como um dos pressupostos da mora com um equivocado *status* de único elemento caracterizador do inadimplemento relativo, como elucida TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 103-104.

68 FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 17.

69 Ainda no que tange à controvérsia sobre a aplicabilidade da violação positiva no direito brasileiro, seus defensores alegam que “seria absolutamente contra a boa-fé” que o devedor que efetuasse sua prestação de modo imperfeito, mas antes do prazo de vencimento, respondesse pelo fortuito nos casos de perecimento da coisa, conforme determina o art. 399 do Código Civil. Assim, por exemplo, se um vendedor de automóveis, entregando o veículo ao comprador, não lhe entrega o manual do sistema de som do carro (conforme prometido na contratação), haveria inadimplemento, mas o fato de ainda ser possível realizar a prestação posteriormente impediria a responsabilidade pelo fortuito, como imperativo da boa-fé (são os argumentos, por exemplo, de Jorge Cesa Ferreira da SILVA. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 161). A tais argumentos responde Aline de Miranda Valverde TERRA: “A ponderação do autor é de todo procedente. De fato, não parece razoável atribuir ao vendedor os riscos da impossibilidade da prestação por estar em mora em relação à entrega do manual do equipamento de som do veículo. Entretanto, para se explicar a exceção à aplicação da regra do art. 399, não se faz necessário

feito, ao lado das obrigações contratuais principais e secundárias, também o descumprimento de deveres laterais de conduta deve ser enquadrado, no direito brasileiro, no âmbito da disciplina geral do inadimplemento contratual, como se passa a expor na sequência.

3 A RENOVADA CONFIGURAÇÃO DO (IN)ADIMPLEMENTO CONTRATUAL

O inadimplemento contratual, tal como concebido e regulado pelo direito brasileiro, abrange as hipóteses de descumprimento de deveres laterais de conduta que vieram a originar a doutrina tedesca da violação positiva do contrato. Percebe-se, com efeito, que as aparentes lacunas do BGB que impulsionaram o desenvolvimento da teoria da violação positiva do contrato não se verificam no Código Civil brasileiro.⁷⁰ Tal conclusão decorre, fundamentalmente, de duas constatações. Em primeiro lugar, o conceito de mora adotado pelo legislador brasileiro (CC, art. 394) expressamente abrange, além do tempo, o lugar e a forma devidos. Diante disso, as situações que, no direito alemão, poderiam vir a configurar violação positiva do contrato, no direito pátrio não traduzem mais do que o cumprimento imperfeito da obrigação, suscetível de caracterizar o inadimplemento absoluto ou relativo – conforme pereça ou subsista o interesse útil do credor.⁷¹

Em segundo lugar, não bastasse o referido conceito amplo de mora adotado pelo codificador brasileiro, o enquadramento dogmático dos deveres laterais de conduta na disciplina geral do inadimplemento decorre da releitura funcional que se tem conferido à matéria na civilística contemporânea. De fato, a ascensão da análise funcional reclama do intérprete-aplicador do direito, na seara contratual, o reconhecimento da complexidade obrigacional e, sobretudo, da finalidade ínsita a todas as situações jurídicas subjetivas eventualmente titularizadas pelos

lançar mão de uma terceira espécie de inadimplemento. A solução já existe no ordenamento brasileiro: embora esteja configurada a mora no adimplemento da prestação devida, a regra do art. 399 não incide sobre a hipótese formulada, porque a ela se aplica a teoria do adimplemento substancial” (*Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 113-114).

70 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, cit., p. 126.

71 Na tentativa de melhor compreender o critério distintivo entre o inadimplemento absoluto e o relativo, Anderson SCHREIBER afirma: “[...] o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato, que se constitui, efetivamente, do encontro do concreto interesse das partes com os efeitos essenciais abstratamente previstos no tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que lhe é atribuída pela própria autonomia negocial)” (*A tríplice transformação do adimplemento*, cit., p. 107).

contratantes.⁷² Desse modo, não se pode reputar plenamente adimplido um contrato apenas com base na análise estrutural do cumprimento da obrigação contratual principal,⁷³ assim como não é possível afirmar o inadimplemento em hipótese na qual o descumprimento de alguma dessas obrigações não tenha acarretado qualquer prejuízo à satisfação do interesse útil do credor.⁷⁴

A análise funcional do adimplemento reclama, em suma, a promoção da causa contratual concreta.⁷⁵ Com efeito, superadas as concepções que restringiam a análise do cumprimento da obrigação à satisfação do interesse psicológico do credor,⁷⁶ bem como as proposições que findavam por reduzir o inadimplemento à noção de impossibilidade da prestação,⁷⁷ deve-se

72 “A perspectiva funcional significa reconhecer que a totalidade obrigacional existe em razão de um fim, que a polariza e dinamiza: o adimplemento. Todos os direitos, subjetivos e potestativos, ônus e deveres, poderes e faculdades, toda a situação jurídica complexa têm existência temporária orientada a atingir um fim objetivamente considerado, que deve concretizar-se em um conjunto de interesses merecedor de tutela” (KONDER, Carlos Nelson. *Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição*, cit., p. 222). Em que pese a diversidade de conclusão no tocante à qualificação do descumprimento dos deveres laterais de conduta, faz-se de grande pertinência a lição de Hermann STAUB, a destacar a importância de promoção do que denominou *escopo contratual*: “Quem pratica atos positivos de inadimplemento, que comprometam o alcance do escopo do contrato, deve suportar que as consequências jurídicas dessa violação da obrigação sejam valoradas tal como aquelas violações de quem, com a própria conduta negativa, prejudica o alcance do escopo contratual mediante o atraso culpável da prestação devida” (*Le violazioni positive del contratto*, op. cit., p. 55-56. Tradução livre da versão italiana).

73 No sentido da superação da perspectiva meramente estrutural da obrigação, v. SILVA, op. cit., p. 65-66.

74 SCHREIBER, Anderson. *A tríplice transformação do adimplemento*, op. cit., p. 109-110.

75 Nesse sentido, Anderson SCHREIBER identifica o adimplemento com o atendimento da função concreta do contrato: “[...] o que o adimplemento exige não é tanto a satisfação do interesse unilateral do credor, mas o atendimento à causa do contrato [...]. Se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor” (*A tríplice transformação do adimplemento*, op. cit., p. 107). O autor arremata: “É o atendimento a essa função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea” (*Ibid.*, p. 108).

76 “Não se trata dos motivos ou desejos que, eventualmente, o animavam, mas da expectativa resultante dos dados objetivos fornecidos pelo contrato, por isso legítima” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 133). Assim como não importam, em regra, os aspectos subjetivos do credor, afigura-se irrelevante, de outra parte, qualquer investigação sobre a recusa subjetiva do devedor ao cumprimento: “O elemento vocacional, - o devedor querer ou não querer pagar, o dolo contratual, traduzido pela relutância consciente em não cumprir o avençado, nada disso deve servir para a distinção entre mora e inadimplemento absoluto. O critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica, na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interesse” (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 48).

77 A ilustrar tal posição, veja-se a lição de Agostinho ALVIM: “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber” (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*, op. cit., p. 15).

reconhecer que a noção de adimplemento sob uma perspectiva funcional remete, inexoravelmente, à causa negocial concreta,⁷⁸ compreendida em seu dúplice sentido de complexo dos interesses tangenciados pelo contrato e de síntese dos efeitos essenciais decorrentes de um dado regulamento contratual.⁷⁹

Configurar-se-á inadimplemento, portanto, quando restar violada a causa contratual em concreto,⁸⁰ não podendo a investigação do intérprete se limitar à análise estrutural do cumprimento ou descumprimento das obrigações principais e secundárias. Não adimple verdadeiramente o contrato a parte que, nada obstante respeite as obrigações contratuais expressas, atua em sentido manifestamente contrário ao resultado útil do contrato. Em suma, adimplir o contrato não se resume a cumprir prestações “principais”.⁸¹

No âmbito dessa releitura funcional do adimplemento contratual, adquirem especial relevo os deveres laterais de conduta. Integrados ao

78 A destacar a relevância da análise da causa contratual concreta, v. SCHREIBER, Anderson. A tríplece transformação do adimplemento, cit., pp. 107-108.

79 Assim conclui Eduardo Nunes de SOUZA: “Apenas nessa perspectiva, em aparente paronímia dogmática, poder-se-ia dizer que o termo *causa* atende a, pelo menos, dois conceitos distintos, funcionando como chave de acesso, tanto à síntese dos interesses tangenciados pelo negócio, quanto à sua mínima unidade de efeitos – afinal, são estes os fatores que se revelam quando se analisa dinamicamente um ato de autonomia privada. Contudo, no âmbito (anterior) de uma epistemologia da hermenêutica jurídica (da qual a causa, agora sim, constitui objeto de estudo), a suposta dicotomia conceitual se dissolve: aqui, a causa pode ser compreendida simplesmente como a representação dinâmica do negócio jurídico, em superação da visão exclusivamente estruturalista” (Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, abr. 2013. p. 84).

80 Maria Celina BODIN DE MORAES demonstra a complementariedade entre função negocial abstrata e concreta: da primeira “[...] se extrai o conteúdo mínimo do negócio, aqueles efeitos mínimos essenciais sem os quais não se pode, em concreto – ainda que assim se tenha idealizado –, ter aquele tipo, mas talvez um outro, ou mesmo nenhum. [...] Já a função concreta diz respeito ao efetivo regulamento de interesses criado pelas partes, e não se pode, *a priori*, estabelecer, naquele particular negócio, quais efeitos são essenciais e quais não o são. Para a qualificação do concreto negócio será necessário examinar cada particularidade do regulamento contratual, porque uma cláusula aparentemente acessória pode ser, em concreto, o elemento individualizador da função daquele contrato” (A causa dos contratos, cit., p. 13).

81 Semelhante conclusão é alcançada por Aline de Miranda Valverde TERRA: “A ampliação do conceito de adimplemento, diante dos deveres de conduta impostos ao devedor, implica, na mesma medida, o alargamento da noção de inadimplemento. Vale dizer, se para se reputar o devedor adimplente se impõe a observância não apenas do dever principal de prestação, mas também, com a mesma acuidade, dos deveres de conduta, significa que se considera inadimplente o devedor que não cumpre o dever principal de prestação e/ou os deveres de conduta impostos pela sistemática obrigacional. Em sentido amplo, portanto, inadimplemento significa a não realização da *prestação devida*, e não apenas o descumprimento da prestação principal” (Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial, cit., p. 6).

regulamento negocial por imposição da cláusula geral de boa-fé objetiva,⁸² tais deveres visam à promoção de certos interesses (de prestação e de proteção)⁸³ que, ao fim e ao cabo, incorporam o complexo de interesses e a síntese de efeitos essenciais de que se constitui a causa contratual.⁸⁴ Desse modo, o descumprimento dos deveres laterais de conduta, por influenciar a promoção da causa em concreto, tem o condão de deflagrar a caracterização de inadimplemento contratual.⁸⁵

Todo o exposto repercute, ainda, sobre o próprio critério distintivo entre o inadimplemento contratual absoluto e o relativo. O *interesse útil do credor*,⁸⁶ de longa data apontado como a medida exata da distinção,⁸⁷ recebe os influxos da releitura funcional do adimplemento e passa a coincidir com a noção de causa.⁸⁸ Tem-se, em consequência, que a satisfação do interesse útil do credor (*rectius*: de qualquer dos titulares de situações jurídicas subjetivas afetas ao contrato) corresponde à promoção dos interesses mercedores de tutela e à concretização dos efeitos essenciais contidos no concreto regulamento contratual.⁸⁹

82 Pertinente, no ponto, a síntese de Stefano RODOTÀ sobre o fenômeno da heterointegração dos contratos: “De fato, com a heterointegração [...] se alude a formas de intervenção sobre o contrato que vão além do amplo desenvolvimento da lógica da declaração e que, portanto, se acrescentam à atividade das partes na construção do definitivo regulamento contratual” (*Le fonti di integrazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1969. p. 9. Tradução livre do original). Em sentido semelhante, v. STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014. p. 71.

83 No item anterior deste estudo, teve-se a oportunidade de analisar criticamente a utilidade da classificação que aparta os interesses de prestação dos interesses de proteção, bem como os cognatos deveres laterais de conduta (deveres de prestação e deveres de proteção).

84 SOUZA, Eduardo Nunes de. *Função negocial e função social do contrato*, op. cit., p. 84.

85 HAICAL, Gustavo. *O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva*, op. cit. p. 64.

86 A adoção do critério do interesse útil do credor encontra fundamento positivo mais imediato no parágrafo único do art. 395 do Código Civil, *verbis*: “Art. 395. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

87 V., por todos, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do deverdor*, cit., p. 132; FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 33; e TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*, op. cit., p. 83-84.

88 Pode soar, à primeira vista, que a distinção entre inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo ostenta certo caráter estrutural, vez que pautada na subsistência ou não do interesse útil do credor. Nada obstante, somente uma análise funcional permitirá afirmar, à luz da causa do contrato e dos interesses concretamente envolvidos, se o não cumprimento por parte do deverdor teve o condão de acarretar a definitiva perda de interesse útil do credor. Em suma, embora a adoção do interesse útil do credor como critério distintivo entre as espécies de inadimplemento aparente traduzir resquício do estruturalismo no direito civil pátrio, não se pode prescindir da análise funcional da relação obrigacional para a configuração da própria noção de *interesse útil* – a coincidir com a preservação da função originária da relação contratual concretamente estabelecida.

89 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 69.

Diante de tais constatações, pode-se concluir que a resolução do contrato, ao contrário do que sugere a literalidade do art. 475 do Código Civil, não constitui medida sujeita ao puro arbítrio do lesado. Afirma-se que a resolução deve ser encarada, ao revés, como medida extrema na disciplina contratual, sob pena de desvirtuamento da seriedade do vínculo obrigacional em prol de um subjetivismo injustificável.⁹⁰ Neste ponto, cumpre advertir que a encontrada afirmação de que a resolução constitui medida extrema (ou subsidiária)⁹¹ em relação à execução específica pode gerar mais dúvidas do que esclarecimentos, por gerar a equivocada impressão de que tais medidas poderiam vir a estar simultaneamente postas à disposição do vitimado pelo inadimplemento.⁹²

Com efeito, uma conclusão nesse sentido não se sustentaria logicamente, diante das premissas ora analisadas. Isso porque as medidas em comento (resolução e execução específica) não podem ser postas alternativamente à disposição do lesado, em decorrência da constatação basilar acerca da impossibilidade de verificação simultânea do inadimplemento absoluto e da mora (inadimplemento relativo). Reconhecido que ambas as espécies de inadimplemento se distinguem fundamentalmente com base na subsistência ou não do interesse útil do credor, não parece possível admitir a atribuição simultânea este, em caráter alternativo, das pretensões de resolução e de execução específica da obrigação.⁹³

90 Nesse sentido, v., entre outros, FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 119.

91 “Não se deve, porém, dizer, como regra geral e absoluta, que a prestação devida e não cumprida se transforma nas perdas e danos, porque às vezes assim se passa, mas outras vezes as duas sobrevivem – a *res debita* e as perdas e danos – sem que em uma se sub-roguem as outras. É claro que a *sub rogatio* é satisfação subsidiária do credor” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II. 24. ed. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 307).

92 Ruy Rosado de AGUIAR JÚNIOR sintetiza: “O exercício do direito formativo extintivo não é ‘subsidiário’ da pretensão e da ação de execução da obrigação” (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*, op. cit., p. 52).

93 Gabriel Rocha FURTADO identifica abusividade no exercício da pretensão resolutória quando não restar definitivamente afetada a causa contratual em concreto: “[...] em uma leitura que englobe a noção de função negocial, entende-se que enquanto a prestação ainda for útil ao credor, por realizável o fim do contrato, o pleito de resolução contratual com base no parágrafo único do art. 395 do Código Civil deve ser tido por abusivo, por exceder os limites impostos pela função negocial” (*Mora e inadimplemento substancial*, cit., p. 58). Sem embargo da concordância quanto à adoção de perspectiva funcional para a compreensão da problemática, parece desnecessário o recurso ao controle valorativo do abuso do direito nas hipóteses de subsistência do interesse útil do credor. Isso porque, em realidade, sempre que se estará o aludido *interesse útil* (necessariamente configurado à luz da causa contratual em concreto), não se estará diante de inadimplemento absoluto e, portanto, sequer se cogitará de *direito* à resolução contratual. Não faria sentido, em suma, cogitar da abusividade do exercício de um direito que sequer é reconhecido, nessa hipótese, pelo ordenamento jurídico, vez que somente se confere ao credor o direito à resolução contratual quando restar comprovado o abalo irreversível da causa contratual em concreto – ou, na linguagem do legislador brasileiro, a perda do interesse útil do credor.

Em realidade, enquanto subsistir o interesse útil do credor, estar-se-á diante de inadimplemento relativo e caberão, conforme cada caso, as técnicas de execução específica da obrigação; por outro lado, quando se verificar a perda do interesse útil do credor (correspondente ao descumprimento que afete a causa contratual em concreto), restará configurado o inadimplemento absoluto e assistirá ao credor a faculdade de pleitear a resolução do contrato.⁹⁴ A questão se resume, com efeito, a uma problemática de qualificação do inadimplemento – se absoluto, a justificar a resolução, ou se relativo, a possibilitar a execução específica.⁹⁵

As premissas ora assentadas permitem delimitar, ainda, o objeto da restituição que opera em decorrência da resolução por inadimplemento contratual. Como se sabe, a resolução contratual tem por efeito, entre outros, o retorno das partes ao estado em que estariam caso não houvesse ocorrido o inadimplemento. A dúvida que se coloca diz respeito, então, à definição da pretensão que pode ser pleiteada pelo contratante lesado pelo inadimplemento, de modo a definir se o lesado deve ser conduzido à situação em que estaria caso não houvesse celebrado contrato, ou se àquela em que estaria caso o contrato fosse regularmente celebrado e adimplido.⁹⁶ De uma parte, cogita-se da indenização dos danos tendo por referência as vantagens que decorreriam do regular cumprimento do contrato; fala-se, aqui, em *interesse contratual positivo* (ou *interesse no cumprimento*).⁹⁷ De outra parte, vislumbra-se a restituição de todas as despesas suportadas com a contratação bem como a indenização dos danos decorrentes da

94 Nesse sentido, Anderson SCHREIBER afirma que a resolução do vínculo traduz medida extrema, a ser aplicada somente quando restar irreversivelmente afetada a função concreta do negócio jurídico (A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 115). O autor arremata: “Nesse contexto, o direito à resolução do contrato, laconicamente mencionado no art. 475 do Código Civil de 2002, perde a feição (que lhe vem normalmente atribuída) de uma alternativa ao arbítrio do credor para se converter em *ratio extrema*, cujo exercício pode ser obstado sempre que remédios menos nocivos estiverem ao alcance do seu titular. O poder de extinguir a relação obrigacional deve mesmo ser reservado ao inadimplemento que afete a função concreta do negócio celebrado, não bastando a simples irrealização da prestação principal, tomada em abstrato e sob o aspecto puramente estrutural” (Ibid., p. 116).

95 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro*, op. cit., p. 17.

96 Para uma análise detida da contraposição entre interesse contratual positivo e interesse contratual negativo, v. PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, vs. I-II. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, *passim*; e LARENZ, Karl. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernandez Rodríguez. Madri: Revista de Derecho Privado, 1956. p. 89 e segs.

97 “O ‘interesse positivo’ – também conhecido como ‘interesse no cumprimento’ ou, ainda, por ‘dano positivo’ – é o que resulta, para o credor, o cumprimento exato do contrato. A indenização do interesse positivo destina-se, então, a colocar o lesado na mesma situação em que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido da maneira correta” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 126).

celebração do contrato;⁹⁸ fala-se, nesse caso, em *interesse contratual negativo* (ou *interesse de confiança*).⁹⁹

A dúvida quanto ao interesse tutelável parece colocar-se, em realidade, prioritariamente na seara da responsabilidade pré-contratual.¹⁰⁰ Com efeito, uma vez que o contrato (enquanto *ato*) não chega a se formalizar, afigura-se possível, em tese, tutelar a parte lesada de modo a reconduzi-la à situação em que estaria caso não realizadas despesas nas negociações (*interesse contratual negativo*) ou, diversamente, levá-la à situação em que deveria se encontrar caso o contrato fosse celebrado e regularmente adimplido (*interesse contratual positivo*).¹⁰¹ Ao contrário do que pode suceder na responsabilidade pré-contratual, na hipótese de resolução por inadimplemento contratual parece não haver espaço para o interesse contratual positivo.¹⁰² Isso porque

98 “O interesse negativo engloba, com efeito, o prejuízo que o lesado evitaria se não tivesse confiado que a manifestação de vontade do ofensor produziria o efeito que dela se esperava: o adimplemento” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015, p. 211).

99 Karl LARENZ sustenta a limitação do interesse negativo à extensão do interesse contratual positivo: “Sem embargo, este dano – o chamado ‘interesse negativo’, o ‘dano derivado da confiança’ – somente é indenizável até onde chegue a extensão do interesse que o prejudicado tem na validade do contrato) o chamado interesse no cumprimento ou ‘positivo’” (*Derecho de obligaciones*, t. I, op. cit., p. 106. Tradução livre da versão espanhola). Em sentido diverso, Aline de Miranda Valverde TERRA afirma: “Cumprir ressaltar, ainda, que não há, no direito brasileiro, norma que impeça que a indenização pelo interesse negativo seja superior àquela pelo interesse positivo. O problema da existência e alcance das perdas e danos se liga diretamente à análise do nexo de causalidade entre o prejuízo e o fato que o origina. Desde que demonstrado o dano em toda a sua extensão e o nexo causal direto e imediato, impõe-se a indenização” (*Cláusula resolutiva expressa*, op. cit., p. 214).

100 A elucidar que a seara onde mais propriamente se cogita do interesse contratual positivo é a responsabilidade pré-contratual – comumente referida por *culpa in contrahendo* –, v. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I, cit., pp. 106-111. O autor chega a se referir ao instituto expressamente como “*responsabilidad por culpa antes y al celebrarse el contrato (culpa in contrahendo)*” (Ibid., p. 109).

101 Paulo Mota PINTO evidencia que a cogitação acerca do interesse contratual positivo, conquanto excepcional, deve se restringir à responsabilidade pré-contratual: “[...] entendemos que, em princípio, no caso de não conclusão ou de recusa de celebração do contrato, o comportamento que conduz à indenização é apenas a criação da confiança, e não a violação de qualquer dever de contratar ou a própria ruptura. A indenização corresponderá, pois em regra, ao interesse contratual negativo. [...] Só em casos assumidamente excepcionais, quando se possa afirmar a existência de um verdadeiro dever de conclusão do contrato – ou, de outra perspectiva, um direito a essa conclusão –, a obrigação de indenização de quem rompeu as negociações, recusando-se a essa conclusão, ou de quem se recusou a celebrar o contrato, poderá corresponder ao interesse positivo (na conclusão do contrato)” (*Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, v. II, op. cit., p. 1.34-1.346).

102 Pertinente, no ponto, a lição de Gisela Sampaio da Cruz GUEDES: “Assim é que, quem demanda indenização pelo interesse contratual positivo não está, propriamente, a desistir do negócio jurídico válido, como ocorreria no caso de resolução. Reclama o credor, ao contrário, a sua execução, ainda que em vez do cumprimento efetivo, que se tornou impossível ou não é mais de seu interesse, exija outro objeto,

a noção de *interesse no cumprimento* colide frontalmente com o pressuposto – indispensável à configuração do inadimplemento contratual absoluto – de *perda do interesse útil*.¹⁰³ Em suma, ou bem subsiste interesse útil e se está diante de inadimplemento relativo – a afastar a hipótese de resolução –, ou bem perdeu-se irreversivelmente o interesse útil do credor e resta configurado inadimplemento contratual absoluto.¹⁰⁴ Ao fim e ao cabo, a resolução por inadimplemento mostra-se compatível tão somente com a tutela do interesse contratual negativo, por atenção ao próprio critério distintivo do interesse útil que o direito brasileiro consagra para diferenciação das duas modalidades de inadimplemento contratual.¹⁰⁵

Reconhecida a noção contemporânea de adimplemento, sob uma perspectiva funcional que se revela ampla o suficiente para abarcar a cláusula geral de boa-fé objetiva, pode-se compreender, por fim, a já mencionada tendência a que se esvazie de utilidade, no direito brasileiro, a doutrina da violação positiva do contrato.¹⁰⁶ Parece não haver, enfim, razão prática ou metodológica que justifique a adoção daquilo que findaria por traduzir uma terceira categoria de inadimplemento.¹⁰⁷ A conclusão possivelmente haveria de ser diversa caso aventada sob a égide de um direito civil mais arraigado à lógica estruturalista – preocupada com a mera contraposição

subsidiário da prestação principal” (*Lucros cessantes*, cit., p. 127). A autora vai além e rejeita o critério do interesse positivo também em sede de responsabilidade pré-contratual (*Ibid.*, p. 139).

103 “De fato, se o credor optar pela resolução do contrato, não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do contrato” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, cit., p. 133-134).

104 Semelhante conclusão é alcançada por Aline de Miranda Valverde TERRA (*Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 212), embora a autora fundamente o raciocínio na circunstância de ser indevida a cumulação entre os interesses positivo e negativo – quando, em realidade, a regra geral deve ser a vedação geral a referida cumulação. Parece mais seguro, portanto, afastar a tutela do interesse positivo na hipótese de resolução por inadimplemento contratual diante da incompatibilidade desse interesse com o pressuposto de perda do interesse útil do credor – sem o qual sequer há de se cogitar de inadimplemento absoluto e resolução contratual.

105 “A indenização deve, então, atuar na mesma direção, e conduzir o credor à situação em que estaria se não tivesse concluído o contrato (interesse negativo)” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*, cit., p. 212). No mesmo sentido, v. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*, op. cit., p. 138-141.

106 V., por todos, SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento, cit., p. 109; TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro, cit., *passim*; e SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*, cit., p. 80-82.

107 Em sentido contrário à conclusão ora exposta, a propor o reconhecimento da violação positiva do contrato como uma terceira categoria de inadimplemento, v. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, op. cit., p. 140; e STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual*, op. cit. p. 256.

entre crédito e débito –, hipótese da qual a civilística contemporânea se distancia a largos passos.¹⁰⁸

4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Os influxos de uma análise funcional e da cláusula geral de boa-fé objetiva sobre o adimplemento contratual revelam que esta categoria apresenta amplitude vasta o suficiente para tornar despicienda a adoção, no âmbito do direito brasileiro, da doutrina da violação positiva do contrato. Nesse renovado panorama metodológico, o adimplemento contratual, associado à promoção da causa negocial concreta, assume contornos inexoravelmente integrados pelos deveres laterais de conduta. Sem embargo das classificações comumente dirigidas aos deveres atribuídos aos contratantes (como as que apartam as obrigações contratuais principais das secundárias, ou os deveres laterais de prestação dos de proteção), o fundamental é a investigação, em cada caso, da compatibilidade das condutas individuais com o complexo de interesses e a síntese de efeitos essenciais de que se constitui a causa contratual em concreto.

A tarefa é complexa e torna dispensáveis eventuais tentativas de delimitação apriorística dos contornos exatos dos deveres laterais de conduta, em particular, e da noção de adimplemento, em geral. Espera-se que o presente estudo, então, possa contribuir para a sistematização de critérios aptos a guiar o intérprete na aplicação da boa-fé objetiva, com vistas à elaboração de decisões passíveis de “um controle jurídico racional”, sem o qual “seremos condenados ao voluntarismo do intérprete e ao abuso judicial, tornando a boa-fé no seu oposto”.¹⁰⁹

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995. p. 20-27.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

108 A adoção do instituto da violação positiva do crédito faria sentido aos olhares da perspectiva tradicional do adimplemento, em que este se resume ao cumprimento da prestação principal. “Não é, todavia, o que ocorre em uma perspectiva funcional”, ensina Anderson SCHREIBER, “[...] na qual o cumprimento da prestação principal não basta à configuração do adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concretamente perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente” (A tríplice transformação do inadimplemento, op. cit., p. 109).

109 NEGREIROS, op. cit., p. 253.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BETTI, Emilio. *Teoria geral das obrigações*. Tradução de Francisco José Galvão Bruno. Campinas: Bookseller, 2005.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A causa do contrato. *Civilistica. com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out./dez. 2013.

_____. *Notas sobre a promessa de doação*. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

FURTADO, Gabriel Rocha. *Mora e inadimplemento substancial*. São Paulo: Atlas, 2014.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HAICAL, Gustavo. O inadimplemento pelo descumprimento exclusivo de dever lateral advindo da boa-fé objetiva. *Revista dos Tribunais*, v. 900, out. 2010.

KONDER, Carlos Nelson. Boa-fé objetiva, violação positiva do contrato e prescrição: repercussões práticas da contratualização dos deveres anexos no julgamento do REsp 1276311. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 50, abr./jun. 2012.

_____. Causa do contrato x função social do contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, jul./set. 2010.

_____. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil: o intérprete na doutrina de Pietro Perlingieri. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, v. 60, n. 1, jan./abr. 2015.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, maio/jun. 2015.

LARENZ, Karl. *Base del negocio y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernandez Rodríguez. Madri: Revista de Derecho Privado, 1956.

_____. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*, v. I. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coord). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. II. 24. ed. Atualizada. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di diritto civile*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2014.
- _____. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. v. I-II. Coimbra: Coimbra, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *Le fonti di integrazione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1969.
- ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963.
- SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. *A autotutela pelo inadimplemento nas relações contratuais*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2011.
- SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento (adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras). *Direito civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira. *A boa-fé a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: LTr, 2008.
- SOUZA, Eduardo Nunes de. Abuso do direito: novas perspectivas entre a licitude e o merecimento de tutela. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 50, abr./jun. 2012.

_____. Autonomia privada e boa-fé objetiva em direitos reais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, abr./jun. 2015.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, abr. 2013.

STAUB, Hermann. *Le violazioni positive del contratto*. Tradução de Giovanni Varanese. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

STEINER, Renata C. *Descumprimento contratual: boa-fé e violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2014.

STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*. *Archiv für die civilistische Praxis*, 136. Bd., 1932.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. A questionável utilidade da violação positiva do contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 101, set./out. 2015.

_____. *Cláusula resolutiva expressa: regime jurídico e parâmetros funcionais para sua fixação*. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

_____. Cláusula resolutiva expressa e resolução extrajudicial. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/clausularesolutiva-expressa-e-resolucao-extrajudicial/>>.

_____. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di diritto civile*. 46. ed. A cura di Giuseppe Trabucchi. Pádua: CEDAM, 2013.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. I. 10. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

ZIMMERMANN, Reinhard. Breach of contract and remedies under the New German Law of Obligations. In: BONELL, M. G. (diretto da). *Saggi, conferenze e seminari*, v. 48. Roma: Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 2002.

RECEBIDO EM: 25/01/2017

APROVADO EM: 16/03/2017

POLÍTICAS PÚBLICAS E INTERFERÊNCIA JUDICIAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTO E TRATAMENTO DE ALTO CUSTO

***PUBLIC POLICIES AND JUDICIAL INTERFERENCE: HIGH-COST
MEDICINE AND TREATMENT CHALLENGES AND PERSPECTIVES
TO CONCESSIONS***

Teófilo Marcelo Arêa de Leão Júnior

*Centro Universitário Eurípedes de Marília-SP - UNIVEM . Pós-Doutor pela
Universidade de Coimbra. Doutor pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de
Bauru. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC . Advogado*

Renan Cauê Miranda Pugliesi

*Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pelo
Centro de Ciência Sociais aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná
-UENP; Advogado*

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

*Especialista em Direito pela PUC/SP e graduado em Filosofia pela UEL. Juiz
Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas Públicas e Orçamento; 2 A Intervenção do Judiciário; 3 A Reserva do Possível; 4 Análise de Caso: A Evolução dos Paradigmas Acerca da Reserva do Possível; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Muito se tem discutido no Brasil acerca da alocação de recursos públicos na concretização de direitos fundamentais por decisão do Poder Judiciário. Inúmeras dificuldades e desafios colocam à prova a prestação jurisdicional que se pretenda acessível, rápida e efetiva, mas que deve ser limitada por padrões assim constitucionais como fáticos. O texto propõe a metódica reflexão sobre o amplo tema das políticas públicas como instrumento de concretização de direitos fundamentais, cujo custo de implementação encontra limites orçamentários. É nesse âmbito que o texto dedica atenção ao problema da interferência judicial no ditar tais políticas. A discussão, então, prossegue na direção do princípio da reserva do possível, do qual o significado, retomando a partir da origem no Tribunal Constitucional Alemão, é explicitado sob as luzes da proporcionalidade. Outrossim, o texto ilustra o debate a partir de votos proferidos no Supremo Tribunal Federal em lides de fornecimento de medicamento e tratamento de alto custo. Os resultados apurados são animadores sob a perspectiva jurídico-argumentativa, apresentando possibilidades para densificação da argumentação jurídica, sobretudo em casos difíceis; mas ao mesmo tempo desalentador sob o prisma da dificuldade na concretização mesmo de mínimos direitos próprios da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Política Pública. Judicialização. Limites. Reserva do Possível. Medicamento. Precedentes.

ABSTRACT: Much has been discussed in Brazil about the allocation of public resources towards assuring fundamental rights through the judiciary. Countless difficulties and challenges test the judicial assistance that was supposed to be accessible, fast and effective, but must be limited as factual due to constitutional restraints. This paper proposes a methodical reflection on the broad topic of public policies as an instrument for assuring fundamental rights - the implementation of which finds budgetary limits. It is within this context that this paper devotes its attention to the problem of judicial interference in dictating such policies. The discussion then proceeds towards the principle of the reservation of the possible, which has its meaning, returning to the origins from the German Constitutional Court, explained in light of proportionality. Again, the paper illustrates the debate from the votes cast

in the Supreme Court when it comes to the supply of high-cost medicine and treatment. The calculated results are encouraging from a legal and argumentative standpoint, presenting possibilities for the densification of the legal argument, especially in difficult cases; but are, at the same time, disappointing due to the difficulty in achieving even minimal rights of human dignity.

KEYWORDS: Public Policy. Judicialization. Limits. Reserve of Possible. Medicine. Precedents.

INTRODUÇÃO

Notadamente no mundo globalizado, desafiadores têm sido os obstáculos para implementação efetiva de direitos humanos sociais quer no plano internacional, quer no plano nacional.

Desde a Declaração de 1948, há algum consenso no sentido de que a “responsabilização do Estado por violação de direitos sociais em sentido amplo *encontra-se em descompasso* com a consagração da indivisibilidade dos direitos humanos”¹.

Fraser², a propósito, caracterizando a globalização com um grande processo de não poucas mudanças, demarcou sérios problemas para uma justiça social no mundo globalizado. Entre eles, o que Fraser chamou de “problema da substituição”, consistente na crescente importância das demandas por reconhecimento com conseqüente enfraquecimento das lutas por uma justiça distributiva, em especial contra a pobreza, a exploração, a desigualdade e os diferenciais de classe.

No plano interno, notadamente brasileiro, demandas distributivas têm sofrido grandes entraves políticos e econômicos para efetivação, restando a alternativa judicial como polêmica via na consecução de direitos sociais. A questão fica tormentosa no panorama da interferência da Justiça brasileira na questão do direito à saúde no particular do fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo. Esse o nó górdio que, doravante, pretende-se tangenciar.

1 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional dos direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 331.

2 FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: 2002, CES. p. 11.

Nesse desiderato, o texto principia tratando das políticas públicas em geral e do orçamento. Avulta em importância o desenvolvimento de algumas ideias e noções nesse campo justamente pela necessária compreensão da atividade de concepção, planejamento, execução e fiscalização tendente à concretização de direitos fundamentais. Vencida essa etapa, o texto discute a questão da intervenção do Judiciário nessa seara. O tema é feraz em controvérsias. Alguns admitem-na; outros não. Há dificuldades variadas especialmente quanto aos limites dessa atuação, entre eles o princípio da reserva do possível, que é tratado na sequência. De efeito, a partir da origem alemã, investiga-se o (re)significado da reserva do possível, especialmente em relação ao princípio da proporcionalidade. Depois, porque a presente pesquisa volta-se essencialmente para a realidade social brasileira, tomam-se dois julgados do Supremo Tribunal Federal, a saber, Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718. Nesse ponto, cinco elementos que estiveram sob o crivo do STF serão examinados. Ao término do texto, sem pretensão de exaurir o assunto, algumas observações e também perspectivas são consignadas a título de conclusão.

Impõe-se a garantia dos direitos sociais fundantes e intensificação de sua força para exigir prioridades e cumprimentos céleres e imediatos. Entrementes, no plano pragmático, ainda que criadas essas políticas, paralisam-se ou interrompem-se diante da ausência de programação e planejamento, tanto econômico quanto técnico.

A metodologia utilizada baseou-se na utilização do método dedutivo, pois foram delimitados alguns conceitos acerca de políticas públicas, orçamento e reserva do possível, para então analisar julgados do Supremo Tribunal Federal a fim de buscar respostas acerca da problemática do presente trabalho. Como técnicas de pesquisas, foram utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica indireta – através da coleta de dados na doutrina e demais obras científicas –, bem como a análise jurisprudencial, dando tons de concretude ao tema abordado.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS E ORÇAMENTO

Antes de mais nada, cumpre reconhecer que o tratamento dispensado às políticas públicas tem ligação direta com a evolução do Estado na história, mais especificamente em relação à forma de participação e intervenção na sociedade. No surgimento do Estado Liberal, muitos movimentos estavam em ebulição, o que acabou por definir o viés liberal dos Estados da época em razão da busca pela efetivação dos direitos de liberdade.

A passagem para o Estado Social, no final do século XIX e limiar século XX, trouxe à baila muitos dos direitos a prestações, ditos direitos positivos. O Estado abandona a posição abstencionista, passando a buscar efetivação de algumas garantias sociais mínimas como o direito à saúde, pano de fundo dessa pesquisa.

O Brasil é, atualmente, um Estado Democrático e Social de Direito. Essa forma estatal surge como pressuposto para a viabilização e efetivação dos direitos de primeira e segunda dimensão. Com isso, passa-se a se falar amiúde em *políticas públicas*.

A propósito, Santin³ apresenta inolvidáveis elementos característicos das políticas públicas, entre eles a consecução de normas legais e constitucionais por intermédio da execução de serviços públicos, ideia que bem se amolda à política pública como instrumento de concepção, planejamento, execução e fiscalização de serviços voltados à concretização de direitos fundamentais. Assim, no cumprimento de sua missão, o Estado presta inúmeros serviços públicos, essenciais e não essenciais, com ou sem relevância pública. Todavia, em todas as atividades, faz-se mister o que o autor em comento chamou de “rota de atuação estatal”, demarcada, expressa ou implicitamente, pelas políticas públicas.

Nessa toada, políticas públicas são instrumentos de governo desde a definição até a fiscalização da concretização dos direitos fundamentais. Vale anotar que não se trata de apenas prestação de serviços públicos, mas também de coordenação e fiscalização de agentes públicos e privados, como destaca Cidade⁴. Com efeito, constituem amplos programas de muitas fases ou etapas: definição, planejamento, execução e fiscalização, envolvendo, principalmente, o planejamento orçamentário para o investimento em determinadas áreas e políticas públicas específicas.

De fato, todo gasto realizado pelo Estado deve ser objeto de controle; afinal, o custo é suportado por toda a sociedade. Diante disso, políticas públicas necessariamente submetem-se a previsões orçamentárias, cabendo ao orçamento público, no âmbito do Estado Social e Democrático de

3 SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. São Paulo: RT, 2004, p. 34-35.

4 CIDADE, Roberto Berttoni. *Reserva do Possível: limite máximo do status positivo da atual concretização dos direitos fundamentais sociais brasileiros*. Marília: Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, 2016. 180 p. (Mestrado em Direito), p. 109.

Direito, veicular e manejar recursos em prol da concretização de direitos fundamentais por meio das políticas públicas⁵.

Cabe acentuar a relação entre políticas públicas e orçamento público. Eis as denominadas leis orçamentárias: Lei do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), todas com previsão constitucional. Nessa relação dialética, o orçamento público dará o tom da política pública, pois só poderá ser concretizada na medida que se disponha de recursos para fazer frente aos custos decorrentes⁶.

Estando o administrador vinculado ao princípio da legalidade da despesa pública, nada pode ele fazer sem a devida autorização orçamentária, máxime assumir despesas; e isso sob pena de crime de responsabilidade, conforme artigo 85, inciso VI, da Constituição Federal: “São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] VI - a lei orçamentária”. A mesma Constituição, sobremais, veda expressamente “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais” (CF, art. 167, II). Conforme preleciona Leite⁷, na constituição do orçamento público, impõe-se respeito ao princípio do equilíbrio orçamentário:

Embora não expresse, é um princípio que norteia toda a Administração, mormente após a LRF, uma vez que se tornou regra elabora um orçamento equilibrado, ainda que haja necessidade de ser contrair empréstimos, desde que acompanhado da concomitante capacidade de pagamento. Por esse princípio *busca-se assegurar que as despesas autorizadas na lei orçamentária não sejam superiores à previsão das receitas* (grifo do autor).

Afora isso, além do princípio da legalidade da despesa pública, existem limites constitucionais na elaboração do orçamento. Há outrossim limites na obtenção de receita como os princípios tributários (CF, art. 150); e também existem limitações constitucionais nas despesas, valendo

5 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016. p. 3.

6 *Ibidem*, p. 3-4.

7 LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Juspodivm, 2015, p. 72.

mencionar, a título de ilustração, despesas obrigatórias com ensino e saúde. Até mesmo o regime de precatório caracteriza-se limitação da despesa⁸.

Como se pressente, é evidente, como bem frisou Cidade⁹, que da parte do constituinte houve grande preocupação e cautela com a viabilidade econômica de direitos fundamentais.

O enfoque no orçamento existe em razão da escassez de recursos, cuja gestão deve ser apropriada para que possam servir ao seu propósito da melhor forma possível. Diante disso, sempre será preciso ter a consciência de que os direitos têm um custo, não sendo possível desconsiderar as questões financeiras na análise da sua viabilidade e eficácia.

À guisa de um necessário detalhamento, Leite¹⁰ explica que o equilíbrio não significa, em verdade, que não se possam fazer gastos maiores que a receita, senão que esses poderão ser feitos desde que os empréstimos e investimentos realizados demonstrem capacidade para o pagamento da dívida, amortização e juros, de acordo com a situação particular de cada Estado.

A despeito disso, pode-se notar que o maior ou menor custo dos direitos parece estar intimamente ligado à sua natureza. Nesse sentido, embora todos os direitos, quaisquer que sejam, tenham um custo, os direitos sociais prestacionais, na condição de vocacionados à destinação, distribuição, redistribuição ou criação de bens materiais, comportam uma dimensão econômica mais relevante¹¹. Resta claro, assim, que os direitos positivos, por envolverem uma participação mais ativa do Estado, implicam normalmente maior dispêndio e desfalque financeiro que os direitos negativos.

Contudo, não há como negar que todo direito fundamental, independentemente de sua natureza predominante, gera um custo¹². Nesse contexto, interessantes as ponderações de Cidade¹³ sobre a problematização suscitada por Cass Sunstein e Stephen Holmes quanto aos encargos

8 CIDADE, op. cit., p. 140.

9 Ibidem, p. 136.

10 LEITE, op. cit., p. 73.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 285.

12 Ibidem, p. 285.

13 CIDADE, op. cit., p. 120.

assumidos pelo Estado ao longo do tempo: a própria existência do Estado e a manutenção do ordenamento e das garantias de não intervenção geram gastos que não podem ser olvidados, pois “[...] todo direito é concebido como um mínimo de caráter prestacional, incluindo-se os direitos ‘de liberdades’, ou de defesa, pois, também reclamam a realização de despesas públicas para seu exercício”¹⁴.

Nesse sentido, políticas públicas sempre envolverão gastos consideráveis, até porque hão de ter amplitude suficiente para abarcar situações de grande relevância. Assim, por expressa designação constitucional, caberá ao gestor público, em especial aquele dotado de mandato eletivo, decidir como se dará a aplicação dos recursos disponíveis, seja através da elaboração de leis que regulam o orçamento público, seja por meio de decisões políticas que pretendam atender a população da melhor forma possível (princípio da eficiência). Ocorre que, nalgumas vezes, quer por omissão, quer por equívocos na política pública deliberada, o Judiciário é chamado a intervir, o que tem gerado grandes discussões.

2 A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

Retomando o raciocínio, na senda do até aqui exposto, uma política pública bem planejada não escapa da devida alocação de recursos orçamentários. Nessa vereda, há que se atentar para a defesa da doutrina especializada no tocante ao princípio da programação. Cumpre ao orçamento público as macroalocações, isto é, a cobertura de atendimento geral, não individualizada. Nesse contexto, a ideia de programação como planejamento de ações gira em torno do nexos que deve existir entre os objetivos constitucionais e aqueles estipulados pelos governantes, sempre com a observância das prescrições constitucionais e legais¹⁵.

Contudo, incomum não é que determinadas políticas públicas, necessárias e imperiosas à dignidade humana, deixem de ser implementadas, ficando somente no plano das ideias, carecendo da ação concretizadora dos detentores do poder. Assim, para suprir essa omissão, aparece o Judiciário, com função integradora, a fim de garantir a execução daquilo que foi previsto, mas não executado no plano fático. Daí que, desfiando o

14 Ibidem, p. 120. Posicionando-se da mesma forma: A garantia e proteção de todos os direitos individuais, por óbvio, necessitam de recursos para que sejam efetivadas. Veja-se a atuação das polícias, do corpo de bombeiros e do próprio Poder Judiciário; a realização de eleições e todas as atividades administrativas de controle e fiscalização. Todos os direitos demandam custos para sua efetivação; os direitos de defesa, indiretamente; e os direitos sociais, diretamente (MÂNICA, op. cit., p. 8).

15 LEITE, op. cit., p. 72.

princípio acima mencionado, plasma-se no prosclênio atual a implementação de verdadeiros programas pela função judicante.

O campo é vasto para a discussão até mesmo porque as formas de intervenção, quando se trata de políticas públicas, são variáveis, podendo caracterizar-se ora apenas como efetivadoras de políticas públicas já criadas, ora como fontes criadoras de políticas públicas.

Apesar do panorama atual de divergência não só doutrinária, como jurisprudencial, existem aqueles que não admitem a intervenção judicial em decisões políticas, notadamente de políticas públicas, considerando que se trata de uma atividade discricionária do gestor público (legislador ou administrador); há, por outro lado, aqueles que a admitem, focando energias na questão dos limites de tal intervenção judicial.

Não obstante, a despeito de ambos os entendimentos, o fato é que as interferências têm ocorrido, em maior ou menor grau. É inegável ascensão do Poder Judiciário dentro da estrutura estatal. Há alguns anos que a função julgadora tem se apresentado como protagonista perante a sociedade, muito em virtude das omissões das demais funções que, diante de questões mais delicadas, acabam deixando de atuar, visando a autopreservação quase instintiva daqueles que lutam pelo voto popular periódico. Sobre o tema, informa a doutrina:

[...] o protagonismo dos tribunais nos tempos mais recentes, sem favorecer necessariamente agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, tal como elas se apresentam no campo político, parece assentar num entendimento mais amplo e mais profundo do controle da legalidade, que inclui, por vezes, a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundamentar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos. Por outro lado, ainda que a notoriedade pública ocorra em casos que constituem uma fração infinitesimal do trabalho judiciário é suficientemente recorrente para não parecer excepcional e para, pelo contrário, parecer corresponder a um novo padrão do intervencionismo judiciário¹⁶.

Esse novo paradigma que simboliza a atuação do Judiciário está ganhando espaço na vida jurídica e política da sociedade. Transforma

16 SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Publicação seriada do Centro de Estudos Sociais*, nº 65, novembro de 1995. Coimbra: Oficina do CES: 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2016. p. 2-3.

algumas definições e ultrapassa outras barreiras impostas pelo próprio ordenamento jurídico, no intuito de superar limites em prol de direitos fundamentais, que, a despeito de terem sido previstos pelo ordenamento inclusive pela Constituição Federal, não têm alcançado a eficácia social que deles se espera.

Seus obstáculos, aparentemente intransponíveis, devem ser trazidos, discutidos e não de ser formuladas propostas, a fim de superá-los a curto ou médio prazo, com continuidade, como aqueles que o código econômico do “ter ou não ter” invade o código social ou pessoal do “ser ou não ser”. Quem se propõe a essa tarefa – em especial juristas, formadores de opinião –, não pode deixar de lado a busca de alternativas para que esses direitos venham à tona, com o escopo de relacioná-los e indicá-los para serem implementados pela autoridade ou pela sociedade, é dizer, por quem possa ou tenha o dever de efetivá-los com a conjugação de esforços de técnicos de áreas diversas de conhecimento.

O código econômico do “ter ou não ter” influencia o pessoal do “ser ou não ser”, da mesma forma que numa economia doméstica, com pouco dinheiro, o responsável da casa deve valer-se de sua inteligência e *expertise* para manutenção do lar, mesmo que nas condições mínimas para a subsistência da família. Da mesma forma, como ensina Bucci¹⁷, no plano social a vida democrática depende do custeio não só da infraestrutura, mas também de tudo o quanto for relacionado com as “tarefas civilizatórias” e da otimização da atividade produtiva.

Mesmo assim, o panorama atual é de rediscussão do papel do Poder Judiciário no Brasil, principalmente em relação à vida política do Estado. É o que se depreende da leitura do trecho a seguir exposto:

O plano da justificação política lida, substancialmente, com a questão da separação de poderes e da legitimação democrática das decisões judiciais, é no seu âmbito que se procuram resolver as tensões que muitas vezes se desenvolve, entre o processo político majoritário – feito de eleições, debate público, Congresso, Chefes do Executivo – e a interpretação constitucional. Essa tensão se instaura tanto quando o Judiciário invalida atos dos outros dois Poderes – e.g., na declaração de inconstitucionalidade – como quando atua na ausência de manifestação expressa do legislador, por via da construção jurídica, da mutação

17 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 26.

constitucional ou da integração das omissões constitucionais. É nesse ambiente que se colocam discussões como ativismo judicial e autocontenção, supremacia judicial, supremacia legislativa e populismo constitucional, dificuldade contramajoritária e soberania popular¹⁸.

Na linha dessa discussão, surge a ideia de judicialização da política, que, na perspectiva de Loewenstein (1986), citado por Machado¹⁹, seria aquela decisão arbitral sobre uma lide, presente em algumas ordens jurídicas, com base no exercício de funções atribuídas, originariamente, ao Legislativo e Executivo.

Diante da temática, Machado²⁰ apresenta a ideia de Garapon (2001), segundo o qual juízes - por conta da ineficácia da função legislativa e do Governo; e enquanto guardiões das promessas democráticas - devem promover a eficácia das normas constitucionais. Após, cita Cappelletti (1999), que justifica uma maior intervenção do Judiciário em razão do descrédito da população frente aos outros Poderes e porque os valores e prioridades dos políticos que integram as instituições políticas por excelência são locais, corporativos ou em grupo.

No entanto, Machado²¹ discorda dos autores que citou, pois acredita que faltaria ao tribunal duas condições essenciais para ser tido como executor das promessas democráticas: condições materiais para a sua realização e total falta de responsabilidade política. Considera, assim, perigoso o entendimento que permite a ampla intervenção judicial nas políticas públicas com objetivo de substituí-las.

Destarte, referido autor defende que o Judiciário possa controlar os outros Poderes, de acordo com os preceitos constitucionais e seus limites, porém não pode suprimir ou usurpar suas funções, realizando decisões de forma política, tampouco suprimindo a opção daqueles constitucionalmente competentes para tanto, detentores da legitimidade democrática atribuída através do voto popular. Há limites, pois, para a atuação do Judiciário nesse campo²².

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 306.

19 MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letra Jurídicas, 2011. p. 126.

20 *Ibidem*, p. 124-125.

21 *Ibidem*, p. 125.

22 *Ibidem*, p. 128-131.

De molde, para melhor compreensão do assunto, vem bem a calhar a ideia de Estado Constitucional em oposição ao tradicional Estado de Direito do século XIX, propalada por Zagrebelsky²³. O Estado Constitucional vem como resposta para alterações políticas e sociais. Não apenas a lei, mas também toda a atividade governamental passa a submeter-se a uma relação de adequação e de subordinação com a Constituição. Se antes no Estado de Direito estava-se nos quadrantes de um direito homogêneo - de código, codificado, como Código Napoleônico -, agora no Estado Constitucional toda essa legislação homogênea passa a se submeter a uma constituição aberta com vários fatores e valores, muitas vezes contraditórios entre si.

Destarte, como bem averbou Alexy²⁴, a questão não é *se*, mas quais os *limites* da atuação do Judiciário:

O ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências. O simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação quando constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas alto que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição. Isso significa que não está em discussão *se* o tribunal constitucional tem competências de controle no âmbito da legislação, mas apenas qual é a sua *extensão*.

Valle²⁵, por seu turno, reconhece que o cenário brasileiro está propício para uma atuação do Poder Judiciário que supere tradicionais esquemas de separação dos poderes. Para o autor, o modelo de Estado vigente é insuficiente em vários aspectos, quer na produção, quer na aplicação da

23 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995, passim.

24 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 546.

25 VALLE, Vanice Regina Lírío do (org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 25.

norma jurídica, quer na garantia de interação social, de modo que incumbiu ao Judiciário, na condição de destinatário das demandas individuais, coletivas e institucionais, a busca de novas alternativas.

Até mesmo a alteração dos fins buscados pelo Estado traz alterações na forma de atuar do Judiciário. De fato, um modelo de atuação muito mais solidário, garantidor de direitos, dá ensejo a que omissões e descaso dos outros Poderes tornem-se bem mais aparentes, culminando com maior ingerência do Judiciário em questões políticas. Um rol amplo de direitos e garantias fundamentais, associado à atribuição da jurisdição constitucional e a um corpo de julgadores amparados por garantias institucionais, dá substrato suficiente a uma judicialização mais intensa da política e da vida, o que dá margem à atuação proativa do Judiciário²⁶.

Não há dúvida que o magistrado deve estar atento ao impacto sócio econômico de suas decisões, porquanto deve o juiz, racionalmente em seu *decisum*, ponderar segundo a clássica lógica de raciocínio, a reconhecer que os recursos são limitados/escassos e as necessidades humanas são ilimitadas.

Os recursos orçamentários e financeiros são limites à execução dos direitos sociais?

A ausência de numerários ou previsão orçamentária até podem ser limitadores, mas não podemos aceitá-los como limites absolutos. Os limites, no mais das vezes são relativos, a ser tratado em outro ensaio.

Utopia seria encarar a falta de recursos e previsão orçamentária para aquele que necessita comer, ser remediado ou ter condições mínimas de sanidade e aparelhamento social.

Em síntese, o panorama da evolução acerca da intervenção judicial passou do entendimento inicial no sentido de que, programáticas que são as normas constitucionais de direito social, não era dado ao Judiciário intervir; tal posicionamento era reforçado pelos princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Após, num movimento em busca da efetivação da Constituição, veio a segunda fase, em que se perseguiu a concretização radical desses direitos constitucionais, de modo que passaram eles a ter absoluta prevalência, não podendo o Estado deixar de concretizá-los. No entanto, por uma questão orçamentária, ou seja, porque os recursos são escassos e as necessidades são ilimitadas, passou-se

26 VALLE, op. cit., p. 26.

a ter um grande problema prático de orçamento: faltava dinheiro para que fosse possível que o Estado cumprisse com todas as suas obrigações, de tal arte que sensível relevância prática passou a ter a discussão acerca do *princípio da reserva do possível*. Cumpre, assim, investigá-lo mais de perto.

3 A RESERVA DO POSSÍVEL

Por todos conhecida, a reserva do possível nasceu de um julgamento conhecido como *numerus clausus* levado a efeito no Tribunal Constitucional da Alemanha. Lazari²⁷ nos guia no esclarecimento dessa origem:

A reserva do possível (“*Der Vorbehalt des Möglichen*”) foi apresentada ao mundo pela primeira vez aos 18 de julho de 1972, via controle concreto de constitucionalidade, no BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*), oriundo do Tribunal Constitucional Federal alemão, em resolução a dois problemas apresentados pelos tribunais administrativos de *Hamburg* e da *Baviera*, cujos objetos eram a admissão para medicina humana nas universidades de *Hamburg* e da *Baviera*, nos anos de 1969 e 1970 (grifo do autor).

A bem da verdade, o princípio da reserva do possível foi interpretado não como limitação orçamentária à concretização de prestações em sentido estrito, mas ao princípio da razoabilidade no pleito de direitos. A própria Corte Constitucional Federal da Alemanha, narra Sarlet²⁸, corroborou a posição segundo a qual não há direito de se exigir o irrazoável, de modo que, mesmo não havendo entraves financeiros, não é o Estado obrigado a atender demandas pessoais despidas de razoabilidade.

Nessa trilha, o indivíduo fará jus a prestações desamparadas de razoabilidade. Com a limitação de recursos, não se pode esperar que seja atendida certa pretensão que se consubstancie não em direito, mas em verdadeiro *privilégio*. “Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento”²⁹.

27 LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 73.

28 SARLET, op. cit., p. 287.

29 *Ibidem*, p. 287.

Mânica³⁰, comentando o referido julgado da Corte Constitucional Federal da Alemanha, destacou o entendimento do referido tribunal, o qual entendeu que o pleito de aumento de vagas na universidade deveria submeter-se ao que se pode esperar razoavelmente da sociedade, cedendo em prol da reserva do possível.

Ocorre que, ao importar essa teoria para o Brasil, o princípio da reserva do possível ganhou nova conotação, sendo considerado, na verdade, como princípio “da reserva do financeiramente possível”, situando-se, portanto, nas dobras de um “estudo da viabilidade da realização do direito frente à *disponibilidade orçamentária*, um dado da realidade, um elemento do mundo dos fatos, que pode reduzir ou até eliminar o acesso a um dado direito fundamental social” (grifo do autor)³¹.

A propósito, Cidade³² foi ao cerne da questão: o acolhimento ou não da reserva do possível pode causar severo impacto orçamentário. São, pois, pontos indissociáveis na análise dos casos submetidos ao Judiciário.

É claro que, em tema de direitos a prestações materiais, o problema do custo assume grande relevância em termos de eficácia jurídica e efetivação perante a sociedade. No entanto, a doutrina vem tentando quebrar esse paradigma de estrita vinculação da reserva do possível a questões exclusivamente orçamentárias, conforme se observa:

[...] há que se sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam

30 MÂNICA, op. cit., p. 11.

31 PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; STRESSER, Dirceu. COSTA, Ilton Garcia da. Da bioética ao biodireito: a judicialização de políticas públicas de saúde. In: SIQUEIRA, Antônio Benedito de (Coord.). *Contemporaneidades*. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 26.

32 CIDADE, op. cit., p. 135.

vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um enquadramento sistemático e constitucional adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramenta para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional³³.

Ainda, evidenciando a busca por essa nova concepção de reserva do possível, Sarlet³⁴ expõe que esta pode, à evidência, ser vista sob o prisma da limitação jurídica e fática de direitos, mas não somente nessa perspectiva. Para o autor, a reserva do possível, tomada em toda sua complexidade, pode informar decisões em caso de conflito entre direitos fundamentais, notadamente quando, observada a garantia do mínimo existencial, não houver recursos para salvaguardar todos os direitos em conflito, cumprindo a proporcionalidade papel importantíssimo na decisão de qual direito logrará primazia na situação concreta.

É de se notar que não só a doutrina tem buscado a modificação dos paradigmas, podendo-se observar certa evolução também na jurisprudência. Isso porque, segundo o Supremo Tribunal Federal, a alegação da reserva do possível no processo como causa de escusa para que o direito seja implementado - e ainda que esta seja entendida como reserva do financeiramente possível -, deve ser comprovada nos autos, ou seja, deve o Estado comprovar a ausência de recursos (exaustão orçamentária). Nesse sentido:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade³⁵.

Dito isso, segundo Mânica³⁶, a teoria da reserva do possível deveria ser considerada como aplicação do princípio da razoabilidade na demanda pelo direito fundamental junto ao Judiciário, o que implicaria o retorno

33 SARLET, op. cit., p. 288.

34 Ibidem, p. 288.

35 STF, ADPF 45 – DF. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004, publicado em 04/05/2004.

36 MÂNICA, op. cit., p. 13.

à significação originária da teoria da reserva do possível na Alemanha. O efeito prático disso é que os casos seriam decididos pelo Judiciário a partir da ponderação de bens, que tem base no princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Nesses casos, então, a situação seria definida pela ponderação entre o impacto econômico da concretização desse direito, de um lado; e, de outro, a busca pela implementação do direito fundamental, sendo que nenhum dos dois seria absoluto. Segundo Mânica³⁷, a aplicação de toda a complexidade da reserva do possível é incompatível com a admissão da existência de direitos absolutos, isso valendo tanto para a inexistência de direitos fundamentais absolutos, como também para a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da discricionariedade do gestor público.

Ao final, observa-se perceptível uma transição do significado da “reserva do financeiramente possível” para um posicionamento voltado para a técnica de ponderação lastreada na proporcionalidade e razoabilidade. Outrossim, é de se atentar para o que parece ser um passo adiante na teoria da reserva do possível em âmbito nacional, nos termos do julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718. É o que se verá a seguir.

4 ANÁLISE DE CASO: A EVOLUÇÃO DOS PARADIGMAS ACERCA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Antes da análise do respectivo julgamento conjunto de ambos os recursos supramencionados, é preciso ressaltar alguns pontos. De largada, não se pode olvidar que, quando se fala em direitos a prestações e reserva do possível, é quase inevitável pensar-se no direito à saúde. Tal direito, com dimensão amplamente prestacional, tem sido objeto de intenso debate na doutrina e na jurisprudência há muito tempo, não só pela importância – havendo íntima ligação entre sua garantia e a concretização do direito à vida –, mas pela indefinição dos seus limites, ensejando rotineiro confronto com preceito da reserva do possível.

Como lembra Sarlet³⁸, o poder público argumenta habitualmente, “além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada”, acerca da “ausência de recursos e da incompetência

³⁷ MÂNICA, op. cit., p. 15.

³⁸ SARLET, op. cit., p. 328.

dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos”.

A fim de combater tal argumentação, o referido autor traça uma relação entre os direitos à saúde, à vida e à vedação da pena de morte. Muitas vezes, negar o direito à saúde – em sua visão – implicaria admitir a pena de morte a alguém cujo crime seria tão-somente não deter condições financeiras para arcar com o custo dos recursos necessários para o atendimento que lhe garanta o direito à vida³⁹. O exagero na comparação, reconhecido pelo próprio Sarlet, justifica-se para chamar a atenção para a importância intrínseca da proteção da vida humana como exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que se pretenda justo.

A jurisprudência acerca do direito à saúde há muito vem enfrentando casos difíceis. Mencione-se, por oportuno, os posicionamentos adotados em paradigmáticos julgamentos, como do STA 175 CE⁴⁰, que consagrou o entendimento de responsabilidade solidária entre os entes da federação e a necessidade de comprovação pelo poder público da desproporcional afetação do SUS pela concessão da medida, dentre outros pontos.

De qualquer forma, não obstante isso, parece haver a gênese de uma nova jurisprudência em formação. Conforme noticiado pelo *site* do Supremo Tribunal Federal⁴¹, há julgamento conjunto envolvendo os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, que “tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa)”⁴².

39 SARLET, op. cit., p. 328-329.

40 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Suspensão de tutela antecipada (STA) 175 – CE. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010, publicado em DJE 30/04/2010 - ATA Nº 12/2010. DJE nº 76. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

41 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Notícias STF, quarta-feira, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01 nov. 2016, s.p.

42 Sobre o tema: Desta feita, apenas para contextualização mais precisa, o RE 566471, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, tem como objeto e fundamento a recusa de fornecimento de medicamento que, além de ser alto custo, não existe previsão no programa estatal (ou seja, não se encontra contemplado pela política pública de saúde – ausência registro na Anvisa). Já o RE 657718, embora com o mesmo objeto, foi interposto pela autora, pois vencida em sua pretensão junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, qual acolheu a legitimidade da recusa pelos apontamentos acima (CIDADE, op. cit. p. 159).

A propósito, o relator, Ministro Marco Aurélio, já tinha se manifestado em sessão realizada no dia 15 de setembro, no sentido de obrigar o Estado a fornecer medicamento mesmo de alto custo quando, registrado na agência reguladora, estiver comprovada sua imprescindibilidade e a incapacidade financeira para aquisição por parte do paciente e de sua família⁴³.

Na retomada do julgamento, o referido ministro manteve seu posicionamento inicial. Contudo, reformulou a tese inicial apresentada, ao manifestar-se:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso⁴⁴.

Como se pode notar, o referido Ministro ressaltou o caráter excepcional de medida que, de certa forma, invade a esfera de competência das outras funções estatais. No caso concreto, que versara sobre possível condenação do Poder Público em fornecer medicamentos de alto custo, arrolaram-se alguns requisitos em vista de postulados da proporcionalidade e razoabilidade mais concretos, por meio de critérios mais objetivos.

Malgrado a importância da manifestação do Ministro Marco Aurélio, passível de detida e reflexiva análise; as lições trazidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso ganham destaque frente aos fins desse trabalho. Vejamo-las detidamente a partir de agora.

Inicialmente, o Ministro Barroso chamou a atenção à chamada judicialização da matéria, pugnando pela necessidade de desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil, uma vez que “o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde”, que só deve interferir em situações extremas⁴⁵.

43 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., s.p.

44 Ibidem, s.p.

45 Ibidem, s.p.

O Ministro também diferencia duas situações: por um lado, lembra da relação nacional de medicamentos (RENAME), bem como de órgão técnico a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (Conitec). Este último criado pela Lei 12.401/2011 com a atribuição estudar, valendo-se de critérios técnicos de custo-benefício, quais medicamentos podem vir a integrar a lista RENAME, incorporando-se assim ao sistema.

Diante disso, existem demandas judiciais que almejam os medicamentos da referida lista, incorporados pelo SUS, não havendo dúvida quanto à obrigação do Estado em fornecê-los, cabendo ao Judiciário a efetivação das políticas públicas já formuladas no âmbito do SUS. Em tais casos, deve-se averiguar, apenas, acerca da necessidade do medicamento e a prévia tentativa da sua obtenção na via administrativa⁴⁶.

No entanto, existem hipóteses em que os medicamentos, por vezes de alto custo, não estão inclusos nesta lista e são exigidos judicialmente pela população. O primeiro alerta que o Ministro Luís Roberto Barroso faz consiste na afirmação de que “[n]ão há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas”⁴⁷.

De grande importância as colocações do Ministro, principalmente ao propor cinco requisitos a serem observados pelo Judiciário, de forma cumulativa, para o deferimento de determinada prestação relativa à saúde:

[...] incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo⁴⁸.

Sobre tais requisitos, cabem alguns comentários. Por primeiro, no que é pertinente à “incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente”, importa atentar para o fato de que medicamento de alto

46 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, op. cit., s.p.

47 Ibidem, s.p.

48 Ibidem, s.p.

custo não implica por si só incapacidade financeira. Ou melhor, a existência de um não implica a do outro. Isso porque, ainda que o medicamento ou tratamento seja de valor exorbitante, nada impede que o paciente tenha capacidade financeira para arcar com os custos. Assim, um indivíduo com situação financeiramente vantajada não se apresenta como incapaz simplesmente pelo alto valor dos medicamentos, ou pela justificativa de que, ao arcar com as despesas, seu padrão de vida seria abalado. Lembrando com Cidade⁴⁹: os custos das concessões judiciais recaem sobre a sociedade de modo que tal ônus deve estar legitimado pelo interesse público e social da pretensão atendida.

Isso parece evidente, uma vez que o fornecimento de tais remédios e tratamentos causam problemas de difícil solução justamente pelo grande dispêndio de recursos públicos em prol de um ou alguns indivíduos em detrimento da maior parcela da população, eventualmente atingida pelo desfalque financeiro causado pelo fornecimento de medicamento caro.

O segundo requisito exige a “demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes”. Tal medida pretende evitar que o Judiciário decida em sentido contrário a órgão técnico com capacidade específica para decidir sobre a inclusão ou não de determinado medicamento na lista de concessão. Assim, por hipótese, se o Conitec já avaliou e denegou a incorporação de determinado remédio no sistema, não caberia em princípio ao Judiciário fazê-lo, sob pena de invadir esfera de competência especializada para tal medida. Todavia, com arrimo na doutrina de Cidade, deve ser averbado: “[...] a discricionariedade administrativa é modulada pelos institutos fundamentais que, embasados na força normativa da constituição, possibilita uma abertura da discussão dentro do controle de legalidade e/ou legitimidade”⁵⁰.

Destarte, à vista do caso concreto a ser analisado, mediante a fundamentação técnica e suficientemente robusta, nada impede que o Judiciário reveja a negativa, anotando-se que a discricionariedade administrativa também se submete ao escrutínio judicial, quer sob o prisma da razoabilidade/proporcionalidade do ato praticado, quer na perspectiva da omissão evidenciada no atendimento dos preceitos de proteção constitucional dos direitos fundamentais⁵¹.

49 CIDADE, op. cit., p. 121.

50 CIDADE, op. cit., p. 115.

51 Ibidem, p. 116.

O terceiro requisito trazido pelo Ministro Barroso diz respeito à “inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS”. Com isso, será necessário avaliar se não existem outras alternativas, incorporadas nas listas de medicamentos e tratamentos ofertados pelo SUS, que atendam satisfatoriamente à condição do paciente. É vital que assim o seja, dado que descabida a intervenção do Judiciário para conceder medicamento que não está entre aqueles incorporados no sistema do SUS existindo outros medicamentos que igualmente o sejam. A decisão seria desarrazoada. Tal requisito evidencia critério de *necessidade* da medida, que não pode ser ignorado ou dispensado, uma vez que garante ao Judiciário que suas intervenções em outras esferas de Poder se deem em situações de *ultima ratio*, evitando riscos desnecessários na estabilidade democrática e na separação dos poderes estatais.

Atente-se, contudo, que essa alternativa terapêutica deve equivaler à medida pleiteada, no sentido de possibilitar, no mínimo, resultados semelhantes a esta. Seria desrespeito a qualquer imperativo de justiça, à proporcionalidade, ao direito à saúde e até mesmo à boa-fé e à dignidade da pessoa humana reconhecer como equivalentes medicamento paliativo e aquele possibilita a cura. Assim, deve-se garantir um mínimo de equivalência e compatibilidade a cada caso, considerando-se todos os seus efeitos – tempo de tratamento, probabilidade de êxito, efeitos colaterais –, a fim de que a prestação se torne justa, eficaz e digna. À evidência, no caso concreto, apenas um profissional especializado poderia esclarecer o ponto ao Juízo, de modo que é de rigor a produção de prova pericial.

O quarto elemento exige “comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências”. Tal requisito demonstra certa complexidade e carece de análise mais atenta. Como destacam Bianchi, Cachichi e Silva⁵², “A Medicina Baseada em Evidências constitui área do saber médica que se fundamenta no tripé da melhor evidência científica [1], na experiência clínica individual [2] e em valores do paciente [3]”. Ainda, pode-se defini-la como o “processo de sistematicamente descobrir, avaliar e usar achados de investigações como base para decisões clínicas” (Evidence Based Medicine Working Group, 1992)⁵³. Em síntese, cuida-se de concepção

52 BIANCHI, Luiz Henrique Néia Giavina; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SILVA Diego Nassif da. Direito à saúde baseada em evidências: ‘o rei das fraudes’ de John Grisham e a fosfoetanolamina. In: *Direito, sociedade, arte & literatura*: Estado, responsabilidade, inclusão e exclusão social. COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Org). Curitiba: Instituto Memória, 2016. p. 180.

53 CASTIEL, Luis David; PÓVOA, Eduardo Conte. Medicina baseada em evidências: “novo paradigma assistencial e pedagógico”? *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v6, n.11. Agosto de 2012. p. 117-121. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/icse/v6n11/08.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016. p. 117.

sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento com lastro em elementos científicos extraídos da “união da melhor ciência disponível com a melhor prática clínica possível”⁵⁴.

É de se notar, também, segundo Drummond e Silva (1998), citados por Castiel e Póvoa⁵⁵, que a mencionada *evidência* pode ser classificada em cinco níveis diferentes, que vai desde o nível mais alto – “Evidência forte de, pelo menos, uma revisão sistemática (metanálise) de múltiplos estudos randomizados controlados bem delineados” –, ao mais baixo – “Opiniões de autoridades respeitadas, baseadas em evidência clínica, estudos descritivos e relatórios de comitês de expertos ou consensos” –, todos evidenciando um certo grau de maturação do estudo, algo que iria além, por exemplo, dos meros indícios.

A noção de evidência diz respeito a medicamentos que surtiram efeitos em uma quantidade considerável de pessoas portadoras das condições clínicas para as quais o referido medicamento foi concebido, exigindo-se, para tal comprovação, elementos observáveis concretos do seu funcionamento, através de processos sistemáticos aptos a transparecerem essas expectativas terapêuticas.

Note-se, de saída, que a exigência de evidências científicas da eficácia do medicamento, não implica certeza que o medicamento irá funcionar como se espera, pois é de conhecimento geral que as interações medicamentosas são variáveis de acordo com cada organismo. Há de haver, isto sim, um juízo de comprovação científica de que aquele medicamento *normalmente* traz os efeitos desejados para aquele tipo de situação específica e que, *provavelmente*, trará os efeitos que o paciente necessita.

E mais. No Brasil faz-se imperiosa menção à Anvisa, autarquia responsável pelo controle dos medicamentos em circulação e uso no país. Por meio da Gerência-Geral de Medicamento (GGMED, passando-se especialmente pelo crivo da GEPEC – Gerência de Medicamentos Novos, Pesquisa e Ensaio Clínicos), realiza-se o registro de medicamento novo:

A avaliação de um dossiê de registro costuma ser dividida em três partes: análise farmacotécnica, análise de eficácia, e análise de segurança. A análise farmacotécnica inclui a verificação de todas as etapas da fabricação do medicamento desde aquisição dos materiais,

54 BIANCHI; CACHICHI; SILVA, op. cit., p. 181.

55 CASTIEL; PÓVOA, op. cit., p. 117.

produção, controle de qualidade, liberação, estocagem, expedição de produtos terminados e os controles relacionados. Essa análise é feita por técnicos da própria Anvisa, em geral farmacêuticos, sendo rara a solicitação de pareceres a consultores ad hoc. O mesmo não ocorre quanto às avaliações de eficácia e segurança, feitas por meio da análise de estudos pré-clínicos (ou não-clínicos) e clínicos, estes subdivididos em fases I, II, III e, eventualmente, IV, nos casos de medicamentos já registrados em outros países para os quais dados de farmacovigilância pós-mercado já são disponíveis⁵⁶.

Assim, para que um remédio seja comercializado no Brasil, é preciso que passe por todo esse procedimento, sob o crivo da Anvisa, que deve, em última instância, autorizar sua circulação no país. Da mesma forma, e analisando-se o procedimento, é possível notar como ele se coaduna com o requisito mencionado pelo Ministro Barroso, pois todos os testes realizados buscam justamente comprovar a eficácia do medicamento em todos os seus aspectos, inclusive de segurança, tudo através de procedimentos técnicos altamente especializados.

Questão delicada versa sobre o problema de medicamentos e tratamentos experimentais. As considerações acima expostas implicam exclusão do atendimento via judicial de medicamentos ou tratamento experimentais, porquanto, em relação a eles, não há falar em evidências científicas de eficácia. Nesse sentido, com acerto, Lazari⁵⁷ exclui do campo da proteção nuclear do direito à saúde a medicina experimental. O progresso científico dotou os grandes laboratórios e a poderosa indústria farmacêutica com inúmeras novidades e tratamentos experimentais de toda a sorte, muitas vezes a custo altíssimo. Obrigar o Estado a arcar com “a loteria da cura” reduzi-lo-ia à condição de mero agente financiador da iniciativa privada nesse específico campo.

Por fim, o último requisito diz respeito à “propositura da demanda necessária em face da União”. Com essa previsão, a discussão que por muito tempo se prolongou e que, por vezes, obstou à população o sucesso de suas empreitadas em busca de medicamento, agora parece se aclarar e seguir rumo certo, viabilizando provimentos judiciais mais ágeis. De fato, não era incomum que nas demandas a discussão sobre a competência para a concessão dos medicamentos e tratamento, percutindo na legitimidade

56 ANVISA. *Registro de Medicamentos*: Como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 21 out. 2016, s.p.

57 LAZARI, op. cit., p. 131.

passiva para a ação e, eventualmente, na competência do órgão judicial. Cumpre lembrar que, em 2010, o STA 175, como já mencionado, trouxe a ideia de solidariedade entre os entes da federação no dever de prestação. O assunto não está pacificado completamente, sobretudo quanto se trata de medicamento de alto custo. Acatada a orientação do Ministro Barroso no STF, contará o julgador com bons parâmetros para guiá-lo no percurso argumentativo da decisão.

De qualquer forma, força convir que a observância do precedente pela administração poderá bem orientar decisões sobre alocação de recursos da saúde, reduzindo a quantidade de ações judiciais propostas.

5 CONCLUSÃO

Vencido - ainda que ao resvala da pena - o exame dos cinco requisitos, vale dizer, à guisa de desfecho da temática, que o confronto entre direitos fundamentais e reserva do possível sempre se mostrou árduo e de difícil resolução. O gestor público tem-se valido desse último como argumento, reforçado pelo princípio da separação dos poderes, para o não fornecimento dos medicamentos e tratamentos principalmente de alto custo.

Por outro lado, argumentos não faltam para a proteção dos direitos fundamentais, que há muito vêm sendo violados, fruto da omissão e da falta de compromisso das funções legislativa e, principalmente, executiva, na ampla efetivação dos direitos mínimos à preservação da dignidade da pessoa humana.

As soluções apresentadas nos inúmeros estudos e pesquisas científicas sempre caminhavam em direção aos argumentos da ponderação e harmonização entre princípios, através da proporcionalidade em sentido amplo e da razoabilidade, diante de cada caso concreto. E tal solução, de forma alguma, carece de razão e justificativa, mostrando-se plenamente plausível.

Entretanto, são conceitos amplos e indeterminados, que carecem da concretização do intérprete julgador na hipótese dos autos. Por mais que pretenda imparcial diante da situação avaliada, o juiz poderá incidir em certa dose de subjetividade em seu julgamento.

O modelo apresentado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no referido julgamento, manifestando-se acerca da necessidade de atender a cinco requisitos para que se possa conceder determinado medicamento ou tratamento, é capaz de atribuir boa margem de justificação ao processo e à decisão, tornando-a não somente mais segura, do ponto de vista da

solidez argumentativa, como também mais próxima da justiça, diante de casos de difícil solução, em que direitos de inestimável valor e importância sejam respeitados na maior medida possível.

Nessa senda, não se pode deslembrar o fundamento substantivo que o Alexy⁵⁸ já utilizou como critério para considerar especialmente importantes os direitos fundamentais: o princípio da dignidade humana. A admissão desse critério - para justificar substancialmente proposições “direitos fundamentais são importantes” e “precisam de uma proteção especial para além da majoritária” - percute diretamente na questão da dignidade humana notadamente no que toca ao mínimo existencial.

O entendimento de Ricardo Lobo Torres⁵⁹ é avalizado por este trabalho, já que “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais”. Lazari⁶⁰, a seu turno, compreende o papel transcendental da dignidade humana como principal valor ético e jurídico do ordenamento interno e internacional, sem o qual a própria noção de personalidade estaria prejudicada.

Cuida-se, portanto, de um fundamento ético para direitos humanos especialmente na assim chamada *dimensão ideal do direito*⁶¹. O mínimo existencial é, pois, aquilo que há de mais nuclear em relação a dignidade humana. É como que um núcleo duro de dignidade humana, que, no campo da saúde, significa atendimento sobretudo na saúde preventiva, saúde restauradora e saúde no pós-restabelecimento⁶². Alexy⁶³ afirmará que a dignidade humana, entendida como princípio, implica dizer que o direito das pessoas deve ser levado a sério na maior medida possível. E essa possibilidade é a janela para a abertura da proporcionalidade aplicação e concretização dos direitos fundamentais.

58 ALEXY, Robert. Direitos fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 169.

59 TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 129.

60 LAZARI, op. cit., p. 38.

61 ALEXY, 2015, p. 168.

62 LAZARI, op. cit., p. 133.

63 ALEXY, 2015, p. 172.

Essa proporcionalidade estabelece-se em subprincípios dentre eles: subprincípio da adequação, subprincípio da necessidade e subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros, adequação e necessidade, submetem-se - ou melhor, dizem respeito - a possibilidades *fáticas*, ou seja, eles estão dentro do campo da realidade. A adequação e a necessidade são subprincípios delimitam o possível fático, aquilo que é possível de modo digamos assim financeiro ou físico etc, bem ligado ao mundo dos fenômenos.

Já a proporcionalidade em sentido estrito está ligada a possibilidades *jurídicas*, porque exatamente conforme a medida do possível segundo colidência com outros direitos. É nesse contexto, ou seja, dentro do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito que Alexy tratará da ponderação entre princípios. E nesse caso ele também traz a lei da ponderação consoante a qual qualquer restrição ou limitação a um direito fundamental deve ser equivalente ao peso do princípio colidente: “Quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em satisfazer o conteúdo do outro princípio com ele colidente”⁶⁴.

Assim, a ponderação não desaparece, pois a razoabilidade e a proporcionalidade devem informar toda decisão judicial sob pena de perpetrar inúmeras injustiças. A bem da verdade, como verberou Cidade⁶⁵, a propósito dos posicionamentos dos Ministros Marco Aurélio e Barroso, por si sós, já denotam a razoabilidade e a proporcionalidade como instrumento de deliberação judicial acerca da justiça da pretensão de fornecimento de medicamentos de alto custo, tudo conforme a hipótese vivenciada pelas partes e no contexto de uma teoria da argumentação.

Em suma, depois da avaliação criteriosa e razoável do julgador, presentes os requisitos acima pormenorizados, haverá boas razões para o Judiciário afastar a reserva do possível em casos de fornecimento de medicamento ou tratamento mesmo de alto custo como forma de concretização do direito à saúde nas dobras do mínimo existencial, bem como arrostar desde logo argumentos sobre possível intervenção ilegítima do Judiciário em políticas públicas de saúde, malferindo princípios da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa.

64 ALEXY, 2015, p. 173.

65 CIDADE, op. cit., p. 162.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais Sociais e Proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Dignidade humana, direitos sociais e não positivismo inclusivo*. Florianópolis: Qualis, 2015.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANVISA. *Registro de medicamentos: como a Anvisa avalia o registro de medicamentos novos no Brasil*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/medicamentos/registro/registro_novos.htm>. Acesso em: 21 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BIANCHI, Luiz Henrique Néia Giavina; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SILVA Diego Nassif da. Direito à saúde baseada em evidências: ‘o rei das fraudes’ de John Grisham e a fosfoetanolamina. In: *Direito, sociedade, arte & literatura: Estado, responsabilidade, inclusão e exclusão social*. COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

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

CASTIEL, Luis David; PÓVOA, Eduardo Conte. Medicina baseada em evidências: “novo paradigma assistencial e pedagógico”? *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, v6, n.11. Agosto de 2012, p. 117-121. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/icse/v6n11/08.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2016.

CIDADE, Roberto Berttoni. *Reserva do Possível: limite máximo do status positivo da atual concretização dos direitos fundamentais sociais brasileiros*. Marília: Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, 2016. 180 p. (Mestrado em Direito).

CORREIA, Luiz Cláudio. *Medicina baseada em evidências*. Disponível em: <<http://medicinabaseadaemevidencias.com>>. Acesso em: 21 out. 2016.

FRASER, Nancy. A justiça social na globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra: 2002, CES. p. 07-20.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. *Direitos sociais: cidadania, política e justiça*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

LAZARI, Rafael José Nadim de. *Reserva do Possível e Mínimo Existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de. *Tensão entre as políticas pública e direitos sociais*. Coimbra: Universidade de Coimbra. 113 p. (Pós-doutorado em direito).

LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador/BA: Juspodivm, 2015.

MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. São Paulo: Letra Jurídicas, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 25, fev./mar./abr. 2011. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; STRESSER, Dirceu. COSTA, Ilton Garcia da. Da bioética ao biodireito: a judicialização de políticas públicas de saúde. In: SIQUEIRA, Antônio Benedito de (Coord.). *Contemporaneidades*. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 7-31.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional dos direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. São Paulo: RT, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Publicação*

seriada do Centro de Estudos Sociais, n. 65, nov. 1995. Coimbra: Oficina do CES: 1995. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 45 – DF*. Relator(a): Ministro Celso de Mello. Julgado em 29/04/2004, publicado em 04/05/2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. *Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial*. Notícias STF, quarta-feira, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. *Suspensão de tutela antecipada (STA) 175 – CE*. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/03/2010, publicado em DJE 30/04/2010 - ATA Nº 12/2010. DJE nº 76. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.