

REVISTA DA
AGU

ANO XIII n° 42 - Brasília-DF, out./dez. 2014

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B2

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

Revista da da AGU	Brasília	n. 42	p. 1-380	out./dez. 2014
-------------------	----------	-------	----------	----------------

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA REVISTA DA AGU

André Luiz de Almeida Mendonça

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira
Capa: Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano XIII – Número 42 - Brasília-DF, out./dez. 2014
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

CONSELHO EDITORIAL

Juliana Sahione Mayrink Neiva - DF
André Luiz de Almeida Mendonça - DF
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - DF
Jefferson Carús Guedes - DF
Mariana Filchtiner Figueiredo - RS
Nicolás Rodríguez García - ESP
Otávio Luiz Rodrigues Junior - SP
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP
Regina Linden Ruaro - RS

Revisores

André Petzhold Dias - AM	Fernanda Menezes - DF
Adriana de Oliveira Rocha - MS	Filipo Bruno Silva Amorim - RN
Adriana Pereira Franco - DF	Flávio Roberto Batista - SP
Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Francisco Humberto Cunha Filho - CE
Aluisio de Sousa Martins - PI	Gregore Moreira de Moura - MG
André Lopes de Sousa - RO	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF
Andrea Dantas Echeverria - DF	Ivana Roberta Couto Reis de Souza - BA
Anésio Fernandes Lopes - MG	José Tadeu Neves Xavier - RS
Antônio de Moura Borges - DF	Judivan Juvenal Vieira - DF
Carlos José de Souza Guimarães - RJ	Karla Margarida Martins Santos - DF
Carolina Yumi - SP	Luís Carlos Martins Alves Jr. - SP
Cássio Andrade Cavalcante - SP	Luís Claudio Martins de Araujo - RJ
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Maria de Fátima Knaippe Dibe - DF
Cristina Campos Esteves - MG	Mariana Filchtiner Figueiredo
Dalton Santos Morais - ES	Natalia Camba Martins - SP
Daniela Ferreira Marques - DF	Nilma de Castro Abe - SP
Denise Lucena Cavalcante - CE	Omar Bradley Oliveira de Sousa - DF
Dimitri Brandi de Abreu - DF	Raphael Greco Bandeira - DF
Douglas Henrique Marin dos Santos - DF	Regina Linden Ruaro
Eliana Gonçalves Silveira - SP	Robson Renaut Godinho - RJ
Eliana Pires Rocha - DF	Rui Magalhães Piscitelli - DF
Elomar Lobato Bahia - DF	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão - SP
Eugênio Battesini - RS	Valério Rodrigues Dias - SP
Ewerton Marcus de Oliveira Gois - DF	Vânia Maria Bastos Faller - DF
Fabiano André de Souza Mendonça - RN	

Revisores Internacionais

Gustavo Calvino - ARG
Nicolás Rodríguez García - ESP
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP

SUMÁRIO

Editorial..... 7

AUTORES CONVIDADOS

Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira
Ingo Wolfgang Sarlet
Carlos Alberto Molinaro..... 9

ARTIGO INTERNACIONAL

Las Generaciones de Derechos Humanos
Antonio-Enrique Pérez Luño 39

ARTIGOS

Transconstitucionalismo ou Cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo
Transconstitutionalism or Cosmopolitanism: perspectives for a dialogical semantics in the contemporary constitutionalism
Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho 75

O Direito de Ação de Órgãos Federais em Conflito e sua Representação Judicial
The Right of Cause of Federal Agencies in Conflict and its Judicial Representation
Alisson da Cunha Almeida 105

Aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social: Lei Complementar nº 142/2013
Special retirement of the disabled person insured under the General Welfare of Social Security: Complementary Law nº 142/2013
Cirlene Luiza Zimmermann 121

A Mecânica dos Opínamentos Jurídicos e a Responsabilização de Procuradores por Atos de Improbidade Administrativa
Liability of Attorneys for Acts of Administrative Misconduct
Claudio Penedo Madureira 169

Jurisdição Constitucional Italiana: uma reflexão comparativa com o Sistema Jurídico Brasileiro
Italian Judicial Review: a comparative reflection with Brazilian Legal System
Gregore Moreira de Moura 201

O Regime Jurídico dos Bens Imóveis do INSS: exploração econômica e função social
Rules Applied for the Real State Property of INSS: economic exploitation and social function
Felipe Mêmolo Portela.....221

Elementos para o Devido Processo Legal nas Questões Sobre Incapacidade Laboral
Elements for Due Process in Legal Issues on Disability Employment
Leonardo Lima Nazareth Andrade257

O Antagonismo Político e o Poder Constituinte Originário: (re)visitando um conceito clássico do Direito Constitucional
The Political Antagonism and Original Constituent Power: (re)Visiting a Classic Concept of Constitutional Law
Luiz Elias Miranda dos Santos295

Cumprimento da Decisão Reparatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil
Brazil's Compliance with Reparatory Decision from the Inter-American Court of Human Rights
Rachel de Oliveira Lopes
José Augusto Fontoura Costa315

PARECER

PARECER Nº 08/2014/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU
Michell Laureano Torres339

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

Ação Popular (PET) n. 3388: a atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol
Filipo Bruno Silva Amorim351

Normas Editoriais 377



EDITORIAL

É com muito orgulho e satisfação que a Revista da Advocacia-Geral da União - AGU completa o seu 13º ano de existência, e fechando mas esse ciclo de vida temos o prazer e a satisfação de lançar a sua 42ª edição, referente ao trimestre de outubro a dezembro de 2014.

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal disponibiliza a 42ª Edição da Revista da AGU com onze artigos jurídicos, um Parecer da Procuradoria-Geral Federal sobre convênios, e uma Jurisprudência Comentada sobre a atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Os importantes temas tratados nesta edição trazem à reflexão temas variados do direito, que merecem ser apreciados pela comunidade jurídica brasileira.

Abrimos a 42ª Edição com o artigo “*Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*” dos notáveis autores convidados Ingo Wolfgrang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro. Em seguida temos o artigo internacional “*Las Generaciones de Derechos Humanos*”, do Professor Catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España), Doutor Antonio-Enrique Pérez Luño. E em continuidade aos demais brilhantes artigos dessa edição, temos os artigos: “*Transconstitucionalismo ou Cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo*”, de Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho; “*O Direito de Ação de Órgãos Federais em Conflito e sua Representação Judicial*”, de Alisson da Cunha Almeida; “*Aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social: Lei Complementar nº 142/2013*”, de Cirlene Luiza Zimmermann; “*A Mecânica dos Opínamentos Jurídicos e a Responsabilização de Procuradores por Atos de Improbidade Administrativa*”, de Claudio Penedo Madureira; “*O Regime Jurídico dos Bens Imóveis do INSS: exploração econômica e função social*”, de Felipe Mémolo Portela, “*Jurisdição Constitucional Italiana: uma reflexão comparativa com o Sistema Jurídico Brasileiro*” de Gregore Moreira de Moura; “*Elementos para o Devido Processo Legal nas Questões Sobre Incapacidade Laboral*” de Leonardo Lima Nazareth Andrade; “*O Antagonismo Político e o Poder Constituinte Originário: (re) visitando um conceito clássico do Direito Constitucional*” de Luiz Elias Miranda dos Santos, e, por fim, “*Cumprimento da Decisão Reparatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos Pelo Brasil*” de Rachel de Oliveira Lopes e José Augusto Fontoura Costa.

E, fechando esta edição, temos o PARECER nº 08 /2014/ CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU, da Procuradoria-Geral Federal, que aborda o tema relacionado a convênio, da lavra do Procurador Federal Michell Laureano Torres, e ao final, a JURISPRUDÊNCIA COMENTADA sobre Ação Popular (PET) n. 3388: A atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, de autoria do Procurador Federal, Filipo Bruno Silva Amorim.

E ainda, como de praxe, por derradeiro, disponibilizamos as NORMAS EDITORIAS da Revista da AGU, tudo que você precisa saber para que seu artigo seja publicado na Revista da AGU.

A Escola da Advocacia-Geral da União, Ministro Victor Nunes Leal ao tempo que agradece, parabeniza os autores dos artigos desta 42ª edição pelos brilhantes trabalhos científicos aqui disponibilizados, e convida os apreciadores da boa leitura jurídica a se deleitarem com os ensinamentos que ora apresentamos.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

DIREITO À INFORMAÇÃO E DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Carlos Alberto Molinaro²

SUMÁRIO: 1 Considerações preliminares; 2 Do direito da informação: da liberdade de informação ao direito à informação; 3 O direito à informação como direito de acesso à informação; 4 O direito à informação na ordem constitucional brasileira; 4.1

- ¹ Doutor em Direito (Universidade de Munique). Estudos de Pós-Doutorado junto a Universidade de Munique, Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Universidade de Georgetown (EUA). Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito e dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUCS e Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Juiz de Direito em Porto Alegre (RS).
- ² Doutor em Direito (com registro de Doctor Europeo pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha-ES). Mestre e Especialista em Direito Público pela PUCRS. Professor na PUCRS na Graduação e no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito.

uma breve mirada sobre a evolução constitucional; 5 O direito de acesso à informação em face do Poder Público e sua concretização; 5.1 sujeitos e destinatários do direito de acesso à informação: algumas particularidades; 5.2 Objeto do direito de acesso à informação; 5.3 Eficácia do direito de acesso à informação; 5.4 Restrições ao acesso - excludentes da obrigação; 5.4 O comando normativo infraconstitucional; 5.5 Principais características da Lei nº 12. 527 de 18 de novembro de 2011; 5.5.1 Princípios do direito de acesso; 5.5.2 Categorias de informação - inforções ao cidadão - divulgação; 5.5.3 Procedimento - identidade e informação. Pesquisa de documentos e meios de divulgação. custos. Prazos e atendimento; 5.5.4 A negativa de informação e recurso; 5.5.5 Restrições ao acesso; 5.5.6 Respeito à liberdade e as garantias individuais; 5.5.7 Responsabilidade pela informação; 5.6 Resistência a medidas de transparência derivadas do direito de acesso à informação; 6 Considerações finais.

Art. 5º ...

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (XIV - access to information is assured to everyone, protecting the confidentiality of sources when necessary for professional activity)

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (XXXIII - all persons have the right to receive from public agencies information in their private interest or of collective or general interest; such information shall be furnished within the period established by law, under penalty of liability, except for information whose secrecy is essential to the security of society and of the National Government).

Art. 37 ...

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente (§ 3º - The law shall regulate the forms of user participation in direct and indirect public administration, specifically regulating):

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII (II - user access to administrative registries and information about governmental acts, observing the provisions of art. 5, X and XXXIII)

Art. 216 [...]

§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem (§2º- It is the responsibility of public administration, as provided by law, to maintain governmental documents and take measures to make them available for consultation by those that need to do so)

Art. 220 - manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (Art. 220 - The expression of thoughts, creation, speech and information, through whatever form, process or vehicle, shall not be subject to any restrictions, observing the provisions of this Constitution)

RESUMO: o presente artigo analisa o direito de acesso à informação em face do poder público na ordem jurídica brasileira, buscando situá-lo no contexto mais amplo da liberdade de expressão e informação e do direito à informação, tal como assegurados na Constituição Federal de 1988, para depois enfocar a regulamentação legal do acesso à informação pública, especialmente seu objeto e seus limites.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Informação. Direito de Acesso à Informação. Constituição Federal de 1988. Lei de Acesso à Informação.

ABSTRACT: this paper analyses the right to access public information in the Brazilian legal order, situating this right in the broader context of the freedom of speech and information and the right to information as assured in the Federal Constitution of 1988, afterwards focusing the infraconstitutional regulation of the access to public information, including its object and limits.

KEYWORDS: Right to Information. Right to Access Information. Federal Constitution of 1988. Access to Information Statute.

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Como resultado da democratização das relações de poder podemos identificar a existência de um “direito humano ao saber” resultado – primeiramente, no plano político – das liberdades públicas conquistadas no processo civilizatório. A liberdade de informação e os correlatos direitos à informação e de acesso à informação, além de direitos humanos e fundamentais de alta relevância, representam técnicas democráticas de alta densidade na conformação das relações humanas numa determinada comunidade política e social. Na atualidade é possível reunir tais direitos e os deveres que lhes são inerentes numa disciplina jurídica que acabou por ser denominada Direito da Informação.

As duas iniciativas pretéritas mais importantes e de grande alcance – relativamente a essas liberdades – podem ser encontradas no *The Freedom of the Press Act* de 1766 da Suécia, considerada a mais antiga peça legislativa relativa à liberdade de informação no mundo³ (subsistindo na sua versão mais atual de 1976), e o *Código de Organización Política y Municipal* de 1888 da Colômbia⁴. No plano constitucional, a liberdade de informação e o direito à informação vinham sendo, desde a declaração de direitos inglesa, de 1689, objeto de gradual e amplo reconhecimento, destacando-se a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791, pela sua relevância e influência. Já no âmbito do direito internacional, no Segundo Pós-Guerra, foram importantes as manifestações que acabaram por se cristalizar na fórmula contida no art. 19 da Carta dos Direitos Humanos de 1948, onde se lê “[...] *Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers*”⁵. Também o art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, bem como o Princípio 4 da Declaração

3 Cf. OPENNESS SHAPES SWEDISH SOCIETY, in: <https://sweden.se/society/openness-shapes-swedish-society/>. Acesso em: 19 dez. 2014. A propósito, para aprofundamento, consulte-se o extraordinário trabalho de Michael Roberts, *The Age of Liberty: Sweden 1719-1772* (Cambridge University Press, 2003). Neste livro o autor analisa o período a partir da morte de Carlos XII da Suécia, em 1718, bem como o golpe de Estado de Gustavo III da Suécia em 1772. Em especial confirmam-se as pp. 59 e ss., 155 e ss.

4 Cf. <<http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/brblaa156975.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2014.

5 Cf. art. XIX: Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS, art. 19, in: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a19>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

Interamericana de Princípios de Liberdade de Expressão, o art. 10 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, bem como o art. III e XVI da Convenção Interamericana Contra Corrupção, entre outras articulações normativas no direito comparado.

Nessas breves reflexões, vamos centrar o nosso estudo no domínio do direito constitucional brasileiro, o que, numa primeira aproximação, implica estabelecer uma distinção entre o “direito da informação”, a “liberdade de informação”, o “direito à informação” e o “direito de acesso à informação”. Na sequência serão tecidas algumas considerações sobre a titularidade, os destinatários e o conteúdo de tal direito à informação na ordem jurídica brasileira, migrando-se depois para o “direito de acesso à informação pública”, corolário e objeto do presente texto, de tal sorte que desde logo renunciemos ao tratamento (salvo algumas considerações de ordem geral nos primeiros segmentos do trabalho) do direito à informação e do acesso à informação de natureza não pública e em poder de atores privados.

2 DO DIREITO DA INFORMAÇÃO: DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO AO DIREITO À INFORMAÇÃO

Toda pessoa tem o direito à informação, conforme especificado por lei. As restrições a este direito podem ser impostas por lei apenas se for absolutamente necessário e justificado por razões de segurança nacional, combate ao crime ou para proteger os direitos e interesses legítimos de terceiros.

De igual modo, toda a pessoa tem o direito de participar na Sociedade da Informação. A facilidade de acesso às informações tratadas por via eletrônica, e cuja produção, intercâmbio e difusão das mesmas constitui uma obrigação do Estado.

Com a epígrafe acima queremos nos referir ao “estado da arte” em termos de direito comparado, pelo menos na maioria qualificada das democracias ocidentais, sobre a convergência objetiva de estimação do direito à informação, isto é, a narrativa articulada na epígrafe demonstra o entendimento do alcance da liberdade de informação ao direito à informação.

Quando nos referimos ao “direito da informação” nos referimos ao resultado das interações socioculturais que no decorrer da história formataram a comunicação social, sendo produzidas por um conjunto de mandamentos sociais, políticos e morais que resultaram em um

conjunto de normas jurídicas regulatórias e disciplinadora daquelas relações (portanto, de um direito à informação). Por conseguinte, esse é um segmento jurídico do Direito decorrente do que poderíamos chamar de direito das “relações informativas”, de tal sorte que o assim chamado “direito da informação” abarca tanto a liberdade de informação, quanto os direitos à informação, incluindo o direito de acesso à informação em face dos órgãos estatais⁶. Outrossim, convém lembrar que o direito da informação, quanto ao seu marco jurídico-regulatório, compreende os princípios e regras de direito internacional atinentes à matéria e o direito constitucional e infraconstitucional interno dos diversos Países, encontrando-se em estágio de desenvolvimento ainda muito heterogêneo e marcado por importantes diferenças quanto aos níveis de eficácia.

Especialmente no caso do Brasil é necessário reconhecer que o direito da informação – como disciplina jurídica – está ainda em formação, dependente das conquistas no campo das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC), bem como das Ciências da Computação e da Comunicação e de sua adequada regulação jurídica. No âmbito do direito constitucional brasileiro, o direito da informação (compreendido, como indicado, em sentido abrangente) encontra abrigo no dever do Estado de promover, apoiar e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas (Art. 218 e parágrafos da Constituição Federal, daqui por diante CF/1988). Os deveres do Estado com o desenvolvimento científico e a investigação tecnológica estão bem definidos em todo o texto constitucional, seja quando o mesmo trata dos direitos dos autores, da propriedade intelectual e industrial, marcas, signos distintivos e outros (Art. 5º XXIX), mas também quando trata do plano nacional da educação, especialmente da promoção humanística, científica e tecnológica do País (Art. 214, V, da CF/1988), bem como da identificação do patrimônio nacional, notadamente as criações científicas, artísticas e tecnológicas (Art. 216, II da CF/1988), e, de modo muito relevante no que dispõe sobre o desenvolvimento científico e tecnológico quanto aos incentivos à saúde (Art. 200, V, da CF/1988). Todos esses mandamentos constitucionais encontram o seu desdobramento no direito infraconstitucional, mediante conteúdo normativo especializado e veiculado na forma de leis e regulamentos a cargo de institutos, instituições, agências reguladoras e demais instrumentos aptos para a sua concretização, o que aqui não poderá ser desenvolvido.

No que toca ao cerne do presente estudo, qual seja, o direito à informação e o correlato direito de acesso à informação em face do poder

6 Para aprofundamento, consulte-se: GONCALVES, M. E. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Almedina, 2003.

público, cuida-se de desdobramento da própria liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, da liberdade de expressão e comunicação, que assume, também no caso do constitucionalismo brasileiro, uma função de cláusula geral para as diversas liberdades comunicativas, como é o caso da liberdade religiosa, da liberdade artística, das liberdades de reunião e de manifestação, da liberdade de comunicação social (mídia), da liberdade de ensino e de pesquisa, assim como e de modo particularmente relevante, da própria liberdade de informação⁷. Com efeito, a ausência de uma terminologia uniforme na Constituição Federal, que fala tanto em livre manifestação do pensamento quanto em liberdade de expressão, não impede uma abordagem conjunta de tais liberdades, que, como em outras ordens constitucionais, compõem um complexo de liberdades comunicativas e que, mediante a devida ressalva das peculiaridades relativas às diversas manifestações da liberdade de expressão, acabam sendo melhor analisadas em bloco, até mesmo para uma mais apropriada sistematização e articulação⁸. De qualquer sorte, em virtude das especificidades da presente abordagem, o foco, como já adiantado, será mesmo o direito à informação.

A liberdade de informação, que anda abraçada com a liberdade de comunicação, aqui compreendida como versão atualizada da antiga liberdade de imprensa, mas todas elas dimensões da liberdade de expressão (manifestação do pensamento), encontra-se expressa ou implicitamente consagrada no direito constitucional positivo contemporâneo, pelo menos no âmbito dos Estados que assumem a condição de um Estado Democrático de Direito⁹. Na qualidade de direitos fundamentais, trata-se de direitos da cidadania, dotados da qualidade de direitos subjetivos diretamente oponíveis

7 Cf. MACHADO, Jónatas E.M. *Liberdade de expressão*. Da esfera pública no sistema social, Coimbra: Coimbra, 2002. p. 370 e ss.

8 SARLET, Ingo. W. Direitos Fundamentais em Espécie, in: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista Dos Tribunais Ltda., 2014. p. 453 e ss.

9 Cf. Por exemplo, a Lei Fundamental da Alemanha, no seu art. 5º (1) - Toda pessoa tem o direito de expressar e difundir livremente sua opinião oralmente, por escrito e através de imagem, e de informar-se sem obstáculos, em fontes acessíveis a todos. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio e imagens em movimento serão garantidas. A censura não terá lugar. (Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt). De igual modo a Primeira Emenda da Constituição norte-americana assegura: O Congresso não fará nenhuma lei relacionada ao estabelecimento de religião, ou proibindo o livre exercício dela; ou cerceando a liberdade de expressão ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de apresentar petições ao Governo para reparação de injustiças (Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances).

ao Estado. No caso do Brasil, a liberdade de expressão encontra-se consagrada no art. 5º, IX, da CF/1988, a teor da qual “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, ao passo que a liberdade de informação encontra-se enunciada no artigo 5º, inciso XIV: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Já em outra passagem do texto constitucional, no mesmo artigo 5º, inciso XXXIII todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Cabe anotar, no contexto, que a passagem do plano político das liberdades, para o plano jurídico (faculdades ou competências), produzindo autênticos direitos subjetivos públicos (cuja fundamentalidade inclui uma dimensão objetiva) vai revelar distintos limites e restrições a cada uma desses direitos, segundo sua especial abrangência na vida social. De igual forma, vale obstaculizar a censura na origem da criação da informação, garantindo o direito da liberdade de expressão, o que também corresponde à opção do constituinte de 1988, designadamente quando, no artigo 5º, inciso IX da CF/1988, veda toda e qualquer forma de censura ou mesmo licença prévia. Por isso mesmo, a passagem do modal político da liberdade de informação para o modal jurídico do direito à informação representa um extraordinário avanço democrático, pois o objeto do direito passa a ser identificado de modo preciso, isto é, a informação subjacente ao direito é uma “função pública”, tal fato denota que a informação não mais é somente um “elemento” do direito subjetivo para transformar-se em um autêntico “direito-dever” (dos emissores) com o objetivo de satisfazer o(s) direito(s) dos indivíduos de receber informação (o veraz possível, não importa) completa e objetiva; assim sendo, há uma sensível alteração na concepção novecentista da informação, aquela que opunha ao exercício da difusão normativa o respeito ao “direito à privacidade”, a “moral” e a “segurança do Estado” como derradeiros e únicos limites, se converte agora em um instrumento bastante eficaz para satisfazer o direito do público à informação¹⁰. A informação - e isso se percebe nitidamente ao longo da evolução - se transforma em uma espécie de garantia supranacional da Democracia e da efetividade dos demais direitos.

Desse modo, o direito a receber e emitir informações encontra proteção frente aos intentos estatais para suprimir ou pelo menos

10 Cf. VILLANUEVA, Ernesto. *Derecho de acceso a la información pública en Latinoamérica*. Estudio introductorio y compilación, México, UNAM, 2003. p. 21 e ss.

restringir indevidamente o alcance dessa liberdade fundamental de todos os indivíduos. De igual forma, a informação passa a ser também um objeto plural, pois para que o cidadão possa formar livremente suas opiniões e participar de modo responsável nos assuntos da vida pública é necessário que esteja dotado de versões distintas e, em não poucas ocasiões, contrapostas, sobre um mesmo fato de transcendência pública, razão pela qual a liberdade de informação subjacente ao direito subjetivo é ao mesmo tempo liberdade de controvérsia política, cuja essência forma parte de toda sociedade que se identifica com a democracia¹¹.

O direito à informação (subjacente a liberdade à informação, modal político que o alimenta) é um direito de defesa de modo que seu titular não seja impedido de emitir ou difundir suas ideias, ideais, opiniões, sentimentos ou conhecimentos quando opera como direito subjetivo, individual ou coletivo¹². Todavia, na sua dimensão objetiva, o direito à informação postula prestações, tanto de natureza informacional, quanto no âmbito dos deveres estatais de proteção, mediante a edição de normas de cunho procedimental e organizacional, vinculando todos os órgãos estatais, notadamente os jurisdicionais aos quais está deferido o cuidado para a concretização dos direitos e interesses postos em causa.

Titular tanto da liberdade de informação (expressão em geral) e do direito à informação é a pessoa natural ou jurídica, nacional ou estrangeira, com algumas limitações pontuais no que concerne aos estrangeiros, visto que a CF/1988 traça uma distinção entre estrangeiros residentes e não residentes no Brasil e, ao menos de modo expresse, limita a titularidade de direitos fundamentais ao primeiro grupo (estrangeiros residentes no Brasil), o que, contudo, foi objeto de uma leitura extensiva pela doutrina dominante e mesmo por parte da jurisprudência, com destaque para o STF (Supremo Tribunal Federal)¹³. Com base na dignidade da pessoa humana e no sentido de que os direitos fundados na dignidade pessoal são direitos de todos e de qualquer um, também as liberdades comunicativas, inclusive as de informação e reunião e manifestação, são atribuídas aos estrangeiros, ainda que não residentes no Brasil. Para as pessoas jurídicas, a exemplo do que ocorre no direito comparado, a titularidade de direitos fundamentais está condicionada pelo liame entre o direito e a própria natureza da pessoa

11 Cf. VILLANUEVA, op. cit., p. 30 e ss.

12 Sobre o direito à informação como direito coletivo, cf. NOBRE, Freitas. *Lei da informação: comentários à Lei de Imprensa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 6.

13 Cf., por todos, NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

jurídica (o direito deve ser compatível com a condição particular de pessoa jurídica) de tal sorte que nesse caso o fundamento direto de tal titularidade não reside na dignidade da pessoa humana.

Destinatários do direito são os sujeitos de direito passivos, incluídos, conforme o caso, todos os poderes públicos, mas também e de certo modo os atores privados, ressalvando-se que o direito à informação, como direito fundamental, pode colidir com outros direitos fundamentais, como é o caso, apenas para ilustrar, da polêmica que cerca a publicação nominal dos vencimentos dos servidores públicos e eventual restrição desproporcional do direito à privacidade, o que será objeto de análise mais adiante (capítulo 5). Também o cabimento da ação de habeas data em face de pessoas jurídicas de direito privado, desde que se cuide de bancos de dados de natureza pública, é indicativo da eficácia do direito à informação nas relações privadas, que, a depender do caso e na esteira da jurisprudência do STF, assume a forma de uma eficácia direta e não apenas mediada pela atuação do legislador infraconstitucional.

Como as situações de conflitos entre direitos fundamentais são muito frequentes na seara das liberdades comunicativas, em especial quanto ao seu impacto sobre os direitos de personalidade de terceiros, mas também interesses do poder público (quando se cuida da veiculação de informações que dizem com questões políticas sensíveis ou afetam detentores de cargos públicos, por exemplo) ou mesmo interesses de natureza econômica, vale lembrar que o STF, no âmbito da ADPF¹⁴ n° 130¹⁵, que analisou a recepção pela CF/1988 da Lei de Imprensa editada sob a égide do regime militar, acabou por sufragar a teoria de uma posição preferencial da liberdade de expressão (e informação) quando em confronto com outro direito ou princípio constitucional¹⁶, nada obstante

14 ADPF = Arguição de Preceito Fundamental (Claim of Non-Compliance with a Fundamental Precept).

ADPF is a kind of action, i. e., demand, exclusively filed in the Supreme Court, whose objective is to prevent or repair damage to fundamental precept, resulting from an act (administrative or political) of the government. In this case, it is said that the ADPF is an autonomous action or demand. However, such action may also have an equivalent nature to ADIs (a sort of judicial review) and may challenge the constitutionality of a rule before the Federal Constitution, but this standard must be municipal or before the current Constitution (in this case, prior to 1988). The ADPF is governed by Federal Law 9.882/99.

15 ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

16 Na doutrina de língua inglesa *preferred position*, para aprofundamento cf. *Martin Edelman, Democratic Theories and the Constitution*. New York: SUNY Press, 1984, p. 129 e ss., ainda, *Matthew D. Bunker. Justice and the Media: Reconciling Fair Trials and A Free Press*. Routledge, 2013, p. 24 e ss. Na doutrina brasileira, cf. *Barroso, Luís Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade – Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. Temas de direito constitucional, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 105-106; aliás, texto já enunciado em Barroso, Luís Roberto e Barcellos, Ana Paula. Colisão entre liberdade de*

– no direito pátrio – tal doutrina ainda seja aplicada de forma tímida, o que aqui, todavia, não teremos como examinar¹⁷.

3 O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

Art. 5º XXXIII – CF/1988

É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em *linguagem de fácil compreensão*

Art. 5º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

A Liberdade de Informação (*Freedom of Information*) é um importante vetor do direito de aceder à informação em posse do poder público¹⁸, o mais importante, diríamos indispensável. O direito à informação não se confunde com o direito de acesso à informação, contudo, no direito de acesso à informação (em especial no direito à informação pública) há direito à informação¹⁹. Tal direito é informado por nove princípios internacionalmente aceitos:

expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez., 2003.

- 17 Para aprofundamento cf., KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Sarmento, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, p. 402.
- 18 It is an integral part of the fundamental right of freedom of expression, as recognized by Resolution 59 of the UN General Assembly adopted in 1946, as well as by Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights (1948), which states that the fundamental right of freedom of expression encompasses the freedom to “to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers”. (cf., para aprofundamento, Communication and Information, in: <<http://www.unesco.org/newundamente/en/communication-and-information/freedom-of-expression/freedom-of-information/>>. Acesso em: 19 dez. 2014.
- 19 Relevante conferir o trabalho de Toby Mendel, *Freedom of Information: A Comparative Legal Survey*. Second Edition Revised and Updated. Paris, France: United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, 2008, in: <http://portal.unesco.org/ci/en/files/26159/12054862803freedom_information_en.pdf/freedom_information_en.pdf (acesso 12/07/2013). Há uma edição em português em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/liberdade-informacao-estudo-direito-comparado-unesco.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2014.

Princípio 1. Divulgação Máxima - A legislação sobre liberdade de informação deve ser guiada pelo princípio da máxima divulgação;

Princípio 2. Obrigação de Publicar - Os órgãos públicos devem ter a obrigação de publicar informações essenciais;

Princípio 3. Promoção de um Governo Aberto Os órgãos públicos precisam promover ativamente a abertura do governo;

Princípio 4. Abrangência Limitada das Exceções - As exceções devem ser clara e estritamente definidas e sujeitas a rigorosos testes de “dano” e “interesse público”;

Princípio 5. Procedimentos que facilitem o Acesso - Os pedidos de informação devem ser processados com rapidez e justiça, com a possibilidade de exame independente caso haja recusa;

Princípio 6. Custos - As pessoas não devem ser impedidas de fazer pedidos de informação em razão dos altos custos envolvidos;

Princípio 7. Reuniões Abertas - As reuniões de órgãos públicos devem ser abertas ao público;

Princípio 8. A Divulgação tem Precedência - As leis que não estejam de acordo com o princípio da máxima divulgação devem ser revisadas ou revogadas;

Princípio 9. Proteção para os Denunciantes - Os indivíduos que trazem ao público informações sobre atos ilícitos – os denunciantes – precisam ser protegidos²⁰.

20 Em inglês: PRINCIPLE 1. MAXIMUM DISCLOSURE - Freedom of information legislation should be guided by the principle of maximum disclosure. PRINCIPLE 2. OBLIGATION TO PUBLISH - Public bodies should be under an obligation to publish key Information. PRINCIPLE 3. PROMOTION OF OPEN GOVERNMENT - Public bodies must actively promote open government. PRINCIPLE 4. LIMITED SCOPE OF EXCEPTIONS - Exceptions should be clearly and narrowly drawn and subject to strict “harm” and “public interest” tests - The three-part test. PRINCIPLE 5. PROCESSES TO FACILITATE ACCESS - Requests for information should be processed rapidly and fairly and an independent review of any refusals should be available. PRINCIPLE 6. COSTS - Individuals should not be deterred from making requests for information by excessive costs. PRINCIPLE 7. OPEN MEETINGS - Meetings of public bodies should be open to the public. PRINCIPLE 8. DISCLOSURE TAKES PRECEDENCE - Laws which are inconsistent with the principle of maximum disclosure should be amended or repealed. PRINCIPLE 9. PROTECTION FOR WHISTLEBLOWERS - Individuals who release information on wrongdoing - whistleblowers - must be protected. (Toby Mendel, Freedom of Information, cit.).

Tais princípios são relevantes no contexto do que pode designar de uma “cláusula geral de comunicação”, isto é no direito coletivo e fundamental à “comunicação social”. Observe-se que o direito à comunicação, como direito coletivo está imediatamente vinculado ao direito de participação cidadã e do correlato exercício da liberdade de expressão, o que vai implicar o direito fundamental de *informar*, de *informar-se* e, especialmente, o *de ser informado*²¹. É bom ter presente, como já referido, que a CF/1988 assegura expressamente o direito à comunicação quando dispõe, no inciso IX do Art. 5º, que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de *comunicação*, independentemente de censura ou licença”; a liberdade da atividade de comunicação, ainda que possa ser assemelhada (e incluída na) com a liberdade de expressão, com ela não se confunde integralmente. Expressar e comunicar enunciam ações com significados bem identificados. Ao passo que expressar é manifestar emoções, sentimentos, afirmações ou negações por declarações ou, palavras ou signos, ou sinais (atos, ações e, mesmo, omissões). Comunicar do latim, *communicare*, denota a ação de tornar comum, associar, de *communis*, comum, comunidade, significando algo que se participa, troca de informações, tornar ideias comuns, daí *communicatio (onis)*, como ação de comunicar, de dividir. No vernáculo, comunicação, segundo Houaiss, é processo que envolve a transmissão e a recepção de mensagens entre uma fonte emissora e um destinatário receptor, no qual as informações, transmitidas por intermédio de recursos físicos (fala, audição, visão etc.), ou de dispositivos técnicos, são codificadas na fonte e decodificadas no destino com o uso de sistemas convencionados de signos ou símbolos sonoros, escritos, iconográficos, gestuais etc.²² O direito à comunicação e expressão, portanto e como já afirmado, inclui os direitos fundamentais de informar, de informar-se e de ser informado.

O acesso às informações em poder do Estado e os mecanismos de controle democrático são elementos essenciais à participação cidadã nos negócios públicos (na *res publica*), pois uma maior participação cidadã resulta em maior transparência da administração pública com o objetivo de aprimorar o controle democrático e a prestação de contas à sociedade por parte do governo. Ademais, o direito à informação – relevante elemento da cidadania – mostra-se, em primeiro lugar e de maneira preponderante,

21 FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161 e ss.

22 HOUAISS, Antônio. *Novo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009. verbete:

com a ação social dos cidadãos não só em relação com as autoridades públicas, mas também em suas mútuas relações com as entidades privadas, por este motivo ele aparece na maioria das Constituições democráticas como um direito fundamental, a par de adquirir a categoria de direito humano na ordem internacional. Observe-se que esse direito (humano e fundamental) tem notável extensão planetária sendo reconhecido (até 2014) em 102 países, do que dá conta a tabela que segue, na qual se pode ver o ano em que o direito de acesso à informação foi reconhecido no plano constitucional e/ou infraconstitucional:

1	Sweden	1766	27	Japan	1999	52	Slovenia	2003	78	Uruguay	2008
2	United States	1966	28	Liechtenstein	1999	53	Turkey	2003	79	Cook Islands	2009
3	France	1978	29	Trinidad	1999	54	Antigua	2004	80	Russia	2009
4	Australia	1982	30	Bosnia and Herzegovina	2000	55	Argentina	2004	81	Guinea	2010
5	New Zealand	1982	31	Bulgaria	2000	56	Dominican Republic	2004	82	Indonesia	2010
6	Canada	1983	32	Estonia	2000	57	Ecuador	2004	83	Liberia	2010
7	Colombia	1985	33	Moldova	2000	58	Switzerland	2004	84	Brazil	2011
8	Austria	1987	34	Slovakia	2000	59	Azerbaijan	2005	85	El Salvador	2011
9	Denmark	1987	35	South Africa	2000	60	Germany	2005	86	Hungary	2011
10	Italy	1990	36	United Kingdom	2000	61	India	2005	87	Malta	2011
11	Netherlands	1991	37	Poland	2001	62	Montenegro	2005	88	Mongolia	2011
12	Belgium	1994	38	Romania	2001	63	Taiwan	2005	89	Niger	2011
13	Belize	1994	39	Angola	2002	64	Uganda	2005	90	Nigeria	2011
14	Iceland	1996	40	Jamaica	2002	65	Honduras	2006	91	Tunisia	2011
15	Lithuania	1996	41	Mexico	2002	66	Macedonia	2006	92	Ukraine	2011
16	South Korea	1996	42	Pakistan	2002	67	Norway	2006	93	Yemen	2012
17	Ireland	1997	43	Panama	2002	68	China	2007	94	Rwanda	2013
18	Thailand	1997	44	Tajikistan	2002	69	Jordan	2007	95	Guyana	2013
19	Uzbekistan	1997	45	Zimbabwe	2002	70	Kyrgyzstan	2007	96	Sierra Leone	2013
20	Israel	1998	46	Armenia	2003	71	Nepal	2007	97	Spain	2013
21	Latvia	1998	47	Croatia	2003	72	Nicaragua	2007	98	Ivory Coast	2013
22	Albania	1999	48	Kosovo	2003	73	Portugal	2007	99	South Sudan	2013
23	Czech Republic	1999	49	Peru	2003	74	Bangladesh	2008	100	Maldives	2014
24	Finland	1999	50	Saint Vincent and the Grenadines	2003	75	Chile	2008	101	Paraguay	2014
25	Georgia	1999	51	Serbia	2003	76	Ethiopia	2008	102	Afghanistan	2014
26	Greece	1999				77	Guatemala	2008			

Fonte: <http://freedominfo.org/wp-content/uploads/documents/foicountrieslist2014dec17chron.docx> (acesso 19/12/2014)

O direito à informação, ou o direito de acesso a informações detidas pelas autoridades públicas, frise-se, é um ingrediente fundamental na responsabilização e participação democrática. Um forte e eficaz direito à informação sustenta o engajamento ativo da cidadania no controle do governo, sendo difícil manter um sistema verdadeiramente participativo na ausência desse direito e de sua adequada concretização.

4 O DIREITO À INFORMAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

4.1 UMA BREVE MIRADA SOBRE A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL

Na trajetória constitucional brasileira anterior a 1988 a liberdade de expressão e comunicação (informação) já aparecia na Carta Imperial de 1824, no seu Art. 179, IV:

Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar (sic).

Com a República, preserva-se a garantia constitucional da “manifestação do pensamento” quando a Carta de 1891, no nº 12º do Art. 72, dispõe que “*Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fôrma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato*” (sic), linha que foi, em termos gerais, mantida nas constituições de 1934, 1937 e 1946, ainda que com algumas variações. De acordo com o nº 9 do Art. 113 da Constituição de 1934,

Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

No texto constitucional de 1937, o nº 15 do Art. 112 preceituava que “*todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei*”, agregando, na sequência, que a lei poderia prescrever eventuais restrições nos seguintes casos:

- a) *com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;*
- b) *medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública*

e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

É preciso enfatizar que a Ditadura do Estado Novo (1937-1945) se caracterizou por fortes intervenções na liberdade de expressão, inclusive tendo ocorrido a suspensão dos direitos e garantias constitucionais mediante o Decreto nº 10.358, de 31.08.1942. Com a redemocratização, o § 5º do art. 141 da Constituição de 1946 estabelecia: “É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa *de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe*”, preceito que veio a ser restringido pelo Ato Institucional n. 2 de 27 de outubro de 1965, já no domínio da Ditadura Militar instaurada pela Revolução de 31.03.1964.

Surpreendentemente, é com a Constituição de 1967 (em pleno regime ditatorial militar) que emerge com tal denominação, o direito à informação, como previsto no § 8º do art. 150:

É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe.

A prestação de informação sem sujeição à censura já assume aqui já a condição de elemento central da ordem constitucional brasileira na perspectiva da “liberdade de informação” em sentido estrito, ainda que no período ditatorial a censura tenha sido amplamente praticada.

Com o advento da CF/1988, redemocratizado o país, a cidadania readquire a plena liberdade de expressão, seja no exercício da opinião, da consciência, ou da informação em todos os seus amplos conteúdos significantes. No sistema constitucional brasileiro de 1988, o direito de acesso à informação, de modo generalizado está assentado no catálogo de direitos fundamentais articulado pelo art. 5º, incisos IV, X, XII,

XIV, XXXIII, XXXIV (alínea “b”), LX, LXXII; bem como no art. 37, § 3º, inciso II; no art. 93, inciso IX; no art. 216, § 2º; e no art. 220 e parágrafos, sem prejuízo de outras manifestações normativas atributivas de posições jurídicas subjetivas ativas, por força da cláusula de abertura contida no § 2º do mesmo art. 5º da CF/1988, a teor da qual os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do seu respectivo regime e princípios, além de abarcarem os direitos consagrados em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em que pese a problemática do valor jurídico dos tratados no direito interno, que aqui não será analisada.

O mandamento contido no inciso IV do art. 5º da CF/1988 (...*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*) consagra a dimensão individual do direito à informação, pois assegura a livre manifestação do pensamento, isto é, cuida do direito de comunicar livremente, de modo imediato, direto, ou mediante qualquer meio de difusão, as ideias, os ideais, as opiniões e os conhecimentos quaisquer que sejam. Aqui estamos no âmbito do direito de informar (muito claro aos periodistas) que inclui toda e qualquer crítica. Aliás, o STF já decidiu que “não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”²³.

De acordo com os preceitos contidos nos incisos XIV ([...] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional) e XXXIII ([...] *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*) do art. 5º da CF/1988 consagram, além do ponto de vista individual, uma dimensão coletiva do direito à informação. Com acuidade que lhe era costumeira, em 1980 (antecipando-se em oito anos à Carta de 1988), em tese apresentada na VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Alexandre José Barbosa Lima Sobrinho, já afirmara: “a liberdade de expressão é um direito de quem o utiliza. O direito à informação alcança e abrange o público a que ele se dirige. Entre os dois, há uma distância que vai de um *direito pessoal* a um *direito coletivo*” (itálico nosso)²⁴.

23 Cf. STF: ADI 4.451-MC-REF, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 24-8-2012; ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

24 BARBOSA LIMA SOBRINHO, A. J. Direito de Informação. *Revista Informação Legislativa*. Brasília, 17, n. 67 jul./set. 1980, p. 155/156. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181246/000390257.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 12 mar. 2013.

Tanto na sua dimensão individual quanto coletiva, a CF/1988, além de proscrever a censura (art. 5º, inciso IX, e art. 220, §º), também estabelece que “*a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*” (CF/1988, art. 220, *caput*). De regra, portanto, somente a Constituição poderá impor limites ou justificar restrições ao direito à informação e de modo geral às liberdades comunicativas, de tal sorte que uma “resposta correta” sobre a extensão do direito à informação é sempre e em primeiro plano uma resposta constitucionalmente adequada, ou seja, fundada na e justificada pela Constituição. O quanto restrições às liberdades comunicativas e informacionais podem ser tidas como constitucionalmente legítimas, especialmente por força de conflitos com outros princípios e direitos fundamentais, como é o caso, entre outros, dos direitos à privacidade e intimidade, a honra e a imagem das pessoas, tem sido objeto de acirrada controvérsia também no Brasil, destacando-se o entendimento, compartilhado pelo STF, de repúdio ao discurso do ódio e de caráter discriminatório²⁵, mas também, ainda que em caráter excepcional e dadas as circunstâncias, da afetação de direitos de personalidade, designadamente quando em causa a dignidade da pessoa humana²⁶.

Mas a CF/1988 também dotou a cidadania de um instrumento processual próprio, o *habeas data*, para assegurar o acesso e a retificação de informações pessoais depositadas em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público (art. 5º, LXXII), de modo a contribuir para o desenvolvimento de uma autodeterminação informativa no trato com os dados pessoais, assim como de um direito de petição e de obtenção de certidões perante o poder público. Além disso, o já referido *habeas data*, que assume a condição de autêntica “ação constitucional”, pode ser manejado em face de particular, em geral pessoas jurídicas, pois o que define o seu cabimento em concreto é a natureza pública das informações e do respectivo banco de dados.

Ainda no que diz com o nível textual, a CF/1988, incluiu a publicidade no âmbito dos princípios diretivos da Administração Pública

25 Cf. ,por todos, o julgamento do Habeas Corpus n. 82.424-RS, Relator Ministro Maurício Correia (Caso “Ellwanger”).

26 Cf., dentre tantos, especialmente, WEINGARTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. bem como, por último, SARMENTO, Daniel, Art. 5º, inciso IV, in: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 257 e ss.

(artigo 37, caput), além de, no seu artigo 37, § 3º, inciso II²⁷, e no artigo 216, § 2º²⁸, respectivamente, assegurar, de modo direto, o direito à informação detida pelo Poder Público, além de estatuir (artigo 216A, § 1º, IX²⁹), o dever de transparência e compartilhamento das informações em posse da Administração, ao passo que a teor do inciso IX do art. 93, estabelece o dever de motivação dos atos do Poder Judiciário e a publicidade dos julgamentos, ressalvadas exceções³⁰.

Tal feixe de preceitos constitucionais tem sido objeto de uma gradual, mas muito diferenciada e vacilante concretização pelos órgãos estatais, seja no plano legislativo, seja na esfera de atuação da Administração Pública e do Poder Judiciário, o que será objeto de nossa atenção precisamente no próximo item.

5 O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO EM FACE DO PODER PÚBLICO E SUA CONCRETIZAÇÃO

De todo o exposto até o momento, cremos clara a concepção de que o fenômeno “informação” objeto da regulação pelo Direito, se tenciona nas ações de informar, informar-se e de ser informado. Em primeira linha, portanto, ele assume uma dimensão individual (sem prejuízo de sua natureza coletiva), na condição de direito subjetivo de acessar informação perante qualquer sujeito de direito, independentemente do direito da coletividade (do sujeito plural de direito) de buscar, acessar, receber e divulgar informações em poder do Estado, seus agentes, instituições e, mesmo entes privados com interesses vinculados à Administração.

De outro modo, seja na sua dimensão singular ou coletiva, o direito de acesso à informação imanta necessariamente proteção dos direitos da personalidade (entre esses, honra, vida privada, intimidade, imagem...) gerando dessa forma um limite ao acesso e difusão da informação, fundado na paridade de armas entre cidadãos

27 “[...] a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo”

28 “[...] Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. [...]”

29 Inserido mediante a Emenda Constitucional nº 71, de 29.11.2012.

30 “[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

e cidadãos e entre cidadãos e o Estado objetivando a concreção do direito à autodeterminação informativa³¹.

5.1 SUJEITOS E DESTINATÁRIOS DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO: ALGUMAS PARTICULARIDADES

Consoante já adiantado, sujeitos também do direito de acesso à informação são todas as pessoas naturais e jurídicas, as universalidades de direito, bem como os órgãos despersonalizados, incluindo, no caso das pessoas naturais, os estrangeiros, sejam eles, ou não, residentes no País, ressalvadas as circunstâncias ligadas à natureza do “interesse” em questão, isto é, de interesse do particular ou de interesse coletivo, o que, em princípio, não afasta eventual possibilidade de restrição também do ponto de vista da titularidade. A denegação do acesso a qualquer tipo de informações deve, contudo, ser excepcional e somente poderá fundamentar-se naquelas razões específicas dispostas pelo texto constitucional e legislação infraconstitucional pertinente, como é o caso, em especial, da segurança nacional, para efeito da proteção de dados pessoais (sensíveis), a proteção dos segredos industriais e comerciais, a prevenção ou investigação das práticas criminosas, o que será objeto de atenção logo adiante.

Do ponto de vista do seu polo passivo, dos destinatários, nele se incluem todas as entidades estatais (o que abrange as Autarquias, Fundações, mas também as Empresas Públicas), no sentido de uma vinculação isenta de lacunas do poder público, como, ademais, se verifica na seara dos direitos e garantias fundamentais, mas também atores privados estarão obrigados a assegurar o desfrute desse direito sempre e quando exerçam qualquer preposição de autoridade administrativa, realizem função ou serviços públicos ou, ainda, operem com recursos e fundos públicos, pois toda a informação em posse das entidades públicas ou daquelas entidades privadas que exerçam funções ou serviços públicos ou ainda utilizem recursos públicos devem estar submetidas ao princípio da publicidade (Art. 37 da CF/1988), mas também no dever de transparência, que blinda,

31 Observe-se que “[...] Este direito à autodeterminação informativa é um verdadeiro direito fundamental, com conteúdo próprio [...], e não apenas uma garantia do direito à reserva da intimidade da vida privada. Embora possa proteger informação íntima, e se assuma, instrumentalmente, como direito-garantia daquela [...], é também um direito dirigido à defesa de novas facetas da personalidade – é um direito de personalidade – traduzido na liberdade de controlar a utilização das informações que lhe respeitem (desde que sejam pessoais), e na proteção perante agressões derivadas do uso dessas informações” (Sarmiento e Castro, Catarina. O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de Setembro, p. 11 do texto que pode ser acessado em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/CatarinaCastro.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013.

em regra, qualquer ocultação de informações detidas pelo poder público, traduzindo-se também em um dever de prestações informacionais.

5.2 OBJETO DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Revela-se como objeto do direito toda a informação produzida ou detida por órgãos e entidades públicas, bem como aquela produzida ou mantida por pessoa física ou privada decorrente de um vínculo com órgãos e entidades públicas. Ademais, integram também objeto de direito as informações sobre as atividades de tais órgãos e entidades inclusive relativas à sua política, organização e serviços, o que inclui as informações pertinentes ao patrimônio público, a utilização de recursos públicos, licitações e contratos administrativos, bem como as consequentes informações sobre políticas públicas, inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas.

5.3 EFICÁCIA DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

No sistema constitucional brasileiro as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata (§ 1º do art. 5º da CF/1988), o que implica uma vinculação direta dos órgãos, funções, agentes e atos do poder público, bem como a circunstância de que a ausência de legislação infraconstitucional reguladora não afasta, por si só, a extração de efeitos jurídicos úteis deduzidos diretamente do plano constitucional, o que, dito de outro modo, significa que a falta de lei não impede o Poder Judiciário de assegurar o acesso à informação pública, além de assegurar o pleno controle da legitimidade constitucional dos atos do poder público que atentam contra o direito de acesso à informação³². Mas resulta evidente que também o direito de acesso à informação carece de regulamentação infraconstitucional para que lhe seja assegurado exercício mediante um devido procedimento e as necessárias garantias. Tal regulamentação acabou sendo levada a efeito no Brasil mediante a edição da Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011, com regulação pelo Decreto (Presidencial) nº 7.724, de 16 de Maio de 2012. A legislação é aplicada em todo o território nacional e, por força do princípio federativo, a todos os Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, que, contudo, no âmbito (e limites) de suas respectivas competências, podem editar leis em caráter estadual e municipal. Convém informar que segundo dados de maio/junho de 2014, já dispõem de normativa infraconstitucional 26 Estados, o Distrito Federal, 26 Capitais e 254 municípios com população superior a cem mil habitantes³³.

32 Sobre o tema, v., para maior desenvolvimento, SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, segunda parte.

33 Cf., os dados atualizados no Mapa da Transparência, in: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/brasil-transparente/mapa-transparencia>>. Acesso em: 19 dez. 2014. OBS. O levantamento

5.4 RESTRIÇÕES AO ACESSO – EXCLUDENTES DA OBRIGAÇÃO

Mas a eficácia dos direitos fundamentais, também do direito de acesso à informação não é absoluta, no sentido de impedir toda e qualquer restrição. Além de restrições diretamente estabelecidas pela CF/1988 (como a que assegura o sigilo da fonte, a depender das circunstâncias) a sede para que os limites ao direito de acesso à informação sejam concretizados mediante intervenções restritivas e, em primeira linha, a legislativa.

Entre essas restrições podem ser elencadas as informações que possam pôr em risco a defesa e a soberania nacionais, bem como os planos ou as operações estratégicas das Forças Armadas. Ademais, protege-se a discricção e o sigilo, sempre que a difusão da informação prejudicar a condução de negociações, ou das relações internacionais do país, seus agentes ou mesmo da iniciativa privada. De outro modo, por evidente e dependente, contamina o direito de acesso, como exceção, se as informações foram fornecidas em caráter sigiloso por outros estados e organismos internacionais; aquelas que põem em risco a segurança de instituições ou “altas” autoridades, nacionais ou estrangeiras, bem como seus familiares e conexos; e comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento. Outra restrição na divulgação está o pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde de terceiros; e, no campo econômico, oferecer elevado risco à estabilidade financeira, ou monetária do país, ademais de prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico.

Mas considerando o enfoque do presente texto, que se destina a propiciar uma apresentação geral do direito de acesso à informação (situado no marco mais amplo do direito à informação e do direito da informação) perante o poder público no Brasil, segue um sumário roteiro para a compreensão de como o acesso à informação foi objeto de regulação infraconstitucional, sem deixar, quando for o caso, de apontar algumas questões de natureza mais polêmica.

5.4 O COMANDO NORMATIVO INFRACONSTITUCIONAL

A Lei 12.527 de 18 de Novembro de 2011, regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº

considera apenas normativos locais em plena vigência, que tenham por objetivo expresso a regulamentação da Lei de Acesso à Informação, de acordo com o art. 45 da Lei 12.527/11. Não espelham, por exemplo, projetos de Lei que estejam em tramitação das respectivas assembleias estaduais ou câmaras municipais.

8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, e dá outras providências, estabelecendo que toda informação produzida ou custodiada por órgãos e entidades públicas é passível de ser ofertada ao cidadão, a não ser que esteja sujeita a restrições de acesso legalmente estabelecidas, quais sejam: estabelece que toda informação produzida ou custodiada por órgãos e entidades públicas é passível de ser ofertada ao cidadão, a não ser que esteja sujeita a restrições de acesso legalmente estabelecidas, quais sejam:

- (a) informações classificadas nos graus de sigilo reservado, secreto ou ultrassecreto, nos termos da própria lei;
- (b) informações pessoais, afetas à intimidade e à vida privada das pessoas naturais; ou
- (c) informações protegidas por outras legislações vigentes no País, como é o caso do sigilo fiscal e do sigilo bancário.

Para operacionalizar o direito à informação, a lei garante à sociedade o acesso a informações públicas de duas formas:

1. **Transparência Passiva:** quando o Estado fornece informações específicas solicitadas por pessoas físicas ou jurídicas;
2. **Transparência Ativa:** quando o Estado concede proativamente amplo acesso a informações de interesse coletivo e geral, divulgando-as, principalmente, em seus sítios eletrônicos na Internet.

A Lei de Acesso à Informação e seu decreto regulamentador no âmbito do Poder Executivo Federal (Decreto nº 7.724/2012) estabelecem que órgãos e entidades devem disponibilizar infraestrutura próprias para receber e responder pedidos de informação da sociedade e para garantir a análise de negativas de informação em diferentes instâncias recursais. Para tanto, todos os órgãos e as entidades estão obrigados a criar o Serviço de Informação ao Cidadão – SIC, com o objetivo de atender e orientar o público quanto ao acesso à informação, bem como receber e registrar pedidos, entre outras atribuições. Além de disponibilizar o espaço físico do SIC, os órgãos devem possibilitar o recebimento de pedidos de informação por meio da Internet. Assim, visando facilitar o exercício do direito à informação por parte da sociedade, a Controladoria-Geral da União desenvolveu o Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC). O Sistema

funciona como porta de entrada única, no âmbito do Poder Executivo Federal, para registro de pedidos de informação e de suas respectivas respostas. Todos os pedidos devem ser registrados pelos órgãos no e-SIC, inclusive aqueles feitos pessoalmente nos SICs ou por outros meios, como correspondências físicas ou eletrônicas, telefone, entre outros. Da mesma forma, no âmbito dos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, já se encontram em operacionalização e-SIC's, e respectivos portais de transparência³⁴.

5.5 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA LEI Nº 12.527 DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011

A Lei de acesso à informação (12.527/2011 – agora e adiante LAI), tem, entre outros, por principais objetivos: (i) publicidade é o mandamento e o sigilo é a exceção; (ii) controle social da administração pública; (iii) divulgação independentemente de solicitação; (iv) desenvolvimento da cultura da transparência; e, (v) utilização das tecnologias da informação e da comunicação (TIC). No seu âmbito de abrangência incluem-se: instituições, órgãos e entidades federais estaduais e municipais, em qualquer função (legislativa, administrativa e judiciária); empresas públicas, sociedades de economia mista e

34 Cf., Controladoria-Geral da União RELATÓRIO SOBRE A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI Nº 12.527: Leis de Acesso à Informação (2013). Relatório que pode ser acessado em: <<http://www.acessoinformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorio-2-anos-lai-web.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2014. COLETÂNEA DE ACESSO À INFORMAÇÃO. Publicação da Controladoria-Geral da União Ouvidoria-Geral da União. Brasília, 2014, em: http://www.acessoinformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/coletanea-acesso_informacao.pdf (acesso em 19/12/2014). Direito de Acesso à Informação - Marco Normativo Brasileiro – Publicação da Controladoria-Geral da União. Brasília, junho/2014, acessível em: <http://www.acessoinformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/marco_normativo.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2014. OBS. - A Lei 12.527, de 2011 estabelece normas para o acesso às informações conforme as previsões constitucionais do artigo 5º, inciso XXXIII, do artigo 37, §3º, inciso II e do artigo 216, §2º Além de tratar de assuntos constitucionais, a Lei 12.527 modifica a lei que estabelece o regime jurídico dos servidores públicos federais, Lei nº 8.112, de 1990 e revoga outras leis e dispositivos legais. O tema central da Lei 12.527 é composto das normas de acesso à informação já previstos na Constituição e nas leis. A Lei nº 11.111, de 05.05.05, foi revogada pela Lei 12.257. A Lei nº 11.111 regulamentava a parte final do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal. A Lei 12.527 também revogou dispositivos da Lei nº 8.159, de 08.01.1991. A lei cujos dispositivos vão deixar de prevalecer com a vigência da Lei 12.527 trata da política nacional de arquivos públicos e privados. A Lei do Acesso à Informação no Brasil é uma lei ordinária federal. Entretanto, tem âmbito de aplicação a todos os entes públicos nacionais e ganha assim contorno de lei nacional. Não possui revogações posto que nem em vigor esteja ainda. Sua origem é o Poder Legislativo. Foi publicada em edição extraordinária do Diário Oficial da União de 18.11.2011. A Lei 12.527 conta com a referenda da AGU – Advocacia Geral da União; da CGU – Controladoria Geral da União; do GSI-PR – Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; da SDH – Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; do MJ – Ministério da Justiça; do MRE - Ministério das Relações Exteriores; do MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; do MC – Ministério das Comunicações; da SECOM – Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República; da CC-PR - Casa Civil da Presidência da República e do MID – Ministério da Defesa.

demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Estado. Entidades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos: diretamente do orçamento estadual; ou mediante subvenções sociais, contratos de gestão, termos de parceria, convênios, acordos, ajustes ou outros meios e modos de financiamento ou fomento. A LAI foi objeto de regulação mediante a edição do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

5.5.1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE ACESSO

Os artigos 3º, 6º e 7º da LAI estabelecem as garantias e os princípios fundamentais do direito de acesso, sendo esses articulados como: (a) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; (b) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; (c) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; (d) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; (e) desenvolvimento do controle social da administração pública; (f) gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; (g) proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; (h) proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso; (i) orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; (j) informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos; (k) informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado; (l) informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; (m) informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; (n) informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e (o) informação relativa: 1) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos; 2) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

5.5.2 CATEGORIAS DE INFORMAÇÃO - INFORMAÇÕES AO CIDADÃO – DIVULGAÇÃO

O artigo 8º trata da transparência ativa no fornecimento de informações, pois atribui *o dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de*

requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas (caput). Na ordem, decorrentes desse dever encontram-se as obrigações de: (a) registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público; (b) registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros; (c) registros das despesas; (d) informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; (e) dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e (f) respostas a perguntas mais frequentes da sociedade. No art. 9º pode ser encontrado o dever de transparência passiva do Estado (governo) no fornecimento das informações quando solicitado, obrigando-se pela *criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:* a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações; b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades; c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

5.5.3 PROCEDIMENTO – IDENTIDADE E INFORMAÇÃO. PESQUISA DE DOCUMENTOS E MEIOS DE DIVULGAÇÃO. CUSTOS. PRAZOS DE ATENDIMENTO

O art. 10 da LAI, no domínio da transparência passiva trata do pedido de acesso, dispondo que *qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações [...] por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida, devendo o órgão ou entidade pública [...] autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível* (art. 11) e não classificada (arts. 21 ao 30), sendo que o serviço de busca e fornecimento da informação será gratuito, *salvo nas hipóteses de reprodução de documentos pelo órgão ou entidade pública consultada, situação em que poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados* (art. 12). Observando-se que quando se tratar de acesso à informação contida em documento cuja manipulação possa prejudicar sua integridade, deverá ser oferecida a consulta de cópia, com certificação de que esta confere com o original (art. 13) e, no caso de impossibilidade de obtenção de cópias, o interessado poderá solicitar que, a suas expensas e sob supervisão de servidor público, a reprodução seja feita por outro meio que não ponha em risco a conservação do documento original (§ único); em qualquer caso é direito do requerente obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso, por certidão ou cópia (art. 14).

5.5.4 NEGATIVA DE INFORMAÇÃO E RECURSO

O art. 15 contempla o direito de recurso frente a qualquer negativa na prestação da informação dispondo: *no caso de indeferimento de acesso a informações ou às razões da negativa do acesso, poderá o interessado interpor recurso contra a decisão no prazo de 10 (dez) dias a contar da sua ciência.* Observando-se que *o recurso será dirigido à autoridade hierarquicamente superior à que exarou a decisão impugnada, que deverá se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias (§ único).*

5.5.5 RESTRIÇÕES AO ACESSO

O art. 21 da LAI, articula importante mandamento no sentido que não pode ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais, esclarecendo, ainda, o § único do citado artigo que *as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.* As restrições estão bem identificadas na LAI (art. 21 ao 30), sendo que o sistema de classificação de informações possui três níveis – *ultrassecreto, secreto e reservado* – com prazos determinados de sigilo, isto é, 25, 15 e 5 anos respectivamente. Decorrido esse período, renovável apenas uma vez, a informação é automaticamente tornada pública. Observe-se que para a classificação, deve-se considerar o *interesse público*, a *gravidade do dano* à segurança da sociedade e do Estado e o *prazo máximo de restrição*, utilizando o critério menos restritivo possível. A lei só detalha as autoridades que podem classificar informação no âmbito da administração pública federal. Assim, na União, toda classificação deve ser formalizada em uma decisão que contém o assunto sobre o qual versa a informação, os fundamentos da classificação, o prazo de sigilo e a identificação da autoridade que a classificou. Essa decisão é mantida no mesmo grau de sigilo da informação classificada. Um agente público que classificar informação como ultrassecreta deverá encaminhar essa decisão à Comissão Mista de Reavaliação de Informações. Todos os órgãos e entidades públicas (não apenas no âmbito federal) deverão submeter à reavaliação as informações classificadas como ultrassecretas e secretas no prazo máximo de 2 anos após a entrada de vigência da Lei Geral de Acesso à Informação (LAI)³⁵.

35 Cf. MASSUDA, Arthur Serra. Entendendo a Lei de Acesso à Informação. Open Society Institute. Article 19, in: <http://artigo19.org/doc/entenda_a_lei_final_web.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2013.

5.5.6 RESPEITO À LIBERDADE E AS GARANTIAS INDIVIDUAIS

O art. 31 da LAI, na esteira do disposto constitucional dispõe que *o tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais*. As informações pessoais pela LAI terão acesso restrito pelo prazo máximo de 100 anos (contados da data de sua produção), podendo, no entanto serem divulgadas diante de previsão legal ou do consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem (§ 1º, I); observe-se ainda, que o consentimento referido não será exigido quando as informações forem necessárias: à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico; à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem; ao cumprimento de ordem judicial; à defesa de direitos humanos; ou à proteção do interesse público e geral preponderante (§ 3º e incisos). A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância. Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal (§ 4º e 5º).

5.5.7 RESPONSABILIDADE PELA INFORMAÇÃO

Os artigos 32, 33 e 34 da LAI tratam da responsabilidade dos agentes públicos civis e militares (autoridades e demais entes), bem como pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o poder público.

5.6 RESISTÊNCIA A MEDIDAS DE TRANSPARÊNCIA DERIVADAS DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO

Como de se esperar – algumas resistências ocorreram e ainda permanecem como resultado da implementação em nível infraconstitucional do direito de acesso à informação. A mais notável de todas pelos debates que foram colocados na doutrina, na mídia e nos centros de poder diz com a transparência na divulgação dos valores recebidos pelos servidores públicos em todos os níveis da de em todos as funções do Poder Público (executivo, legislativo e judiciário). Tal demarcação é objeto da regulação da Lei 12.527/2011, isto é, o Decreto

nº 7.724, de 16 de Maio de 2012, que dispõe no seu inciso VI do seu Art. 7º: – remuneração e subsídio recebidos por ocupante de cargo, posto, graduação, função e emprego público, incluindo auxílios, ajudas de custo, jetons e quaisquer outras vantagens pecuniárias, bem como proventos de aposentadoria e pensões daqueles que estiverem na ativa, de maneira individualizada, conforme ato do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Tal dispositivo foi considerado (e por muitos ainda o é) inconstitucional, pois excedeu ao dispor sobre o que não rege a Lei 12.527/2011, objeto de sua regulação e, tendo em conta que no direito brasileiro não se admite (em tese e de modo puro) o regulamento autônomo³⁶. Contudo, tal questão já está – no momento – pacificada por força da Decisão do STF no sentido que o [...] *Direito à informação de atos estatais, neles embutida a folha de pagamento de órgãos e entidades públicas. [...] Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo ‘nessa qualidade’ (§ 6º do art. 37)*³⁷.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que a liberdade e o direito de acesso à informação siga sendo o farol que sirva para iluminar e tornar transparente os negócios do Estado, necessária a sempre crescente participação da sociedade civil – de uma proativa cidadania. Sem a pressão e mobilização constantes da sociedade civil as disposições normativas que asseguram ampla informação podem converter-se em “letra morta”, e os princípios que as motivam podem ser suplantados por interesses menos democráticos. Não podemos esperar que os governos mudem por si

36 Cf., sobre o tema, Copola, Gina. JURISPRUDÊNCIA COMENTADA: LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE VENCIMENTOS DE SERVIDORES. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. nov. 2012, em: <<http://www.acopesp.org.br/artigos/Dra.%20Gina%20Copola/gina%20artigo%2084.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

37 Cf., SS 3.902-AgR-segundo, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 9-6-2011, Plenário, DJE de 3-10-2011. Disponível a Decisão em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628198>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

mesmos. Os ventos da globalização e da modernização não converterão de modo automático burocratas egotistas em servidores abertos e transparentes. O debate público e a ação política são elementos chave na consolidação da “transparência”. Essa batalha pela transparência também deve ser fortalecida mediante a investigação sistemática das origens e funcionamento das diversas normas sobre liberdade e direito de acesso à informação existentes em âmbito planetário (ao menos, nos assim denominados Estados Democráticos do Ocidente). No direito comparado, inúmeras são as Constituições que consagram o direito de acesso à informação, e inúmeras são – no cenário infraconstitucional – as leis de acesso à informação existentes no mundo contemporâneo³⁸. Certo é que no direito brasileiro existe um dever constitucional do Estado em assegurar a gestão transparente da informação, para tanto o Estado está obrigado na proteção da informação, garantindo sua disponibilidade à cidadania, ademais de proteger de igual modo a informação sigilosa e a informação pessoal. Por isso mesmo está obrigado a submeter-se aos preceitos da defesa da transparência pela divulgação, independentemente de solicitações, em domínio eletrônico dedicado de acesso, de informações de interesse coletivo produzido ou custodiadas por ele mesmo, obrigando-se, ainda, pela publicação anual, na internet, da lista das de informações e documentos classificados em cada grau de sigilo e aquelas que tenham sido desclassificadas nos últimos 12 meses, ademais da publicação anual, na internet, do relatório estatístico contendo a quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como informações genéricas.

38 Cf., DARBISHIRE, Helen. Proactive Transparency: The future of the right to information? A review of standards, challenges, and opportunities. Access to Information Program at the World Bank Institute (WBI) and supported financially by the Communication for Governance and Accountability Program (CommGAP), 2010. Acessível em: <http://siteresources.worldbank.org/WBI/Resources/213798-1259011531325/6598384-1268250334206/Darbishire_Proactive_Transparency.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2012. Também, *Inter-American Commission on Human Rights*. Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013: *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2013, v.2 / Catalina Botero Marino, Relatora Especial para la Libertad de Expresión. Acessível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2014. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL MARCO JURÍDICO INTERAMERICANO *Segunda Edición Relatoría Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. 2012. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%202da%20edicion.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2014. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LAS AMÉRICAS - Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales. 2013. Acessível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/EP%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20Americas%202012%2005%2015.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

*Antonio-Enrique Pérez Luño
Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Sevilla (España)*

SUMARIO: 1 Del paradigma eleático al paradigma generacional de los derechos humanos; 2 Las generaciones de derechos humanos; 3 Los derechos humanos de la tercera generación; 4 La tercera generación de derechos humanos y sus principales repercusiones; 4.1 Los derechos relativos al medio ambiente, la calidad de vida y la paz; 4.2 Los derechos en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC); 4.3 Los derechos en la esfera de la bioética y de las biotecnologías; 5 Rasgos diferenciales de los derechos de la tercera generación; 5.1

Una nueva fundamentación; 5.2 Nuevos instrumentos de tutela; 5.3 Nuevas formas de titularidad; 6 La Declaración del Milenio y los derechos emergentes de la sociedad globalizada; 7 Conclusión; Referencias.

1 DEL PARADIGMA ELEÁTICO AL PARADIGMA GENERACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una concepción generacional y, por tanto, histórica de los derechos humanos puede juzgarse sorprendente y paradójica. Muchos ciudadanos de las sociedades democráticas actuales juzgan los derechos humanos como un valor eterno consustancial a su experiencia cívica. El paradigma generacional de los derechos humanos se dirige a disipar el sueño ilusorio de imaginar derechos más allá de la historia.

Los derechos humanos, en su acepción estricta, surgieron en el clima cultural ilustrado de la Modernidad. Fueron formulados entonces como categorías que pretendían expresar las exigencias intemporales y perpetuas de la naturaleza humana; como un conjunto de facultades jurídicas y políticas propias de todos los hombres y en todos los tiempos. Ese paradigma eleático concebía los derechos humanos como unas verdades, cuya evidencia podía demostrarse a través de los dictámenes de la recta razón.

Las circunstancias jurídico-políticas y la propia evolución cultural, que han caracterizado el sucesivo devenir de los derechos y libertades desde la época moderna hasta el presente, han determinado una decantación del enfoque de los derechos humanos. Si en su gestación y primeras manifestaciones fueron contemplados *sub specie aeternitatis*, hoy no pueden dejar de ser concebidos *sub specie historiae*. Las profundas transformaciones económicas, científicas y tecnológicas acaecidas desde el periodo de la Ilustración hasta el presente han tenido sus consiguientes repercusiones en la esfera social, jurídica y política. Los Estados de derecho, que tienen uno de sus elementos constitutivos en el sistema de libertades, han experimentado importantes mutaciones y adaptaciones institucionales, con inmediata repercusión en la esfera de los derechos cívicos. Asimismo, la Comunidad internacional ha vivido en su seno cambios y evoluciones, cuya incidencia en el estatuto de los derechos humanos ha sido profunda y relevante.

Las vicisitudes institucionales que jalonan la trayectoria de los derechos humanos en los dos últimos siglos, se han visto también

acompañadas por transformaciones de enorme calado en el ámbito de la ideas. Los postulados racionalistas, a menudo revestidos de la pretensión de inmutabilidad, que sirvieron de apoyo teórico al nacimiento de los derechos humanos, sufrieron en etapas inmediatamente posteriores, una categórica revisión teórica. Los movimientos culturales que se han venido sucediendo a partir del tránsito al siglo XIX, se han mostrado abiertamente incompatibles con la aceptación de cualquier tipo de categoría jurídica y política situada al margen de la historia. Historicismo, marxismo, neokantismo, neohegelismo, fenomenología, existencialismo..., han sido algunos de los principales marcos filosóficos desde los que se ha realizado la crítica al “paradigma eleático ilustrado”. Su repercusión en la esfera doctrinal y también en la práctica de los derechos humanos resulta insoslayable. Esa circunstancia avala e invita a reemplazar, como marco de estudio de los derechos humanos, el paradigma eleático o estático, por un nuevo paradigma dinámico o proteico que es, precisamente, el que se desprende de la concepción generacional de las libertades.

José Ortega y Gasset, al referirse a los derechos, lo mismo que al tratar otros muchos aspectos de la experiencia cultural, mostró su aguda sensibilidad para captar el signo de los tiempos, para interpretarlo certeramente, así como para avanzar la prognosis de su ulterior desarrollo. En un lúcido ensayo que titula *Democracia morbosa*, incluido en el tomo II de *El espectador*, afirma: “A los derechos del hombre ya conocidos y conquistados habrá que acumular otros, hasta que desaparezcan los últimos restos de mitología política”. Ortega advierte, no obstante, que el reconocimiento histórico de esos nuevos derechos no tiene la trascendencia jurídico-política que supuso su génesis y primer reconocimiento. “No acertamos a prever –son palabras de Ortega- que los futuros *derechos del hombre*, cuya invención y triunfo ponemos en manos de las próximas generaciones, tengan tan vasto alcance y modifiquen la faz de la sociedad tanto como los ya logrados o en vías de lograrse”¹.

Si se tiene presente esas observaciones, no parece arbitrario considerar a Ortega como un ilustre precursor de la concepción generacional de los derechos humanos. Su proyección del método de la “razón histórica” a los distintos sectores de la cultura tiene puntual manifestación en sus análisis, plenos de consciencia histórica, de las libertades.

1 ORTEGA Y GASSET, J. *Democracia morbosa*, en Obras Completas. Madrid: Alianza Editorial & Revista de Occidente, v. 2, 1983. p. 137.

La concepción dinámica de los derechos coincide con una etapa caracterizada por la especial relevancia que a ellos se atribuye. Hoy, de nuevo, los *corsi e ricorsi* que, a tenor de una célebre observación viquiana marcan el curso del devenir de los sistemas jurídicos ², han situado el centro de gravedad de la práctica y de la reflexión sobre el Derecho en los derechos y libertades de la persona. La concepción jurídica *sub specie normae* se está viendo reemplazada por construcciones *sub specie facultatis*, desde las que se hace especial hincapié en las situaciones jurídicas subjetivas. Se estima ahora que: “Si el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el Derecho” ³.

Conviene advertir que el presente clima de “retorno a los derechos” implica un acuerdo genérico en la idea de que los derechos y libertades constituyen el fundamento auténtico del Estado de Derecho. Sin que de ello pueda derivarse que existe unidad de criterio en la forma de concebir esos derechos y su papel en el Estado de Derecho.

El renacimiento de los derechos está propiciando uno de esos periódicos “renacimientos” o “eternos retornos” del Derecho natural. Se asiste en los últimos años al replanteamiento de tesis, tácita o *expressis verbis*, neiusnaturalistas que invocan los clásicos argumentos esgrimidos por los autores del Derecho natural racionalista de la ilustración como ideología informadora del orto del Estado de Derecho: a) existencia de derechos anteriores y superiores al Estado, cuya validez no deriva de haber sido positivados, es decir, promulgados por vía legal (*tesis de los derechos humanos como derechos naturales*); b) fundamento de la legitimidad política en la participación democrática de los ciudadanos como expresión de la soberanía popular (*tesis contractualista*); y c) exigencia de instrumentos jurídicos con garantías reforzadas para la tutela de los derechos (*tesis del constitucionalismo*) ⁴.

Pero también desde los parámetros sistémicos de un positivismo jurídico renovado se presta atención al estudio de los derechos. Si bien, desde estos enfoques, se les concibe como funciones, o como subsistemas del sistema estatal. Pierden, de este modo, su significado axiológico

2 VICO, G. B. *Scienza nuova seconda*. 1730, capov. 915 y ss.

3 DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Duckworth, London, 1977. p. 303. (Existe trad. cast. de M. Guastavino, con Prólogo de A. Calsamiglia, con el título *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984).

4 PÉREZ LUÑO, A.E. *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Tébar, Madrid 5. ed. 2007. p. 73 ss.; id., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 10. ed. 2010. p. 569 ss.

y reivindicativo en la medida en que devienen cláusulas de identidad, garantía operativa y reproductora del propio sistema estatal ⁵.

En el marco de ese renovado heterogéneo interés por las garantías jurídicas de la subjetividad, ha cobrado paulatina fuerza la convicción de que los avatares de los derechos no sólo afectan a su posición externa de supremacía o inferioridad respecto a la norma. Las “aventuras del derecho subjetivo” ⁶, término predicable de los derechos en general y, por tanto, también de los derechos humanos, dependen, en no menor medida, de las propias transformaciones internas que jalonan su curso histórico ⁷. El paradigma generacional de los derechos trata de hacerse carga y dar cuenta de algunos aspectos relevantes en los que se pone de manifiesto esa línea evolutiva, así como de sus principales consecuencias.

2 LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS

La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas “generaciones” de derechos. Los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas del siglo XVIII ⁸.

Este contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Estos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los

5 Cfr., PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 65 ss.; id., *Nuevos retos Del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares 2010. p. 15 ss.

6 CESARINI SFORZA, W. *“Avventure del diritto soggettivo”*, en *Idee e problemi di Filosofia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1956. p. 117 ss.

7 Cfr.: RICCOBONO, F. (ed.) *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, 1991; RODRÍGUEZ PALOP, M.E. *La nueva generación de derechos humanos*. Origen y justificación, Dykinson, Madrid, 2.ed. 2010; SALADIN, P. *Grundrechte im Wandel*, Stämpfli, Bern, 3. ed. 1982; SOMMERMANN, K.P. *El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948*, en el v. col. *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996.

8 PECES-BARBA, G. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Mezquita, Madrid, 1982.

derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales, culturales. Estos derechos alcanzan su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho.

La distinción, que no necesariamente oposición, entre ambas generaciones de derechos se hace patente cuando se considera que mientras en la *primera* los derechos humanos vienen considerados como derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades del individuo, que exigen la auto limitación y la no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada y se tutelan por su mera actitud pasiva y de vigilancia en términos de policía administrativa; en la *segunda*, correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales, se traducen en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos ⁹.

3 LOS DERECHOS HUMANOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, los derechos en la esfera de las biotecnologías y respecto a la manipulación genética, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática. En nuestro tiempo se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos complementadora de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*liberties’ pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

La terminología “derechos humanos de la tercera generación” fue acuñada por Karel Vasak, Director del Departamento Jurídico de la UNESCO. Vasak pronunció en 1979, la Lección Inaugural de la Décima Sesión del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo que llevaba por título: *Pour les droits de l’homme de la*

9 PÉREZ LUÑO, op. cit., p. 84 ss.

troisième génération ¹⁰. Cinco años más tarde el propio Vasak insistía en abogar “Pour une troisième génération des droits de l’homme” ¹¹. Karel Vasak puso especial énfasis en postular unos derechos humanos de la tercera generación, que completaran a las libertades civiles y políticas de la primera, así como a los derechos económicos sociales y culturales de la segunda. Los Pactos de la ONU, promulgados en 1966, se hicieron cargo de estas dos generaciones de derechos humanos, por lo que, en opinión de Vasak, era necesario un tercer Pacto, dirigido a completar los dos anteriores y que se hiciera cargo de las exigencias de solidaridad implícitas en temas tales como la paz, la tutela del medio ambiente y calidad de vida, el derecho al desarrollo de los pueblos o la defensa del patrimonio común de la humanidad.

Aludir a “derechos de la tercera generación”, entraña determinados riesgos de ambigüedad y equivocidad lingüística. La expresión pudiera entenderse como referida a los derechos de las personas de “la tercera edad”, dando lugar a posibles malentendidos y confusiones ¹².

Me importa advertir, sin embargo, que algunas expresiones utilizadas como análogas, o como una alternativa clarificadora de la entidad lingüística “derechos de la tercera generación”, tales como: “nuevos derechos”, “derechos de solidaridad”, “derechos de la era tecnológica”, “derechos de la sociedad global”, “derechos de la cuarta generación”, “derechos emergentes”... , me parece que no contribuyen al logro de su propósito. Estas denominaciones incurren en los mismos defectos de confusión y vaguedad que intentan superar.

Hablar de unos “nuevos derechos”, como solución clarificadora, exige trazar unos límites precisos y unívocos que distingan los “nuevos” de los “viejos” derechos, tarea más que problemática. Esta terminología resulta también equívoca, porque la concepción generacional de los derechos no implica una sustitución global y completa de “viejos” por “nuevos” derechos. En algunos casos, analiza la aparición de determinadas libertades que pretenden responder a los nuevos riesgos y asedios a los grandes valores de la persona humana y a su concreción en

10 VASAK, K. *Pour les droits de l’homme de la troisième génération* Institut International des Droits de l’Homme. Strasbourg, 1979.

11 VASAK, K. *Pour une troisième génération des droits de l’homme*, en la obra *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de Jean Pictet*, Mouton, La Haye, 1984.

12 A esos posibles equívocos me he referido en mi libro, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson./Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006. p. 16-17.

derechos. Pero, en otras muchas ocasiones, la concepción generacional estudia la metamorfosis que afecta a derechos ya existentes motivada por las nuevas circunstancias que delimitan su ejercicio.

La solidaridad posee un incuestionable protagonismo como valor-guía de los derechos y libertades de la hora presente. Ello no es óbice para admitir que los denominados “derechos de solidaridad”, en muchos casos, hacen referencia a garantías jurídicas reivindicadas desde el plano de los derechos económicos, sociales y culturales, o sea, desde los derechos de la “segunda generación”. Resulta elocuente, al respecto, el texto del Proyecto de Constitución para Europa, que consagra el Título IV de su Parte II a la “Solidaridad”, especificando los derechos que de ella dimanen. Entre tales derechos se proclaman las tradicionales garantías laborales y de la seguridad social (arts. 87-94), así como el derecho a la protección a la salud (art. 95) y el acceso a los servicios de interés económico general (art. 96). Todos estos derechos fueron formulados como categorías básicas de la segunda generación, es decir, por los derechos económicos, sociales y culturales; si bien, en el contenido, la interpretación y la tutela de los mismos se aprecia la incidencia teórica y práctica de la tercera generación. El texto constitucional de la Unión Europea incluye, en ese mismo epígrafe, dos derechos que sí pueden considerarse netamente representativos del catálogo de derechos de la tercera generación: la protección del medio ambiente (art. 97) y la protección de los consumidores (art.98). La denominación, derechos de solidaridad está muy lejos, por tanto, de constituir una panacea conceptual capaz de ofrecer un marco de referencia diáfano de las generaciones de derechos.

No menos insatisfactorias resultan nomenclaturas tales como “derechos de la era tecnológica”, o “derechos de la sociedad global”. Estas expresiones lingüísticas confunden el concepto de los derechos con el marco ambiental de su ejercicio. No se trata de que la sociedad tecnológica o globalizada engendre unos derechos característicos informados por lo que estos fenómenos implican, sino de analizar los nuevos cauces jurídicos a través de los cuales la teoría de las libertades da respuesta a la circunstancia que contextualiza su titularidad, formas de ejercicio y sistema de garantías.

Otras expresiones alternativas, aducidas para superar y/o resolver estos problemas terminológicos y conceptuales, plantean también importantes reservas científicas. Así, me parece particularmente desafortunado el uso de términos tales como: “derechos de la cuarta generación” o, incluso, “derechos de la quinta generación”. Tales expresiones incurren en el vicio lógico del *quod erat demonstrandum*, o sea, en dar por demostrado lo que, precisamente debe probarse. En

otros términos, estas denominaciones evocan una cierta ingenuidad o ligereza intelectual, al dar por resuelta la problemática de los derechos de la tercera generación y abogar por otras generaciones sucesivas, cuyo *status* teórico constituye una nebulosa.

En cuanto atañe a la expresión: “derechos emergentes”, estimo que adolece de idéntica dosis de imprecisión y equivocidad. Todo derecho, en cualquier época y lugar, tuvo que experimentar necesariamente el fenómeno de su emergencia, al ser elaborado teóricamente o promulgado en un determinado sistema jurídico. Es posible que con esta terminología se quiera aludir a derechos novedosos o en proceso de gestación. En ese caso sería predicable para esta terminología la reservas expuestas al referirme a los denominados “nuevos derechos”.

Estas propuestas metodológicas soslayan la conveniencia de mantener un marco de simetría entre la evolución de las tres formas de Estado de derecho y las correlativas generaciones de derechos, que corresponden a cada uno de estos marcos institucionales jurídico-políticos. Así, las libertades de signo individual representan la generación de derechos conformadores del Estado liberal; los derechos económicos sociales y culturales entrañan el catálogo generacional constitutivo del Estado Social; y la tercera generación de derechos configura el rasgo distintivo de, actual modelo político del Estado Constitucional de derecho. Por todo ello, he preferido optar por la denominación de “la tercera generación de derechos humanos”, con el propósito de obviar estas dificultades terminológicas.

4 LA TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y SUS PRINCIPALES REPERCUSIONES

La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones de los seres humanos con la naturaleza, las relaciones de los seres humanos entre sí y y la relación del ser humano para consigo mismo. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos. Se ha producido, de este modo, un fenómeno bifronte: de una parte, las NT y las TIC han producido importantes desarrollos y mejoras en la condiciones vitales de la humanidad, contribuyendo a reforzar, en ocasiones, el disfrute y ejercicio de determinados derechos; pero como reverso a estos avances, determinados usos o abusos tecnológicos han supuesto una grave amenaza para las libertades, lo que ha exigido la formulación de nuevos derechos o actualización y adecuación a los nuevos retos de los instrumentos de garantía de derechos ya existentes.

4.1 LOS DERECHOS RELATIVOS AL MEDIO AMBIENTE, LA CALIDAD DE VIDA Y LA PAZ

En el curso de estos últimos años pocas cuestiones han suscitado tan amplia y heterogénea inquietud como la que se refiere a las relaciones del *hombre con su medio ambiental*, en el que se halla inmerso, que condiciona su existencia y por el que, incluso, puede llegar a ser destruido. La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo. Los resultados de tal planteamiento constituyen ahora motivo de preocupación cotidiana. El expolio acelerado de las fuentes de energía, así como la contaminación y degradación del medio ambiente, han tenido su puntual repercusión en el hábitat humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos. Estas circunstancias han hecho surgir, en los ambientes más sensibilizados hacia esta cuestión, el temor de que la humanidad pueda estar abocada al suicidio colectivo, porque como l'apprenti sorcier, con un progreso técnico irresponsable ha desencadenado las fuerzas de la naturaleza y no se halla en condiciones de controlarlas. En estas coordenadas debe situarse la creciente difusión de la inquietud ecológica.

La ecología representa, en suma, el marco global para un renovado enfoque de las relaciones entre el hombre y su entorno, que redunde en una utilización racional de los recursos energéticos y sustituya el crecimiento desenfadado, en términos puramente cuantitativos, por un uso equilibrado de la naturaleza que haga posible la calidad de la vida. La inmediata incidencia del ambiente en la existencia humana, la contribución decisiva a su desarrollo y a su misma posibilidad, es lo que justifica su inclusión en el estatuto de los derechos fundamentales. Por ello, no debe extrañar que la literatura sobre el derecho medioambiental, derecho y ecología, y el derecho a la calidad de vida constituyan uno de los apartados más copiosos en la bibliografía actual sobre los derechos humanos. Y parece poco razonable atribuir este dato al capricho, o a la casualidad ¹³.

Un fenómeno especialmente inquietante que amenaza a la vida humana y supone una degradación de la calidad de vida, es el que dimana de la consciencia universal de los peligros más acuciantes que se derivan del desarrollo de la industria bélica. La potencialidad de los armamentos

13 Vid., PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 490 ss.; id., "La tutela del medio ambiente como fin del Estado Constitucional", en su vol., *Nuevos retos Del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, cit., p. 55 ss.

de destrucción masiva sitúa a la humanidad ante la ominosa perspectiva de una hecatombe de proporciones mundiales capaz de convertir nuestro planeta en un inmenso cementerio. Los esfuerzos de las organizaciones internacionales en pro del desarme y del desmantelamiento de las industrias bélicas y los arsenales nucleares, sólo han alcanzado metas parciales. De ahí, que la temática de la paz haya adquirido un protagonismo indiscutible en el sistema de las necesidades insatisfechas de los hombres y de los pueblos de nuestra época y que tal temática entrañe una inmediata proyección subjetiva. Prueba elocuente de ello constituye la monografía de Wolfgang Däubler *Stationierung und Grundgesetz*¹⁴, que mas allá de su título constituyó un replanteamiento del entero catálogo de los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* asumidos desde la perspectiva de la paz y el desarme. Por ello, tiene razón Vittorio Frosini cuando estima que el pacifismo, como ideología política, representa ahora una novedad en la evolución de la consciencia cívica de Occidente¹⁵.

Existe además un nexo de continuidad entre la inquietud por la paz y por la calidad de vida. Tal nexo viene dado por cuanto de amenaza inmediata para esos dos valores suponen los riesgos de la energía nuclear. De ahí, la oportunidad de la obra de Alexander Rossnagel (*Radioaktiver Zerfall der Grundrechte?*)¹⁶, cuyo provocativo título posee la virtualidad de enfrentarnos con uno de los problemas más urgentes que hoy se plantea a la tutela de los derechos y libertades. Porque, en efecto, se cierne un peligro de desintegración de los derechos humanos agredidos por las consecuencias inmediatas (conflicto atómico, o contaminación nuclear del ambiente), o mediata (medidas de seguridad generalizadas limitadoras o suspensivas de las libertades), que se derivan de la utilización de las tecnologías radiactivas.

4.2 LOS DERECHOS EN EL ÁMBITO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC)

En el *plano de las relaciones interhumanas* la potencialidad de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha permitido, por vez primera, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Las nuevas tecnologías (NT) han posibilitado que los seres humanos de nuestro tiempo puedan establecer una comunicación sin límites en el espacio, sin límites en las personas y en tiempo real.

14 DÄUBLER, W. *Stationierung und Grundgesetz*. Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 2. ed. 1983.

15 FROSINI, V. *Mitología e ideología del pacifismo*, en su vol. *Constituzione e società civile*, Milano: Edizioni di Comunità, 1975. p. 157.

16 ROSSNAGEL, A. *Radioaktiver Zerfall der Grundrechte?* C. H. Beck, München, 1984.

Internet constituye la gran revolución de nuestro tiempo y sus efectos se proyectan también en la esfera de las libertades.

No puede soslayarse, en efecto, que el contexto en el que se ejercitan los derechos humanos es el de una sociedad donde la Red ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la “sociedad de la información”, la “sociedad informatizada” o la “era de Internet”. Las TIC y la NT, han propiciado nuevas formas de ejercicio de los derechos y pueden contribuir a un reforzamiento del tejido participativo de las sociedades democráticas. La ciberciudadanía y la teledemocracia constituyen el nuevo horizonte de los derechos. Pero como todas las conquistas de la técnica y de la ciencia, sus posibilidades emancipatorias no escapan de riesgos y, por ello, tienen también su reverso ¹⁷.

El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, educativos y médicos, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. Nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que se ha calificado, con razón, de “juicio universal permanente” ¹⁸. Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad.

Es sabido que la etapa actual de desarrollo tecnológico, junto a avances y progresos indiscutibles, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades. En esas coordenadas se está iniciando un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países con mayor grado de desarrollo tecnológico tendente al

17 PEREZ LUÑO, A. E.: *Ciberciudadani@ o Ciudadani@.com?*, Barcelona, Gedisa, 2004.

18 FROSINI, V. *Cibernética, derecho y sociedad*. Trad. cast.de C. Salguero-Talavera y R. Soriano, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Madrid: Tecnos, 1982.

reconocimiento del derecho a la libertad informática y a la facultad de autodeterminación en la esfera informativa ¹⁹.

En una sociedad como la que nos toca vivir en la que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, en virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario. Es evidente, por tanto, que para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo constituye un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de sus derechos y libertades.

En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable.

Esta proyección de los efectos del uso de la informática sobre la identidad y dignidad humanas, incide también en el disfrute de los valores de la libertad y la igualdad. La libertad, en las sociedades más avanzadas, se halla acechada por el empleo de técnicas informáticas de control individual y colectivo que comprometen o erosionan gravemente su práctica. Contemporáneamente se produce una agresión a la igualdad, más implacable que en cualquier otro período histórico, desde el momento en que se desarrolla una profunda disparidad entre quienes poseen, o tiene acceso, al poder informático y quienes se hallan marginados de su disfrute.

4.3 LOS DERECHOS EN LA ESFERA DE LA BIOÉTICA Y DE LAS BIOTECNOLOGÍAS

De igual modo, las nuevas tecnologías han contribuido decisivamente, a posibilitar un conocimiento más radical del propio ser humano. Durante milenios el hombre ha sido un desconocido para sí mismo.

19 DENNINGER, E. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Trad. cast. de A.E. Pérez Luño, en el vol. col. Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), a cargo de A.E. Pérez Luño, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987. p. 268 ss. ; FROSINI, V. *Il diritto nella società tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1981; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990; PÉREZ LUÑO, A. E. *Nuevas tecnologías sociedad y derecho*, Fundesco, Madrid, 1987.

Desde la perspectiva de los avances científicos y tecnológicos de nuestro tiempo, no pueden dejar de considerarse como meras elucubraciones ingenuas e insuficientes las teorías y conjeturas rudimentarias, que desde la medicina, la biología, la psicología y la filosofía se venían haciendo sobre el significado y la estructura de la naturaleza humana ²⁰.

En los últimos años los avances de la *ingeniería genética* y la *biotecnología* han permitido trasladar desde la incertidumbre y la penumbra de las elucubraciones a la seguridad de los datos científicos, el conocimiento de la vida humana. Los estudios sobre el genoma humano y la consiguiente revelación del mapa genético de nuestra especie constituyen un nuevo marco de referencia para el estudio y la propia tutela de los derechos humanos ²¹.

Estos progresos no se hallan exentos de riesgos. El desarrollo biotecnológico, junto a avances indiscutibles para la mejora del derecho a la salud y a la prolongación de la vida humana, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades. Esta circunstancia ha promovido un movimiento de la doctrina jurídica, la legislación y la jurisprudencia de los países con mayor implante tecnológico tendente al reconocimiento de derechos y facultades subjetivas frente a eventuales abusos que afecten a la esfera bioética y frente a determinadas experiencias biotecnológicas. Entre esos derechos, tiene importancia especial el referente a la tutela de la intimidad de los datos sanitarios procesados a través de las nuevas tecnologías. Son importantes también los esfuerzos por establecer instrumentos de tutela en el ámbito de la experimentación biotecnológica, que pueden agredir esferas de la libertad y de la identidad de las personas. Los debates sobre la manipulación genética, el tratamiento de embriones, clonación ..., son algunas de las cuestiones más candentes de esta nueva frontera de los derechos. No puede tampoco omitirse la trascendencia que para el alcance de los derechos humanos del presente poseen las polémicas sobre cuestiones

20 Cfr.: CASADO, M. *Bioética, Derecho y Sociedad*, Trotta, Madrid, 1998.; DE CASTRO CID, B. *Biotecnología. Derechos humanos: una compleja interacción circular*, en el vol., col., a cargo de A.Mª. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos*, UNED, Madrid, 2011. p. 47ss.; GRACIA, D. *Fundamentos de Bioética*. Eudema, Madrid, 1989; MARTÍNEZ MORAN, N. (ed.), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Comares, Granada, 2003; MARTÍNEZ MORAN, N. *La dignidad humana en las investigaciones biomédicas*, en el vol., col., a cargo de A.Mª. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos*, UNED, Madrid, 2011. p. 145ss.

21 PORRAS DEL CORRAL, M. *Biotecnología, derecho y derechos humanos*. CajaSur, Córdoba, 1996.

bioéticas tan candentes como la problemática del aborto, la eutanasia y el derecho a una muerte digna²².

5 RASGOS DIFERENCIALES DE LOS DERECHOS DE LA TERCERA GENERACIÓN

Los derechos relativos al medio ambiente, la calidad de vida, la paz, la libertad informática, la ciberciudadanía, o las garantías en la esfera biotecnológica, no son los únicos derechos que conforman la tercera generación, aunque quizás sean los más representativos y consolidados. Junto a ellos se postulan también otros derechos de muy heterogénea significación, tales como: el derecho al desarrollo, los derechos de consumidores y usuarios, el derecho al disfrute del patrimonio histórico-artístico, las reivindicaciones de género, así como las distintas facultades y pretensiones que se incluyen en la postulación de los denominados “derechos emergentes” a los que se aludirá *infra*.

Es evidente que el catálogo de los derechos de la tercera generación está muy lejos de constituir un elenco cerrado, preciso y de contornos bien definidos. Se trata, más bien, de un marco de referencia, todavía *in fieri*, de las demandas actuales más acuciantes que afectan a los derechos y libertades de la persona.

Desde premisas jurídicas, se ha puesto de relieve las dificultades que se derivan de la pretensión de admitir esta tercera generación de derechos. Se señala la debilidad e imprecisión de los instrumentos de garantía requeridos para dotarlos de vigencia. Las obligaciones correlativas a la exigencia del disfrute de estas nuevas categorías quedan diluidas en un horizonte de indeterminación, que se extiende a instancias internacionales y estatales, gubernamentales y no gubernamentales. Esta circunstancia gravita sobre la exigibilidad judicial de estas categorías, comprometiendo gravemente su *status* normativo. Se señala, también, que la tercera generación de derechos, por su propia indefinición y precaria eficacia, pueda comprometer y relativizar la protección de los derechos consagrados en las generaciones anteriores. En consecuencia, se juzga una expresión desafortunada, por los riesgos que de ella pueden derivarse, el término “tercera generación de

22 ALVAREZ S. *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*. Dykinson, Madrid, 2007, *passim*;
MALEM SEÑA, J. “Privacidad y mapa genético”, en *Isonomía*, n. 2., 1995. p.23 ss.; PEREZ LUÑO, A.
E., “Biotecnologías e intimidad”, en su vol., , *La tercera generación de derechos humanos*, cit., p. 129 ss. y
la bibliografía allí citada.

derechos”, que resulta conceptualmente incompatible con los postulados teóricos y metodológicos de la ciencia jurídica ²³.

Estas ambigüedades han suscitado dudas sobre la oportunidad de estos nuevos derechos y hasta han contribuido a que se impugne su condición de auténticos derechos humanos. Nos hallamos, en suma, y ello no es nuevo en el devenir histórico de las libertades, ante una disyuntiva cuyas polaridades son igualmente peligrosas. Porque la admisión apresurada y acrítica como derechos humanos de cuantas demandas se reivindicaban bajo el todavía impreciso rótulo de “derechos de la tercera generación”, equivaldría a condenar la teoría de los derechos humanos a zonas de tal penumbra y equivocidad que comprometería su *status* jurídico y científico. Pero negar a esas nuevas demandas toda posibilidad de llegar a ser derechos humanos, supondría desconocer el carácter histórico de éstos, así como privar de tutela jurídico-fundamental a algunas de las necesidades más radicalmente sentidas por los hombres y los pueblos de nuestro tiempo.

Se abre así un importante reto para la legislación, la jurisprudencia y la ciencia del derecho dirigido a clarificar, depurar y elaborar esas reivindicaciones cívicas, para establecer cuales de ellas incorporan nuevos derechos y libertades dignos de tutela jurídica y cuales son meras pretensiones arbitrarias.

La tarea de precisar el catálogo de derechos de la tercera generación es, por tanto, un *work in progress*, ni fácil, ni cómodo, aunque, precisamente por ello, urgente y necesario. En función de esa labor estimo que pueden apuntarse algunos rasgos peculiares que avalan la pertinencia de esta nueva generación de derechos humanos.

5.1 UNA NUEVA FUNDAMENTACIÓN

Si la *libertad* fue el valor guía de los derechos de la primera generación como lo fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tiene como principal valor de referencia a la *solidaridad*. Los nuevos derechos humanos se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen para su realización la comunidad de esfuerzos y

²³ SOMMERMANN, K.P. *El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948*, en el vol. col. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio, ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996. p. 106 ss.; SOMMERMANN, K.P., *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen. 1997. p. 256 ss.

responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un espíritu solidario de *sinergia*, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o a la libertad informática ²⁴.

En definitiva, la tercera generación de derechos humanos ha contribuido a redimensionar la propia imagen del hombre en cuanto sujeto de derechos. Las nuevas condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinado una nueva forma de ser ciudadano en el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas, del mismo modo que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho configuró también formas diferentes de ejercitar la ciudadanía.

En efecto, la teoría liberal-individualista, que es el substrato ideológico de los derechos de la primera generación, forjó un modelo de sujeto de derecho de espaldas a la experiencia, así como a las ciencias del hombre y de la sociedad. De ahí, que el pretendido individuo libre y autónomo que despliega su personalidad en el seno de las relaciones intersubjetivas, operó como una hipóstasis enmascaradora de la paulatina suplantación o manipulación del sujeto por mecanismos de control externo, que sustituyen su libre autodeterminación por pautas, modelos o estereotipos de conducta que devienen intrasubjetivos en la medida en que se “interiorizan”. Ulrich Preuss ha definido el proceso como *Die Internalisierung des Subjekts*, en su importante revisión crítica de la función del derecho subjetivo en la teoría jurídica individualista burguesa ²⁵.

Por ello, frente a la imagen ideal y abstracta de “un hombre sin atributos” (*Der Mann ohne Eigenschaften*, por decirlo con las palabras que titulan una conocida obra de Robert Musil), corolario de la concepción individualista, los derechos sociales de la segunda generación conformaron una imagen del “hombre situado” en el interior de las instituciones y grupos en los que se integra. Este proceso de paulatina conformación de una imagen real y concreta del sujeto y del fundamento de los derechos humanos recibe un impulso decisivo con la tercera generación, en la que se pretende partir de la totalidad de las necesidades e intereses del ser humano tal como se manifiestan en el presente mundo global. De este

²⁴ Cfr., MASUDA, Y. *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*. Trad. cast. de J. Ollero y F. Ortíz Chaparro, Tecnos & Fundesco, Madrid, 1984. p.120 ss.

²⁵ PREUSS, U. *Die Internalisierung des Subjekts*. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Surhrkamp, Frankfurt, 1979. 63 ss.y 115 ss.

modo, se ha reconstruido la propia noción de las libertades, que dejan de ser ideas abstractas que se agotan “en y para sí mismas”, para devenir derechos humanos que se realizan “con” los demás y “en” un contexto social e histórico determinado ²⁶.

5.2 NUEVOS INSTRUMENTOS DE TUTELA

La dimensión generacional de los derechos fundamentales se ha manifestado también en la mudanza de los instrumentos jurídicos dirigidos a su positivación y protección. Así, en el ámbito de la doctrina iuspublicista se ha considerado apremiante la exigencia de completar la célebre teoría de los *status*, elaborada por Georg Jellinek ²⁷, con nuevos cauces jurídicos que se hicieran cargo de las sucesivas transformaciones operadas en las situaciones subjetivas. Se ha hecho, por tanto, necesario ampliar aquella tipología, pensada para dar cuenta de las libertades y derechos de la primera generación con el reconocimiento de un *status positivus socialis*, que se haría cargo de los intereses económicos, sociales y culturales propios de la segunda generación ²⁸.

En la actualidad la consagración de la libertad informática y el derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*), en el marco de los derechos de la tercera generación, han determinado que se postule un *status* de *habeas data*, concretado en las garantías de acceso y control a las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas concernidas ²⁹.

Al propio tiempo, la transcendencia adquirida en el presente por las jurisdicciones constitucionales, en particular, por la jurisdicción constitucional de la libertad ³⁰, las modalidades de tutela innovadas por

26 Cfr., ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Tecnos, Madrid, 1990. p. 112 ss.; PEREZ LUÑO, A. E., La tercera generación de derechos humanos, cit., p. 25 ss.; PALOP, M.E. La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación, cit., p. 31 ss.; SALADIN, P., Grundrechte im Wandel, cit., p. 36 ss.

27 JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Reimp. de la ed. de 1919, Scientia, Aalenpp, 1964. p.81 ss.

28 Cfr. D'AVACK, L. (ed.), *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*. Guida, Napoli, 2003; PEREZ LUÑO, A. E., Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho, cit., 65 ss.

29 PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevas tecnologías sociedad y derecho*. Fundesco, Madrid, 1987. p. 85 ss.

30 Cfr., CAPPELLETTI, M., La giurisdizione costituzionale delle libertà. Giuffrè, Milano, 1971; CASCAJO, J. L., “La jurisdicción constitucional de la libertad”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, 1975; FIX ZAMUDIO, H., La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, Civitas, Madrid, 1982; GARCÍA BELAUNDE, D., *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, ed., a cargo de J. F. Palomino Manchego, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Lima, 2000.; PRIETO SANCHÍS, L., Justicia constitucional y derechos fundamentales, Trotta,

las instancias jurisdiccionales internacionales ³¹, así como la relevancia que ahora asumen las normas de procedimiento para la organización y realización de los derechos humanos, hace que se aluda a un *status activus processualis* ³². Erhard Denninger concibe dicho *status* como el reconocimiento de la facultad de cada persona para participar activamente y asumir su propia responsabilidad en los procedimientos que le afectan, así como en el seno de las estructuras organizativas más directamente vinculadas con el ejercicio de los derechos fundamentales.

La plena realización de tales derechos en las sociedades actuales exige completar el valor de la autodeterminación (*selfdetermination*) con el de codeterminación (*codetermination*). Se trata, en suma, de garantizar a través del procedimiento un equilibrio de posiciones entre los miembros de la sociedad democrática, en las relaciones particulares y de éstos con los poderes públicos. El *status activus processualis* constituye un factor clave en los Estados de Derecho para asegurar el ejercicio pleno de todas las libertades. Su reconocimiento se desglosa en la garantía de cinco posiciones procesales básicas: a) el derecho a la audiencia del interesado no sólo en la vista oral, sino en todas las fases del procedimiento; b) el derecho a la información y acceso a los archivos administrativos; c) el derecho a una instrucción adecuada y transparente del proceso; d) el derecho a la asistencia letrada; y e) el derecho a la motivación de la decisión del procedimiento. Desde el punto de vista procedimental la realización de los derechos fundamentales requiere unas estructuras organizativas que aseguren: a) el pluralismo; b) el respeto de las minorías; c) la neutralidad o imparcialidad; d) la apertura de los procedimientos a las necesarias innovaciones. Se pretende, con todo ello, posibilitar formas de protección dinámica de los derechos fundamentales (*dynamischen*

Madrid, 2003. La importancia temática de la tutela de la libertades ha sido uno de los principales motivos del eco doctrinal suscitado por la concepción garantista de FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995.

31 Cfr., por todos: DE CASTRO CID, B. El reconocimiento de los derechos humanos, Tecnos, Madrid, 1982; DE CASTRO CID, B.; ARA I.; MARTÍNEZ N.; AYLLÓN, J.; DE MIGUEL, I. *Introducción al estudio de los derechos humanos*. Madrid: Universitat, 2003; GARCÍA DE ENTERRÍA E. y otros, *Sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madrid: Civitas, 2. ed. 1983.

32 HÄBERLE, P. Grundrechte im Leistungsstaat (Regensbueger Staatsrechtslehrrtagung 30, September 1971), ahora en su vol. Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, C. F. Müller, Heidelberg, 3. ed. 1983; BETHGE, H. "Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982. p. 1 ss.; GOERLICH, H. *Grundrechte als Verfahrensgarantien*. Nomos, Baden-Baden, 1981. p. 76 ss.

Grundrechtsschutz, o en la terminología anglosajona *dynamic basic rights protection*), que permitan su pleno desarrollo y efectividad ³³.

La importancia del *status processualis* pudiera considerarse como una manifestación, en la esfera de los derechos fundamentales, de ese fenómeno de “procedimentalismo” o de indispensable “proceduralización” en el derecho moderno (*Proceduralization in Modern Law*) auspiciado por Rudolf Wiethölter ³⁴.

Resulta ilustrativo recordar, en relación con esta problemática, que en el sistema constitucional español ha sido el artículo 24 de la Constitución de 1978, referido a la tutela procesal efectiva de los derechos y a la garantía de un proceso debido a sus distintas fases (lo que la doctrina anglosajona denomina *due process of Law*), el más invocado en los procesos de amparo de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional ³⁵.

La importancia que revisten las normas de procedimiento, como signo emblemático de la peculiaridad de la tutela jurídica de los derechos de la tercera generación, se halla también corroborada por la difusión creciente de las instituciones de protección que tienden a completar la función de garantía de los tribunales. En este sentido, debe hacerse notar el protagonismo adquirido por el sistema del *Ombudsman* en la defensa de los derechos y libertades de la tercera generación. Así, por ejemplo, pueden citarse una serie de variantes de *Ombudsman*, unipersonales o colegiados, específicamente dirigidos a la protección de los ciudadanos respecto al tratamiento informatizado de datos personales. Cabe citar, entre tales instituciones, al *Privacy Commissioner* de Canadá y, en el ámbito escandinavo, al *Datainspektionen* sueco, al *Registertilsynet* danés, y al *Datatilsynet* noruego. En la República Federal de Alemania actúan, a escala federal y los *Länder* que cuentan con leyes propias de protección de datos, los Comisarios para la protección de

33 DENNINGER, E. *Government Assistance in the Exercise of Basic Rights (Procedure and Organization)*, en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989. p.461 ss.

34 WIETHÖLTER, R. *Matedalization and Proceduration in Modern Law*, en el vol. col. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, a cargo de G. Teubner, Walter de Gruyter, Bedín/New York, 1986. p. 221 ss.; WIETHÖLTER, R. “Proceduralization of the Category of Law”, en vol. col. *Critical Legal/Thought: : An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989. 501 ss.

35 PÉREZ LUÑO, A. E. *La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, en la obra *Estudios Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas & UNAM, México, v. III, 1988, III, 2345 ss; id., *Nuevos retos Del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*, p. 73 ss.

datos (*Datenschutzbeauftragten*). En Francia, a partir de su Ley sobre Informática, Archivos y Libertades de 1978, se creó una *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* compuesta por 17 miembros y con algunas competencias similares a las de la figura del *Mediateur* (institución francesa equivalente al *Ombudsman*) respecto a la vigilancia de los departamentos administrativos informatizados. También Gran Bretaña cuenta con instituciones como el *Registrar* y el *Data Protection Tribunal* especializadas en la tutela de los derechos cívicos frente a eventuales abusos informáticos.

Entre las ventajas que ofrece el sistema *Ombudsman* para la protección efectiva de los derechos humanos pueden citarse las referidas a las funciones siguientes: 1.^a) función dinamizadora, adaptada y de reciclaje de los derechos fundamentales, realizada básicamente a través de los informes periódicos presentados ante los Parlamentos de los que son comisionados; 2.^a) función orientadora de los ciudadanos, agilizando y clarificando los procedimientos de tutela de las libertades; y 3.^a) función preventiva de las amenazas a los derechos humanos, evitando agresiones y daños de difícil o imposible reparación en el disfrute de tales derechos; ya que al ejercicio de las libertades es de cabal aplicación el célebre adagio latino: *melius est prevenire quam reprimere*³⁶.

5.3 NUEVAS FORMAS DE TITULARIDAD

Uno de los aspectos que más decisivamente contribuyen a caracterizar a la tercera generación de derechos humanos se refiere a la redimensión y ampliación de sus formas de titularidad, por el reconocimiento de nuevas situaciones y posiciones jurídicas subjetivas³⁷. Es más, ese progresivo ensanchamiento de los *status* subjetivos ha permitido que se reivindique extender la atribución de derechos a sujetos no humanos. La posibilidad de reconocer derechos a los animales, a las plantas o al ambiente natural se halla hoy en el centro de una viva

36 PÉREZ LUÑO, A. E. "La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo", en *Anuario de Derechos Humanos*, v. IV, 1986/1987, 259 ss.; id., Nuevos retos Del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías, p. 107 ss.

37 COMANDUCCI, P. *Diritti vecchi e nuovi: un tentativo di analisi*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v. XVII, núm. 1., 1987. 95 ss.; DENNINGER, E. *Neue Rechte im technologischen Zeitalter?*, en su obra *Der gebädigte Leviathan, Nomos*, Baden-Baden, 1990, 219 ss.; OLSEN, F. "Liberal Rights and Critical Legal Theory" en el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D. M. Trubek, *Nomos*, Baden-Baden, 1989. 241 ss.; PÉREZ LUÑO, A. E. "Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos" en su vol., *La tercera generación de derechos humanos*, cit., p. 229 ss.; RODRÍGUEZ PALOP, M.E. *La nueva generación de derechos humanos*. Origen y justificación, cit., p. 145 ss.; id., *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Libros de la Catarata, Madrid, 2011. p. 37 ss.

polémica³⁸, responsable, en ocasiones, de contribuir al aumento de la incertidumbre y equivocidad en torno a la temática de los derechos. No es infrecuente, que en el marco de esas discusiones se entremezclen, de forma embarullada, argumentos que pretenden alargar la nómina de sujetos de los derechos, pero que sólo muestran la ampliación de su objeto. Se incurre así en la metonimia de confundir la causa, incremento de las necesidades y formas de sensibilidad humanas (con su puntual incidencia en los valores y derechos del hombre), con su efecto sobre el medio ambiente natural animado e inanimado. En ocasiones, el abuso lingüístico llega a la paradoja de predicar una “moral” animal, una “justicia” animal, o, incluso, unos “derechos humanos” animales³⁹, expresiones a las que cuadra la célebre imagen, acuñada por Jeremy Bentham, del “sinsentido sobre zancos” (*nonsense upon stilts*)⁴⁰.

La experiencia de las últimas décadas ha mostrado que es necesario reconocer a la generalidad de los ciudadanos la legitimación para defenderse de aquellas agresiones a bienes colectivos o intereses difusos que, por su propia naturaleza, no pueden tutelarse bajo la óptica tradicional de la lesión individualizada. De ahí, que se tienda a postular la admisión de formas de *acción popular* como medio idóneo para superar la concepción individualista del proceso, permitiendo la iniciativa de cualquier interesado -individual o colectivo- en la puesta en marcha de los instrumentos de protección de los nuevos derechos. De este modo, se han institucionalizado nuevos medios y estrategias para la defensa jurídica de intereses que no se pueden considerar privativos de una persona o un grupo, por incidir en la calidad de los ciudadanos en su conjunto. La flexibilidad en la legitimación procesal activa exige también, por la peculiaridad que entraña la defensa de estos derechos, una ampliación de la legitimación pasiva, que permita superar determinadas trabas formales que, con anterioridad, habían dejado en la impunidad conductas atentatorias o lesivas para los derechos fundamentales de la tercera generación⁴¹.

38 cfr., por todos, REGAN, T.; SINGER, P. (eds.), *Animal Rights and Human Obligations*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs (New Jersey), 1976.

39 Cfr.: CLARK, S. *The Moral Status of Animals*. Clarendon Press, Oxford, 1977.; PRITEHARD, M. S. y ROBINSON, W. L. *Justice and the Treatment of Animals: a Critique of Rawls*, en *Environmental Ethics*, 1981.; RODMAN, Jh. *Animal Justice: the Counter-revolution in Natural Rights and Law*, en *Inquirí.*, 1979.

40 BENTHAM, J. *Anarchical Fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution, 1791*, en *Works*, ed. Bowring, se cita por la reimp. de Russell & Russell, New York, v. II., 1962. p. 500.

41 Vid., por todos., SPAGNA MUSSO, E. “*La tutela costituzionale degli interessi collettivi nello Stato di democrazia pluralista*”, en vol. col. *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*, Arnaldo Forni, Bologna, 1978. 213 ss.

Conviene insistir en que para la tercera generación de derechos el carácter universal de los derechos humanos ha dejado de ser postulado ideal para devenir una necesidad práctica. Se trata ahora de dar cumplimiento al proyecto emancipatorio cosmopolita de la modernidad, es decir, aquella herencia cultural de la ilustración irrealizada hasta el presente ⁴².

Las declaraciones de derechos de la primera generación, aunque formalmente proclamaron los “derechos del hombre y del ciudadano”, limitaron de *facto* su disfrute. Se ha hecho célebre la denuncia de Karl Marx, contenida en su trabajo juvenil *Zur Judenfrage*, de una fractura básica en el seno del Estado liberal entre los derechos del hombre, entendidos como derechos del individuo egoísta, del burgués en cuanto a miembro de la sociedad civil, y los derechos del ciudadano en cuanto miembro de la comunidad política. La realización de los derechos humanos exigía, para Marx, la emancipación humana que se produce cuando el hombre y el ciudadano se funden ⁴³.

El sujeto titular de los derechos de la primera generación carecía de una auténtica consciencia del carácter universal de los derechos humanos. Por eso, Wolfgang Goethe, el más lúcido testigo de la época, hace decir en *Fausto* ⁴⁴ a un “buen ciudadano”, representativo de la mentalidad burguesa: “No conozco nada mejor, los domingos y días de fiesta, que charlas de guerras y de batallas, mientras allá lejos, en Turquía, los pueblos se pelean. Uno se asoma a echar una mirada, bebe su vasito, y ve bajar por el río los barcos empavesados; luego, al atardecer, vuelve contento a casa y bendice la paz y los tiempos pacíficos”. Esta imagen del titular de los derechos humanos como monada aislada, será corregida por las formas de titularidad colectiva reconocida a los grupos sociales y económicos, cuyo protagonismo señala, precisamente, el advenimiento de los derechos de la segunda generación. Pero ha sido la actual tercera generación de derechos humanos la que, de forma más decisiva, ha contribuido a que se cobre consistencia de la necesidad de ampliar a escala planetaria, el reconocimiento de su titularidad universal para asegurar el logro de su total y solidaria realización.

42 HABERMAS, J. “*Die Moderne—ein unvollendetes Projekt*”, en su vol. *Kleine Politische Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1981; HABERMAS, J., *Der Philosophische Diskurs der Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985.; id., ¡Ay, Europa! trad. cast., J.L. López, P. Madrigal y J. Gil, Trotta, Madrid, 2009. p.136 ss.

43 MARX, K. *Zur Judenfrage*, 1843, en *Marx-Engels Werke*, Dietz, Berlín, v. 1. 1961. p. 362

44 GOETHE, W. *Fausto, Acto I*, (1832), se cita por la ed. *Obras*, trad. cast. de J. M.ª Valverde con Prólogo de M. Sacristán, Vergara, Barcelona, 1963. p.87-88.

Al burgués europeo titular de las libertades de la primera generación podía parecerle irrelevante para el disfrute de sus derechos cuanto ocurriera en, la entonces remota, Turquía. A diferencia de entonces, para cualquier ciudadano del mundo actual, en una sociedad globalizada y en la que se han “deslocalizado” los actores y procesos económicos, políticos y culturales, resulta insuficiente atenerse a una consideración de los derechos y libertades circunscrita a las fronteras nacionales. La amenaza de un conflicto atómico, del terrorismo o de la criminalidad organizada afecta a la humanidad en su conjunto, sin quedar limitada a ciudadanos de uno u otro Estado. Del mismo modo, que la catástrofe ecológica de Chernobyl no redujo sus nocivas consecuencias para el medio ambiente y la calidad de vida a un país. Tampoco los grandes bancos de datos públicos o privados afectan sólo a las informaciones personales de los ciudadanos de los Estados en los que se halla su sede física, sino que potencialmente su flujo de informaciones puede concernir a personas de todo el mundo. En consecuencia, la eficacia de los derechos de la tercera generación no permite contemplar su titularidad desde la óptica del hombre aislado de los derechos de la primera generación, ni siquiera desde la esfera del “hombre situado en los grupos y movimientos sociales que impulsaron los derechos de la segunda generación. Hoy, en la sociedad global, lo mismo el individuo que las colectividades resultan insuficientes para responder a unos retos y agresiones que, por afectar a todos los seres humanos, sólo pueden ser contrarrestados a través de derechos cuyos titulares sean conscientes de que la plena realización de sus libertades es algo que incumbe, real o potencialmente, a todos los seres humanos. La titularidad de la tercera generación de derechos humanos exige, en definitiva, la plena consciencia de la universalidad y solidaridad que los fundamenta ⁴⁵.

6 LA DECLARACION DEL MILENIUM Y LOS DERECHOS EMERGENTES DE LA SOCIEDAD GLOBALIZADA

El paradigma generacional de los derechos humanos ha hallado confirmación en distintas iniciativas y experiencias actuales. Entre ellas, reviste especial interés la Declaración del Milenio, que fue aprobada por resolución de la Asamblea General de las *Naciones Unidas* en *Nueva York* el *8 de septiembre* de 2000. Dicho texto consta de ocho apartados que, sucesivamente, hacen referencia a:

⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A. E. *La universalidad de los derechos humanos*, en su vol., *La tercera generación de derechos humanos*, cit., p.205 ss.

1) Valores y principios; 2) La paz, la seguridad y el desarme; 3) El desarrollo y la erradicación de la pobreza; 4) Protección de nuestro entorno común; 5) Derechos humanos, democracia y buen gobierno; 6) Protección de las personas vulnerables; 7) Atención a las necesidades especiales de Africa y 8) Fortalecimiento de las Naciones Unidas. Entre los valores guía de este documento destaca su compromiso a favor de la paz justa y duradera en todo el mundo. Asimismo, se considera tarea prioritaria de los impulsores de la Declaración conseguir que la globalización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del planeta. Para ello, será necesario que los procesos globalizadores sean plenamente incluyentes y equitativos. En el texto se consideran como valores inspiradores y orientadores de la convivencia política en el nuevo Milenio: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad común. Porque, tal como se afirma en el documento, la responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo, lo mismo que en lo que afecta a las amenazas que pesan sobre la paz y la seguridad internacionales, debe ser compartida por las naciones y ejercerse multilateralmente. Por ser la organización más universal y más representativa de todo el planeta, Naciones Unidas deben desempeñar un papel central para el logro de esos objetivos.

En el texto de la Declaración no existe una referencia expresa a la dimensión generacional de los derechos humanos. Pero aunque la letra del documento no haga mención explícita del paradigma generacional, su espíritu lo refleja inequívocamente. Si se coteja la Declaración Universal de 1948 y los Pactos de 1966 con la Declaración del Milenio se advierte la progresiva ampliación de los derechos, así como la sensibilidad a los contextos históricos en los que va a concretarse su reconocimiento y protección.

La Declaración del Milenio es consciente del nuevo ámbito, determinado por la globalización y el desarrollo tecnológico, que va a contextualizar el ejercicio de los derechos humanos. El énfasis con el que en ese texto se invocan los derechos a la paz, al desarrollo, a la calidad de vida y al entorno ambiental, a los sectores de población más vulnerables... , refleja la acogida de nuevos derechos o derechos de tercera generación en su catálogo humanitario. Al propio tiempo, la Declaración revela la necesidad de asumir la interpretación y la garantía de los derechos de las generaciones anteriores, es decir, las libertades individuales y los derechos económicos, sociales y culturales a partir de las exigencias y nuevos retos subyacentes a la sociedad tecnológica global. De todo ello, se infiere y refuerza la conveniencia de asumir el estudio y la realidad presente de los derechos humanos bajo el prisma generacional.

La globalización ha suscitado un importante debate en relación con su incidencia en el ámbito de las libertades. Como ejemplo resulta interesante aludir también al *Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes. Los derechos humanos en un mundo globalizado*, elaborado por el Forum Universal de las Culturas en el año 2004. Este documento posee luces y sombras, a las que no resulta ocioso aludir como síntoma de las inquietudes presentes en relación con la tercera generación de los derechos humanos en la sociedad globalizada.

- a) Entre los méritos más destacados de esta Carta se debe mencionar su sensibilidad por situar el significado actual de los derechos ante las nuevas condiciones de interdependencia planetaria que dimanar de la globalización. Así, en la Primera Parte del documento en el que se proclama su Marco General, se afirma que: “Mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos surge de una Asamblea de Estados, la Carta de Derechos Humanos Emergentes se construye desde las diversas experiencias y luchas de la sociedad civil global, recogiendo las reivindicaciones más perfiladas de sus movimientos sociales”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue, en efecto, una resolución adoptada solemnemente por las Naciones Unidas, como documento fundamntador de los valores éticos, jurídicos y políticos humanistas del siglo XX. Fue el “ideal común a alcanzar” desde el designio de los Estados de signo liberal y democrático. Mientras que la Carta de Derechos Humanos Emergentes surge desde la experiencia y las voces de la sociedad civil global en los inicios del siglo XXI.

Esta Carta pretende ofrecer una nueva concepción de la participación ciudadana y concibe los derechos emergentes como derechos cívicos. Según sus promotores: “se trata de superar el déficit político y la impotencia entre los cambios deseados y las precarias condiciones actuales para su realización”.

Se recuerda certeramente en este texto, que los derechos humanos son el resultado de un proceso inacabado y en permanente transformación. Emergen nuevos compromisos, necesidades y nuevos derechos, pero sobre todo, aparece una toma de conciencia de las sociedades actuales que hacen visibles a pueblos y grupos sociales que hoy aparecen con voz a través de la emergencia de una sociedad civil internacional organizada. La Carta de Derechos Humanos Emergentes pretende ser

una respuesta a los retos que se derivan de los procesos de globalización cuya naturaleza parcial y desigual excluye de sus beneficios a amplias capas de la población mundial, en particular los países subdesarrollados, pero también en los desarrollados, diseñando como marco de relación global un escenario de pobreza, violencia y exclusión.

Se recuerda en la Carta que, en el mundo actual, existen nuevos contextos y mundialización de la economía, grandes transformaciones de la ciencia y la tecnología, la ingeniería médica. Nos hallamos ante fenómenos tales como: “las migraciones mundiales y desplazamientos de grandes núcleos de la población, aumento de la pobreza a nivel mundial y de la extrema pobreza en el tercer mundo, aparición de nuevas formas de esclavitud, agudización del terrorismo y el narcotráfico, pervivencia e intensificación de los conflictos interétnicos y de la hegemonía política de un país ante bloques políticos en construcción en las configuraciones geopolíticas actuales, entre otros grandes desafíos que enfrenta el mundo en la actualidad, surgen también nuevos actores sociales, económicos y políticos que aparecen o se perciben en el siglo XXI”.

De lo hasta aquí expuesto se desprenden los dos principales aspectos positivos de la Carta: su apertura hacia una concepción “generacional” de los derechos humanos; y la sensibilidad para trazar un cuadro de las principales necesidades y retos que la sociedad globalizada plantea a la tutela efectiva de los derechos humanos.

- b) Pero junto a esos méritos, la Carta incurre en algunas inexactitudes y defectos técnico-jurídicos que no deben quedar soslayados.

La Carta proclama enfáticamente su designio de representar: “la idea reciente según la cual la humanidad entera formaría una comunidad política con el deber de asumir su destino en forma compartida. Esto es compatible con el respeto de las comunidades políticas estatales existentes. Sin embargo, una nueva combinación se impone entre las comunidades plurales y la comunidad política compartida a la que todos pertenecemos”. Conviene recordar que la idea del cosmopolitismo universalista se remonta a los estoicos y que tras esa formulación pionera en el mundo clásico, fue reelaborada por el humanismo renacentista y constituyó un *Leimotiv* del pensamiento ilustrado. Por tanto, aducir que todos los hombres y pueblos del orbe se integran en la noción del “genero humano” y que todas las naciones y personas constituyen una gran familia común, no puede ser considerado como un invento del siglo XXI, lo que implicaría un grave

desconocimiento de la historia. La idea de la pertenencia común de los hombres y los pueblos al género humano, fue nítidamente expuesta y defendida por un relevante elenco de pensadores humanistas cuyo estímulo se remonta desde Cicerón y Marco Aurelio a Vitoria y Kant.

También suscita cierta perplejidad la circunstancia de que no se contenga ni una alusión al impacto de las Nuevas Tecnologías (NT) como causa inmediata de la emergencia de nuevos derechos humanos. En el Proyecto se enumeran una serie de derechos presentes en la tradición del Constitucionalismo, así como en las principales Declaraciones, Pactos y Convenios internacionales de derechos humanos. A ellos, se añaden algunos pretendidos derechos nuevos de contenido muy impreciso y ambiguo, que plantearía graves dificultades para su positivación normativa a la técnica jurídica. Como muestra del carácter nebuloso de esos supuestos “derechos emergentes”, pueden citarse los siguientes: “derecho al espacio público y a la monumentalidad” (art.7.7); “derecho a la belleza” (art.7.8); “derecho a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía” (art.7.11); “derecho a la verdad” (art.9.3)...Estas proclamaciones, y otras de similar alcance, se hallan más próximas al enunciado de “buenos deseos e intenciones”, que a la expresión lingüística de derechos humanos.

Se consagran, al propio tiempo, como pretendidos derechos, circunstancias o situaciones que contradicen abiertamente la concepción humanista de la libertad. Como ejemplo, puede citarse el siguiente texto: “*El derecho a la elección de los vínculos personales*, que se extiende al reconocimiento del derecho individual a la asociación sentimental con la persona elegida, incluyendo el derecho a contraer matrimonio, sin que exista obstáculo alguno al libre y pleno consentimiento para dicho acto. Todo tipo de vínculo personal libremente consentido merece igual protección” (art.6.3). Tomada al pie de la letra, esta declaración admitiría la posibilidad de que una persona pudiera enajenar su libertad y asumir la esclavitud, siempre que consintiera en ello. Lo cual contradice el carácter irrenunciable e inalienable de los derechos humanos y es del todo incompatible con una sociedad democrática organizada bajo la forma del Estado de Derecho.

Paradójicamente, no se incluyen en este texto, tal como se ha indicado *supra*, aquellos derechos emergentes que, por su significado tutelar de la ciudadanía frente a los efectos liberticidas del impacto tecnológico, constituyen el catálogo básico de los derechos de la tercera generación. El carácter heterogéneo de los planteamientos de la Carta, la diversidad disciplinar de quienes más directamente han

contribuido a su redacción, así como lo heteróclito de los propósitos y finalidades de la misma se han traducido en un texto puramente programático y cuya incidencia en el ámbito jurídico político interno e internacional exigiría una profunda revisión y depuración técnico-jurídica. En su redacción actual la carta se aproxima más a la prédica de unos teólogos que a un documento normativo de alcance jurídico.

En definitiva, es responsabilidad de los pueblos y de las personas libres aprovechar los aspectos positivos del fenómeno globalizador (hacer patente la necesaria relación e interdependencia entre todos los sujetos a escala planetaria) y evitar las perversiones que del mismo se desprenden (profundizar en las desigualdades y desequilibrios en el disfrute de la riqueza, la cultura y la libertad)⁴⁶.

7 CONCLUSIÓN

Conviene advertir, al enfilar el último tramo de estas reflexiones, que las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones que configuran ese despliegue como un proceso dialéctico. No debe escapar tampoco a la consideración de esta problemática que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro; en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

Una concepción generacional de los derechos humanos implica, en suma, reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados de “deber ser”. Junto a su irrenunciable dimensión

⁴⁶ Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E. *“Los derechos humanos en la sociedad global*, en su vol., La tercera generación de derechos humanos, cit., p. 243 ss., y la bibliografía allí reseñada. En relación con la temática de los derechos emergentes, vid., por todos, CARRILLO SALCEDO, J.A. *“El derecho al desarrollo como derecho humano emergente”*, en el vol., col., Seminario conmemorativo del XXV Aniversario del Tribunal Constitucional (Baeza, 13 y 14 de octubre de 2005), Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007. p. 55 ss.

utópica, que constituye uno de los polos de su significación, entrañan un proyecto emancipatorio real y concreto, que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, lo que conforma el otro polo del concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad. Se ha dicho, en expresión afortunada, que; “Bisogna apprendere la lezione della realtà di oggi, per poter essere capaci di dirigerla verso un modo migliore di domani”⁴⁷

REFERENCIAS

ALVAREZ S. *Derechos fundamentales y protección de datos genéticos*. Madrid: Dykinson, 2007.

ARA PINILLA, I. *Las transformaciones de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1990.

BENTHAM, J. *Anarchical Fallacies: being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution, 1791*, en Works, ed. Bowring, se cita por la reimp. de Russell & Russell, New York, v. II, 1962.

BETHGE, H. *Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1982.

CAPPELLETTI, M. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. Giuffrè, Milano: Giuffrè, 1971.

CARRILLO SALCEDO, J.A. *El derecho al desarrollo como derecho humano emergente*. En el vol., col., Seminario conmemorativo del XXV Aniversario del Tribunal Constitucional (Baeza, 13 y 14 de octubre de 2005), Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007.

CASADO, M. *Bioética, Derecho y Sociedad*. Madrid: Trotta, 1998.

CASCAJO, J. L. La jurisdicción constitucional de la libertad. En: *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, 1975.

47 FROSINI, V. *L'uomo artificiale*. Etica e diritto nell'era planetaria. Milano: Spirali, 1986. p.133. En fecha reciente, Jürgen HABERMAS ha insistido y elucidado esa dimensión “utópico-real” de los derechos humanos en su ensayo: “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.44, 2010. p. 105 ss.

CESARINI SFORZA, W. *Avventure del diritto soggettivo*. En *Idee e problemi di Filosofia giuridica*, Milano: Giuffrè, 1956.

CLARK, S. *The Moral Status of Animals*. Oxford: Clarendon Press, 1977.

COMANDUCCI, P. *Diritti vecchi e nuovi*: un tentativo di analisi, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, v. XVII, núm. 1., 1987.

D'AVACK, L. (ed.), *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*. Napoli: Guida, 2003.

DÄUBLER, W. *Stotionierung und Grundgesetz*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 2. ed. 1983.

DE CASTRO CID, B. *El reconocimiento de los derechos humanos*. Madrid: Tecnos, 1982.

_____. *Biotechnología*. Derechos humanos: una compleja interacción circular, en el vol., col., a cargo de A. M^a. Marcos del Cano, *Bioética y derechos humanos*, UNED, Madrid, 2011.

_____; ARA I.; MARTÍNEZ N.; AYLLÓN, J.; DE MIGUEL, I. *Introducción al estudio de los derechos humanos*. Madrid: Universitas, 2003.

DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*. México: Fontamara, 1993.

DENNINGER, E. *Rechtsperson und Solidarität*. Frankfurt a.M.: Metzner, 1967.

_____. *El derecho a la autodeterminación informativa*. trad. cast. de A.E. Pérez Luño, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), a cargo de A.E. Pérez Luño, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid, 1987.

_____. *Government Assistance in the Exercise of Basic Rights*. (Procedure and Organization). En el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989.

_____. *Neue Rechte im technologischen Zeitalter?* En su obra *Der gebädigte Leviathan*, Nomos, Baden-Baden, 1990.

DWORKIN, R. (1977): *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London. Existe trad. cast. de M. Guastavino, con Prólogo de A. Calsamiglia, con el título Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal, trad. cast. de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995.

FIX ZAMUDIO, H. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Madrid: Civitas, 1982

FROSINI, V. *Il diritto nella società tecnologica*. Milano: Giuffrè, 1981.

_____. *Cibernética, derecho y sociedad*. Trad. cast. de C. Salguero-Talavera y R. Soriano, con Prólogo de A. E. Pérez Luño, Madrid: Tecnos, 1982.

_____. *Mitología e ideología del pacifismo*. En su vol. *Constituzione e società civile*, Milano: Edizioni di Comunità, 1975.

_____. *L'uomo artificiale*. Etica e diritto nell'era planetaria. Spirali, Milano, 1986.

GARCÍA BELAUNDE, D. *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*. ed., a cargo de J. F. Palomino Manchego, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Lima, 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA E. y otros. *Sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madrid: Civitas, 2. ed. 1983.

GOERLICH, H. *Grundrechte als Verfahrensgarantien*. Nomos, Baden-Baden, 1981.

GOETHE, W., Fausto. (1832), en *Obras*, trad. cast. de J. M.^a Valverde con Prólogo de M. Sacristán, Vergara, Barcelona, 1963.

GRACIA, D. *Fundamentos de Bioética*. Madrid: Eudema, 1989.

HÄBERLE, P. *Grundrechte im Leistungsstaat*. (Regensbueger Staatsrechtslehrtagung 30, September 1971), ahora en su vol. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, C. F. Müller, Heidelberg, 3. ed. 1983.

HABERMAS, J. *Die Moderne-ein unvollendetes Projekt*. En su vol. *Kleine Politische Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1981

_____. *Der Philosophische Diskurs der Moderne*. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1985.

_____. *¡Ay, Europa!* trad. cast., J.L. López, P. Madrigal y J. Gil, Trotta, Madrid, 2009.

_____. *La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos*. En Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n.44, 2010.

JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. reimp. de la ed. de 1919, Scientia, Aalenpp, 1964

JIMENEZ DE PARGA, M. *Los nuevos derechos fundamentales*. En el vol., col., Seminario conmemorativo del XXV Aniversario del Tribunal Constitucional (Baeza, 13 y 14 de octubre de 2005), Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007.

JIMENEZ SANCHEZ, G. *Los nuevos derechos fundamentales o derechos de tercera generación*. En el vol., col., Seminario conmemorativo del XXV Aniversario del Tribunal Constitucional (Baeza, 13 y 14 de octubre de 2005), Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990.

MALEM SEÑA, J. *Privacidad y mapa genético*. En Isonomía, n. 2., 1995

MARTÍNEZ MORAN, N. (ed.) *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*. Granada: Comares, 2003.

_____. *La dignidad humana en las investigaciones biomédicas*. En el vol., col., a cargo de A.Mª. Marcos del Cano, Bioética y derechos humanos, UNED, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. *Las generaciones de derechos humanos*. En la obra Constitución y derechos fundamentales, a cargo de J. Betegón, F. Laporta, J. R. de Páramo y L. Prieto, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2004.

MaRX, K. *Zur Judenfrage*, 1843, en Marx-Engels Werke, Dietz, Berlín, v. 1. 1961.

MASUDA, Y. *La sociedad informatizada como sociedad post-industrial*. trad. cast. de J. Ollero y F. Ortíz Chaparro, Tecnos & Fundesco, Madrid, 1984.

OLSEN, F. *Liberal Rights and Critical Legal Theory*. En el vol. col. *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989.

PECES-BARBA, G. *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*. Mezquita, Madrid, 1982.

PÉREZ LUÑO, A. E. *La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del Defensor del Pueblo*. En *Anuario de Derechos Humanos*, v. IV, 1986/1987.

_____. *Nuevas tecnologías sociedad y derecho*. Madrid: Fundesco, 1987

_____. *La tutela de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. En la obra *Estudios Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las Ciencias Jurídicas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas & UNAM, México, v. III, 1988.

_____. *Libertad informática. Nueva frontera de los derechos fundamentales*. En el vol. de M. Losano, A. E. Pérez Luño y M.^a F. Guerrero Mateus, *La libertad informática y leyes de protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

_____. *¿Ciberciudadani@ o Ciudadani@.com?* Barcelona, Gedisa, 2004. A esos posibles equívocos me he referido en mi libro, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2006.

_____. *Trayectorias Contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*. Madrid: Tébar, 5. ed. 2007.

_____. *La concepción generacional de los derechos humanos*. En el vol. col. *Los nuevos derechos fundamentales*, Seminario conmemorativo del XXV Aniversario del Tribunal Constitucional (Baeza, 13 y 14 de octubre de 2005), Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007.

_____. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 10. ed. 2010.

_____. *Nuevos retos Del Estado Constitucional: valores, derechos, garantías*. Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2010.

- PIZZORUSSO, A. *Las generaciones de derechos*. En Anuario de Derechos Humanos, v. 3 (Nueva Época), 2002.
- PORRAS DEL CORRAL, M. *Biotechnología, derecho y derechos humanos*. Córdoba: CajaSur, 1996.
- PREUSS, U. *Die Internalisierung des Subjekts*. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Surhrkamp, Frankfurt, 1979
- PRIETO SANCHÍS, L. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.
- PRITEHARD, M. S.; ROBINSON, W. L. *Justice and the Treatment of Animals: a Critique of Rawls*. En Environmental Ethics, 1981.
- REGAN, T.; SINGER, P. (eds.), *Animal Rights and Human Obligations*. Prentice-Hall, Englewood Cliffs (New Jersey), 1976.
- RICCOBONO, F. (ed.) *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Milano: Giuffrè, 1991.
- RODMAN, Jh. *Animal Justice: the Counter-revolution in Natural Rights and Law*. en Inquirí, 1979.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.E. *La nueva generación de derechos humanos*. Origen y justificación, Dykinson, Madrid, 2. ed. 2010.
- _____. *Claves para entender los nuevos derechos humanos*. Madrid: Libros de la Catarata, 2011.
- ROSSNAGEL, A. *Radioaktiver Zerfall der Grundrechte?* C. H. Beck, München, 1984.
- SALADIN, P. *Grundrechte im Wandel*. Stämpfli, Bern, 3 ed. 1982.
- SÁNCHEZ BRAVO, A. La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea, con Prólogo de A.E. Pérez Luño. *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, Sevilla, 1998.
- SOMMERMANN, K.P. *El desarrollo de los derechos humanos desde la declaración universal de 1948*. En el vol. col. Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio, ed. a cargo de A. E. Pérez Luño, Marcial Pons, Madrid, 1996.

SOMMERMANN, K.P. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

SPAGNA MUSSO, E. *La tutela costituzionale degli interessi collettivi nello Stato di democrazia pluralista*. En vol. col. La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana, Arnaldo Forni, Bologna, 1978.

VASAK, K. *Pour les droits de l'homme de la troisième génération Institut International des Droits de l'Homme*. Strasbourg, 1979.

VASAK, K. *Pour une troisième génération des droits de l'homme*. En la obra *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Mouton, La Haye, 1984.

VICO, G. B. *Scienza nuova seconda*. 1730.

VIDAL GIL, E. *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

WIETHÖLTER, R. *Matedalization and Proceduration in Modern Law*. En el vol. col. *Dilemmas of Law in the Welfare State*, a cargo de G. Teubner, Walter de Gruyter, Bedín/New York, 1986

_____. *Proceduralization of the Category of Law*. En vol. col. *Critical Legal/Thought: An American-German Debate*, a cargo de Ch. Joerges y D. M. Trubek, Nomos, Baden-Baden, 1989.

**TRANSCONSTITUCIONALISMO OU
COSMOPOLITISMO: PERSPECTIVAS
PARA UMA SEMÂNTICA DIALÓGICA
NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

***TRANSCONSTITUTIONALISM OR COSMOPOLITANISM:
PERSPECTIVES FOR A DIALOGICAL SEMANTICS IN THE
CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM***

Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho

Procurador Federal/AGU

doutorando em direito na Universidade de Brasília (UnB)

pesquisador visitante na Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

alexandre.zaidan@agu.gov.br

SUMÁRIO: Introdução; 1 Acoplamento estrutural, razão transversal e o transconstitucionalismo; 2 O *many minds argument* e o cosmopolitismo constitucional; 3 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Ao considerar a variedade de elementos que cerca a fragmentação da reprodução do direito, além da precária legitimação dos Estados nacionais e entidades não estatais para tratar de problemas constitucionais comuns da sociedade mundial, este artigo discute duas propostas teóricas direcionadas ao tema: o transconstitucionalismo e o cosmopolitismo constitucional. Ao traçar um paralelo entre as duas perspectivas, pretende-se demonstrar os limites e possibilidades de ambas, com especial atenção ao constitucionalismo norte-americano. Com foco na resistência da Suprema Corte em considerar precedentes estrangeiros como referência para suas decisões, o trabalho avalia como a postura de fechamento ao diálogo prejudica a construção da noção de um constitucionalismo partilhado.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Global. Transconstitucionalismo. Cosmopolitismo Constitucional.

ABSTRACT: By considering the variety of elements that surrounds the fragmentation of law reproduction, beyond the precarious legitimacy of the national State and non-state entities to confront common constitutional problems of the world society, this paper discusses two theoretical proposals directed to the question: transconstitucionalism and constitutional cosmopolitanism . To draw a parallel between the two perspectives, it is intended to demonstrate the limits and possibilities of both, with special attention to American constitutionalism. Focusing on the resistance of Supreme Court to consider foreign precedents as reference for their decisions, the paper evaluates how the posture of closing the dialog affects in the construction of the notion of shared constitutionalism.

KEYWORDS: Global Constitutionalism. Transconstitucionalism. Constitutional Cosmopolitanism.

INTRODUÇÃO

Imagine-se que a passagem escrita por Shakespeare, em *Hamlet*, de que “nosso tempo está desnorteado”¹, pudesse ser tomada como a grande provocação do pensamento filosófico da modernidade sobre a relação entre o direito e a política, e que dessa provocação surgisse a seguinte questão: Quem decide qual o sentido do poder e da norma na vida dos indivíduos?

Num grau de generalidade como esse, talvez nenhuma outra resposta pudesse ser tão precisa quanto à figura do soberano. Mas de que soberania se pode falar quando não se define se o soberano é o poder ou a norma? O dilema apresenta-se, então, entre duas alternativas: o direito estabelece as normas de funcionamento do poder ou o poder cria livremente o direito.

No contexto de edificação do Estado moderno essa histórica antinomia entre poder e direito buscou solução no constitucionalismo. Tratava-se de uma inovação linguística articulada com as revoluções liberais, cuja pretensão era construir uma semântica social² capaz de fornecer um conceito de soberania fundado no primado da Constituição. A promessa do mecanismo que a um só tempo promoveria a diferenciação entre os sistemas político e jurídico, viabilizando a legitimação de ambos por referências mútuas através do acoplamento estrutural entre aquelas duas esferas, o que evitaria o regresso infinito à questão sobre a fundação do poder e do direito.

O constitucionalismo passava a consagrar uma noção de soberania que, segundo Luigi Ferrajoli³, residia sob três aporias: a primeira, de matriz filosófica, que atribuía a uma concepção jusnaturalista (soberania) à fundação juspositiva do Estado e do direito internacional público moderno; a segunda, de natureza histórica, responsável pela divisão entre soberania interna (*potestas absoluta*), consistente na progressiva formação dos Estados constitucionais e soberania externa (*superiorem*

1 SHAKESPEARE, William (2007). *Hamlet*. Porto Alegre: L&PM, p. 41. No original, publicado em 1601: “The time is out of the joint”; há ainda uma tradução para o espanhol com o seguinte teor: “La naturaleza está en desorden” SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. tradução de Inarco Celestino. Madrid: Oficina de Villalpando, 1798. p. 45. O trecho está no final do Ato I, cena 5, em que Hamlet dialoga com Horácio e Marcelo, logo após ter recebido do espectro de seu pai a notícia de que o motivo de sua morte foi o envenenamento por meimendo enquanto dormia no jardim, por ação do tio de Hamlet, Cláudio, que se tornara rei da Dinamarca e acabara de se casar com Gertrudes, a rainha viúva.

2 LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, G. PORTINARO, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi. 1996. p. 4 ss.

3 FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno*: nascita e crisi dello stato nazione. Bari: Laterza. 1997. p. 8 ss.

non recognoscens), realizada historicamente como absolutização do direito de declarar guerra e celebrar a paz; e, finalmente, o paradoxo inserido na teoria do direito, a respeito da legitimação do ordenamento jurídico no plano interno, cuja autodeterminação exige que o direito regule a si próprio, sofrendo a irredutível antinomia de obrigar-se à observância da paz e dos direitos humanos no plano internacional.

Hoje este último paradoxo parece ter se radicalizado. A fórmula de autoproclamação da soberania combinando regras de procedimento e normas de validade substancial com base nos direitos fundamentais, no plano interno; e exercer a prerrogativa de vincular-se autonomamente a pactos de direito internacional, como meio de incorporar aos ordenamentos jurídicos nacionais disposições de interesse supranacional, no plano externo; não corresponde mais às complexas relações de produção de sentido do direito na sociedade mundial⁴ multicêntrica.

A ameaça terrorista à vida e à integridade de pessoas, o poder destrutivo de armas nucleares, as ofensas ao meio ambiente e o aquecimento global⁵, os conflitos étnico-religiosos com efeitos extraterritoriais, o acirramento da disputa por fontes de energia, além da intensificação da miséria e de desigualdades, causadoras do aumento de fenômenos migratórios, são exemplos de fatores que evidenciam a escala mundial dos problemas com que a reduzida capacidade técnica e política dos Estados precisa lidar. Tudo isso num contexto de precarização da legitimidade⁶ de instituições com encargo de manutenção da paz e do equilíbrio nas relações internacionais.

4 Para Luhmann, o termo não despreza as desigualdades entre regiões do globo, o que poderia resultar em um “sistema global de sociedades regionais”, mas parte da consideração de que a explicação dessas diferenças “não deve apresentá-las como dados, isto é, como variáveis independentes, mas deve, antes, começar com a suposição de uma sociedade mundial e, em seguida, investigar, como e porque esta sociedade tende a manter ou mesmo aumentar as desigualdades regionais.” Cf. LUHMANN, 1997, p.72.

5 Partindo do consenso da comunidade científica de que o aquecimento global e a atual da crise climática são resultado da ação humana, Dipesh Chakrabarty observa como os sentimentos contemporâneos de ansiedade e preocupação em relação à finitude da humanidade desafia, inclusive, uma mudança na autoconcepção do pensar histórico. Para o autor, a percepção da dimensão da crise e a possibilidade de extinção da espécie humana provocariam um senso do presente que separa o futuro do passado ao colocar tal futuro além do alcance da sensibilidade histórica. Cf. CHAKRABARTY, Dipesh. *The Climate of History: four theses*. Critical Inquiry, v. 35, n. 2, 2009. p. 197.

6 Sintomático dessa crise de legitimidade foi a tomada de posição unilateral e hegemônica pelos Estados Unidos ao decidir intervir no Iraque, contra decisão do Conselho de Segurança da ONU, e a intervenção em Kosovo, mesmo diante dos vetos de Rússia e China. Cf. MORRIS, Justin; WHEELER, Nicolas. *The Security Council's Crisis of Legitimacy and the Use of Force*. International Politics. v. 44, p. 220 ss.

Por outro lado, a tentativa de construir soluções consensuais numa esfera global baseada em critérios de legitimação que pressupõem a observância de condições democráticas por seus participantes encontra sérias dificuldades. Aqui o paradoxo se manifesta pela pretensão de formular regras de procedimento comum num ambiente marcado por diversidades radicais entre povos e culturas⁷, cujo conflito é característico da globalização, agregada aos efeitos da expansão da lógica do livre mercado.

É sob esse desnorteio shakespeariano que são repropostos os dilemas do constitucionalismo enquanto movimento capaz de articular fundamentalmente a limitação do poder e a garantia de direitos, responsáveis pelo êxito do conceito de Constituição no sentido moderno, contudo, desvinculando-os da figura do Estado⁸.

Diante de um quadro com tantas variantes, os esforços teóricos empenhados à reabilitação do constitucionalismo como discurso normativo universal da ideia de liberdade⁹ precisam lidar principalmente com dois fenômenos: o primeiro é o aumento de complexidade das relações entre os atores envolvidos no processo de globalização (agentes privados, entidades supranacionais, Estados e indivíduos); e o segundo, a tendência de expansão destrutiva dos sistemas parciais em nível mundial, especialmente o sistema econômico¹⁰, com consequências para a proteção dos direitos humanos, quando o sistema jurídico fragmenta-

7 Alguns desses conflitos podem ser vistos nas relações entre particulares diante da expansão da tecnologia e do mercado, p. ex. a venda da carne de vaca em alguns locais da Índia, onde o animal é considerado sagrado ou a comercialização de frango congelado no Irã, sem o respeito ao ritual de abate exigido pelos muçulmanos; mas também nas relações de indivíduos ou grupos com Estados, como no julgado do tribunal de Colônia (Alemanha), que considerou crime, sujeito à pena de prisão, a milenar prática religiosa judaica e muçulmana de circuncisão de recém-nascidos, por entendê-la incompatível com a integridade física da criança, prevalecente sobre a liberdade religiosa de seus pais.

8 Uma crítica às tentativas da teoria constitucional de transferir irrefletidamente ao plano global os paradigmas de constitucionalização do Estado-nação é feita por Günther Teubner. Cf. TEUBNER, Günther. *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional theory?* JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (orgs.). *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart, 2004. p. 7 ss.

9 Cf. BRUNKHORST, Hauke. Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 26, n. 17, 2011. p. 16.

10 Ao descrever a forma de autonomização do discurso jurídico na modernidade, Max Weber já observava que o direito formal encontrava contradições ao deparar-se com a dinâmica das relações comerciais, sendo forçado a tomar um rumo antiformal (WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília. 2009. p. 153.

se progressivamente em ordens de níveis múltiplos¹¹, colocando em xeque dois dos mais importantes postulados kelsenianos¹², a estrutura escalonada da ordem jurídica e o monismo do direito internacional.

Essa revolução copernicana da autocompreensão do constitucionalismo em nível global não deixa de produzir seus reflexos no plano interno dos Estados, com efeitos para a interpretação e aplicação do direito por órgãos judiciários nacionais que, de um lado, passam a se deparar com a insuficiência dogmática da “supremacia constitucional” e, por outro lado, precisam lidar com a tensão entre o dever de fundamentar suas decisões sob a Constituição e a observância da universalidade de princípios do direito internacional, precedentes de cortes internacionais ou decisões de entidades transnacionais, sem poder apoiar-se nos padrões herdados¹³ das revoluções liberais.

É sobre os efeitos dessa atualização de sentido¹⁴ do constitucionalismo, que demandam a reapropriação da dicotomia interno/externo no sistema jurídico, além de mudanças na postura interpretativa das cortes encarregadas das respostas sobre problemas constitucionais comuns da sociedade mundial, que este trabalho dirige a sua atenção.

Problematizando as possibilidades da permanência de interpretações focadas na prevalência da “última palavra”¹⁵, serão comparadas duas perspectivas de construção dialógica no estágio atual

11 Habermas afirma que a constitucionalização de uma cidadania cosmopolita passa por três níveis ou arenas: a supranacional (comunidade internacional), a transnacional (regimes regionais) e a estatal (estados nacionais) HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2007. p. 359 ss, defendendo uma política interna mundial descentrada do Estado, mas com reformulação da ONU, segundo uma estrutura prevista numa espécie de Constituição para a sociedade mundial; já Neves descreve a possibilidade de entrelaçamentos simultâneos entre ordens estatais, supranacionais, internacionais, transnacionais e locais, cf. NEVES, p. 238 ss.

12 Cf. Kelsen, 1998. 155 ss. e 234 ss.

13 Cf. GRIMM, Dieter. Can the ‘Post-National Constellation’ be Re-Constitutionalized? *TranState Working Papers*, no. 2. Bremen: University of Bremen [original: Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung”. In: Brenner, Michael; Huber, Peter M.; Möstl, Markus (orgs.). *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*: Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 15.

14 Cf. LUHMANN, 2006. p. 33 ss e LUHMANN, 2002. p. 32.

15 Uma discussão sobre a insuficiência de teorias da ‘última palavra’ ou ‘última autoridade’ representativa do conflito entre parlamentos e cortes constitucionais no âmbito interno da reprodução do direito e da política é feita por Conrado Hübner Mendes, que procura articular a “provisoriedade das decisões com a continuidade da política” através do diálogo permanente. Cf. MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 219 f. 2008. p. 168 ss.

do constitucionalismo: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas de Marcelo Neves; e o cosmopolitismo constitucional, trabalhado por Cass Sunstein, procurando descrever os limites e possibilidades de ambas as teorias como alternativas ao enfrentamento de questões além-fronteiras.

Um dos principais desafios para a mudança de comportamento na construção partilhada da semântica constitucional, como expectativa normativa rearticulada por ordens distintas, está no confronto das assimetrias¹⁶ existentes no plano estrutural das relações sociais em nível mundial. Consideradas as restrições à adoção de uma linguagem comum no plano da solução de conflitos, propõe-se uma análise tanto do transconstitucionalismo quanto do cosmopolitismo constitucional, sob a ótica específica do tratamento das diferenças, procurando enxergar como a autocompreensão de cada uma das teorias pode significar uma abertura para *o outro*¹⁷ ou apenas a apropriação estratégica do discurso constitucional para afirmar a própria identidade e repetir o mesmo.

1 ACOPLAMENTO ESTRUTURAL, RAZÃO TRANSVERSAL E O TRANS-CONSTITUCIONALISMO

Uma das alternativas teóricas construídas para lidar com a crescente fragmentação do direito e as dificuldades do relacionamento entre as ordens jurídicas da sociedade mundial é a proposta do *transconstitucionalismo* de Marcelo Neves, que descreve a possibilidade de diálogos baseados em acoplamentos estruturais¹⁸ e *pontes de transição*, como abordagem adequadamente complexa ao tratamento de problemas constitucionais comuns, evitando tanto pontos de vista focados na plena autonomia estatal, quanto a aposta no internacionalismo como última *ratio*

16 Para Koselleck a característica dos conceitos antitéticos assimétricos é que “eles determinam uma posição seguindo critérios tais que a posição adversária, deles resultante, só pode ser recusada” Cf. KOSELLECK, 2006. p. 195. Essa oposição auxilia a fundamentação tanto da constituição interna quanto da política externa à medida que desloca o espaço da experiência do horizonte de expectativas e permite a negação do outro como integrante de uma humanidade única. Cf. KOSELLECK. 2006. p. 191 ss.

17 A referência aqui é ao “pensamento da alteridade”, desenvolvido por Emanuel Levinas, que procura abrir caminho para a relação do Mesmo com o absolutamente Outro, sob uma ética para além da categoria de totalidade conceitual em que teria se fechado a tradição filosófica moderna, evidenciando a subjetividade como uma relação de alteridade Cf. LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70. 2011. p. 66; MILOVIC, Miroslav 2004. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará - UNIJUI. 2004. p. 88.

18 Cf. NEVES, op. cit., p. 34 ss e 235 ss; LUHMANN, 1996. p. 22; 2002. p. 315 ss e 2007. p. 66 ss.

ou do uso metafórico do conceito de constituição que possa importar na expansão de um *constitucionalismo imperial*¹⁹ para a ordem transnacional.

Os pressupostos utilizados por Neves para construir a ideia do transconstitucionalismo relacionam-se com o entrelaçamento dos discursos político e jurídico na teoria dos sistemas²⁰ e a formação de racionalidades parciais trabalhada por Wolfgang Welsh²¹, que entre as suas preocupações, encarrega-se da reabilitação do conceito de razão após os ataques das críticas pós-modernas e pós-estruturalistas.

Inicialmente o conceito de constituição é contextualizado historicamente a partir dos movimentos revolucionários na França e nos Estados Unidos, quando se atribui a estas revoluções liberais a responsabilidade pela interpenetração terminológica entre a política e o direito na semântica social, de modo que “*política e direito aparecem como um sistema e o direito como forma de reação aos inconvenientes políticos, inclusive ao perigo de se recair no estado de natureza*”²², logo a constituição em sentido moderno seria uma reação à diferenciação funcional entre política e direito, dada a necessidade de religação entre esses sistemas.

Sob a perspectiva da teoria dos sistemas, essa religação forneceria o parâmetro de validade do direito, considerando-o operativamente fechado, autorreferente, circular e concebido sob a descrição de dois tipos essenciais de suas operações: ora positiva, sob a tautologia constitutiva de seus próprios elementos internos; ora negativa, sob o paradoxo da inserção de elemento do ambiente, reproduzindo as distinções que o caracterizam como sistema jurídico no plano concreto da comunicação social.

Tomando a capacidade do código binário lícito/ilícito em orientar a formação congruente de expectativas normativas com pretensão generalizante²³, a sua própria validade não pode ser posta em questão. Logo, é necessário que o direito sancione a si próprio como sistema, ocultando o paradoxo de sua diferenciação, sem o que restaria prejudicada

19 Esse propósito fica claro logo no início do texto. Cf. NEVES, op. cit., p. XX, 6, 51.

20 Cf. NEVES, 2009. p. 34-38; NEVES, 2011. p. 64-67; LUHMANN, 1996.

21 Cf. WELSH, Wolfgang. *Rationality and Reason Today*. Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy. GORDON, Dane & NIZNIK, Józef (eds.) Amsterdam: Rodopi, 1998. p. 17-31; WELSH, Wolfgang. *Reason and Transition: on the Concept of Transversal Reason*. Ethik und Sozialwissenschaften - Streitforum für Erwägungskultur 11, Heft 1, 2000. p. 79-91.

22 Cf. LUHMANN, 1996. p. 3-4

23 Cf. LUHMANN, 1985. p. 42.

a sua positividade. Dito de outro modo, as questões postas ao direito seriam indecidíveis²⁴.

Nesse contexto, a constituição funciona como projeto de ‘desparadoxalização’, apresentando-se como fundamento de validade que torna assimétrico o direito em relação a si mesmo. Cria-se uma instância ‘super-regulativa’ através da articulação entre o direito e a política, que realiza o fechamento operacional do sistema jurídico ao mesmo tempo em que representa sua fundação²⁵.

A concepção de constituição como acoplamento estrutural, e de acoplamento estrutural como aquisição evolutiva²⁶, oferece consequências para o processo de interpretação do direito, pois admite a possibilidade de irritação sistêmica de outras esferas (economia, educação, religião, etc.) na comunicação do sistema jurídico, que assim como os demais, está sujeito ao aumento de complexidade e à dinâmica operacional dos elementos de variação, seleção e restabilização da relação sistema/ambiente.

Disso resulta considerar que a interpretação constitucional não se encerra nos textos, mas se insere no contexto contingente formado por elementos históricos²⁷ modificadores dos valores subjacentes à elaboração dos textos constitucionais, alterando o seu próprio sentido. Essa contingência não atinge a pretensão de separação e fechamento operacional dos sistemas do direito e da política, que são o pressuposto da existência da constituição, mas não impede a atuação de uma tendência evolutiva comum a ambos os sistemas.

Luhmann destaca que a interpretação da constituição assume um caráter distinto da interpretação do direito em geral, observando nela a transferência da compreensão da soberania do constituinte para o intérprete, de modo que cabe a este a construção do sentido de

24 Nesse ponto, destaca-se a observação sobre o paradoxo da lógica jurídica na construção da “certeza” das respostas no direito feita por Luhmann, ao apontar como a indecidibilidade sobre os sentidos de certo e errado, decorrente da ausência de uma posição aprioristicamente verdadeira ou falsa só encontraria alternativa na aplicação do código binário (lícito/ilícito) ao próprio direito. Cf. LUHMANN, 1988. p. 154.

25 Nas palavras de Luhmann “o código lícito/ilícito gera a Constituição para que a Constituição possa gerar o código lícito/ilícito. A diferença radicalizada estabelece o texto que, por sua vez, estabelece a diferença – todavia sob a condição de que toda manobra autológica se torne invisível.” Cf. LUHMANN, 1996. p. 12.

26 LUHMANN, 1996. p. 29.

27 LUHMANN, 1996. p. 30.

constituição ao fazer uma “descrição de descrições”²⁸, cuja operação irrita os sistemas da política e do direito ao mesmo tempo.

Esse acoplamento estrutural, apesar de viabilizar “*interpenetrações concentradas e duradouras entre sistemas sociais*”²⁹ e possibilitar o oferecimento de heterogeneidades das distintas comunicações intrassistêmicas ao ambiente comum da sociedade, carece da função de coordenação entre as diversas complexidades postas à disposição dos demais sistemas potenciais receptores de sentido. Assim, a estrutura luhmanniana de acoplamentos demonstra a existência de incontáveis complexidades desordenadas ou inapreensíveis como constitutivas de sentido normativo para todos os sistemas parciais envolvidos, não impedindo a expansão destrutiva de um em detrimento dos demais.

Categorizar de tal maneira o conceito moderno de constituição seria insuficiente para dar conta do aumento de complexidade no grau exigido pela desterritorialização da política que, ressentindo-se do parâmetro de soberania, demandaria novos critérios funcionais para a solução de problemas constitucionais comuns.

Nesse ponto, Neves resgata a ideia de razão transversal de Wolfgang Welsch, cuja proposta não nega a possibilidade de uma metanarrativa³⁰ racional que sirva de parâmetro para racionalidades parciais, mas enxerga na razão o papel da construção de pontes de transição entre as heterogeneidades discursivas, que não se confunde com uma sequência comunicativa orientada para o consenso³¹ como meio de alcance da justiça, mas como instrumento de articulação entre os diversos dissensos³².

28 LUHMANN, 1996. p. 36.

29 NEVES, 2009. p. 37.

30 Esta opção não se refere a uma metaordem ou ponto arquimediano capaz de estabelecer em si mesmo uma posição privilegiada de observação da sociedade mundial, mas de reconhecer o inevitável paradigma da pluralidade. Cf. WELSCH, 1998. p. 25.

31 Welsch afasta-se da ideia de intersubjetividade apontada por Habermas como condição da comunicação, destacando como primado da razão teórica os pressupostos da auto-reflexão e auto-entendimento. Cf. WELSCH, 2000. p. 82.

32 Uma “orientação entre as diversas desordens” Cf. WELSCH, 1998. p. 27. V tb. NEVES, 2009. p.

40. Sobre as possibilidades de intermediação do dissenso conteudístico através de um consenso procedimental mínimo, que promova a autonomia das esferas da sociedade hipercomplexa v. NEVES, 2008. p. 136-156.

Welsch expõe uma dupla unilateralidade própria da razão, segundo a qual o pano de fundo em que se desenvolve todo raciocínio envolve, necessariamente, o outro lado, oculto, que não se deixa ver pela razão direcionada a certo objeto. Esse raciocínio obrigaria a própria razão a deixar um flanco aberto a outros fenômenos que a transcendem, ou seja, a razão em si seria inconclusiva, o que não significa evitá-la ou desprezá-la como tarefa filosófica, mas deslocar a sua análise para o foco da consistência³³.

A proposta de Welsch levanta a necessidade de adoção do ponto de partida adverso como meio de reconstruir criticamente as objeções do próprio quadro referencial. A ideia seria reorganizar os pontos convergentes e divergentes, a partir de um “passo para trás” nas condições do desacordo sobre determinado tema, ou seja, deslocando a questão para um parâmetro de linguagem comum a ambos os lados, na tentativa de alcançar uma irrefutável base de aceitação³⁴ como pressuposto dos mais diversos discursos.

Uma posição tal ofertaria alternativas para a reconstrução crítica da razão, possibilitando transcender as próprias racionalidades ou, ao menos, não considerá-las de forma tão abrangente³⁵, o que seria capaz de dotar a razão de uma visão mais imparcial acerca de sua própria posição, e provocar o que Welsch chama de “interpretação recíproca”³⁶.

Essa “interpretação recíproca”, dotada de várias características, estaria apta a promover a saída da razão de seu isolamento posicional ou paroquial³⁷ para acoplar distintos pontos de vista³⁸, submetendo-os à crítica de forma sequencial, ajustando pontos de acordo e desacordo segundo processos de argumentação reflexiva.

33 Cf. WELSCH, 2000. p. 81.

34 Cf. WELSCH, 1998. p. 28.

35 Três fatores seriam determinantes para descrever a nova estrutura da racionalidade, destaca Welsch: a pluralidade ou diferenciação, o entrelaçamento de paradigmas autônomos e a desordem provocada pela variedade de elementos. Cf. WELSCH, 1998. p. 17 ss.

36 WELSCH, 2000. p. 83.

37 Com outro enfoque, mas igualmente voltado à ideia de construção de uma “imparcialidade objetiva” capaz de resgatar análises comparativas da argumentação racional sobre a justiça, Amartya Sen utiliza o termo “razão paroquial” para criticar o excesso tanto as abordagens focadas em reformas institucionais quanto as que se dirigem exclusivamente à mudança comportamental, reforçando a necessidade de uma “dependência mútua” entre elas. Cf. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras. 2011. p. 142 ss.

38 Sobre a pluralidade de paradigmas de racionalidade e o envolvimento entre eles WELSCH, 1998. p. 21.

A capacidade de avaliar posições sob o foco da razão construída em processos de interpretação recíproca evitaria a imposição de declarações desprovidas de auto-reflexão e sujeitaria o discurso racional às mesmas operações lógico-procedimentais da racionalidade, tais como as oposições entre identidade e diferença; singularidade e multiplicidade; causa e efeito; conformidade e contradição, aperfeiçoando a razão como capacidade lógica.

É sobre esse esforço que Welsch³⁹ sugere o seu conceito de razão transversal, situando a razão nos processos de transição entre um ponto e outro do raciocínio, no estabelecimento de relações entre razão e racionalidade. Para ele, a razão opera entre as diversas formas de racionalidade; e as atividades de transição da racionalidade (comparação, oposição, interpretação recíproca, análise consequencial) são o efeito das operações lógicas construídas segundo instrumentos próprios de avaliação, atuando como intermediário entre o “*inferno da atomização e as profundezas da totalização*.”⁴⁰

Como as pretensões de autonomia e autodescrição dos diversos sistemas apresentam uma tendência expansiva de suas próprias racionalidades, inviabilizado estaria um metadiscurso abrangente de todos os domínios diferenciados de comunicação, que, entretanto, podem desenvolver mecanismos de aprendizado mútuo.

A opção do transconstitucionalismo pelo diálogo entre racionalidades parciais transversais ajusta-se ao modelo de prevenção de corrupção sistêmica no plano das comunicações da sociedade hipercomplexa, que, ao atingir o nível estrutural de suas relações impede a consistência de sua autoprodução e fechamento operativo, caracterizando, por sua vez a estabilização de expectativas no sentido de não realização do próprio código e, conseqüentemente, a desdiferenciação funcional⁴¹ entre os sistemas.

A ideia consiste em construir “pontes de transição” entre as diversas racionalidades parciais, o que poderia proporcionar, na linguagem do direito da sociedade mundial, uma alternativa de evitar dois fenômenos inconvenientes

39 WELSCH, 2000. p. 88.

40 Cf. WELSCH, 1998. p. 27.

41 Cf. NEVES, 2009. p. 44. Sobre o significado da diferenciação funcional na teoria luhmanniana: LUHMANN, 2006. p. 471 ss; NEVES, 2008. p. 59-67; PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*. New York: Routledge. 2010. p. 37-40. Tratei especificamente do conceito de diferenciação funcional no processo evolutivo da modernidade e os critérios de seletividade envolvidos na relação entre a política e a religião em CARVALHO, 2013. p. 125-128.

para a sua ampla reprodução: a “atomização”⁴² provocada pelo isolamento atávico das ordens estatais em torno de sua própria soberania e a “expansão imperialista”⁴³ de um constitucionalismo global pouco reflexivo sobre diferenças locais e regionais ou pouco compreensivo de seus próprios limites.

Ocorre que no limite, a proposta do transconstitucionalismo precisa lidar com duas dificuldades: a primeira é o questionamento sobre se há algum órgão competente para a apreciação de questões envolvendo o entrelaçamento de ordens jurídicas de níveis múltiplos, e a segunda está no desafio de encontrar um modo legítimo para a leitura interna de decisões tomadas com referência em elementos externos, quando a teoria constitucional e a dogmática jurídica permanecem afirmando a soberania nacional⁴⁴.

Para o primeiro problema, Neves abandona a tradicional fórmula institucionalista de criar um novo órgão sempre que novas espécies de conflito são identificados. O propósito de abertura de cada uma das ordens jurídicas envolvidas para o aprendizado mútuo e para o diálogo sem última palavra implica, no plano institucional, em deixar vaga a necessidade de um tribunal que detenha a “competência da competência”⁴⁵, delegando o enfrentamento de problemas constitucionais comuns à esfera de negociação por soberanias compartilhadas, como forma de proporcionar maior legitimidade decisória.

Já em relação à segunda dificuldade, o argumento é trabalhado dentro de uma perspectiva de legitimação decorrente da interdependência entre os sistemas parciais da política e do direito com capacidade de autofundamentação⁴⁶ na sociedade mundial. Ou seja, a partir de pressupostos de diferenciação entre diversas ordens que se veem como partes integradas

42 Cf. NEVES, 2009. p. 45.

43 Cf. NEVES, 2009. p. 47.

44 Esse fenômeno é denominado de tradição constitucional de autossuficiência Cf. NEVES, 2009. p. 144, que preserva uma organização vinculada a um modelo de resistência e ressalta a necessidade de fazer prevalecer a soberania da constituição frente aos referentes normativos externos que não tenham sido convalidados internamente ou com ela sejam incompatíveis Cf. NEVES, 2009. p. 258.

45 Perspectiva semelhante é apontada por Miguel Poiars Maduro ao propor um “direito contrapontual” para a comunidade de estados europeus, acomodando o pluralismo constitucional com a ordem jurídica comunitária, de modo que cada uma das esferas contribua para a relevância do papel da outra, reputando a reciprocidade como fundamental à solidez de ambos os sistemas jurídicos, garantindo a um só tempo, a pluralidade de participação e a legitimidade do direito comunitário Cf. MADURO, Miguel Poiars. *Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action*. In: Neil Walker (org.). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart, 2003. p. 501-37.

46 Neves refere-se a uma “pluralidade de núcleos de autofundamentação, enfrentando os mesmos problemas constitucionais.” Cf. NEVES, 2009. p. 125.

de um mesmo sistema global, as suas comunicações passariam a ser regidas por coordenação e não mais com base na autonomia soberana.

Essa coordenação, por sua vez, prescinde do “primado definitivo de uma das ordens”⁴⁷ ao estabelecer como condição de legitimação o fato de que nenhuma dessas ordens, inclusive o próprio direito internacional público, pode se apresentar como *ultima ratio* discursiva⁴⁸.

Em contraponto à percepção de Dieter Grimm⁴⁹, a obra de Neves coloca-se como uma crítica aguda à tendência manifestada pelos Estados nacionais de permanecerem muito próximos à preservação de uma semântica de soberania, menos aberta ao diálogo transconstitucional e mais relacionada a uma argumentação estratégica ou retórica de referência às demais ordens. Essa postura se caracterizaria pela ausência do comprometimento em estabelecer uma racionalidade transversal complexamente adequada para tratar dos fenômenos de inclusão e exclusão em escala global.

2 O MANY MINDS ARGUMENT E O COSMOPOLITISMO CONSTITUCIONAL

Os efeitos da fragmentação do direito se fizeram sentir também no plano teórico e prático do debate constitucional norte-americano que, tradicionalmente focado na interpretação e aplicação de seus próprios precedentes, demonstrava uma espantosa indiferença⁵⁰ dos constitucionalistas em relação ao impacto global da ascensão do constitucionalismo e dificultava o reforço de perspectivas comparatistas.

A Constituição norte-americana não define a posição dos tratados e convenções internacionais na hierarquia do ordenamento jurídico. A experiência com o descumprimento de tratados entre os estados confederados, um dos principais motivos que impulsionaram a convenção⁵¹, foi compreendida durante os debates que deram origem a

47 Cf. NEVES, 2009. p. 117.

48 Cf. NEVES, 2009. p. 237.

49 Cf. GRIMM, Dieter. Can the ‘Post-National Constellation’ be Re-Constitutionalized? TranState Working Papers, no. 2. Bremen: University of Bremen [original: Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung”. In: Brenner, Michael; Huber, Peter M.; Möstl, Markus (orgs.). *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel*: Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 145-67.

50 ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, 1997. p. 773.

51 Nesse sentido é o federalist paper n. 15, escrito por Hamilton ao criticar o sistema confederado como insuficiente para a manutenção da União, sustentando que a efetividade das previsões normativas dependiam sempre de autoridades administrativas locais. Cf. HAMILTON et al, 1989. p. 89.

texto constitucional como uma limitação da competência para disciplinar sobre o tema de modo amplo⁵², inclusive pela resistência dos estados, que viam com desconfiança a possibilidade de restarem vinculados por obrigações derivadas de pactos de que não participassem diretamente.

Embora o tema dos tratados não tenha sido regulado em detalhes no texto constitucional⁵³, os artigos federalistas destacaram a importância dos acordos com as nações estrangeiras, especialmente os relacionados à guerra, paz e comércio⁵⁴, assim como o seu valor de fonte do direito, a exemplo das demais leis aprovadas pelo Congresso, integrando o conjunto de normas adjudicável por todos os juízes da nação, mas sujeitando-se à uniformização por um Tribunal Superior⁵⁵.

A resistência inicial da prática constitucional norte-americana aos ajustes derivados das relações internacionais se fez refletir no baixo número de tratados celebrados nos dez primeiros anos de vigência da Constituição⁵⁶. Algumas particularidades da configuração do modelo institucional adotado são indicadas por Louis Henkin⁵⁷ para explicar as restrições aos tratados: a adoção da forma federativa de Estado, os limites derivados da separação de poderes e a afirmação da doutrina de que sobre as “questões domésticas” não deveria haver influência externa.

E em que pese a ausência do registro da declaração de inconstitucionalidade de previsão normativa dos tratados e convenções

52 HENKIN, Louis, Louis. *Foreign Affairs and the US Constitution*. New York: Oxford University Press. 1996. p. 175.

53 Há apenas quatro referências aos tratados na Constituição. A primeira (Article I, section 10) proíbe que os estados firmem tratados; a segunda (Article II, section 2) estabelece a competência do Presidente para celebrar tratados, sob o conselho e aprovação do Senado por dois terços de seus membros; a terceira (Article III, section 2) lista os tratados como fonte do direito sujeito à apreciação pelo poder judiciário; e a quarta (Article VI, clause 2) situa os tratados, ao lado da Constituição e das leis, como direito supremo a que estão vinculadas todas as instituições e juízes do país.

54 John Jay, no artigo federalista n. 64. Cf. HAMILTON et al, 1989. p. 432.

55 Nas palavras de Madison, no paper n. 22: “The treaties of the United States to have any force at all, must be considered as part of the law of the land. Their true import as far as respects individuals, must, like all other laws, be ascertained by judicial determinations. To produce uniformity in these determinations, they ought to be submitted in the last resort, to one Supreme Tribunal.” Cf. HAMILTON et al, 1989. p. 143.

56 Apenas quatroze tratados com nações estrangeiras foram celebrados nos dez primeiros anos pós-independência (1776-1786), dentre eles três com a Inglaterra para declarar a suspensão da Guerra e definir os termos da paz; e os demais para estabelecer relações diplomáticas e comerciais, sendo dois deles com a Holanda, seis com a França, um com a Suécia, um com a Prússia e um com o Marrocos. E somente outros seis após dez anos de vigência da Constituição (1787-1797). Cf. MILLER, 1931, p. 55-56. Não contabilizados os tratados firmados para definir limites territoriais das áreas pertencentes a tribos indígenas.

57 HENKIN, op. cit., p. 185 ss.

internacionais, passados mais de duzentos anos de história institucional da Suprema Corte⁵⁸, o entendimento de que as regras estabelecidas naqueles instrumentos submetem-se às disposições formais e garantias materiais (*Bill of Rights*) da Constituição consolidou-se desde cedo na jurisprudência norte-americana.⁵⁹

A recepção do direito internacional como fonte do direito *para* os Estados Unidos, mas também *dos* Estados Unidos de longe encerra a complexidade de sua aplicação pelos juízes e cortes. Em um país dividido em 50 unidades federativas, cada uma com cortes de apelação e supremas cortes estaduais, a competência para apreciar questões envolvendo o direito internacional ficou reservada às cortes federais, como definido no precedente *Chisholm v. Georgia*⁶⁰, ainda em 1793.

Larry Backer⁶¹ levanta três peculiaridades do pensamento constitucional predominante nos Estados Unidos como fatores restritivos ao uso de fontes não derivadas do ordenamento nacional, todas elas relacionadas à preservação do poder: a centralidade da discussão sobre a legitimidade dos métodos de interpretação como meio de evitar o

58 Ibidem, p. 185.

59 Essa leitura ficou evidenciada no julgamento do caso *Geoffrey v. Riggs* 133 U.S. 258 (1890), quando prevaleceu sobre a interpretação da cláusula 2, do Art. VI, de que os tratados poderiam ter equivalência normativa com a Constituição. Especialmente nos votos dos justices Field e John Calhoun, ressaltou-se que os tratados não podem autorizar o que a Constituição proíbe. No mesmo sentido, o dictum do justice Holmes, no caso *Missouri v. Holland* 252 U.S. 416 (1920): "The language of the Constitution as to the supremacy of treaties being general, the question before us is narrowed to an inquiry into the ground upon which the present supposed exception is placed. It is said that a treaty cannot be valid if it infringes the Constitution, that there are limits, therefore, to the treaty-making power, and that one such limit is that what an act of Congress could not do unaided, in derogation of the powers reserved to the States, a treaty cannot do".

60 O caso discutia o pagamento de uma dívida contraída ainda na guerra de independência pelo estado da Georgia ao espólio de Robert Farquhar, cujo administrador era Alexander Chisholm, que resolveu processar aquele estado na Suprema Corte. Registrou-se no voto do chief justice John Jay a seguinte passagem: "United States were responsible to foreign nations for the conduct of each state, relative to the laws of nations, and the performance of treaties". O caso foi tomado como referência para a edição da 11ª emenda, promulgada em 1794, que veda às cortes a jurisdição sobre questões federais: "The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by Citizens or Subjects of any Foreign State." O entendimento de que cabe apenas às cortes federais a jurisdição dos casos envolvendo aplicação de tratado ou convenção internacional foi reafirmado ainda nos casos *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964) e *Zschernig v. Miller*, 389 U.S. 429 (1968), tratando o direito internacional, para fins de adjudicação interna, como equivalente à lei federal. Cf. HENKIN, 1996, p. 238 e 241.

61 BACKER, Larry. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, p. 101-177. 2009. p. 149 ss.

‘despotismo judicial’⁶²; a afirmação do direito interno como estratégia na disputa de espaço nas relações internacionais e, por último, a preocupação com a usurpação do poder de legislar do Congresso.

Essas especificidades contribuíram para a construção do originalismo interpretativo como expressão do apego à fundação da Constituição, além de certo ceticismo⁶³ sobre as possibilidades de fontes normativas transnacionais servirem de fundamento para decisões da Suprema Corte.

Mais recentemente, as reações negativas ao uso de precedentes alienígenas provocaram, inclusive, a atuação do Congresso, que propôs a edição de leis proibindo referências a julgados estrangeiros em decisões judiciais nos Estados Unidos. Nesse sentido foram as propostas do “*Reaffirmation of American Independence Act*” (H.R.Res. 97, 109th Congr. 2005) e depois o projeto denominado “*Constitution Restoration Act*” (S.520, 109th Congr. 2005 e H.R. 1070, 109th Congr. 2005), este último prevendo *impeachment* no caso de descumprimento.

Entretanto, essa tradição tem sido confrontada com a pretensão de universalidade dos princípios regentes dos direitos humanos, assim como da própria ideia de permanência da representatividade norte-americana como protagonista na promoção desses direitos em nível global. Tais fatores seriam causa de pressões não apenas sobre a política interna e suas instâncias diretamente eleitas, mas atingiria a compreensão do sistema de freios e contrapesos na atividade judicial.

Nota-se, então, que as restrições e garantias estabelecidas externamente passaram a exercer influência também sobre a reprodução

62 Nesse ponto específico vale registrar a doutrina do *stare decisis* e o sistema de aplicação de precedentes desenvolvido no common law norte-americano, que restringem significativamente os pontos de partida, como arsenal argumentativo, de que se servem as partes e os juízes. Cf. DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008. p. 113.

63 Essa foi a posição de Mark Tushnet, destacando o legado de Hamilton para quem “a capacidade de estabelecer um bom governo foi reservada ao povo dos Estados Unidos”, logo o conteúdo da Constituição seria prioritariamente determinado pelas considerações políticas de âmbito local e não por conselhos ou recomendações externas. Cf. TUSHNET, Mark 2009. *Inevitable Globalization of Constitutional Law*. *Virginia Journal of International Law*. v. 49, p. 985-1006. 2008. p. 1473 ss. O autor admite, contudo, a globalização do direito constitucional doméstico, um deslocamento provocado por dois fenômenos: negociações entre organismos não governamentais transnacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Anistia Internacional (top-down processes); e pela atuação de advogados nas disputas de mercado no cenário internacional (bottom-up processes). Cf. TUSHNET, 2009. p. 985 ss.

interna do direito, exigindo dos órgãos envolvidos a capacidade para lidar com o aumento de complexidade de um sistema jurídico multicêntrico⁶⁴.

Dedicada a tratar dos problemas da hermenêutica constitucional no contexto norte-americano, a obra de Cass Sunstein expõe a necessidade de que os diferentes pontos de vista da sociedade democrática sejam levados em consideração pelos métodos de interpretação da Constituição que, segundo ele, não se restringe ao Poder Judiciário.

Para construir o sentido de *many minds argument*, Sunstein recorre à conhecida divergência entre James Madison e Thomas Jefferson sobre qual a melhor forma de alteração do texto constitucional. O primeiro defendia que as mudanças deveriam estar reservadas às grandes ocasiões extraordinárias, através de um processo formal rigoroso; enquanto o segundo apontava a dificuldade de vinculação das gerações futuras ao pensamento dos fundadores da Constituição, que deveria ser repensada conforme os valores de cada geração, permanecendo sempre aberta a reformas.

A aparente vitória da posição de Madison, refletida no reduzido número de mudanças formais da constituição, é contestada por Sunstein em função do que ele chamou de “vingança de Jefferson”. O argumento é de que apesar das poucas alterações textuais⁶⁵, as transformações têm sido o resultado de processos mais dinâmicos de compreensão constitucional ao longo do tempo, seja pela mudança de comportamento social ou por julgamentos da Suprema Corte que lhe dão novo sentido.

O autor sustenta que juízes e tribunais ao interpretarem a constituição não o fazem em um vácuo de sentido, mas procuram fundamentar suas decisões com um suporte social amplo, seguindo a lógica do *teorema do júri de Condorcet*⁶⁶, segundo a qual a probabilidade de correção da resposta a uma questão cuja alternativa seja falso ou verdadeiro aumenta

64 A realização do Congresso “Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions”, com um debate entre os juízes da Suprema Corte Antonin Scalia, restritivo à referências estrangeiras, e Stephen Breyer, que as aceita, sob algumas condições (evento realizado pela Washington College of Law, em 2005 <http://www.wcl.american.edu/secl/founders/2005/050113.cfm>), e o crescimento do número de trabalhos sobre diálogos entre cortes e litigância transnacional, como os de SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*. v. 44, 2003. p. 191-219; JACKSON, Vicki. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review*. v. 119. 2005. p. 109-128; exemplificam o aumento da atenção de juristas norte-americanos às práticas judiciais externas.

65 O autor cita como únicas reformas significativas a inclusão do Bill of rights em 1789; as emendas que aboliram a escravidão, concederam direito ao voto aos afrodescendentes e mulheres; ampliaram o poder do governo nacional sobre os estados; estabeleceram a eleição direta para o Senado. SUNSTEIN, p. 2.

66 SUNSTEIN, Cass. *The Constitution of Many Minds*. Princeton University Press. 2009. p. 8.

proporcionalmente ao crescimento do grupo de indivíduos que possam respondê-la, desde que a regra da maioria seja utilizada e quando parecer mais provável que cada pessoa esteja equivocada.

Para Sunstein⁶⁷, a Suprema Corte dos Estados Unidos dificilmente julga em desacordo com a interpretação constitucional radicada na opinião da sociedade, o que se deve a duas principais razões: uma consequencialista e outra epistêmica.

Quanto ao consequencialismo, destaca que a prudência é um elemento inerente à atividade judicial, cujo objetivo seria o de promoção da paz social. Se uma decisão tem relevância capaz de causar graves repercussões para a ordem social, esses devem ser fatores considerados. Para tanto, Sunstein utiliza-se da metáfora: os juízes devem decidir como acharem adequado, mesmo que os céus venham a cair; entretanto, se a possibilidade de os céus caírem for real, os juízes não devem adotar a solução que concebem como correta.

O segundo argumento é epistêmico, no sentido que de não se pode acreditar que o juiz é um ser perfeito e infalível. Em função da falibilidade humana, os juízes são incapazes de oferecer a resposta correta para todos os tipos de assunto colocados a seu exame. Em casos duvidosos, manifestações públicas podem ajudar o magistrado como um importante indício sobre a correção do seu entendimento.

O exercício dessa vertente epistêmica demanda dos magistrados uma sensibilidade que o autor chama de *judicial humility*⁶⁸, e ganha importância sempre que se encontram em jogo questões cotidianamente enfrentadas pela população, sejam relacionadas à moralidade ou ao cotidiano. Isso porque diante de casos primordialmente técnicos ou alheios ao conhecimento da maior parcela dos cidadãos, a tendência seria a de se conferir menor relevo à opinião pública.

Além disso, Sunstein destaca que seria relevante averiguar se a crença do povo deriva de uma aspiração legítima e adequadamente informada, ou se ela é apenas o resultado de uma influência tendenciosa sistemática dos meios de comunicação ou dos interesses do poder. Não se devendo esquecer, ademais, que muitos agentes comunicativos participantes da

67 Ibidem, p. 31.

68 Cf. SUNSTEIN, op. cit., p. 165.

opinião pública podem apenas estar seguindo a corrente majoritária⁶⁹, sem atentar para as ideologias que movem as posições em jogo.

Apresenta-se o pressuposto de que se os indivíduos têm dúvidas sobre determinado assunto tendem a seguir a opinião da maioria. Tal raciocínio, na visão dele, poderia ser aplicado à interpretação constitucional numa perspectiva comparativa, ou seja, seria mais confiável delegar decisões sobre duvidosas questões morais e políticas a grandes grupos de pessoas do que deixá-las à resolução de um pequeno colegiado de juízes⁷⁰. Em seguida, Sunstein analisa a adequação desse argumento em três correntes interpretativas: o tradicionalismo, o populismo e o cosmopolitismo.

Ao tratar da perspectiva cosmopolita, o autor destaca a crescente atenção que os *foreign precedents* têm recebido da Suprema Corte⁷¹, situando o debate sobre a citação de referências externas em torno da divisão do tribunal entre conservadores e liberais, para afirmar a forte resistência dos primeiros diante de uma relativa aceitação do segundo grupo, especialmente em questões sobre direitos humanos⁷², como igualdade e discriminação com base no fator sexual, liberdade de expressão e religiosa.

Um exemplo da divisão entre os *justices* acerca da viabilidade do uso de precedentes estrangeiros está nas posições antagônicas de Atonin Scalia e Stephen Brayer. O primeiro opõe-se⁷³ às posturas comparatistas em defesa do unilateralismo, como representante da *nationalist jurisprudence*, afirmando que a comparação seria relevante apenas por ocasião da redação do texto constitucional e não na sua interpretação. Já Brayer⁷⁴ é um explícito defensor da utilização de referências externas,

69 Ibidem, p. 52.

70 Ibidem, p. 10. Argumento semelhante é levantado por Jeremy Waldron como “doutrina da sabedoria da multidão”, resgatando a ideia de soberania da filosofia política de Aristóteles. Cf. WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 113 ss; WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press. 1999. p. 88-89 e 160-164.

71 São citados: *Lawrence v. Texas* (2003); *Roper v. Simons* (2005); *Grutter v. Bollinger* (2003); *Printz v. United States* (1997); *Planned Parenthood of Southeastern Pa v. Casey* (1992); *Foster v. Florida* (2002); *Elledge v. Florida* (1998); *Washington v. Glucksberg* (1997); *Atkins v. Virginia* (2002) e *Raines v. Byrd* (1997). Cf. SUNSTEIN, op. cit., p. 187.

72 Cf. SUNSTEIN, op. cit., p. 188.

73 Nesse sentido foi a sua manifestação no julgamento do caso *Printz v. United States* 521 US 898, (1997) e em *Roper v. Simons* 73 US 4.153 (2005).

74 É exemplo o seu voto no caso *Printz v. US*, quando analisou comparativamente o sistema de controle nacional de armas de fogo no federalismo norte-americano com o exemplo da integração ao direito suíço e alemão do Tratado nº 101 do Conselho da Europa, sobre o tema. Destacando a rejeição dos founding fathers a algumas características do federalismo europeu, mas demonstrando que “sua experiência pode,

registrando o aumento do leque de opções para solução de questões constitucionais comuns, quando ampliado o espectro de comparação.

Sustentando também a necessidade dessa aproximação no âmbito da Suprema Corte, o *justice* Stevens no julgamento *MacDonald v. Chicago*, sobre a proteção da Segunda emenda ao direito de possuir e carregar consigo arma de fogo, registrou que desprezar essas referências seria uma boba demonstração de arrogância ao “*pensar que não temos nada a aprender sobre a liberdade de bilhões de pessoas além das nossas fronteiras*”⁷⁵.

Sunstein ainda destaca que Cortes Supremas de outras nações (África do Sul, Irlanda, Israel, Alemanha, Suíça, Áustria, Canadá, Grã Bretanha, Itália e França) regularmente consultam precedentes estrangeiros, em maior ou menor grau, assim como ocorre no Tribunal Justiça Europeu e na Corte Europeia de Direitos Humanos. A proposta se dispõe a analisar como a observação de realidades distintas pode ser aperfeiçoar os processos de decisão, servindo como exemplo de aplicação do *teorema do júri* e da defesa do cosmopolitismo constitucional.

O *many minds argument* é invocado pelo autor como forma de aprendizado constitucional para jovens democracias, cuja ampliação de informações contidas nos julgamentos de nações mais antigas possa contribuir para a consolidação de uma jurisprudência constitucional própria.

Por outro lado, numa postura de fechamento incongruente com a proposta de um constitucionalismo dialógico, ele entende que o cosmopolitismo constitucional seria de menor valia para nações com longa tradição democrática. Como sua análise foca estritamente os Estados Unidos e o grande número de precedentes firmados pela Suprema Corte, Sunstein⁷⁶ destaca que a consulta a julgados estrangeiros apenas tornaria mais complexo processo de tomada de decisão pela inclusão elementos externos. Não há, entretanto, uma avaliação das possibilidades de ganho em termos de interpretação da Constituição, especialmente em casos que envolvam a aplicação de direitos fundamentais, tema em que a

contudo, lançar uma luz empírica sobre as consequências de diferentes soluções para um problema jurídico comum - neste caso, o problema de conciliar autoridade central com a necessidade de preservar a liberdade aumentar a autonomia de uma entidade governamental menor”. Tradução livre.

75 O julgamento discutiu a constitucionalidade do alcance da Segunda emenda aos Estados *MacDonald v. Chicago* 561 US 3025 (2010).

76 Cf. SUNSTEIN, op. cit., p. 197.

jurisprudência norte-americana apresenta problemas, sendo tomada por outras cortes, inclusive, de contra-exemplo ou anti-modelo⁷⁷.

Um dos pontos problemáticos dessa abordagem é que essa postura revela a assimetria na abertura para as demais ordens jurídicas, considerando que “*cortes de países fortes na constelação internacional tendem a não sofrer censuras dos tribunais americanos, enquanto de países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento não são levados a sério*”⁷⁸. A seletividade com que a disposição para o diálogo recebe apoio no judiciário estadunidense é evidenciada pela rejeição de julgados chilenos, iranianos e romenos, por motivos diversos, em contraste com o acolhimento da análise de precedentes israelenses, franceses e ingleses.

O argumento de Sunstein perde em complexidade e consistência quando é confrontado, por exemplo, com o produtivo trabalho da Corte sul-africana⁷⁹ em matéria de direitos fundamentais⁸⁰, campo em que tem mostrado relevantes avanços no cenário global.

É claro que a avaliação sobre o atendimento de algumas condições, como a observância do devido processo e a composição das cortes dos países a que se pretende fazer referência marca uma característica importante no desenho de um modelo transconstitucional. Porém, uma

77 É o caso das categorias de “establishment” e “free exercise”, trabalhadas pela Suprema Corte norte-americana para interpretar o direito à liberdade religiosa e a regra de fechamento do comércio aos domingos, e rejeitadas pela Suprema Corte do Canadá. Cf. KLUG, 2000, p. 609. Também nesse sentido: SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*. v. 1, n. 2, 2003. p. 296-324.

78 Cf. NEVES, 2009. p. 185

79 O art. 39, I, da Constituição sul-africana de 1996 autoriza expressamente o uso do direito internacional ou estrangeiro na interpretação das cláusulas de seu Bill of Rights. O desenvolvimento da argumentação pela Corte, baseada nessa abertura ao direito estrangeiro, tem sido chamada por técnica hermenêutica de “inferência extra-sistêmica” Cf. LOLLINI, Andrea. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law. *Utrecht Law Review*. v. 8, n. 2, 2012. p. 55.

80 Merecem destaque: *State v. Makwanyane*, 1995 (3) SA 391 (CC), que aboliu a pena de morte, e tem sido considerado como modelo para a discussão do tema na Suprema Corte norte-americana (Cf. KENDE, 2006, pp. 241-250), em casos envolvendo acusados portadores de retardo mental - *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) ou menores - o já citado *Roper v. Simmons* (2005); também o julgado *Minister of Home Affairs v. Fourie*, 2005 (3) SA 429 (SCA), aplicou os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação para sustentar a constitucionalidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo, cujos fundamentos da decisão foram exaustivamente citados pelo TC português no Acórdão 359/2009, que também reconheceu o casamento homoafetivo; assim como o importante precedente sobre liberdade religiosa e direito a diversidade *Juleiga Daniels v Robin Grieve Campbell N.O.* 2004 CCT 40/03, acerca dos efeitos sucessórios de casamento muçulmano monogâmico e poligâmico.

carga de seletividade guiada estritamente por interesses geopolíticos ou econômicos na escolha da origem e das fontes do diálogo entre as cortes pode se mostrar especialmente prejudicial ao multilateralismo dessas relações e ao pluralismo de perspectivas a serem consideradas.

O risco aqui é o da manutenção de “pontos cegos” quando outras experiências poderiam servir como espelho. Ou mais grave, o recurso aos precedentes jurisprudenciais como instrumento de importação acrítica⁸¹ e desconexa com a realidade constitucional e complexidade da discussão envolvida, além da possibilidade de uma instrumentalização puramente retórica das referências, apenas para reforçar uma posição já tomada ou demonstrar gratuitamente uma espécie de erudição, em prejuízo da reciprocidade das premissas que esse tipo de experiência visa proporcionar, reduzindo-a a sua dimensão simbólica.

Fora do campo especificamente judiciário, Sunstein afirma que os agentes do governo, legisladores ou integrantes da Administração Pública, não podem ignorar como outros países têm decidido em questões como segurança nacional, mudanças climáticas, legislação trabalhista, entre outras que envolvam repercussões extraterritoriais.

Embora ainda se possa registrar a resistência no debate constitucional norte-americano à ampliação da recepção de precedentes estrangeiros, como é o exemplo da posição de Cass Sunstein, alguns autores⁸² têm se dedicado a mostrar como a observação de julgados das cortes de outros países pode contribuir para a formação da dimensão de um constitucionalismo compartilhado⁸³. E essa perspectiva não significa

81 Cabe observar aqui que a aversão ao risco do “colonialismo” (NEVES, 2009, p. 182) entre cortes norte-americanas pode conduzir ao igualmente indesejável problema do isolamento paroquial do debate e sua consequente infantilização no contexto de crescimento da complexidade de discussões jurídicas globais.

82 É o caso, entre outros, de PERJU (2010, pp. 326-353) propondo a reformulação do constitucionalismo doméstico sob diferentes dimensões normativas atentas à assimetria entre os níveis de liberdade e igualdade, mas orientadas por uma auto-correção responsiva contra o formalismo que oculta àquelas assimetrias e as impermeabilizam através de estratégias retóricas como ocorre, em diversas ocasiões, com os argumentos da ponderação de princípios e proporcionalidade. Também: ACKERMAN, op. cit., 1994, p. 516-535 e 1997, p. 771-797; SLAUGHTER, op. cit., p. 191-219; JACKSON, op. cit., 2005, p. 109-128).

83 Expressão utilizada por James Tully (TULLY, 2008, p. 336), em análise sobre o enfraquecimento da semântica do “poder constituinte” nas nações ocidentais em função do empoderamento de grupos financeiros e militares, e a comparação com as práticas de organização jurídica em países orientais. Tully aponta o diálogo como alternativa para a construção de um modelo “não imperial” de convivência entre democracias constitucionais. Também no sentido propositivo do diálogo como fonte de convergência, sem exclusão das adversidades, Aida Torres (TORRES, Aida Pérez. *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of a Supranational Adjudication*. New York: Oxford University Press. 2009, p. 109-130) mostra vários pontos positivos dessa perspectiva para a

abdicação de institutos do direito doméstico, mas a disposição para a compreensão de experiências constitucionais externas como mecanismo de correção das distorções causadas pela aplicação do próprio direito interno.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um balanço entre as duas proposições mostra um relevante ponto de convergência: o combate ao tradicional formalismo da teoria constitucional em considerar as constituições verdadeiros estatutos que encerram em si o ajuste entre o poder e o direito como resultado de uma escolha soberana, com capacidade de vincular diversas expectativas normativas em um dado espaço (territorial e temporal). Ideia que tem perdido força como categoria explicativa em função da crescente complexidade das relações políticas e jurídicas, seja em nível local, regional e global.

O modo como as propostas descrevem as características desse movimento de fragmentação da semântica hierárquica e formal da constituição revela, contudo, a distinção essencial que marca a divisão do envolvimento de ambos os discursos.

Enquanto a ideia do transconstitucionalismo de Neves busca articular a construção de “pontes de transição”, servindo-se do acoplamento estrutural e de racionalidades parciais entre ordens jurídicas distintas, que se disponham ao mútuo aprendizado sem fronteiras, levando em conta a dupla contingência⁸⁴ dessas relações; o cosmopolitismo constitucional de Sunstein aposta nas variantes hermenêuticas dirigidas ao texto da constituição como mecanismos de aumento da consistência à medida que mais perspectivas dispõem-se a interpretá-lo (*many minds argument*), inclusive com a contribuição de fontes externas⁸⁵ (precedentes estrangeiros). Porém, o foco de Sunstein no funcionamento do sistema judicial norte-americano o faz recuar quanto à utilidade da aplicação de julgados de outras nações pela Suprema Corte.

As dificuldades de abordagem das duas visões também decorrem das pretensões normativas que seus autores deixam revelar. Metodologicamente, a formação de um espectro propício ao desenvolvimento do “diálogo transconstitucional”, torna-se refém

resolução de conflitos interpretativos envolvendo disputas de direitos fundamentais entre as cortes europeias, o que, em última análise, contribuiria para o reforço da legitimidade da Corte Europeia de Justiça, preservando o pluralismo constitucional de dimensão continental da União Europeia.

84 Cf. NEVES, 2009. p. 270.

85 Cf. SUNSTEIN, op. cit., 2009. p. 188.

da abertura espontânea das diversas ordens (estatal, internacional, supranacional e transnacional), sem o que a rearticulação de problemas constitucionais comuns não pode ser alcançada com vistas à consideração da posição do *outro*, ou seja, da autofundamentação baseada na disposição para a alteridade, quando ausentes uma ordem supraordenada e uma instituição com poder unilateral de coerção. Enquanto a postura do “cosmopolitismo” de que fala Sunstein segue exatamente em sentido inverso: toma aprioristicamente um elemento constitutivo de suas próprias operações internas (o sistema de vinculação de precedentes e variação quantitativa desses elementos) para negar utilidade à recepção de experiências constitucionais construídas em outras ordens jurídicas.

Esse argumento, assim como a resistência das instâncias políticas dos Estados Unidos, e até de parte da Suprema Corte, mostram limites à assunção da postura francamente aberta das cortes norte-americanas à outras ao redor do globo, indicando por outro lado, que a seletividade em torno dos interesses de ordens mais poderosas reforça a assimetria de tratamento nas relações entre aquele país e os demais, com reflexos na atuação de organizações internacionais e transnacionais.

Nesse sentido, diversos são os exemplos⁸⁶ de atuação estratégica da política externa dos Estados Unidos, que concentram poder e preservam interesses em prejuízo de deliberação de cortes internacionais ou da previsão de tratados, quando não atingem diretamente a esfera de soberania de outros países⁸⁷.

86 Aqui pode ser citada a negativa em assinar o Protocolo de Kyoto, que estabelece metas de redução da emissão de gases que provocam o efeito estufa; a rejeição da jurisdição do Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma, em 17 de julho de 1998, com competência para julgar genocídio, crimes de guerra e contra a humanidade; recusa, ao lado apenas da Somália, à ratificação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia da ONU em 1989; descumprimento reiterado de decisões da Corte Internacional de Justiça (Haia) baseadas no art. 36, da Convenção de Viena de 1963, da qual os EUA é signatário, sobre a assistência consular a estrangeiros presos em território estrangeiro – executando a pena de morte contra liminares que suspendiam a pena capital até o julgamento (casos Avena e José Ernesto Mendellín).

87 Registrem-se aqui as recentes denúncias de formação das redes de espionagem comercial e política envolvendo o uso da internet, conforme divulgado pelo ex-agente da CIA, Edward Snowden; e a revelação pelo Wikileaks de dados sobre a atuação do Departamento de Estado norte-americano ao administrar recursos para treinamento militar com objetivo de promover o golpe de Estado no Paraguai, que derrubou o Presidente Fernando Lugo em 2012; a proibição do avião presidencial da Bolívia, que retornava da Rússia, de sobrevoar os territórios francês, espanhol, italiano e português, e, em seguida, o sequestro da aeronave no aeroporto de Viena (Áustria), durante catorze horas pela suspeita de que o voo abrigava Edward Snowden; além dos casos recentes da deposição de Hosni Mubarak, e depois de Muhammed Morsi por uma junta militar no Egito, e a decisão de Barak Obama de invadir a Síria.

A manutenção do modelo de resistência contra a reciprocidade dessas relações, por sua vez, obstaculiza a construção de uma ordem diferenciada de comunicação⁸⁸ que se tornem factível no nível estrutural da sociedade mundial, com capacidade de viabilizar duas premissas marcantes da semântica constitucional: a redução dos particularismos de cunho étnico-religiosos impeditivos do exercício da liberdade e a promoção de níveis menos desiguais de distribuição e acesso a bens essenciais, criando espaço para um regime de igualdade complexa.

Se o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito foi o modo pelo qual o constitucionalismo conseguiu afirmar sua legitimidade, ainda que limitadamente, no contexto de edificação dos Estados modernos, entendo que o quadro hipercomplexo das relações tecidas na atual sociedade mundial multicêntrica lança um desafio significativamente mais arriscado à autonomia do direito e sua função de promover a generalização congruente de expectativas normativas.

Faltando ao sistema jurídico a linguagem capaz de justificar que suas operações não são mais orientadas por um modelo hierárquico, mas que, paradoxalmente, não há condições estruturais e semânticas adequadas ao seu funcionamento heterárquico, reorientado por entrelaçamentos horizontais, um recurso até agora muito escasso e precário, ampliada está a exposição dos valores constitucionais (liberdade e igualdade) aos efeitos destrutivos da expansão irrefletida da economia e das pretensões de concentração de poder não sujeitas a procedimentos fixados por critérios de legitimação, sejam eles internos ou externos aos Estados, configurando o que se poderia chamar de complexidade desordenada.

Comparar semelhanças e distinções, como procurei fazer neste texto em relação às duas perspectivas teóricas trabalhadas, dispõe-se a ser uma alternativa ao isolamento atávico em que a teoria constitucional tradicionalmente buscou refúgio, quase sempre para cristalizar conceitos como o de “soberania” e “poder constituinte”. Parece-me que o dilema precisa ser reapropriado sob duas vertentes, cuja escolha revela o próprio modo de compreender a questão.

A primeira seria creditar à abertura espontânea das ordens jurídicas distintas ao diálogo o desenvolvimento de uma gramática constitucional para questões comuns, o que dependeria, em alguns casos da relação entre

⁸⁸ A garantia das possibilidades de comunicação é para Luhmann a principal característica dos direitos fundamentais, cuja função potencial como instituição moderna seria a de reagir contra a desdiferenciação da ordem social. Cf. LUHMANN, 2010. p. 98-99.

centro e periferia, de uma atitude quase moral de consideração da diferença, sem o que a própria contingência da situação e a variação de possibilidades restariam invisibilizadas. A segunda estaria na criação de condições para que o aumento da complexidade dessas relações possam se converter em conflitos, cujas pautas atinjam graus de generalização capazes de causar pressão suficiente para forçar a mudança de posturas fechadas ao diálogo.

Finalmente, a opção entre as categorias teóricas do *transconstitucionalismo* ou do *cosmopolitismo constitucional* não trazem consigo respostas ou um roteiro metodológico para a redução dos riscos envolvidos na tomada de decisão, diante progressiva complexidade dos elementos em jogo no tabuleiro político-jurídico da sociedade mundial, antes cumprem a função de manter em alerta um pressuposto que poderia muito bem ser resumido na seguinte frase de Levinas: “*A minha liberdade não tem a última palavra, não estou sozinho*”⁸⁹.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*, v. 83, n. 4, 1997.

_____. *Rooted Cosmopolitanism*. *Ethics*. v. 104, n. 3, 1994.

BACKER, Larry. From Constitution to Constitutionalism: A Global Framework for Legitimate Public Power Systems. *Penn State Law Review*, v. 113, n. 3, 2009.

BRUNKHORST, Hauke. Alguns Problemas Conceituais e Estruturais do Cosmopolitismo Global. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 26, n. 17, 2011.

CARVALHO, Alexandre. Entre Política e Religião: Diferenciação Funcional e Laicidade Seletiva no Brasil. *Rivista Krypton*. anno 1, n. 1, 2013.

CHAKRABARTY, Dipesh. *The Climate of History: four theses*. *Critical Inquiry*, v. 35, n. 2, 2009.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *La Sovranità nel Mondo Moderno: nascita e crisi dello stato nazione*. Bari: Laterza. 1997.

⁸⁹ LEVINAS, op. cit., p. 92.

- GRIMM, Dieter. Can the 'Post-National Constellation' be Re-Constitutionalized? TranState Working Papers, no. 2. Bremen: University of Bremen [original: Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung". In: Brenner, Michael; Huber, Peter M.; Möstl, Markus (orgs.). *Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel: Festschrift für Peter Badura zum siebzigsten Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Entre Naturalismo e Religião: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2007.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James & JAY, John. *The Federalist*. Middletown: Wesleyan University Press. 1989.
- HENKIN, Louis. *Foreign Affairs and the US Constitution*. New York: Oxford University Press. 1996.
- JACKSON, Vicki. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review*. v. 119, 2005.
- KENDE, Mark. The Constitutionality of the Death Penalty: South Africa as a Model for the United States. *The George Washington International Law Journal*. v. 38, 2006.
- KLUG, Heinz. Model and Anti-Model: The United States Constitution and the Rise of World Constitutionalism. *Wisconsin Law Review*. 2000.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: Edições 70, 2011.
- LOLLINI, Andrea. The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law. *Utrecht Law Review*. v. 8, n. 2, 2012.
- LUHMANN, Niklas. *Los Derechos Fundamentales como Institución*. México: Universidad Iberoamericana. 2010.
- _____. *La Sociedad de la Sociedad*. Mexico: Editorial Herder, 2006.
- _____. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.
- _____. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, G. PORTINARO, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. The Third Question: the creative use of paradoxes in Law and Legal History. *Journal of Law and Society*. v. 15, n. 2, 1988.

_____. *Sociologia do direito*. v. 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MADURO, Miguel Poiares. Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. In: Neil Walker (org). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart, 2003.

MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, 219 f, 2008.

MILLER, Hunter. *Treaties and Other International Acts of United States of America*. v. I, Washington: Government Printing Office, 1931.

MILOVIC, Miroslav. *Comunidade da Diferença*. Rio de Janeiro: Relume Dumará - UNIJUI, 2004.

MORRIS, Justin; WHEELER, Nicholas. The Security Council's Crisis of Legitimacy and the Use of Force. *International Politics*. v. 44, 2007.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

PERJU, Vlad. Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government. *International Journal of Constitutional Law*. v. 8, 2010.

PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, Andreas. *Niklas Luhmann: law, Justice, Society*. New York: Routledge, 2010.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models. *International Journal of Constitutional Law*. v. 1, n. 2, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*. v. 44, 2003.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SUNSTEIN, Cass. *The Constitution of Many Minds*. Princeton University Press, 2009.

_____. *Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law*. Forthcoming, Social Research. v. 147, 2007.

TEUBNER, Gunther. Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional theory? JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (orgs.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart, 2004.

TORRES, Aida Pérez. *Conflicts of Rights in the European Union: a Theory of a Supranational Adjudication*. New York: Oxford University Press, 2009.

TULLY, James. *Modern Constitutional Democracy and Imperialism. The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

TUSHNET, Mark. Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*. v. 49, 2009.

_____. Some Skepticism About Normative Constitutional Advice. *William and Mary Law Review*. v.49, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

_____. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

WELSCH, Wolfgang. *Reason and Transition: on the Concept of Transversal Reason*. Ethik und Sozialwissenschaften - Streitforum für Erörterungskultur 11, Heft 1, 2000.

_____. *Rationality and Reason Today*. Criticism and Defense of Rationality in Contemporary Philosophy. GORDON, Dane & NIZNIK, Józef (eds.) Amsterdam: Rodopi, 1998.

O DIREITO DE AÇÃO DE ÓRGÃOS FEDERAIS EM CONFLITO E SUA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL

*THE RIGHT OF CAUSE OF FEDERAL AGENCIES IN CONFLICT AND
ITS JUDICIAL REPRESENTATION*

*Alisson da Cunha Almeida
Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Atuação em juízo, em nome próprio, por órgãos públicos; 2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema; 3 A defesa judicial dos órgãos despersonalizados; 4 A solução proposta pela Advocacia-Geral da união para garantir defesa judicial efetiva aos órgãos em conflito; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: A heterogeneidade de interesses tutelados pela União tem levado, não raramente, a que os seus órgãos adotem posicionamentos antagônicos. Como tais entes são desprovidos de personalidade jurídica e, portanto, de capacidade processual, é necessário investigar se os órgãos podem ingressar em juízo para fazer prevalecer o seu entendimento sobre determinado tema e quem os representaria judicialmente nesses casos. Com o objetivo de apontar soluções para esse problema, o presente trabalho trata do direito de ação de órgãos federais em conflito de interesses e da representação judicial destes entes. Analisa-se do ponto de vista legal, jurisprudencial e doutrinário o direito de ação de entes despersonalizados – no caso, os órgãos –, bem como a instituição com atribuição para proceder a tal defesa judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Órgão. Conflito de Interesses. Capacidade Judiciária. Representação Judicial.

ABSTRACT: The heterogeneity of interests protected by the Union has led not infrequently that their entity can take contending positions. As such entities are without legal personality and therefore procedural capacity, it is necessary to investigate if the entities can take legal action to enforce their understanding of particular topic and who legally represent these cases. In order to identify solutions to this problem, this paper deals with the right of action regarding federal agencies which are in conflict of interest, as well as the judicial representation concerning these entities. The aforementioned right of action, emanated from the so called depersonalized entities, along with the institution which may genuinely have the attribution to proceed their legal defense, are here analyzed through legal, jurisprudential and doctrinal perspectives.

KEYWORDS: Entity. Conflict of Interest. Judicial Capacity. Judicial Representation.

INTRODUÇÃO

A heterogeneidade de interesses tutelados pela União tem levado, não raramente – o que é próprio de uma sociedade plural e democrática –, a que os seus órgãos adotem posicionamentos antagônicos na defesa de suas missões institucionais. É o que acontece, por exemplo, entre o Ministério dos Transportes e Ministério do Meio Ambiente em algumas questões atinentes a construção de rodovias com reflexos em áreas de proteção ambiental, bem como em relação a conflito entre os Poderes da República.

Como tais entes são desprovidos de personalidade jurídica e, portanto, de capacidade jurídica, o presente artigo decorre de pesquisa acerca da possibilidade de os referidos órgãos ingressarem em juízo para fazer prevalecer o seu entendimento sobre determinado tema e quem os representaria judicialmente nesses casos.

1 ATUAÇÃO EM JUÍZO, EM NOME PRÓPRIO, POR ÓRGÃOS PÚBLICOS

Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, *os órgãos nada mais significam que círculos de atribuições, os feixes individuais de poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes neles providos*¹.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, *pode-se definir o órgão público como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado*².

Verifica-se, assim, que o órgão não passa de um centro interno de competências administrativas, mantendo relação de dependência e de assessoriedade com a pessoa de direito público que integra. Assim, é naturalmente desprovido de personalidade jurídica.

Tal característica, inclusive, é consenso na doutrina especializada. Nesse contexto, afirma Hely Lopes Meireles, peremptoriamente, que *os órgãos não têm personalidade Jurídica*³. Essa também é a lição de Diógenes

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975^a.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 426.

3 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 29. ed. 2004. p. 68.

Gasparini, para quem *os órgãos públicos não são pessoas, mas centros de competência criados pelo Direito Público*⁴.

Assim, por exemplo, se um Ministério de Governo ou um Tribunal Regional Federal, enquanto órgãos da administração pública federal, exterioriza uma vontade, a imputação desta recairá sobre a União, que é a pessoa jurídica a qual pertencem os aludidos órgãos.

Desse modo, partindo-se da premissa clássica de que somente a União – por ser detentora de personalidade jurídica – tem capacidade jurídica para ser demandada por atos praticados por seus órgãos ou para postular em nome destes, põe-se o dilema do direito de ação dos mencionados entes quando sustentarem posicionamentos divergentes ou forem usurpados em sua competência, bem como o sujeito ou instituição responsável pela defesa judicial destes.

Com vistas a salvaguardar o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito, bem como o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito, a doutrina, corroborada pela jurisprudência, passou, por construção teórica, a permitir que, em determinadas situações, os órgãos, não obstante a sua natureza de entes despersonalizados, ingressem, *em nome próprio*, em juízo. A essa construção teórica foi atribuída a denominação de *capacidade judiciária*.

José dos Santos Carvalho Filho⁵, em artigo sobre o tema, destaca que tal construção teórica não é nenhuma novidade em nosso ordenamento jurídico, pois a lei processual admite como detentores de capacidade processual diversos conglomerados jurídicos – *pessoas formais* – que, embora destituídos de personalidade jurídica de direito material, são autorizados a figurar na relação processual como se pessoas fossem. É o caso, por exemplo, da massa falida, do espólio e do condomínio. Confira-se:

Como tais conglomerados jurídicos não têm personalidade de direito material, mas valem como pessoas na relação processual, alguns estudiosos têm empregado a expressão “personalidade judiciária” para indicar que, ao menos para o processo, são tratados como pessoas.

4 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 9. ed. 2004. p. 47.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./ago./set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

Contudo, diferentemente de tais conglomerados, para os quais a atribuição de tal prerrogativa exige inexoravelmente previsão em lei, para os órgãos a atribuição de capacidade judiciária é construção doutrinária e jurisprudencial, sem qualquer previsão expressa em lei formal, *exceto em relação ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ e ao Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, órgãos para os quais a atribuição de capacidade de ser parte foi conferida pela própria Constituição.*

Com efeito, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao incluir no texto constitucional a alínea “r” do inciso I do art. 102, *ainda que de forma indireta*, conferiu a esses Conselhos capacidade de serem parte, isto é, aptidão para figurarem como autores ou réus em processos judiciais civis. Atribuiu-lhes, em outras palavras, personalidade processual, formal ou judiciária.

Trata-se, inclusive, de tese já referendada pelo Supremo Tribunal Federal. Confirmam-se:

Inicialmente, verifico que *a presente demanda, cujo pólo passivo é composto pelo Conselho Nacional do Ministério Público*, enquadra-se na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, conforme o artigo 102, I, r, da Constituição Federal. (Pet-MC 4.297, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j.18.04.08).

A petionante ingressou com ação ordinária em face da União, com o objetivo de impugnar a validade — por ilegalidade e por inconstitucionalidade — da mencionada Resolução do CNMP, valendo-se do foro especializado de primeiro grau do Rio de Janeiro.

[...]

Na espécie, contudo, *deveria ter sido adotada providência preliminar, a saber, a intimação da parte autora para que emendasse a inicial e pedisse a inclusão do CNMP no polo passivo, a fim de configurar precisamente a situação de fato que serve de suporte à competência da Corte, a vista da diferenciação entre o órgão — o Conselho — e a entidade — a União — para fins de formação do liame processual*, tal como estabelecido na Pet 3674 QO. (Pet-MC 4.827, rel. Min. Dias Toffoli, j.06.09.10).

O embasamento jurídico para que os órgãos, não obstante o silêncio da lei, tenham tal prerrogativa decorre do princípio da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito. Ou seja, *Se um*

*determinado órgão tem direitos conferidos pelo ordenamento jurídico, não se pode admitir que esse mesmo ordenamento não possua instrumento jurídico para a proteção de tais direitos. Afinal, ser titular do direito e não poder defendê-lo é o mesmo que não ter o direito*⁶.

Aqui se faz pertinente outra observação de José dos Santos Carvalho Filho no sentido de que *A capacidade de ser parte não é admitida quando a pretensão do órgão consiste na reivindicação de meros direitos patrimoniais*. Nesses casos, a imputação deverá recair sobre a pessoa a jurídica a qual pertença, cabendo ao órgão o acesso direito ao Poder Judiciário somente quando demanda alguma de suas prerrogativas ou houver invasão de suas atribuições institucionais constitucionalmente outorgadas.

Assim, por construção teórica, amplamente amparada na jurisprudência, a admite-se que órgãos públicos, em nome próprio e na defesa de interesses institucionais, tenham direito de ação.

2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO TEMA

Nos casos de conflitos entre órgãos despersonalizados, decidiu o Supremo Tribunal Federal, com espeque no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal – inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito – pela legitimidade *ad causam* de órgãos despersonalizados, conforme se observa do fragmento do *leading case* a seguir transcrito:

I. Mandado de Segurança: Legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da República que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos à autonomia do Ministério Público: Análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência. 1. A Legitimidade *ad causam* no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (Cf. Jellinek, Marberg, Duguit, Dabin, Sant Romano), entre os direitos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que tem por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas

6 CARVALHO FILHO, op. cit.

que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: A solução negativa importaria em ‘*subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*’. 2. A jurisprudência – com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) – tem reconhecido a capacidade ou ‘*personalidade judiciária*’ de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas. 3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente – porque instrumento essencial de sua atuação – e não se pode dissolver na personalidade jurídica do Estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõem em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalística, os tribunais tem assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais. 4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos. [...]. (MS 21239, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 05/06/1991, DJ 23-04-1993 PP-06920 EMENT VOL-01700-02 PP-00237).

Assim, concluindo que nos direitos subjetivos públicos incluem-se os denominados *direitos-função*, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular do órgão despersonalizado, o Supremo Tribunal Federou ratificou a jurisprudência existente no sentido de entender legítimo requerer a segurança contra ato de outra autoridade que possa obstar ou usurpar o exercício da integralidade das competências e prerrogativas de órgão despersonalizado.

Essa legitimidade, como se deduz do precedente acima citado, não é ampla, restringindo-se às ações constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas data*. Contudo, em relação ao CNJ e ao CNMP, houve, por previsão constitucional, legitimação ampla.

Tal conclusão decorre de interpretação literal da norma prevista no art. 102, I, alínea ‘r’. Confira-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

r) as *ações contra o Conselho Nacional de Justiça* e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Grifou-se).

Além disso, a tese da legitimidade ampla do CNJ e do CNMP também pode ser confirmada quando se submete o aludido dispositivo a uma interpretação sistemática com a alínea ‘d’ do mesmo inciso I do art. 102 da Constituição, no qual existe a discriminação expressa do tipo de ação.

Com efeito, na alínea ‘d’⁷, o constituinte discriminou a natureza da ação, restrição esta que não existe na alínea ‘r’, que se refere, genericamente, a ‘ações’ contra o CNJ.

Assim, se a intenção da Emenda Constitucional nº 45/2004 fosse limitar a capacidade judiciária do CNJ/CNMP às ações constitucionais, decerto teria adotado na redação da alínea ‘r’ o mesmo teor da alínea ‘d’, ou, de forma ainda mais simples, teria apenas acrescentado o CNJ/CNMP à relação de pessoas e órgãos já constante da alínea ‘d’.

Efetivamente, o texto constitucional, ao se referir genericamente a “ações”, deixa claro que o CNJ e o CNMP terão capacidade judiciária em qualquer tipo de ação. Há, nesse sentido, decisões monocráticas proferidas por Ministros do STF admitido a legitimidade do CNJ em *todas* as ações contra este propostas, e não somente para o mandado de segurança:

5. A Constituição da República conferiu ao Conselho Nacional de Justiça a competência para exercer o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário, devendo ‘zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade

7 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente:

[...]

d) o habeas-corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o *mandado de segurança e o habeas-data* contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (Grifou-se).

dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União' (art. 103-B, § 4º, inc. II). *O julgamento das questões surgidas do desempenho dessas importantes atribuições do Conselho Nacional de Justiça são da competência do Supremo Tribunal Federal, não havendo, conforme se infere do disposto na alínea r do inciso I do artigo 102 da Constituição da República, restrição quanto ao instrumento processual a ser utilizado, como ocorre em relação à autoridades mencionadas na alínea d do mesmo dispositivo.* (AC 2459 MC, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 11/11/2009, DJe-216 DIVULG 17/11/2009 PUBLIC 18/11/2009, grifou-se).

Assim, a redação constitucional expressa a legitimidade do CNJ para ser demandado em juízo na defesa de suas missões institucionais não só através do mandado de segurança, mas sim por qualquer tipo de ação. Esta interpretação, contudo, não pode ser ampliada a todos os órgãos, pois decorre de previsão constitucional relativa exclusivamente ao CNJ e ao CNMP.

3 A DEFESA JUDICIAL DOS ÓRGÃOS DESPERSONALIZADOS

Assentada a premissa de que os órgãos públicos, embora desprovidos de personalidade jurídica e, por conseguinte, de capacidade jurídica, podem, sim, ingressar em juízo, desde que em defesa de suas missões institucionais e de sua competência, surge o dilema da definição de qual seria o sujeito ou instituição com atribuição para a defesa judicial destes.

A solução para tal celeuma, mais uma vez, foi encontrada na própria Constituição Federal.

De acordo com o art. 131 da Constituição Federal, cabe à Advocacia-Geral da União a representação judicial da União, aí se incluindo os órgãos dos Poderes Executivo Federal, Legislativo Federal e Judiciário da União⁸, do Ministério Público da União⁹ e do Tribunal de Contas da União.

8 Incluem-se no Poder Judiciário da União os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho, órgãos da Justiça Militar da União, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal.

9 Incluem-se no Ministério Público da União o Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Tal missão constitucional de representar judicialmente os Poderes da República foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação Constitucional nº 8.025, Rel. Min. Eros Grau. Confira-se, a propósito, a decisão na qual foi consolidado o entendimento da Suprema Corte:

Preliminarmente, o Tribunal afirmou a ilegitimidade da *representação judicial do advogado constituído pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deveria ser feita pela Advocacia Geral da União, desconsiderando a sustentação oral realizada*, vencidos os Senhores Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Britto, que permitiam a sustentação oral do advogado do reclamante e posteriormente a do advogado constituído pelo Presidente do TRF da 3ª Região. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem no sentido de intimar a AGU para que, querendo, se manifeste nos autos, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a suscitou, e Carlos Britto. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação, para anular a eleição de Presidente e determinar que outra se realize, nos termos do voto do Relator, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que a julgavam improcedente. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Dias Toffoli, que declarou suspeição. Falou, pelo reclamante, o Professor Sérgio Ferraz. Plenário, 09.12.2009. (Rcl 8025, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2009, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-02 PP-00433, grifou-se).

No caso concreto, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região constituiu advogado privado para representa-lo judicialmente em demanda proposta contra o Conselho Nacional de Justiça. A Suprema Corte, entretanto, acatando impugnação deduzida pela Advocacia-Geral da União, declarou a ilegitimidade da representação judicial, ratificando a norma constitucional no sentido de que, por se tratar de defesa de órgão pertencente à estrutura da União, compete exclusivamente à sua Advocacia-Geral a representação judicial do referido Tribunal.

Não diverge desse entendimento a doutrina especializada, para quem a atuação da Advocacia-Geral da União *abrange a representação em juízo ou fora dele, no âmbito federal dos Poderes Executivo, Legislativo*

e Judiciário, incluindo ainda o Ministério Público da União (MPU) e a Defensoria Pública da União (DPU), [...]”¹⁰.

A Advocacia-Geral da União, portanto, é órgão autônomo e que não se vincula a nenhum dos Poderes¹¹, apesar de representar todos eles em juízo.

Contudo, o problema ainda não estava superado, pois seria necessário garantir a imparcialidade na defesa dos órgãos em conflito, embora a representação judicial destes caiba a uma única instituição: a Advocacia-Geral da União.

4 A SOLUÇÃO PROPOSTA PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PARA GARANTIR DEFESA JUDICIAL EFETIVA AOS ÓRGÃOS EM CONFLITO

Visando a concreção do art. 131 da Constituição Federal em harmonia com o princípio do contraditório e da ampla defesa, a Advocacia-Geral da União, mediante atos do Advogado-Geral, instituiu a figura da representação judicial *ad hoc*, nomeando advogados públicos para atuarem na representação judicial do(s) órgão(s) em litígio.

A expressão latina *ad hoc* pode ser traduzida como *para isto* ou *para esta finalidade*. Como termo jurídico, significa a nomeação de uma pessoa para a realização de um ato específico¹².

Assim, a partir do momento em que o advogado público recebe tal dever-poder, rompe-se, apenas para aquele caso específico em que está atuando, a subordinação ao Advogado-Geral da União, devendo prestar contas de seus atos exclusivamente ao dirigente máximo do órgão que estiver representando judicialmente. Atua o advogado *ad hoc*, portanto, com independência técnica.

A representação judicial *ad hoc* para defesa de órgãos em conflito teve sua gênese em termos de cooperação técnica celebrados entre a

10 GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciana Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

11 Na mesma linha: “Temos que tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário”, é o que se extrai do voto proferido pelo Min. Dias Toffoli no RE nº 558.258/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 17.03.2011.

12 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

Advocacia-Geral da União e órgãos da União pertencentes a outros Poderes da República, como o Tribunal de Contas da União, a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Um dos objetivos de tais atos de cooperação é melhorar a defesa judicial dos aludidos órgãos, culminando, inclusive, na criação de Escritórios Avançados da Advocacia-Geral União em tais entes despersonalizados¹³. Confira-se, a propósito do que foi acima afirmado, cláusula constante em todos os acordos de cooperação celebrados:

Na hipótese de eventual conflito de interesses no exercício da representação judicial da União em relação aos partícipes desse acordo, notadamente quando (i) envolver as prerrogativas e competências próprias de cada órgão ou (ii) na hipótese de figurar a União em determinado polo da ação e um dos partícipes em polo diverso ou (iii) quando o ato administrativo, normativo ou executivo, questionado judicialmente, de autoria dos partícipes, estiver em confronto com o parecer normativo ou entendimento consolidado da AGU, o Advogado-Geral da União, a requerimento do interessado, viabilizará a defesa dos representados, mediante a designação de advogados públicos integrantes a AGU *ad hoc* para atuar na defesa do órgão interessado, com a colaboração deste¹⁴.

Entretanto, ainda existiam pontos lacunosos acerca da atuação *ad hoc*, denotando a necessidade de regulamentação do instituto.

Foi com esse propósito que a Advocacia-Geral da União editou a Portaria nº 463, de 12 de dezembro de 2013, na qual foram fixadas as balizas da atuação de advogados para a representação de órgãos em conflito.

A primeira delas diz respeito à competência para a designação, que foi imputada exclusivamente ao Advogado-Geral da União. Estabeleceu-se, também, que apenas os membros integrantes das

13 Atualmente, a Advocacia-Geral da União conta com escritórios de representação no Conselho Nacional de Justiça (Termo de Cooperação Técnica nº 108/2009), no Superior Tribunal de Justiça (Termo de Cooperação Técnica nº 05/2011), no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Termo de Cooperação Técnica firmado em 15 de junho de 2011), na Câmara dos Deputados (Acordo de Cooperação Técnica nº 2010/071) e no Conselho da Justiça Federal (Termo de Cooperação Técnica nº 003/2010).

carreiras de Advogado da União ou de Procurador da Fazenda Nacional poderiam receber tal múnus.

Com vistas à preservação do princípio da paridade de armas, fixou-se que a designação deveria recair exclusivamente sobre advogados *lotados em órgãos de contencioso judicial*. Com isso, buscou-se evitar eventual desequilíbrio de forças entre a defesa dos órgãos, com a nomeação, por exemplo, de membros lotados em órgãos de consultoria, muitas vezes sem a necessária expertise em Direito Processual Civil ou prática forense.

Para garantir que a defesa do órgão seja efetiva, e não tão somente formal, manteve-se a independência técnica do advogado *ad hoc* originalmente prevista nos referidos termos de cooperação, bem como as prerrogativas conferidas pela Lei Complementar nº 73/90¹⁵, que já vinham sendo conferidas nos atos individuais de designação, acrescentando-se a vedação de que o advogado designado atue contrariamente aos interesses do órgão representado em outro processo durante a vigência do múnus. Além disso, com vistas a garantir o sigilo imprescindível à defesa judicial, vedou-se a disponibilização, pelo advogado designado, de peças relativas à atuação *ad hoc* em redes ou sistemas de informação da Advocacia-Geral União.

Assim, com são mantidas as prerrogativas previstas na Lei Complementar nº 73/90, tais advogados são intimados pessoalmente, as publicações saem em seus nomes e não se subordinam ao Advogado-Geral da União, não havendo ciência deste a respeito da forma como a questão está sendo conduzida. Inexiste, portanto, qualquer ingerência.

Isso não significa, contudo, que eventuais ilícitos funcionais praticados por Advogados da União ou de Procuradores da Fazenda Nacional no exercício da designação *ad hoc* não possam ser apurados pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Na verdade, o que se garante é a independência técnica, sendo que, como todo ato praticado por servidor público, caberá responsabilização pelo ente ao qual o agente público é funcionalmente vinculado. Nesse sentido, inclusive, é clara a dicção do § 8º, do art. 1º, da referida Portaria¹⁶.

A solução engendrada pela Advocacia-Geral da União para viabilizar a defesa judicial imparcial e independente de órgãos públicos

15 Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências.

16

vem sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, podendo ser citados, apenas a título exemplificativo, os seguintes processos nos quais foi admitida a representação judicial de órgãos ou de Poderes da República mediante a designação de advogados *ad hoc*: Mandados de Segurança nºs¹⁷ 28.744-DF, 28.897-DF, 29.123-DF, 29.326-DF, 29.468-DF, 25.888-DF; 25.986-DF, 26.783-DF, 26.808-DF, 26.410-DF, 27.232-DF, 27.337-DF, 27.344-DF, 27.743-DF, 27.837-DF, 27.796-DF, 28.252-DF, 28.626-DF, 28.745-DF e 30.358-DF; Reclamação nº 10.681¹⁸, Mandado de Segurança nº 29.123¹⁹; Mandado de Segurança nº 31.021²⁰; AO nº 1.497²¹; Mandado de Segurança nº 30.659²²; entre outros.

Assim, até o encerramento do presente estudo, não foi encontrada qualquer resistência a essa prática, sendo indício dessa aceitação o fato de a solução encontrada, em rara experiência, ter acomodado, sem conflito, todas as normas constitucionais aplicáveis ao caso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante a inexistência de previsão legal, a doutrina, chancelada pela jurisprudência, atribuiu aos órgãos públicos, mediante a aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito, a possibilidade de ingressarem em juízo, em nome próprio, na defesa de suas prerrogativas institucionais e de sua competência, mediante a figura da *capacidade judiciária*.

Como tais órgãos são representados judicialmente pela mesma instituição – no caso, a Advocacia-Geral da União –, foi necessário novo esforço hermenêutico para garantir que a defesa judicial de tais entes fosse efetiva, e não tão somente formal.

Em razão disso, a solução encontrada foi a atribuição de independência técnica a membros da Advocacia-Geral da União para atuarem, sem subordinação ao Advogado-Geral da União, em tais

17 Portaria AGU de 12 de setembro de 2011. DOU de 12/09/2011.

18 Portaria AGU nº 1.410 de 21 de setembro de 2010. DOU de 23/09/2010.

19 Portaria AGU nº 1.411 de 21 de setembro de 2010. DOU de 23/09/2010.

20 Portaria AGU nº 62, de 09 de fevereiro de 2012. DOU de 10/02/2012.

21 Portaria AGU nº 1.197 de 21 de agosto de 2008. DOU de 22/08/2008.

22 Portaria de nomeação *ad hoc* nº 220, de 24 de maio de 2011. DOU de 26/05/2011.

Portaria de nomeação *ad hoc* nº 220, de 24 de maio de 2011. DOU de 26/05/2011.

casos. Assim, o advogado *ad hoc* presta contas apenas ao órgão que está defendendo judicialmente, como ocorreria, aliás, com qualquer outro advogado, mesmo o privado.

Tal solução, além de preservar diversos preceitos constitucionais, como o art. 131 da Constituição e os princípios do contraditório e da ampla defesa, também represente economia aos cofres públicos, pois evita que órgãos despersonalizados, a exemplo do Tribunal Regional Federal da 3ª Região na Rcl. nº 8.025 (STF), contratem advogados privados para que procedam à defesa judicial de tais entes, contratações essas, em regra, procedidas com dispensa de licitação.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Acadêmico de Direito*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

AGU. *Pesquisa de normas internas*. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas/NormasInternas/ListaNormasInternasAGU.aspx>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

_____. Personalidade Judiciária de Órgãos Públicos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, jul./ago./set. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>>. Acesso em: 29 jul. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em júízo*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. v. 3, 7. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Jus Podivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 16. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: Jus Podivm, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 9. ed. 2004.

GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciana Moessa (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 29. ed. 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Apontamentos sobre os agentes públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

STF. *Pesquisa por classe: Processos Protocolados, Distribuídos e Julgados por classe processual*. [on line] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>. Acesso em: 20 de jul. 2014.

**APOSENTADORIA ESPECIAL DA PESSOA
COM DEFICIÊNCIA SEGURADA DO
REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL:
LEI COMPLEMENTAR Nº 142/2013**

*SPECIAL RETIREMENT OF THE DISABLED PERSON INSURED
UNDER THE GENERAL WELFARE OF SOCIAL SECURITY:
COMPLEMENTARY LAW Nº 142/2013*

*Cirlene Luiza Zimmermann
Procuradora Federal*

Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS

SUMÁRIO: Introdução; 1 Um retrato das pessoas com deficiência no Brasil; 2 Os direitos das pessoas com deficiência no Brasil; 3 Análise da aposentadoria da pessoa com deficiência à luz dos princípios constitucionais da seguridade e da previdência social; 4 O conceito de pessoa com deficiência; 5 Peculiaridades da aposentadoria do segurado com deficiência do RGPS; 6 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O Brasil possui 23,9% da sua população composta por pessoas com deficiência. Promover a inclusão social dessas pessoas assegura o respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. A adoção de ações afirmativas, isto é, de medidas que visam compensar socialmente as dificuldades inerentes à própria condição, é indispensável. Como não basta a lei, é preciso partir para a prática. A Lei Complementar nº 142/2013 regulamentou a concessão da aposentadoria para a pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS e entrou em vigor no dia 9 de novembro de 2013. Trata-se de reconhecimento e concretização da dignidade humana da pessoa com deficiência, que passa a ter suas necessidades sociais distintas protegidas com critérios diferenciados na concessão da prestação previdenciária. A Lei Complementar possui apenas onze artigos, mas muitas particularidades explícitas e outras implícitas, as quais são tratadas no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com Deficiência. Direitos. Princípios. Previdência Social. Aposentadoria.

ABSTRACT: Brazil has 23,9% of its population composed of people with disabilities. Promoting social inclusion of these people ensures compliance with the highest principle of human dignity. The adoption of affirmative action, that is, measures aim at social compensate the difficulties inherent to the condition, is essential. As not just the law, we must start to practice. The Complementary Law N° 142/2013 regulated the granting retirement for people with disabilities insured under the General Welfare of Social Security and entered into force on 9 November 2013. It is recognition and realization of human dignity of people with disabilities, which is replaced by its distinct social needs protected with different criteria for the granting of social security provision. The Complementary Law has only eleven articles, but many explicit peculiarities and other implicit, which are treated in this article.

KEYWORDS: Disabled Person. Rights. Principles. Social Security. Retirement.

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, regulamentou a concessão da aposentadoria à pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS de que trata o § 1º do art. 201 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 47/2005. Nos termos do seu art. 11, a Lei Complementar entrou em vigor após decorridos 6 (seis) meses de sua publicação oficial, que ocorreu em 9 de maio de 2013, ou seja, em 9 de novembro de 2013.

Os dados do Censo Demográfico de 2010, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apontam que o Brasil tem 45.623.910 de pessoas com deficiência, ou seja, 23,9% da população total, que atingiu o número de 190.755.799. Quem são, o que fazem, como vivem e quais são os seus direitos são alguns dos aspectos que se buscará analisar no decorrer desse estudo a partir dos dados do Censo de 2010 e da vasta legislação brasileira que abarca essa população.

A grande diferença nos números das pessoas com deficiência que teriam direito à nova aposentadoria especial, segundo os dados do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), e daquelas que possuem pelo menos uma das deficiências investigadas pelo Censo de 2010 é um ponto de impasse que será analisado com cautela.

A criação de um novo benefício previdenciário requer seu confronto com os princípios constitucionais da seguridade e da previdência social, com o intuito de verificar sua adequada inserção no sistema. Por isso, a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS foi analisada à luz de alguns desses princípios.

A LC nº 142/2013 definiu como beneficiárias da aposentadoria especial as pessoas com deficiência, ou seja, aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. Considerando que o conceito de deficiência adotado pela lei é o mesmo inserido na Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, a avaliação da deficiência para fins de concessão da aposentadoria especial deve seguir critérios médicos e funcionais estabelecidos e aceitos internacionalmente, isto é, os princípios da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF.

O Decreto nº 8.145, de 03 de dezembro de 2013, alterou o Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, para adequá-lo às disposições sobre a aposentadoria da pessoa com deficiência. Entretanto, não atendeu integralmente à ordem do legislador, prevista no parágrafo único do art. 3º da LC nº 142/2013, pois relegou a definição dos graus de deficiência a ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, dos Ministros de Estado da Previdência Social, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Advogado-Geral da União (art. 70-D do RPS).

Tal ato conjunto é a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, que aprovou o instrumento destinado à avaliação do segurado da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como definiu impedimento de longo prazo.

Apesar de a Lei Complementar possuir apenas onze artigos, contém muitas peculiaridades, sejam explícitas ou implícitas, as quais exigem atenção e estudo, sendo que algumas delas foram analisadas no decorrer do presente artigo.

1 UM RETRATO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

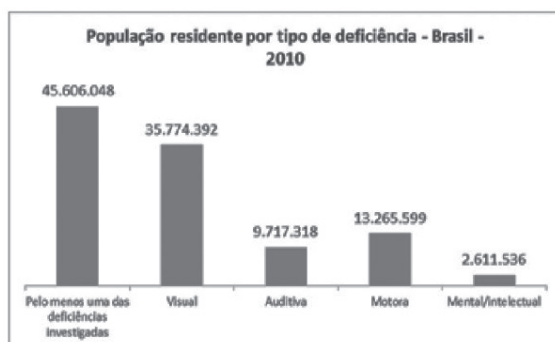
Os dados do Censo Demográfico de 2010, divulgados pelo IBGE, apontam que o Brasil tem 45.623.910 de pessoas com deficiência, ou seja, 23,9% da população total, que atingiu o número de 190.755.799.¹

O censo pesquisou a existência dos seguintes tipos de deficiência permanente: visual (dificuldade permanente de enxergar, mesmo com o uso de óculos ou lentes de contato, no caso de a pessoa utilizá-los), auditiva (dificuldade permanente de ouvir (avaliada com o uso de aparelho auditivo, no caso de a pessoa utilizá-lo) e motora (dificuldade permanente de caminhar ou subir escadas (avaliada com o uso de prótese, bengala ou aparelho auxiliar, no caso de a pessoa utilizá-lo), de acordo com o seu grau de severidade, e, também, mental ou intelectual (deficiência permanente que limita as atividades habituais, não se considerando como tal as perturbações ou doenças mentais como autismo, neurose e esquizofrenia). As pessoas incluídas em mais de um tipo de deficiência foram contadas apenas uma vez.

1 IBGE. *Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2013.

Os resultados foram os seguintes:

- Deficiência Visual – 35.791.488
 Não consegue de modo algum – 528.624
 Grande dificuldade – 6.056.684
 Alguma dificuldade – 29.206.180
- Deficiência Auditiva – 9.722.163
 Não consegue de modo algum – 347.481
 Grande dificuldade – 1.799.885
 Alguma dificuldade – 7.574.797
- Deficiência Motora – 13.273.969
 Não consegue de modo algum – 740.456
 Grande dificuldade – 3.701.790
 Alguma dificuldade – 8.831.723
- Deficiência Mental/Intelectual – 2.617.025

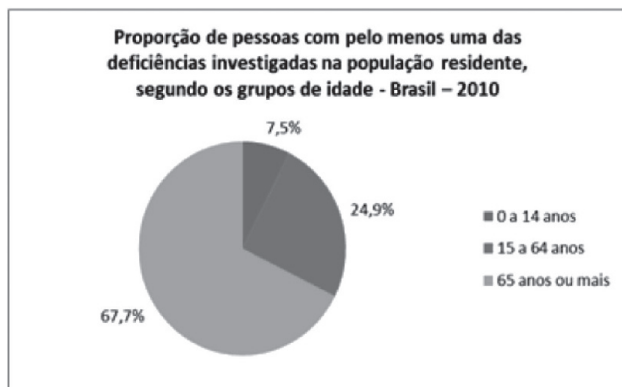


Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Nota: Algumas pessoas declararam possuir mais de um tipo de deficiência. Por isso, quando somadas as ocorrências de deficiências, o número é maior do que 45,6 milhões, que representa o número de pessoas, não de ocorrências de deficiência.

Em relação à proporção de pessoas com, pelo menos, uma das deficiências investigadas, segundo os grupos de idade, constatou-se que 7,5% das crianças de 0 a 14 anos de idade apresentaram pelo menos um tipo de deficiência. A prevalência de, pelo menos, uma das deficiências investigadas foi maior (24,9%) na população de 15 a 64 anos de idade e atingiu mais da metade da população de 65 anos ou mais de idade (67,7%).

Esse aumento proporcional da prevalência de deficiência em relação à idade advém das limitações do próprio fenômeno do envelhecimento, onde há uma perda gradual da acuidade visual e auditiva e da capacidade motora do indivíduo.



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

O percentual da população feminina com, pelo menos, uma das deficiências investigadas foi de 26,5%, correspondendo a 25.800.681 mulheres. Esse percentual é superior ao da população masculina com, pelo menos, uma deficiência, que foi de 21,2%, correspondendo a 19.805.367 homens.



Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010.

Observou-se, ainda, que o maior contingente de população com, pelo menos, uma deficiência ocorreu na população de 40 a 59 anos, correspondendo a um total de 17.435.955 pessoas, sendo 7.530.514 homens e 9.905.442 mulheres. Para esse grupo etário, a deficiência visual foi o tipo mais declarado, seguido das deficiências motora e auditiva.

O Censo Demográfico 2010 demonstrou também que a taxa de alfabetização das pessoas de 15 anos ou mais de idade foi de 90,6%, sendo que, para a população de 15 anos ou mais com, pelo menos, uma das deficiências investigadas, essa taxa se reduz para 81,7%, evidenciando as maiores dificuldades enfrentadas pelas pessoas com deficiência para terem reconhecido e garantido o seu direito à educação.

As diferenças são ainda mais significativas na análise do nível de instrução das pessoas com, pelo menos, uma das deficiências investigadas e o daquelas sem alguma dessas deficiências. Enquanto 61,1% da população de 15 anos ou mais de idade com deficiência não tinha instrução ou possuía apenas o ensino fundamental incompleto, esse percentual era de 38,2% para as pessoas de 15 anos ou mais que declararam não ter nenhuma das deficiências investigadas, representando uma diferença de 22,9 pontos percentuais. A segunda maior diferença em pontos percentuais foi observada para o ensino médio completo e o superior incompleto, onde o percentual de população de 15 anos ou mais com deficiência foi de 17,7% contra 29,7% para as pessoas sem deficiência. Observou-se, ainda, que a menor diferença estava no ensino superior completo: 6,7% para a população de 15 anos ou mais com deficiência e 10,4% para a população sem deficiência.

Tais números, todavia, tendem a se tornar menos discrepantes com o passar dos anos, pois, considerando o grupo etário de 06² a 14 anos, calculou-se a taxa de escolarização das crianças com, pelo menos, uma das deficiências investigadas, que foi de 95,1%, cerca de dois pontos percentuais menor do que a taxa de escolarização das crianças dessa mesma faixa etária sem nenhuma dessas deficiências, que foi de 96,9%.

A constatação da maior frequência escolar das crianças com deficiência é muito gratificante, pois permite concluir que os esforços pela inclusão social estão tendo resultados, sendo que essas crianças serão pessoas que, apesar das deficiências e naturais dificuldades delas decorrentes, buscarão avançar nos seus estudos e incluir-se no mercado

² A Lei nº 11.274/2006, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispõe sobre a duração de nove anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 06 (seis) anos de idade.

de trabalho, fazendo jus, de acordo com o grau de seus impedimentos de longo prazo, à aposentadoria especial regulamentada pela LC nº 142/2013.

O Censo de 2010 apontou para a existência de 161.981.299 pessoas com 10 anos ou mais de idade no Brasil, das quais 44.073.377 tinham, pelo menos, uma das deficiências investigadas. Do total de pessoas nessa faixa etária, 86.353.839 eram ocupadas, sendo que 20.365.963 possuem uma das deficiências investigadas, ou seja, 23,6% do total de ocupados.

Os trabalhadores com deficiência representam 23,6% do total de ocupados com 10 anos ou mais de idade, sendo que 40,2% desses trabalhadores possuem carteira assinada, percentual inferior ao daquelas sem nenhuma dessas deficiências (49,2%). O restante trabalha por conta própria (27,4%), não possui carteira de trabalho assinada (22,5%), é militar ou funcionário público (5,9%, percentual superior ao das pessoas ocupadas sem deficiência, que é de 5,5%), empregador (1,8%) e sem remuneração (2,2%).

Todavia, das mais de 20 milhões de pessoas com deficiência ocupadas no Brasil em 2010, dentre as quais, mais de oito milhões com carteira assinada, somente pouco mais de 325 mil profissionais, ou seja, 0,70% do total dos vínculos empregatícios, teriam direito constitucional à aposentadoria especial, ou seja, estão contratados nas vagas reservadas para pessoas com deficiência, em conformidade com o art. 93 da Lei nº 8.213/91, segundo dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2011, consolidados pelo Ministério do Trabalho e Emprego³. Diante desses números, é possível prever que haverá significativas controvérsias administrativas e judiciais acerca do enquadramento das pessoas com deficiência para fins de concessão da aposentadoria especial prevista na LC nº 142/2013: apenas no que se refere às pessoas com carteira assinada no ano de 2010 que se declararam com deficiência, haverá um contingente de mais de 7,5 milhões⁴ que buscará enquadrar-se nessa condição para obter as vantagens da redução do tempo de contribuição e da forma de cálculo do benefício previstas na Lei Complementar.

3 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Características do Emprego Formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais*. 2011. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3F9B2012013FE39CE92D6DC9/Resultados%20Definitivos%20Ano%20base%202011.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2013. p. 19.

4 Esse número é confirmado pelo confronto dos dados do Ministério do Trabalho, com base na RAIS de 2011, e do IBGE, com base no Censo 2010, pois, para o MTE, mais de 40 milhões de brasileiros trabalhavam com carteira assinada em 2011, sendo que pouco mais de 32 milhões (49,2% de 65.987.876) não se consideraram pessoas com deficiência, enquanto oito milhões se qualificaram como tal.

Contudo, é fato que a LC não definiu como destinatários da aposentadoria especial os segurados empregados nas vagas de deficientes, de modo que esse parâmetro não poderá ser adotado pelo INSS para avaliar se o segurado tem direito a ser beneficiário da norma, sob pena de inundar o Judiciário com demandas de segurados buscando o enquadramento como pessoa com deficiência para fins da LC nº 142/2013.

Independentemente da discussão acerca do enquadramento na condição de deficiente, é notório que o número de pessoas com deficiência com necessidade e disponibilidade para trabalhar é bastante elevado, sendo que não basta proibir a discriminação⁵ para que a inclusão social e econômica se concretize, sendo necessária a adoção de ações afirmativas, isto é, de medidas que visam compensar socialmente as dificuldades inerentes à própria condição, já que essa pode ser agravada de acordo com as atividades profissionais exercidas pela pessoa, em situação similar aos prejuízos sofridos pelo trabalhador sem deficiência que se expõe a condições de trabalho especiais, reconhecidas pela lei com a concessão de aposentadoria com menor tempo de contribuição para compensar a exposição a agentes de risco nas mais diversas atividades profissionais.

Nesse sentido, os conceitos de ações afirmativas apresentados por Joaquim Barbosa Gomes e pelo Ministério do Trabalho e Emprego:

[...] as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.⁶

As ações afirmativas são, assim, medidas que visam à implantação de providências obrigatórias ou facultativas, oriundas de órgãos públicos ou privados, cuja finalidade é a de promover a inclusão de grupos notoriamente discriminados, possibilitando-lhes o acesso aos

5 Art. 7º da CF/88. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

6 GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

espaços sociais e a fruição de direitos fundamentais, com vistas à realização da efetiva igualdade constitucional.⁷

No caso das pessoas com deficiência, diversas ações afirmativas já são adotadas no Brasil, especialmente, desde a publicação da Lei nº 7.853/89, que estabeleceu normas gerais para assegurar o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas com deficiências e sua efetiva integração social⁸. Referida Lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3.298/90, que também instituiu a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. As leis que instituíram a reserva legal de vagas de trabalho para pessoas com deficiência tanto na iniciativa privada⁹ quanto no serviço público¹⁰ são um exemplo de ações afirmativas, assim como a agora regulamentada aposentadoria, pelo menos no âmbito do RGPS. Registre-se que a reserva legal no percentual de 20% condiz mais com a realidade brasileira, já que 23,9% da população total do país tem alguma deficiência, conforme dados detalhados anteriormente.

7 BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2. ed. Brasília: MTE, SIT, 2007. p. 17.

8 Montal prefere não utilizar a expressão integração social, que dá a ideia de se buscar adaptar a pessoa ao meio para que ela se sinta fazendo parte do grupo, entendendo mais adequado falar-se em inclusão social, que se traduz em alterar o meio para receber a pessoa com deficiência. In: MONTAL, Zélia Maria Cardoso. *O trabalho como direito humano da pessoa com deficiência*. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (coordenadoras). *Direitos humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 168.

9 Art. 93 da Lei nº 8.213/91. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante.	5%.

10 No mínimo 5% e no máximo 20% das vagas oferecidas no concurso (art. 37, VIII, da CF/88, c/c art. 5º, §2º, da Lei nº 8.112/90, c/c art. 37, § 1º, do Decreto nº 3.298/99):

Art. 37, VIII – a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de admissão;

Art. 5º, § 2º Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

Art. 37. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§ 1º O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§ 2º Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

2 OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

A Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, foram promulgados no Brasil por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, conforme procedimento previsto no §3º do art. 5º da Constituição da República de 1988¹¹.

Assim, os direitos das pessoas com deficiência estabelecidos na Convenção Internacional devem ser aplicados e respeitados no Brasil tais quais os direitos e garantias expressos na Constituição Federal, por força do §2º do art. 5º da Carta Magna, que estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

O art. 1º da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência estabelece que o seu propósito é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. O mesmo dispositivo ainda apresenta o conceito de pessoa com deficiência:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Com o objetivo de atingir esse propósito da Convenção no Brasil, foi instituído o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Plano Viver sem Limite, por meio do Decreto nº 7.612, de 17 de novembro de 2011, o qual deverá ser executado pela União em colaboração com Estados, Distrito Federal, Municípios e com a sociedade.

Os princípios gerais adotados pela Convenção estão expressos no seu art. 3º e visam ao respeito pela dignidade inerente e à autonomia

11 Art. 5º [...]. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo)

individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e à independência das pessoas com deficiência; a não discriminação; à plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; ao respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; à igualdade de oportunidades; à acessibilidade; à igualdade entre o homem e a mulher; e ao respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito dessas mesmas crianças de preservar sua identidade.

A fim de atender aos princípios da Convenção, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência estabelece várias diretrizes (art. 3º) e alguns eixos de atuação (art. 4º).

Os demais dispositivos da Convenção procuram esmiuçar esses princípios na forma de direitos a serem reconhecidos às pessoas com deficiência. Em especial, os artigos 24 a 28 garantem, respectivamente, os direitos à educação, à saúde, à habilitação e reabilitação, ao trabalho e emprego e a um padrão de vida e proteção social adequados.

Para salvaguardar e promover esses direitos, é estabelecida a adoção de diversas medidas, dentre as quais, a de assegurar igual acesso das pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria (art. 28, 2, “e”).

A Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, já havia alterado os artigos 40 e 201 da Constituição Federal para prever a aposentadoria especial para pessoas com deficiência:

Art. 40. [...]

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

I - portadores de deficiência;

II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Art. 201. [...]

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Todavia, somente com a Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, que entrou em vigor no dia 9 de novembro de 2013, é que foi regulamentada a concessão da aposentadoria à pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS de que trata o § 1º do art. 201 da Constituição Federal.

Já os servidores públicos com deficiência continuam tendo seu direito negado, apesar de o Supremo Tribunal Federal já ter reconhecido em diversos Mandados de Injunção¹² a injusta frustração do direito da aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º da Constituição Federal em decorrência de inconstitucional, prolongada e lesiva omissão imputável a órgãos estatais da União Federal, garantindo, assim, o direito dos servidores impetrantes de terem seus pedidos de aposentadoria especial concretamente analisados pela autoridade administrativa competente, observando, para tanto, o que dispõe o art. 57 da Lei nº 8.213/91, ou seja, as regras para a concessão de aposentadoria especial pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS, às pessoas que trabalham sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Todavia, como bem destacou a Suprema Corte, a especificação dos exatos critérios fáticos e jurídicos que deverão ser observados na análise dos pedidos concretos de aposentadoria especial caberá, exclusivamente, à autoridade administrativa competente:

[...] não cabe indicar, nesta sede injuncional, como reiteradamente acentuado por esta Suprema Corte (MI 1.312/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MI 1.316/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE - MI 1.451/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.), “a especificação dos exatos critérios fáticos e jurídicos que deverão ser observados na análise dos pedidos concretos de aposentadoria especial, tarefa que caberá, exclusivamente, à autoridade administrativa competente ao se valer do que previsto no art. 57 da Lei 8.213/91 e nas demais normas de aposentação dos servidores públicos” (MI 1.277/DF, Rel. Min. ELLEN

12 Ver Mandados de Injunção nºs 1.286/DF, 1.841/DF e 1.967/DF.

GRACIE - grifei). Sendo assim, em face das razões expostas e tendo em vista o caráter alternativo do pleito ora deduzido nesta causa (fls. 06), concedo a ordem injuncional, para, reconhecido o estado de mora legislativa, garantir, ao ora impetrante, o direito de ter o seu pedido administrativo de aposentadoria especial concretamente analisado pela autoridade administrativa competente, observado, para tanto, além do que dispõe o art. 57 da Lei nº 8.213/91 (aplicável, por analogia, à situação registrada nesta causa), também a diretriz que esta Corte firmou no julgamento plenário do MI 1.286-ED/DF.¹³

Tal observação foi de extrema relevância¹⁴. Isso porque a novel aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do RGPS não estabeleceu as mesmas reduções de tempo de contribuição previstas para a aposentadoria do segurado que trabalhou exposto a condições nocivas à saúde ou à integridade física. Enquanto o art. 57 da Lei nº 8.213/91 prevê a concessão da aposentadoria especial ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, a LC nº 142/2013 assegurou a aposentadoria ao segurado com deficiência com redução de 10 (dez), 6 (seis) ou 2 (dois) no tempo de contribuição exigido, a depender do grau de deficiência (grave, moderada ou leve, respectivamente), nos termos do art. 3º, incisos I, II e III.

Quando a LC nº 142/2013 ainda era projeto de lei, José Augusto Lira, especialista em direito previdenciário, já criticava essa diferença, expondo que ela poderia causar confusão, já que o projeto previa uma aposentadoria para pessoa com deficiência diferente daquela que já vinha sendo, em certa medida, oferecida a quem buscava o benefício na Justiça e que isso poderia provocar uma disparidade entre os que se aposentariam após a lei e os que conseguiram o direito de se aposentar antes.¹⁵

Nos casos em que a concessão da aposentadoria especial à pessoa com deficiência ocorreu observando exclusivamente o previsto no art. 57 da Lei nº 8.213/91, aplicando por analogia as reduções de tempo de

13 Mandado de Injunção nº 1.967/DF.

14 A Instrução Normativa SPS/MPS nº 2, de 13 de fevereiro de 2014, expedida pelo Secretário de Políticas de Previdência Social, estabeleceu instruções para o reconhecimento, pelos Regimes Próprios de Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do direito dos servidores públicos com deficiência, amparados por ordem concedida em Mandado de Injunção, à aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados de que trata o § 4º, inciso I, do art. 40 da Constituição Federal.

15 CORREIO Braziliense. *Nova interpretação da lei garante aposentadoria a portadores de deficiência física com 15 anos de trabalho*. Disponível em: <<http://www.cer.adv.br/noticias/-/blogs/35871>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

contribuição de até 20 (vinte) anos para homens com deficiência grave, como se o trabalho nessa condição equivalesse ao trabalho de uma pessoa sem deficiência exposta a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física em grau máximo, haverá, de fato, uma enorme disparidade, equivalente a 10 (dez) anos de contribuição, pois, nos termos da LC, a concessão do benefício exigirá 25 (vinte e cinco) anos de recolhimentos previdenciários.

Entretanto, entende-se que não há nenhuma ilegalidade nessa regulamentação diferenciada, pois se tratam de situações distintas que demandam requisitos e critérios específicos. Ainda que o § 1º do art. 201 tenha utilizado a expressão “lei complementar”, no singular, diferentemente do termo “leis complementares” utilizado na redação do § 4º do art. 40, já transcritos anteriormente, dando a entender que uma única lei complementar regulamentaria tanto a aposentadoria das pessoas que exercem atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, quanto a dos segurados com deficiência, isso não significa que essa suposta lei única tivesse que estabelecer as mesmas regras para as duas situações. Na prática, as duas situações são regulamentadas por leis diferentes, não havendo nenhuma inconstitucionalidade nisso, sendo que a Lei nº 8.213/91, que trata da aposentadoria especial para os trabalhadores em atividades de risco, passou a ter status de lei complementar nos pontos em que trata das regras do referido benefício.

Pelo exposto, foi possível perceber que o Brasil, apesar de algumas lacunas, possui vasta legislação com vistas a garantir os direitos das pessoas com deficiência. Segundo Montal, trata-se de uma das melhores e mais completas legislações de todo o mundo no que concerne à inclusão social da pessoa com deficiência, sendo que o legislador tem cumprido com seu papel de conferir maior proteção jurídica para compensar a situação de quem sofre com alguma limitação. Todavia, “a nossa realidade está longe de ser um reflexo da normativa constitucional e legal”, sendo necessária uma conscientização coletiva “para que sejam expungidos a discriminação e o preconceito arraigados em nossa sociedade, para conviver, aceitar e respeitar as diferenças”.¹⁶

Espera-se que com a vigência da lei que regulamentou a aposentadoria da pessoa com deficiência dê-se mais um passo nessa conscientização social,

16 MONTAL, op. cit., p. 167 e 186.

rumo à extinção de quaisquer espécies de preconceitos e discriminações e a efetivação ampla e irrestrita da sua inclusão social.

3 ANÁLISE DA APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SEGURIDADE E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A instituição do sistema da seguridade social vem ao encontro dos fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o da dignidade da pessoa humana, pois somente a proteção social eficaz pode garanti-la, inserida em uma sociedade livre, justa e solidária, preocupada com a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como com a redução das desigualdades sociais e regionais; através da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A proteção dos direitos da seguridade social pelo Estado surge a partir da implantação da sua face social, cuja evolução decorre da percepção de que a liberdade humana do liberalismo era uma liberdade sem direitos e sem garantias, que conduzia a graves e irreprimíveis situações de arbítrio.¹⁷

Conforme leciona Duarte¹⁸, a principal finalidade da seguridade social é a cobertura dos riscos sociais, o amparo social mantido por receita tributária ou assemelhada, sendo que sua instituição deve-se ao fato de o homem ter percebido sua impotência frente aos encargos produzidos pelos riscos sociais, ainda que protegido pelo núcleo familiar.

Para Viana, “qualquer modelo de proteção social – e, sobretudo, os modernos sistemas de seguridade social – tem por finalidade propiciar ao indivíduo a superação de um estado de necessidade social gerado por uma contingência social – ou risco social”¹⁹, justamente por isso, Horvath Júnior diz que a “seguridade social é um sistema em que o Estado garante a libertação da necessidade”²⁰.

17 ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Proteção social no Brasil: a seguridade social assistencial e o enfoque contributivo da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano XXXVI, n. 381, ago. 2012. p. 649-665.

18 DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 23.

19 VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 4.

20 HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 77.

As pessoas com deficiência têm necessidades sociais distintas, geradas por uma contingência social, de modo que é justo e adequado que o sistema de seguridade social lhes garanta uma proteção social diferenciada. Entretanto, há correntes sociais que argumentam que essa diferenciação nos requisitos e critérios para concessão da aposentadoria à pessoa com deficiência é um atentado à sua dignidade.

Para Sarlet, dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²¹

Assim, rechaça-se com veemência tal posicionamento. Primeiro, porque proteger necessidades sociais distintas com critérios diferenciados trata-se de reconhecer, respeitar e efetivar a dignidade humana. Segundo, porque o direito à aposentadoria especial foi reconhecido, mas nenhuma pessoa com deficiência foi obrigada pela nova lei a requerer sua aposentadoria nos termos por ela regulamentados, de modo que, em se sentindo ofendida em sua dignidade e considerando-se em condições de continuar exercendo sua atividade laboral normalmente, mesmo já tendo preenchido os requisitos para obtenção da aposentadoria especial, a pessoa com deficiência pode se manter no mercado de trabalho e requerer seu benefício sem adoção dos critérios distintos mais favoráveis.

Costanzi lembra que determinadas características pessoais, como o sexo e a raça do trabalhador, afetam a probabilidade de informalidade e, por consequência, a probabilidade de usufruir de proteção social: “essa relação, mesmo quando isolando outros efeitos, denota o efeito nefasto da discriminação sobre a informalidade e a desproteção social de determinados grupos que são vítimas dessa mazela social”²².

21 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

22 COSTANZI, Rogério Nagamine. Características dos Trabalhadores Ocupados e Probabilidade de Proteção Previdenciária. In. BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Informe de Previdência Social*: dez. 2008, v. 20, n. 12.

Nessa posição se encontravam as pessoas com deficiência seguradas do RGPS antes da LC nº 142/2013, as quais, ainda que inseridas no sistema de previdência social, possuíam tratamento igual ao das pessoas sem deficiência, como se suas características pessoais não as diferenciavam, o que acabava sendo uma forma de discriminação e desproteção social.

Para o autor da Proposta de Lei Complementar (PLP) 277/2005, que deu origem à LC nº 142/2013, o então deputado federal Leonardo Mattos, cadeirante desde os 22 anos de idade, a lei busca cumprir a máxima de que todos são iguais perante a lei, tratando de forma igual aqueles que são iguais e de forma desigual os desiguais. Segundo ele, milhões de trabalhadores com deficiência enfrentam diversas dificuldades diariamente, sendo que “muitas pessoas com deficiência se aposentam prematuramente por invalidez, pois não têm o tempo de contribuição nem a idade que são exigidos pela legislação”. Mattos destaca que o nível de degradação do corpo das pessoas com deficiência é diferenciado, sendo comum, durante a atividade laboral, sentirem um desgaste maior, tanto nas partes do corpo que possuem deficiência quanto no organismo como um todo, o que obrigava a pessoa a se aposentar por invalidez diante da ausência de lei específica.²³

A organização da seguridade social compete ao Poder Público, devendo dar-se com base nos princípios previstos no art. 194, parágrafo único, da Constituição da República de 1988. Assim, cumpre analisar a nova aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do RGPS à luz de alguns desses princípios.

O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento busca a cobertura de todos os riscos ou eventos (dimensão objetiva) e o atendimento a todos os cidadãos (perspectiva subjetiva), com a observância do princípio contributivo no que se refere à previdência social.

Pelo princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, os direitos garantidos à população urbana no sistema devem ser os mesmos disponibilizados à rural.

Não houve previsão expressa na LC nº 142/2013 acerca da possibilidade de concessão da aposentadoria especial da pessoa com

23 MATTOS, Leonardo. *Seminário Nacional debate Aposentadoria Especial para Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <<http://leonardomattos.com.br/noticias/seminario-nacional-debate-aposentadoria-especial-para-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

deficiência aos segurados especiais²⁴. Todavia, não sendo garantida aos segurados especiais a aposentadoria por tempo de contribuição, nos termos do art. 39 da Lei nº 8.213/91²⁵, mas apenas a aposentadoria por idade, dispensável a inclusão de dispositivo que estendesse as regras especiais da aposentadoria por idade para pessoa com deficiência, prevista no inciso IV do art. 3º da Lei Complementar²⁶, para os trabalhadores rurais com deficiência, pois esses já são beneficiados com a mesma redução no limite etário, nos termos do § 1º do art. 48 da Lei nº 8.213/91²⁷.

Os princípios da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços preveem que, não sendo possível cobrir todos os riscos sociais para todas as pessoas, deverão ser selecionados os serviços e benefícios mais relevantes e distribuídos para os mais necessitados. Assim, esse princípio mitiga o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento. Todavia, o sistema nunca deve considerar qualquer mitigação definitiva, pois a seguridade social, pelo contrário, “deve aspirar a alcançar novas realizações, a fim de seguir a evolução das necessidades e as aspirações das novas sociedades industriais”²⁸.

24 Art. 11 da Lei nº 8.213/91 [...] VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008)

25 Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão: I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido; ou II - dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social.

Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício. (Incluído pela Lei nº 8.861, de 1994)

26 Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições: [...]

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

27 Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999)

28 LIGERO, Maria de los Santos Alonso. Los servicios sociales y la seguridade social. *Revista Iberoamericana de Seguridade Social*, n. 6, p. 1507.

Viana destaca que o princípio da seletividade está intimamente relacionado com a capacidade financeira do sistema, de modo que, tendo em vista a situação do caixa da seguridade social, os benefícios e serviços serão prestados na medida de sua essencialidade, sempre partindo do mais essencial em direção ao menos essencial²⁹. Segundo Martinez, por seletividade entende-se “a escolha de um plano básico compatível com a força econômico-financeira do sistema e as reais necessidades dos protegidos”³⁰. Já Balera observa que o princípio da “distributividade faculta a escolha, pelo legislador, de prestações que – sendo direito comum a todas as pessoas – contemplam de modo mais abrangente os que se encontrem em maior estado de necessidade”³¹.

No caso da previdência social, o constituinte selecionou os riscos sociais mais relevantes, elencando-os no art. 201³² da CF/88. Dentre eles, encontra-se a idade avançada, risco social que pode levar a um estado de necessidade que será superado pelo pagamento do benefício previdenciário da aposentadoria por idade ou tempo de contribuição. Por outro lado, considerando o princípio da distributividade, foi autorizada a concessão desse mesmo benefício de aposentadoria com critérios e requisitos diferenciados para os mais necessitados, isto é, os trabalhadores que exercem suas atividades expostos a condições nocivas à saúde ou à integridade física e os segurados com deficiência, nos termos do § 1º do art. 201 da CF, sendo que essas regras específicas foram regulamentadas pelos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 e pela Lei Complementar nº 142/2013, respectivamente.

29 VIANA, op. cit., p. 16.

30 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1989. p. 44.

31 BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 21.

32 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A seguridade social ainda conta com alguns princípios implícitos, dentre os quais o da precedência da fonte de custeio³³, previsto no art. 195, § 5º, da CF/88, que dispõe que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

No caso da aposentadoria da pessoa com deficiência, criada pela Emenda Constitucional nº 47/2005 e regulamentada pela LC nº 142/2013, não há dispositivos específicos na legislação que explicitem sua correspondente fonte de custeio total, de modo que se entende advir das contribuições ordinárias à previdência social. Tal conclusão também decorre do disposto no inciso III do art. 9º da LC nº 142/2013, que explicita que as regras de pagamento e de recolhimento das contribuições previdenciárias contidas na Lei nº 8.212/91 são aplicadas aos segurados com deficiência sem diferenciações.

Ainda que o custo do novo benefício seja mais elevado que o concedido às pessoas sem deficiência, a criação de contribuições adicionais específicas para custeá-lo, nos moldes das previstas no art. 22, II, da Lei nº 8.212/91³⁴ e no art. 57, §§ 6º e 7º, da Lei nº 8.213/91³⁵, para o financiamento da aposentadoria especial dos trabalhadores que exercem suas atividades em condições prejudiciais à saúde e à integridade física, oneraria a contratação de pessoas com deficiência e andaria na contramão das políticas afirmativas necessárias para concretizar a sua inclusão social, as quais devem promover incentivos fiscais para as empresas que ajudarem na concretização dessa política pública de inclusão das pessoas com

33 DUARTE, op. cit., p. 29.

34 Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: [...]

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos: (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 1998).

a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

35 Art. 57. [...] § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 9.732, de 11.12.98) (Vide Lei nº 9.732, de 11.12.98)
§ 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

deficiência no mercado de trabalho. Além disso, afrontaria o disposto no inciso XXXI do art. 7º da Constituição Federal de 1988, que assegurou, como direito social, a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Outro princípio implícito de destaque é o da solidariedade ou solidarismo, que prevê que o financiamento do sistema é solidário, sendo que a contribuição de um serve para ajudar a todos. Esse princípio fundamenta o entendimento de que o financiamento da aposentadoria especial da pessoa com deficiência decorrerá das contribuições ordinárias à previdência social.

4 O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Inicialmente, importa esclarecer a razão da utilização da expressão *pessoa com deficiência* e não *pessoa portadora de deficiência* ou *pessoa portadora de necessidades especiais*. Segundo Montal, a pessoa “tem” uma deficiência, e não “porta” uma deficiência, “pois portar uma deficiência traz a conotação de poder levá-la ou dela se desvincular conforme a vontade do ‘portador’”³⁶.

A Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, instituída pelo Decreto nº 3.298/90, estabelecia as seguintes definições:

Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;

II - deficiência permanente – aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e

III - incapacidade – uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência

³⁶ MONTAL, op. cit., p. 169.

possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida.

Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

IV- deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

- a) comunicação;
- b) cuidado pessoal;
- c) habilidades sociais;
- d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)

- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Com a promulgação da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência no Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009, o conceito vigente no país passou a ser:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Esse conceito foi inserido nos atos normativos posteriores relacionados ao tema, como é o caso do Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência, instituído pelo Decreto nº 7.612/2011 e da Lei Complementar nº 142/2013, que regulamentou a aposentadoria da pessoa com deficiência; bem como foi incorporado às leis que já tratavam de assuntos afetos às pessoas com deficiência, como é o caso da Lei nº 8.742/93, que instituiu o benefício de prestação continuada no valor de um salário-mínimo mensal garantido à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

Extraí-se do referido conceito a conjugação de dois elementos: os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (requisito médico); e a interação com barreiras que possam obstruir a participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas (requisito funcional).

Assim, a avaliação da deficiência precisa seguir critérios médicos e funcionais, o que tem sido feito com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, a linguagem unificada e padronizada que descreve a saúde e os estados relacionados à saúde, aprovada pela Organização Mundial da Saúde –

OMS na 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001, após revisar a Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Limitações (ICIDH)³⁷.

A CIF, que complementa a CID – Classificação Internacional de Doenças, utiliza os domínios da saúde e domínios relacionados à saúde, descrevendo-os no que toca à análise das funções e estruturas do corpo, e atividades e participação, bem como a interação desses domínios com uma relação de fatores ambientais, os quais são avaliados na forma das referidas barreiras, que se destinam a avaliar as medidas que devem ser adotadas pelos Estados-Partes para assegurar a acessibilidade das pessoas com deficiência, cuja proteção encontra fundamento no art. 9º da Convenção.

O art. 4º da LC nº 142/2013 dispõe que a avaliação da deficiência será médica e funcional, nos termos do Regulamento, enquanto o art. 5º estabelece que o grau de deficiência será atestado por perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de instrumentos desenvolvidos para esse fim.

A LC nº 142/2013 foi regulamentada pelo Decreto nº 8.145, de 03 de dezembro de 2013, entretanto, as definições das deficiências grave, moderada e leve e a forma de avaliá-las somente vieram com a Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014, que aprovou o instrumento destinado à avaliação do segurado com deficiência da Previdência Social e à identificação dos graus de deficiência, bem como definiu impedimento de longo prazo.

O art. 3º da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1/2014 dispõe que se considera impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos, contados de forma ininterrupta.

Já o art. 2º da Portaria assim regulamenta a avaliação médica e funcional a cargo do INSS:

Art. 2º Compete à perícia própria do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por meio de *avaliação médica e funcional*, para efeito de concessão da aposentadoria da pessoa com

37 CENTRO Colaborador da Organização Mundial da Saúde para a Família de Classificações Internacionais. CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Coordenação da tradução Cássia Maria Buchalla. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

deficiência, avaliar o segurado e fixar a data provável do início da deficiência e o respectivo grau, assim como identificar a ocorrência de variação no grau de deficiência e indicar os respectivos períodos em cada grau.

§ 1º A avaliação funcional indicada no caput será realizada com base no conceito de funcionalidade disposto na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde - CIF, da Organização Mundial de Saúde, e mediante a aplicação do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Aposentadoria - IFBrA, conforme o instrumento anexo a esta Portaria.

§ 2º A avaliação médica e funcional, disposta no caput, será realizada pela perícia própria do INSS, a qual engloba a perícia médica e o serviço social, integrantes do seu quadro de servidores públicos.

§ 3º O instrumento de avaliação médica e funcional, destinado a avaliar o segurado, e constante do anexo a esta Portaria, será objeto de revisão por instância técnica específica instituída no âmbito do Ministério da Previdência Social, no prazo máximo de um ano, a contar da data de publicação deste ato normativo, podendo haver revisões posteriores. (grifos nossos)

Os aspectos metodológicos do Índice de Funcionalidade Brasileiro Aplicado para Fins de Classificação e Concessão da Aposentadoria da pessoa com deficiência (IF-BrA), constantes do anexo da Portaria, são os seguintes:

Seleção de itens de Atividades e Participações da Classificação Internacional de Funcionalidade (CIF), que resulta em 41 Atividades divididas em sete Domínios (Sensorial, Comunicação, Mobilidade, Cuidados Pessoais, Vida Doméstica, Educação, Trabalho e Vida Econômica, Socialização e Vida Comunitária).

Determinação de pontuação do nível de independência para cada Atividade, baseada no modelo da Medida de Independência Funcional - MIF, com os níveis de dependência de terceiros agrupados em quatro níveis de pontuação (25, 50, 75 e 100 pontos), visando à facilitação do emprego do instrumento.

Identificação das Barreiras Externas, a partir de fatores externos definidos pela CIF: Produtos e Tecnologia; Ambiente Natural

e Mudanças Ambientais feitas pelo ser humano; Apoio e Relacionamentos; Atitudes; Serviços, Sistemas e Políticas.

Elaboração da Folha de Identificação, por meio de um formulário que contempla, a partir das necessidades formais do instrumento e levando em consideração as possibilidades de análise de identificação, com informações sobre Identificação da avaliação; Identificação do avaliado; Identificações da deficiência; Modelo da deficiência.

Elaboração da História Clínica e História Social, a ser preenchida pela perícia médica e a História Social a ser preenchida pelo serviço social têm o objetivo de produzir, de forma consubstanciada, um parecer resumido dos principais elementos relevantes de cada uma das pessoas com deficiência avaliadas. O objetivo é deixar espaço para os profissionais se posicionarem diante da avaliação realizada, utilizando-se de análise técnica dos elementos mais relevantes do ponto de vista da perícia médica e do serviço social.

Elaboração da Matriz do Índice de Funcionalidade Brasileiro (IF-BrA), composta por uma planilha que associa a pontuação para cada atividade à identificação das barreiras externas, e registra a soma dessa pontuação.

Classificação do Grau de Deficiência em Leve, Moderado e Grave, a partir da definição da escala determinada pelo intervalo entre as pontuações mínima e máxima, estipuladas pela aplicação da matriz.

A escala de pontuação do IF-BrA, conferida a cada uma das 41 atividades que compõem os sete domínios definidos pela CIF, é a seguinte:

25: Não realiza a atividade ou é totalmente dependente de terceiros para realizá-la. Não participa de nenhuma etapa da atividade. Se é necessário o auxílio de duas ou mais pessoas o escore deve ser 25: totalmente dependente.

50: Realiza a atividade com o auxílio de terceiros. O indivíduo participa de alguma etapa da atividade. Inclui preparo e supervisão. Nesta pontuação sempre há necessidade do auxílio de outra pessoa para a atividade ser realizada: quando alguém participa em alguma etapa da atividade, ou realiza algum preparo necessário para a realização da atividade ou supervisiona a atividade. Nessa

pontuação o indivíduo que está sendo avaliado deve participar de alguma etapa da atividade. Supervisão: quando há necessidade da presença de terceiros sem a necessidade de um contato físico. Por exemplo: a pessoa necessita de incentivo, de pistas para completar uma atividade, ou a presença de outra pessoa é necessária como medida de segurança. Preparo: quando há necessidade de um preparo prévio para a atividade ser realizada. Por exemplo, a colocação de uma adaptação para alimentação, colocar pasta na escova de dente.

75: Realiza a atividade de forma adaptada, sendo necessário algum tipo de modificação ou realiza a atividade de forma diferente da habitual ou mais lentamente. Para realizar a atividade necessita de algum tipo de modificação do ambiente ou do mobiliário ou da forma de execução como por exemplo, passar a fazer uma atividade sentado que antes realizava em pé; ou de alguma adaptação que permita a execução da atividade por exemplo uma lupa para leitura ou um aparelho auditivo. Com as adaptações e modificações não depende de terceiros para realizar a atividade: tem uma independência modificada. Nessa pontuação o indivíduo deve ser independente para colocar a adaptação necessária para a atividade, não dependendo de terceiros para tal.

100: Realiza a atividade de forma independente, sem nenhum tipo de adaptação ou modificação, na velocidade habitual e em segurança. Não tem nenhuma restrição ou limitação para realizar a atividade da maneira considerada normal para uma pessoa da mesma idade, cultura e educação. Realiza a atividade sem nenhuma modificação, realizando-a da forma e velocidade habitual.

Já o *cálculo do escore dos domínios e a pontuação total* que irão definir o grau de deficiência são assim definidos pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1/2014:

As atividades estão divididas em sete domínios. Cada domínio tem um número variável de atividades, que totalizam 41. A Pontuação Total é soma da pontuação dos domínios que, por sua vez, é a soma da pontuação das atividades. A pontuação final será a soma das pontuações de cada domínio aplicada pela medicina pericial e serviço social, observada a aplicação do modelo Fuzzy.

[..]

A Pontuação Total mínima é de 2.050: 25 (pontuação mínima) multiplicado por 41 (número total de atividades em todos os domínios) vezes 2 (número de aplicadores).

A Pontuação Total máxima é de 8.200: 100 (pontuação máxima) multiplicado por 41 (número total de atividades em todos os domínios) vezes 2 (número de aplicadores).

4.e Classificação da Deficiência em Grave, Moderada e Leve

Para a aferição dos graus de deficiência previstos pela Lei Complementar no 142, de 08 de maio de 2.013, o critério é:

Deficiência Grave quando a pontuação for menor ou igual a 5.739.

Deficiência Moderada quando a pontuação total for maior ou igual a 5.740 e menor ou igual a 6.354.

Deficiência Leve quando a pontuação total for maior ou igual a 6.355 e menor ou igual a 7.584.

Pontuação Insuficiente para Concessão do Benefício quando a pontuação for maior ou igual a 7.585.

As diretrizes a serem adotadas pela perícia médica e funcional do INSS na avaliação e definição do grau de deficiência do segurado para fins de concessão da aposentadoria especial não representam novidade no âmbito da Autarquia. Isso porque a forma de avaliação da deficiência é similar à prevista no Decreto nº 6.214/2007, que regulamentou o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência de que trata a Lei nº 8.742/93, e na Portaria Conjunta MDS/INSS nº 1/2011, que estabeleceu os critérios, procedimentos e instrumentos para a avaliação social e médico-pericial da deficiência e do grau de incapacidade³⁸ dessas pessoas, sendo que o conceito de pessoa com deficiência adotado pelas duas regulamentações é o estabelecido pela Convenção de Nova York.

38 Equivocadamente, utilizou-se na portaria o termo até então utilizado, qual seja, incapacidade, ao invés de impedimento.

Por muito tempo, foi considerado destinatário do benefício assistencial de prestação continuada (BPC) a pessoa com incapacidade para o trabalho. Com as novas regras, a avaliação passou a ser focada efetivamente na deficiência, levando em consideração fatores ambientais, sociais e pessoais na avaliação social e as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo na perícia médica, além de considerar, em ambas, a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social³⁹. Tais critérios, como bem observou Moreira⁴⁰, abrangem muito mais aspectos da vida da pessoa do que a simples capacidade ou não para o trabalho. Tanto é assim que a Lei nº 12.470/2011 incluiu dispositivo na Lei nº 8.742/93 determinando a suspensão⁴¹ do benefício de prestação continuada quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, exceto na condição de aprendiz pelo prazo de dois anos⁴², ou seja, não se pressupõe mais que a pessoa com deficiência seja incapaz para o trabalho e que essa é a condição que a permite ter direito ao benefício assistencial. O referido benefício apenas é pago porque a pessoa com deficiência não possui meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, ainda que a deficiência não a incapacite para o trabalho, apesar de lhe impor impedimentos de longo

39 Esses são os critérios de avaliação fixados pelo § 2º do art. 16 do Decreto nº 6.214/2007, com redação dada pelo Decreto nº 7.617/2011.

40 MOREIRA, Jean Soares. Benefício assistencial à pessoa com deficiência: reflexões acerca das alterações legislativas patrocinadas pelas Leis nºs 12.435/2011 e 12.470/2011. *Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul, ano I, n. 03, ago/2013, p. 57-82, 2013.

41 A suspensão e não o cancelamento do benefício trata-se também de uma orientação da Organização Mundial da Saúde apresentada no Relatório Mundial sobre a Deficiência, publicado em 2011: “Para garantir que a proteção social para pessoas com deficiência não atue como um desestímulo à procura de emprego, uma opção política é separar a questão do suporte de renda da questão da compensação pelos custos extras das pessoas com deficiência. As opções preferidas abrangem direitos temporários mais o custo de componentes da deficiência, independentemente do status de trabalho, maior flexibilidade nos pagamentos e opções para manter benefícios suspensos enquanto as pessoas tentam trabalhar.” (In. ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Tradução Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPeD, 2012. p. 257.)

42 Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o parágrafo anterior, e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

prazo que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Essa nova visão da pessoa com deficiência capaz foi exaltada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome no relatório de gestão 2009/2011⁴³, no qual demonstrou os diversos esforços que tem realizado com o objetivo de ampliar a proteção social às pessoas com deficiência, beneficiárias do BPC, que totalizavam, em 2011, 1.907.511 beneficiários, merecendo destaque o BPC na Escola e o BPC Trabalho⁴⁴.

Essa mudança nos critérios de análise da deficiência no que se refere ao benefício assistencial foi extremamente importante, pois permitiu aos peritos médicos e assistentes sociais do INSS já estarem melhor capacitados para agora avaliar as pessoas com deficiência seguradas do RGPS, sem o pré-conceito da incapacidade para o trabalho. Até porque todas essas pessoas serão capazes para o exercício do trabalho, apenas havendo a necessidade de se estabelecer o grau da deficiência (grave, moderada ou leve) para fins de definição do tempo de contribuição exigido para a concessão da aposentadoria especial. Se deficiência ainda fosse sinônimo de incapacidade para o trabalho, a LC nº 142/2013 seria letra morta, já que não teria destinatários. Todavia, conforme exposto nas linhas iniciais do presente estudo, essa não é a realidade, pois, apenas no Brasil, há mais de 20 milhões de pessoas com deficiência exercendo atividades profissionais.

5 PECULIARIDADES DA APOSENTADORIA DO SEGURADO COM DEFICIÊNCIA DO RGPS

A aposentadoria por tempo de contribuição será garantida aos segurados com deficiência do RGPS, observadas as seguintes condições, nos termos do art. 3º da LC nº 142/2013:

43 BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Relatório de Gestão SNAS – 2011*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/processodecontas/unidades-do-mds/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/arquivos/2011/1relatorio-de-gestao-snas-2011-final-290312.pdf/view>>. Acesso em: 27 jun. 2013. p. 51-53.

44 O BPC na Escola, direcionado preferencialmente aos beneficiários com idade até 18 anos, objetiva favorecer a frequência desses beneficiários a classes comuns do ensino regular e à convivência com os demais alunos, tornando a escola mais democrática e o direito à diversidade humana na escola, mais amplo. O Programa BPC Trabalho tem como objetivo a promoção do acesso ao trabalho das pessoas com deficiência, beneficiárias do BPC, prioritariamente na faixa etária de 16 a 45 anos, por meio de ações integradas, para o desenvolvimento das seguintes atividades: identificação do perfil do beneficiário, diagnóstico da situação familiar, avaliação do potencial de trabalho, levantamento das barreiras que impedem o acesso ao trabalho, desenvolvimento dos apoios necessários para a superação das barreiras e promoção do acesso à qualificação profissional e ao trabalho.

- a) 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;
- b) aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;
- c) aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve.

Essa espécie de benefício será devida aos segurados obrigatórios da Previdência Social, exceto os segurados especiais, tendo em vista o disposto no art. 39, inciso I da Lei nº 8.213/91, e aos facultativos. No caso de os segurados especiais contribuírem facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social, também farão jus ao benefício.

Já a aposentadoria por idade será concedida aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos (carência) e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Conforme já mencionado anteriormente, a redução etária estabelecida para a aposentadoria por idade do segurado com deficiência é a mesma prevista para os trabalhadores rurais no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.213/91⁴⁵.

Assim, o art. 70-C, § 2º do Decreto nº 3.048/99, incluído pelo Decreto nº 8.145/2013, esclareceu, corretamente, que ao segurado especial com deficiência aplicam-se as regras gerais da aposentadoria por idade estabelecidas para essa categoria de segurado. Entretanto, ressaltou, adequadamente, que a redução da idade prevista na LC nº 142/2013 será aplicada ao trabalhador rural com deficiência que pretenda obter a aposentadoria por idade híbrida, prevista no art. 48, § 3º da Lei nº

⁴⁵ Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinquenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999)

8.213/91⁴⁶, ou seja, aquela em que o período de carência do benefício pode ser comprovado com a soma do tempo de efetivo exercício de atividade rural e dos períodos de contribuição sob outras categorias do segurado. Porém, impôs exigência (para qualquer categoria de segurado, nos termos do art. 70-C, § 1º do RPS) no sentido de que o período de carência deve ser integralmente cumprido na condição de pessoa com deficiência.

Nesse aspecto, entende-se que o Regulamento da Previdência Social extrapolou seus limites, já que a Lei Complementar, em seu art. 3º, inciso IV, assegura a concessão de aposentadoria por idade ao segurado com deficiência aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período, ou seja, exigiu que a condição de pessoa com deficiência já estivesse presente há, pelo menos, 15 (quinze) anos, mas não condicionou que o tempo de contribuição (carência) fosse concomitante ao período de deficiência (igual período não significa mesmo período).

Assim, se um segurado homem contribuiu por 15 (quinze) para a Previdência Social e, após perder a qualidade de segurado, veio a sofrer acidente que o deixou tetraplégico, não terá direito à aposentadoria por invalidez. Todavia, se comprovar a existência da deficiência por igual período ao da carência exigida, ou seja, 15 (quinze) anos, terá direito ao benefício de aposentadoria por idade especial da pessoa com deficiência aos 60 (sessenta) anos de idade e não apenas aos 65 (sessenta e cinco) anos, como ocorreria para a pessoa sem deficiência.

Imperioso lembrar que a Lei nº 10.666/2003 excluiu a qualidade de segurado na data do requerimento do benefício do rol de requisitos para obtenção da aposentadoria por tempo de contribuição e por idade⁴⁷, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência. Portanto, inaplicável

46 Art. 48. § 3º Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher.

47 Art. 3º A perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão das aposentadorias por tempo de contribuição e especial.

§ 1º Na hipótese de aposentadoria por idade, a perda da qualidade de segurado não será considerada para a concessão desse benefício, desde que o segurado conte com, no mínimo, o tempo de contribuição correspondente ao exigido para efeito de carência na data do requerimento do benefício.

na espécie a regra contida no parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.213/91, que dispõe que “havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência depois que o segurado contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com, no mínimo, 1/3 (um terço) do número de contribuições exigidas para o cumprimento da carência definida para o benefício a ser requerido”.

A inexistência de requisitos diferenciados em razão do grau de deficiência para a concessão da aposentadoria por idade não caracteriza discriminação, pois, ainda que mantido o tempo mínimo de contribuição/carência exigido para as pessoas sem deficiência, esse tempo é inferior ao mínimo exigido para a concessão da aposentadoria especial por tempo de contribuição, que é de 20 ou 25 anos, dependendo do sexo, no caso de deficiência grave, conforme inciso I do art. 3º da LC nº 142/2013, de modo que a redução da idade mínima é critério diferenciado que efetivamente gera favorecimento à pessoa com deficiência, independentemente do grau.

Tanto a aposentadoria por tempo de contribuição como a por idade somente será concedida ao segurado que comprovar a condição de pessoa com deficiência na data da entrada do requerimento ou na data da implementação dos requisitos para o benefício, sendo admitida a contagem diferenciada em caso de cessação da deficiência em data anterior, conforme veremos mais adiante.

O segurado deverá se submeter à avaliação médica e funcional para certificação da existência de deficiência anterior à data da vigência da Lei Complementar, na qual será fixada a data provável do início da deficiência, sendo que não será admitida a prova exclusivamente testemunhal para comprovação desse tempo de contribuição pretérito na condição de segurado com deficiência, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º.

O art. 2º do Decreto nº 8.145/2013 dispôs que, até dois anos após a entrada em vigor do regulamento, a avaliação médica e funcional seria realizada, prioritariamente, para os segurados que efetuassem o requerimento do benefício de aposentadoria e contassem, no mínimo, com os seguintes requisitos: vinte anos de contribuição, se mulher, e vinte e cinco, se homem; ou quinze anos de contribuição e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher, e sessenta, se homem. Após esse prazo, que pode ser prorrogado a depender da necessidade dos órgãos

competentes, nos termos do art. 5º da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1/2014, deve ser liberada a avaliação do segurado que não preencha os requisitos mínimos para obtenção de um dos benefícios previstos na LC nº 142/2013.

Portanto, o Regulamento do Poder Executivo não estabeleceu prazo para que o segurado com deficiência que já contribuiu para o RGPS se submeta à primeira avaliação; não fixou avaliações periódicas para comprovação da continuidade da condição, nos casos de eventuais deficiências reversíveis, limitando-se a estabelecer, nos termos do art. 70-H, que, “a critério do INSS, o segurado com deficiência deverá, a qualquer tempo, submeter-se a perícia própria para avaliação ou reavaliação do grau de deficiência”; nem definiu os meios de prova aceitos para comprovação da deficiência anterior à data da vigência da Lei Complementar, restringindo-se a exigir “documentos que subsidiem a avaliação médica e funcional” e a repetir a vedação legal da prova exclusivamente testemunhal. Também silenciou o Decreto acerca da avaliação da deficiência dos novos segurados, que, acredita-se, deveria ocorrer antes do início das contribuições ou num prazo máximo de 90 (noventa) dias, por exemplo.

Considerando que o segurado poderá se tornar pessoa com deficiência ou ter seu grau de deficiência alterado após a filiação ao RGPS, a LC já estabeleceu em seu art. 7º que, nesses casos, os parâmetros mencionados no art. 3º (tempo de contribuição ou idade) serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que o segurado exerceu atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente, sendo que o Regulamento do Poder Executivo explicitaria melhor a forma como se dariam esses ajustes.

Assim, o Decreto nº 8.145/2013 incluiu o art. 70-E ao RPS, estabelecendo as tabelas de conversão e determinando que os ajustes seriam feitos de acordo com o grau de deficiência preponderante, ou seja, aquele em que o segurado cumpriu maior tempo de contribuição, antes da conversão, o qual também serviria como parâmetro para definir o tempo mínimo necessário para a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência e para a conversão. Para efetuar a conversão, as tabelas a serem observadas são as seguintes:

MULHER				
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES			
	Para 20	Para 24	Para 28	Para 30
De 20 anos	1,00	1,20	1,40	1,50
De 24 anos	0,83	1,00	1,17	1,25
De 28 anos	0,71	0,86	1,00	1,07
De 30 anos	0,67	0,80	0,93	1,00

HOMEM				
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES			
	Para 25	Para 29	Para 33	Para 35
De 25 anos	1,00	1,16	1,32	1,40
De 29 anos	0,86	1,00	1,14	1,21
De 33 anos	0,76	0,88	1,00	1,06
De 35 anos	0,71	0,83	0,94	1,00

Vamos a um exemplo: se o segurado homem contribuiu para o RGPS durante 10 anos sem deficiência, ele cumpriu 28,57% do tempo de contribuição exigido para se aposentar sem a redução prevista na LC nº 142/2013 (35 anos), de modo que, se sua deficiência for grave, deverá ainda cumprir 71,43% do tempo de contribuição exigido (25 anos), ou seja, 17,86 anos, totalizando 27,86 anos de contribuição. Em outras palavras, o tempo trabalhado sem deficiência será multiplicado por 0,71 (25/35) para ser convertido em tempo de contribuição de segurado homem com deficiência grave.

Ainda, vamos exemplificar um caso de alteração no grau da deficiência: uma segurada mulher com deficiência leve que contribuiu por 15 anos, terá cumprido 53,57% do tempo de contribuição exigido (28 anos), sendo que, na eventualidade de a sua deficiência alterar para moderada, ainda terá que cumprir 46,43% do tempo de contribuição exigido (24 anos), ou seja, 11,14 anos, totalizando 26,14 anos. Explicado de outra forma: o tempo trabalhado com deficiência leve será multiplicado por 0,86 (24/28) para ser convertido em tempo de contribuição de segurada mulher com deficiência moderada.

O art. 10 da LC nº 142/2013 vedou a acumulação da redução do tempo de contribuição prevista nessa lei, no tocante ao mesmo

período contributivo, com a redução assegurada aos casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado. Entretanto, foi garantida a conversão do tempo de contribuição cumprido em condições especiais para fins de concessão da aposentadoria especial ao segurado com deficiência, desde que resulte mais favorável, conforme tabela abaixo, prevista no § 1º do art. 70-F do RPS:

MULHER					
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES				
	Para 15	Para 20	Para 24	Para 25	Para 28
De 15 anos	1,00	1,33	1,60	1,67	1,87
De 20 anos	0,75	1,00	1,20	1,25	1,40
De 24 anos	0,63	0,83	1,00	1,04	1,17
De 25 anos	0,60	0,80	0,96	1,00	1,12
De 28 anos	0,54	0,71	0,86	0,89	1,00

HOMEM					
TEMPO A CONVERTER	MULTIPLICADORES				
	Para 15	Para 20	Para 25	Para 29	Para 33
De 15 anos	1,00	1,33	1,67	1,93	2,20
De 20 anos	0,75	1,00	1,25	1,45	1,65
De 25 anos	0,60	0,80	1,00	1,16	1,32
De 29 anos	0,52	0,69	0,86	1,00	1,14
De 33 anos	0,45	0,61	0,76	0,88	1,00

Assim, no caso hipotético de um segurado homem com deficiência moderada que labore sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, esse terá direito à aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei nº 8.213/91, se cumprir os períodos de contribuição ali exigidos. Supondo que a exposição tenha sido ao agente nocivo ruído, a níveis superiores a 85 dB(A), a aposentadoria especial será concedida após 25 anos de contribuição, nos termos do Decreto nº 3.048/99. Todavia, caso esse segurado trabalhe por menos tempo exposto aos níveis de ruído prejudiciais à saúde (15 anos, por exemplo, ou seja, 60% do tempo exigido), poderá converter

o tempo trabalhado em atividade nociva para tempo de contribuição como pessoa com deficiência, de modo que poderá beneficiar-se com a aposentadoria especial para pessoa com deficiência moderada com 26,6 anos de contribuição, ao invés dos 29, estabelecidos pela LC nº 142/2013. Em outras palavras, o tempo de contribuição trabalhado com exposição a agente nocivo será multiplicado por 1,16 (29/25) para ser convertido em tempo de contribuição de segurado homem com deficiência moderada.

A conversão do período de exercício de atividade sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, cumprido na condição de pessoa com deficiência, também foi assegurada para efeito de cálculo do valor da renda mensal da aposentadoria por idade da pessoa com deficiência, estando vedado, contudo, o cômputo do tempo convertido para fins de carência, nos termos do § 3º do art. 70-F do RPS.

Por outro lado, foi vedada a conversão do tempo de contribuição da pessoa com deficiência para fins de concessão da aposentadoria especial por exercício de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do segurado, prevista nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91, da mesma forma que já era proibida a conversão do tempo de contribuição comum (sem deficiência).

O art. 8º da LC nº 142/2013 dispõe que a renda mensal da aposentadoria devida ao segurado com deficiência será calculada aplicando-se sobre o salário de benefício, apurado em conformidade com o disposto no art. 29 da Lei nº 8.213/91 (média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo), os seguintes percentuais: 100% (cem por cento), no caso da aposentadoria por tempo de contribuição ou 70% (setenta por cento) mais 1% (um por cento) do salário de benefício por grupo de 12 (doze) contribuições mensais até o máximo de 30% (trinta por cento), no caso de aposentadoria por idade.

O fator previdenciário, nos termos do inciso I do art. 9º, somente será aplicado se resultar em renda mensal de valor mais elevado, o que será bastante difícil, já que os critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria especial para pessoa com deficiência refletem em redução do fator previdenciário, em razão dos menores tempo de contribuição e idade no momento da aposentadoria e da maior

expectativa de sobrevida, exceto que a expectativa de sobrevida da pessoa com deficiência fosse diferenciada.

O inciso II do art. 9º autorizou a contagem recíproca do tempo de contribuição ao RGPS, na condição de segurado com deficiência, para o regime próprio de previdência do servidor público ou o regime de previdência militar, devendo os regimes compensar-se financeiramente. O dispositivo não estabeleceu se haveriam ajustes proporcionais, tendo em vista a aposentadoria da pessoa com deficiência ainda não estar regulamentada nos regimes próprios de previdência dos servidores públicos, todavia, entende-se que a conversão para tempo comum é devida, enquanto permanecer a mora legislativa no tocante à aposentadoria especial para pessoa com deficiência no serviço público.

Contudo, o Decreto nº 8.145/2013, que regulamentou a LC nº 142/2013, vedou a conversão do tempo cumprido pelo segurado com deficiência em tempo de contribuição comum para efeito de contagem recíproca (art. 125, § 1º, II do Decreto nº 3.048/99), vedação que se estende a qualquer tempo de serviço fictício, como o que ocorreria com a conversão do tempo de contribuição exercido em atividade sujeita a condições especiais, limitando-se à previsão de expedição da certidão de tempo de contribuição com a identificação dos períodos com deficiência e seus graus (§ 5º do mesmo dispositivo regulamentar), ou seja, o direito constitucional do servidor público com deficiência de obter a aposentadoria com critérios diferenciados permanece violado, a espera da boa vontade do legislador de regulamentá-la.

O art. 9º da LC nº 142/2013 ainda estabelece no inciso IV que as demais normas relativas aos benefícios do RGPS são aplicadas aos segurados com deficiência sem diferenciações, e no inciso V que será assegurada ao segurado com deficiência do RGPS a percepção de qualquer outra espécie de aposentadoria estabelecida na Lei nº 8.213/91 que lhe seja mais vantajosa do que as opções apresentadas na LC. Inicialmente, parece que tal dispositivo é tão lógico que nem precisaria constar na lei, todavia, sua inserção se fez necessária pelo fato de a Administração Pública dever respeito ao princípio da legalidade, nos termos do caput do art. 37 da Constituição.

A LC nada refere sobre a possibilidade de a pessoa com deficiência já aposentada por tempo de contribuição ou por idade pelo RGPS vir a pedir a revisão do seu benefício de acordo com os critérios da novel legislação. Referida revisão seria extremamente vantajosa para o aposentado com

deficiência, já que o fator previdenciário deixaria de incidir sobre o cálculo da renda mensal do seu benefício. Todavia, entende-se que a inexistência de previsão sobre essa possibilidade decorre do princípio *tempus regit actum*, segundo o qual, o cálculo do valor do benefício deve ser feito de acordo com a legislação vigente à época da sua concessão.

A aplicabilidade do referido princípio ao Direito Previdenciário foi amplamente discutida quando da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 08/02/2007, nos RE 415454/SC e RE 416827/SC, relatados pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido da não aplicação retroativa da Lei nº 9.032/95⁴⁸. A decisão foi assim divulgada no Informativo nº 455:

Concessão de Benefício Previdenciário e Legislação Aplicável

- 5

Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, deu provimento a dois recursos extraordinários interpostos pelo INSS para cassar acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial Federal que determinara a revisão da renda mensal de benefício de pensão por morte, com efeitos financeiros correspondentes à integralidade do salário de benefícios da previdência geral, a partir da vigência da Lei 9.032/95, *independentemente da norma em vigor ao tempo do óbito do segurado* - v. Informativos 402, 423 e 438. Considerou-se a orientação fixada pelo Supremo no sentido de que, *se o direito ao benefício foi adquirido anteriormente à edição da nova lei, o seu cálculo deve se efetuar de acordo com a legislação vigente à época em que atendidos os requisitos necessários (princípio tempus regit actum)*. Asseverou-se, também, que a *fonte de custeio* da seguridade prevista no art. 195, § 5º, da CF assume feição típica de elemento institucional, de caráter dinâmico, estando a definição de seu conteúdo aberta a múltiplas concretizações. Dessa forma, cabe ao legislador regular o complexo institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, compatibilizando o dever de contribuir do indivíduo com o interesse da comunidade. Afirmou-se que, eventualmente, o legislador, no caso, poderia ter previsto de forma diferente, mas desde que houvesse fonte de custeio adequada para tanto.

48 Em 22/04/2009, no julgamento de Questão de Ordem no RE 597389/SP, o STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional e reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que a revisão de pensão por morte e demais benefícios, constituídos antes da entrada em vigor da Lei nº 9.032/1995, não pode ser realizada com base em novo coeficiente de cálculo estabelecido no referido diploma legal.

Por fim, tendo em vista esse perfil do modelo contributivo da necessidade de fonte de custeio, aduziu-se que o próprio sistema previdenciário constitucionalmente adequado deve ser institucionalizado com vigência, em princípio, para o futuro. Concluiu-se, assim, ser inadmissível qualquer interpretação da Lei 9.032/95 que impute a aplicação de suas disposições a benefícios de pensão por morte concedidos em momento anterior a sua vigência, salientando que, a rigor, não houve concessão a maior, tendo o legislador se limitado a dar nova conformação, doravante, ao sistema de concessão de pensões. Vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence que negavam provimento aos recursos.⁴⁹ (grifos nossos)

Por fim, importa tecer algumas considerações sobre a questão do retorno ou permanência do aposentado com deficiência ao/no trabalho.

O art. 57, § 8º da Lei nº 8.213/91⁵⁰, estabelece que o aposentado especial que continuar ou retornar ao exercício de atividade ou operação que o sujeite às condições especiais que prejudiquem sua saúde ou integridade física, terá seu benefício cancelado⁵¹. Logo, é possível a continuidade do exercício de atividades laborais, exceto em trabalhos que sujeitem o trabalhador ao contato com agentes nocivos.

Ainda que o dispositivo faça referência à aplicação da regra do art. 46 da Lei nº 8.213/91⁵², que prevê o cancelamento automático do benefício, entende-se que a cessação somente poderá ocorrer após a instauração de processo administrativo de apuração de irregularidade com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

49 Informativo nº 455 do STF, de 5 a 9 de fevereiro de 2007.

50 Art. 57. [...] § 8º. Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constante da relação referida no art. 58 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

51 A constitucionalidade do dispositivo será analisada pelo STF no RE nº 788.092/SC, que teve repercussão geral reconhecida.

52 Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

Viana explica que a restrição tem suporte constitucional, na medida em que visa proteger a saúde do trabalhador, não configurando violação à liberdade de exercício profissional⁵³.

No caso da aposentadoria concedida à pessoa com deficiência, não houve nenhuma regra similar inserida na LC nº 142/2013. Inclusive, em reunião do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência, o secretário de Políticas da Previdência Social, Leonardo Rolim, destacou que inexistente a necessidade do aposentado especial portador de deficiência de deixar o trabalho, sendo ressaltada ser essa a maior vantagem do benefício na comparação com a aposentadoria por invalidez, até porque, ao contrário do aposentado por invalidez, a pessoa com deficiência não é considerada incapaz para o trabalho.⁵⁴

Contudo, discorda-se desse posicionamento. Isso porque as pessoas com deficiência, de modo geral, têm uma expectativa de vida menor, sendo que “envelhecer com uma deficiência física é um processo que exige competência adaptativa e resiliência aos eventos de vida e aos desafios acarretados pela deficiência”. Essa é a conclusão de um estudo feita pelas psicólogas Resende e Neri, no qual ainda afirmam:

Envelhecer bem requer ajustamento pessoal e social, que pode ser comprometido por condições deficitárias de saúde e educação ao longo do curso de vida. Se o indivíduo tiver alguma deficiência física congênita ou adquirida antes da velhice, suas condições de desenvolver-se e envelhecer com sucesso sofrerão prejuízo maior ou menor e mais ou menos controlável, dependendo da extensão e da natureza da sua deficiência, dos recursos de apoio que o ambiente sociocultural lhe oferecer ao longo de toda a vida e de seus recursos psicológicos.⁵⁵

A concessão da aposentadoria com critérios e requisitos diferenciados e mais vantajosos às pessoas com deficiência visam

53 VIANA, op. cit, p. 508.

54 PREVIDENCIARISTA. *Portador de deficiência poderá ficar no trabalho após se aposentar*. Disponível em: <<http://previdenciaria.com/noticias/portador-de-deficiencia-podera-ficar-no-trabalho-apos-se-aposentar/#axzz2XpR8aTim>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

55 RESENDE, Marinéia Crosara de; NERI, Anita Liberalesso. *Ajustamento psicológico e perspectiva de velhice pessoal em adultos com deficiência física*. Disponível em: <<http://www.deficienteciente.com.br/2010/12/envelhecimento-em-pessoas-com.html>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

proteger sua saúde, já que a continuidade das atividades laborais poderá lhe demandar muito mais esforços do que sua saúde suporta. Assim, nada justifica que, mesmo sendo favorecida pela regra especial, a pessoa com deficiência continue se expondo à demanda de energia pelo exercício de atividade laboral que, pela intenção da lei, deveria ser resguardada para cuidar de sua saúde, naturalmente mais deficitária e, portanto, merecedora de atenção especial assegurada pela possibilidade de antecipação da aposentadoria.

Registre-se que a pessoa com deficiência aposentada nos termos da LC nº 142/2013 sequer poderá alegar que a jubilação reduziu seus rendimentos mensais, o que a teria obrigado a se manter no mercado de trabalho, argumento que costuma ser utilizado pelos trabalhadores em geral em razão da incidência do fator previdenciário, tendo em vista o mesmo somente ser aplicado às aposentadorias especiais para elevar o valor de sua renda mensal, nos termos do já mencionado inciso I do art. 9º da LC.

Todavia, tratando-se o afastamento das atividades laborais de restrição de direitos, a regra somente poderia ter sido fixada pela Lei Complementar e, tendo essa sido omissa, é preciso concordar, enquanto não houver alteração legislativa, que o segurado com deficiência que se aposentar poderá continuar exercendo suas atividades ou retornar a elas sem que tenha seu benefício suspenso.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A legislação brasileira, apesar de possuir algumas lacunas, é bastante completa e muito avançada no tocante à proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Entretanto, a efetiva inclusão social dessas pessoas ainda depende da conscientização coletiva com a consequente adoção de atitudes diárias destituídas de discriminação e preconceito.

A regulamentação da aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do RGPS pela Lei Complementar nº 142/2013 foi mais um grande marco legislativo na batalha direcionada a conferir maior proteção jurídica às pessoas com deficiência com o intuito de compensá-las pelas suas limitações.

Trata-se de direito que concretizará o princípio da dignidade da pessoa humana com deficiência. As restrições e maiores dificuldades foram reconhecidas e o estabelecimento de critérios diferenciados (reduzidos) de

tempo de contribuição e idade para a obtenção da aposentadoria equilibra as condições entre as pessoas com deficiência e as ditas sem deficiência.

A taxa de escolarização das crianças com, pelo menos, uma das deficiências investigadas pelo Censo de 2010 está menos que dois pontos percentuais abaixo da medida para as crianças dessa mesma faixa etária sem nenhuma dessas deficiências, o que é muito gratificante, pois permite concluir que os esforços pela inclusão social estão tendo resultados, sendo que essas crianças serão pessoas que, apesar das deficiências e naturais dificuldades delas decorrentes, buscarão avançar nos seus estudos e incluir-se no mercado de trabalho, fazendo jus, de acordo com o grau de seus impedimentos de longo prazo, à aposentadoria especial regulamentada pela LC nº 142/2013.

O Censo de 2010 indicou a existência de mais de 20 milhões de pessoas no país com, pelo menos, uma das deficiências investigadas, ou seja, 23,6% do total de ocupados. Dessas, mais de oito milhões possuem carteira assinada. Todavia, segundo dados da Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) de 2011, consolidados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, somente pouco mais de 325 mil profissionais, ou seja, 0,70% do total dos vínculos empregatícios, teriam direito constitucional à aposentadoria especial, ou seja, estão contratados nas vagas reservadas para pessoas com deficiência. A discrepância entre os números sinaliza as significativas controvérsias administrativas e judiciais que poderão surgir acerca do enquadramento das pessoas com deficiência para fins de concessão da aposentadoria especial prevista na LC nº 142/2013: apenas no que se refere às pessoas com carteira assinada no ano de 2010 que se declararam com deficiência, haverá um contingente de mais de 7,5 milhões que buscará enquadrar-se nessa condição para obter as vantagens da redução do tempo de contribuição e da forma de cálculo do benefício previstas na Lei Complementar.

Para compreender algumas peculiaridades da nova aposentadoria especial da pessoa com deficiência foi preciso analisá-las a luz de alguns princípios constitucionais da seguridade e da previdência social, em especial, o da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. O princípio implícito da prévia fonte de custeio também mereceu atenção destacada, já que a criação de contribuições adicionais específicas para custear o novo benefício oneraria a contratação de pessoas com deficiência e andaria na contramão das políticas afirmativas necessárias para concretizar

a sua inclusão social, as quais devem promover incentivos fiscais para as empresas que ajudarem na concretização dessa política pública de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

A fixação de critérios diferenciados para a concessão da aposentadoria especial para o segurado com deficiência e aquele que exerce suas atividades laborais sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física não denota nenhuma ilegalidade, pois se tratam de situações distintas que demandam requisitos e critérios específicos.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Do referido conceito extrai-se a conjugação de dois elementos: os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (requisito médico); e a interação com barreiras que possam obstruir a participação plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas (requisito funcional).

Assim, a avaliação da deficiência para fins de concessão da aposentadoria especial deverá seguir critérios médicos e funcionais, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF, aprovada pela Organização Mundial da Saúde, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 8.145/2013 e pela Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1/2014.

As diretrizes a serem adotadas pela perícia do INSS na avaliação e definição do grau de deficiência do segurado para fins de concessão da aposentadoria especial não representam novidade no âmbito da Autarquia. Isso porque a forma de avaliação da deficiência é similar à prevista para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada (BPC) devido à pessoa com deficiência de que trata a Lei nº 8.742/93.

Por muito tempo, foi considerado destinatário do BPC a pessoa com incapacidade para o trabalho. Com as novas regras, a avaliação

passou a ser focada efetivamente na deficiência, segundo critérios que abrangem muito mais aspectos da vida da pessoa do que a simples capacidade ou não para o trabalho.

Essa mudança nos critérios de análise da deficiência no que se refere ao benefício assistencial foi extremamente importante, pois permitiu aos peritos médicos e assistentes sociais do INSS já estarem melhor capacitados para agora avaliar as pessoas com deficiência seguradas do RGPS, sem o pré-conceito da incapacidade para o trabalho. Até porque todas essas pessoas serão capazes para o exercício do trabalho, apenas havendo a necessidade de se estabelecer o grau da deficiência (grave, moderada ou leve) para fins de definição do tempo de contribuição exigido para a concessão da aposentadoria especial.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2003.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Relatório de Gestão SNAS – 2011*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/acesso-a-informacao/processodecontas/unidades-do-mds/secretaria-nacional-de-assistencia-social-snas/arquivos/2011/1relatorio-de-gestao-snas-2011-final-290312.pdf/view>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *A inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*. 2. ed. Brasília: MTE, SIT, 2007.

_____. *Características do Emprego Formal segundo a Relação Anual de Informações Sociais - 2011*. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3F9B2012013FE39CE92D6DC9/Resultados%20Definitivos%20Ano%20base%202011.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

CENTRO Colaborador da Organização Mundial da Saúde para a Família de Classificações Internacionais. *CIF: Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde*. Coordenação da tradução Cássia Maria Buchalla. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2003.

CORREIO Braziliense. *Nova interpretação da lei garante aposentadoria a portadores de deficiência física com 15 anos de trabalho*. Disponível em: <<http://www.cer.adv.br/noticias/-/blogs/35871>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

COSTANZI, Rogério Nagamine. Características dos Trabalhadores Ocupados e Probabilidade de Proteção Previdenciária. In: BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Informe de Previdência Social*. dez. 2008: v. 20, n. 12.

DUARTE, Marina Vasques. *Direito Previdenciário*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

IBGE. *Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/caracteristicas_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2013.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIGERO, Maria de los Santos Alonso. Los servicios sociales y la seguridad social. *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, n. 6.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1989.

MATTOS, Leonardo. *Seminário Nacional debate Aposentadoria Especial para Pessoas com Deficiência*. Disponível em: <<http://leonardomattos.com.br/noticias/seminario-nacional-debate-aposentadoria-especial-para-pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso. O trabalho como direito humano da pessoa com deficiência. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (coordenadoras). *Direitos humanos e Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Jean Soares. Benefício assistencial à pessoa com deficiência: reflexões acerca das alterações legislativas patrocinadas pelas Leis nºs 12.435/2011 e 12.470/2011. *Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul, ano I, n. 03, ago. 2013.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Tradução Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPeD, 2012.

PREVIDENCIARISTA. *Portador de deficiência poderá ficar no trabalho após se aposentar*. Disponível em: <<http://previdenciarista.com/noticias/portador-de-deficiencia-podera-ficar-no-trabalho-apos-se-aposentar/#axzz2XpR8aTim>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

RESENDE, Marinéia Crosara de; NERI, Anita Liberalesso. *Ajustamento psicológico e perspectiva de velhice pessoal em adultos com deficiência física*. Disponível em: <<http://www.deficienteciente.com.br/2010/12/envelhecimento-em-pessoas-com.html>>. Acesso em: 19 ago. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Proteção social no Brasil: a seguridade social assistencial e o enfoque contributivo da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano XXXVI, n. 381, ago. 2012.

A MECÂNICA DOS OPINAMENTOS JURÍDICOS E A RESPONSABILIZAÇÃO DE PROCURADORES POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LIABILITY OF ATTORNEYS FOR ACTS OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT

Claudio Penedo Madureira¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caráter problemático da aplicação do Direito na Era Contemporânea; 2 A mecânica dos opinamentos jurídicos e a exigência de voluntariedade da conduta para incursão na infração; 3 Absoluta ausência de correlação lógica entre o hipotético equívoco na interpretação do Direito e a efetiva demonstração da responsabilidade do agente imputado; 4 Conclusão; Referências.

¹ Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP e Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES; Professor da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES.

RESUMO: O objetivo deste artigo é desmistificar a temática da responsabilização dos procuradores por seus opinamentos jurídicos. Em específico, procuro induzir a compreensão de que a sua responsabilização pela tão-só circunstância de as suas manifestações jurídicas virem a ser consideradas equivocadas, porque não coincidiram com os posicionamentos anteriormente firmados pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário não se sustenta, juridicamente, quando se tem em vista o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo e a necessidade de demonstração, nos casos concretos, da voluntariedade da conduta do agente imputado e da sua culpabilidade, além de ser incompatível com a interpretação conferida à lei de improbidade (Lei nº 8.429/1992) pela doutrina e pela jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Direito Constitucional. Direito Administrativo. Improbidade Administrativa. Interpretação e Aplicação do Direito. Advocacia Pública. Responsabilização de Procuradores.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demystify the issue of accountability of prosecutors for their legal opinions. Particularly, the attempt to induce the understanding that their accountability-as the only condition of their legal manifestations come to be considered misleading because it does not coincide with the positions subsequently signed by control agencies, the public prosecutor or the Judiciary does not hold, legally, when considering the problematic nature of applying the law of our time and the need to demonstrate, in concrete cases, the willingness of conduct of the accused staff member and his culpability besides being incompatible with the interpretation given to the law of misconduct (law No. 8.429/1992) by the established case law and doctrine in the Supreme Court and the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Law. Constitutional Law. Administrative Law. Administrative Misconduct. Interpretation and Application of Law. Public Advocacy. Accountability of Prosecutors.

INTRODUÇÃO

Márcio Cammarosano² talvez tenha sido o primeiro autor a discutir, em sede doutrinária, a temática da responsabilização de procuradores por suas manifestações jurídicas, em texto intitulado “Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes”, publicado em março de 1997 no “Informativo de Licitações e Contratos”. Desde então foram publicados diversos estudos sobre o tema, nos quais se afirma, como regra, a ilegitimidade da responsabilização desses profissionais por seus opinamentos jurídicos³. No entanto, no campo da aplicação do Direito, é relativamente comum a iniciativa de controladores, promotores e juízes com vistas a promover a imputação de ato de improbidade administrativa a procuradores pela tão-só circunstância de seus opinamentos não coincidirem com as manifestações jurídicas anteriormente expressadas pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Essas iniciativas fundam-se, é importante que se diga, em posicionamento pretoriano firmado no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal. O problema se inicia quando aquela Corte de Contas passa a estender a sua atividade de controle

- 2 CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. *Informativo de Licitações e Contratos*, ano 4, n. 37, mar. 1997.
- 3 A propósito, cf., a título de exemplo: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da APES – Temas de direito público*, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito, Salvador: Juspodivm, v. 2, 2009; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. *Revista da APES – Temas de direito público*, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito, Salvador: Juspodivm, v. 2, 2009; FARÁG, Claudio Renato do Canto. Responsabilização dos advogados públicos nas licitações e contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 4, abr. 2002; MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 28, p. 2369-2375, jun. 2003; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE-30775.pdf/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013; MELO, Verônica Vaz de. A responsabilidade dos assessores jurídicos na elaboração de pareceres para a Administração Pública em atividades licitatórias mal sucedidas. In: *Portal Âmbito Jurídico*. Disponível na internet: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7547>. Acesso em: 1º jul. 2013; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Regime jurídico de responsabilidade do advogado público. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010. Fortaleza, CE. Anais... Fortaleza: Conpedi, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2013>. Acesso em: 03 jul. 2013; VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n.149, p. 34-60, jul. 2013. p. 34-60.

externo também aos atos opinativos dos procuradores. Tal se infere, a título de exemplo, do posicionamento externado no Acórdão nº 675/2006, no qual se assentou que “sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU”. Na sequência, o Supremo Tribunal Federal, apreciando mandados de segurança impetrados justamente contra decisões do Tribunal de Contas da União que dispunham sobre a extensão do seu controle externo a pareceres exarados por procuradores, reviu seu posicionamento anterior, no sentido da inviabilidade da responsabilização desses profissionais por suas manifestações jurídicas⁴. Refiro-me, nesse ponto, ao julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584⁵ e 24.631⁶, relatados, respectivamente, pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Com isso, passou-se a sustentar⁷ que os advogados públicos, quando

-
- 4 Retratado, exemplificativamente, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.073, relatado pelo Ministro Carlos Veloso (STF, MS 24.073/DF, Relator Ministro Carlos Velloso, Julgamento: 06/11/2002, Tribunal Pleno, Publicação DJ 31-10-2003).
- 5 Eis o que consta, em literalidade, da Ementa do julgado: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Malheiros, p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido” (STF, MS 24584/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Publicação DJE-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008) (destaques pessoais).
- 6 Eis a Ementa do julgado: “ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos” (STF, MS 24631/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Publicação DJE-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008) (destaques pessoais).
- 7 Na linha do que se afirmou nesse julgado relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa.

exaram “pareceres vinculativos”⁸, podem vir a ser responsabilizados por suas manifestações jurídicas⁹.

Neste artigo, procuro demonstrar que a responsabilização de procuradores apenas pela circunstância de serem equivocadas as suas manifestações jurídicas, porque não coincidiram com os posicionamentos ulteriormente firmados pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário é incompatível com a interpretação conferida à lei de improbidade (Lei nº 8.429/1992) pela doutrina e pela jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Em especial quando se tem em vista o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, assim como a necessidade de demonstração, em concreto, da voluntariedade da conduta do agente imputado e, bem assim, da sua culpabilidade.

8 Como ocorre, segundo prevaleceu nesse julgado relatado pelo Ministro Marco Aurélio, nos posicionamentos demandados pelo parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/1993; que tem a seguinte redação: “Art. 38 [...] Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração”.

9 Esses pronunciamentos não permitem concluir que a tão-só circunstância de o advogado público haver incorrido em “erro de interpretação” induz, em concreto, a sua responsabilização pessoal. Com efeito, a Corte de Contas, no Acórdão nº 675/2006, condicionou a submissão do procurador à sua atividade fiscalizatória à depreensão, em concreto, de relevância causal (nexo de causalidade) entre o parecer exarado e a prática do ato administrativo reputado ímprobo. Além disso, o que o Tribunal de Contas da União e o Ministro Marco Aurélio admitiram, nos julgados citados, foi a submissão do procurador à fiscalização da Corte de Contas (nas palavras do Ministro: “descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos”), não se cogitando, assim, em um e outro julgamento, da sua responsabilização por opinamento jurídico. Por sua vez, o Ministro Joaquim Barbosa, embora tenha admitido, em hipótese (o mandado de segurança que deu origem a esse precedente foi provido, à consideração de que o parecer em questão não era vinculante), ser possível a aplicação de sanções a advogados públicos quando se tem em vista a prolação de “pareceres vinculantes”, expressou, no mesmo julgamento, que a sua responsabilização apenas tem lugar em caso de “demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias”. Destarte, o problema não reside, propriamente, nesse posicionamento pretoriano; situando-se, em verdade, no plano da sua aplicação pelos intérpretes (aplicadores); sobretudo quando conjugado a compreensão segundo a qual caracterizaria ato de improbidade administrativa, por violação ao princípio da legalidade (Lei nº 8.429/92, art. 11) ou por causar lesão ao erário (Lei nº 8.429/92, art. 10), qualquer atuação administrativa exercida em desconformidade com a interpretação ulteriormente firmada pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário. Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 410.414, relatado pelo Ministro Castro Meira, no corpo do qual se assentou que a tão-só inobservância de formalidade consistente na obtenção de autorização legislativa para contratação de operação de crédito “caracteriza ato de improbidade, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, à míngua de observância dos preceitos genéricos que informam a administração pública, inclusive a rigorosa observância do princípio da legalidade” (STJ, REsp 410.414, Relator Ministro Castro Meira). Felizmente, esse posicionamento pretoriano não prevalece na jurisprudência daquela Corte Superior de Justiça, que, como terei a oportunidade de adiante expor e demonstrar, refuta a confusão terminológica entre ilegalidade e improbidade, na medida em que condiciona a depreensão de atos ímprobos à realização de conduta ilegal dolosa ou fundada em culpa grave.

1 O CARÁTER PROBLEMÁTICO DA APLICAÇÃO DO DIREITO NA ERA CONTEMPORÂNEA

A investigação sobre se pretensos equívocos jurídicos cometidos pelos procuradores, mormente quando pautados em simples divergência entre os seus posicionamentos e manifestações ulteriores dos órgãos de controle, do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário, consubstanciam (ou não) atos de improbidade administrativa não pode ser adequadamente levada a termo sem que se tenha em consideração as naturais dificuldades inerentes à aplicação do Direito de nosso tempo, ao seu caráter problemático. Com efeito, a realização do Direito, conquanto parta da identificação e da seleção dos enunciados prescritivos em tese aplicáveis aos casos concretos, também abarca a interpretação desses textos normativos, o que conduz à necessidade de identificação do real sentido das palavras neles contidas, que se realiza no contexto de uma interpretação contextual, ou sistemática, do ordenamento jurídico positivo, por meio da qual se procura descobrir o sentido da lei (ou o seu espírito) a partir de uma referência do intérprete (aplicador) ao direito positivo quando considerado em sua integridade. Nesse contexto, também cumpre ao intérprete/aplicador verificar, à luz das especificidades do ambiente fático que emoldura a contenda, se a norma (abstrata) em tese aplicável está apta a incidir sobre o caso concreto, podendo chegar, num estágio mais avançado, notadamente quando se cogita da incidência de princípios jurídicos, à introdução do elemento axiológico nessa sua tarefa interpretativa¹⁰, pela via de uma sua referência a valores juridicizados pelo legislador.

Esse processo interpretativo, embora complexo e intrincado, precisa ser abordado nesta sede, ainda que em versão abreviada, como forma de mostrar as dificuldades a que estão submetidos os procuradores quando interpretam os textos normativos¹¹. É que essas peculiaridades da interpretação e aplicação do Direito, que remetem ao seu caráter problemático, os impossibilitam (assim como a outros operadores do Direito) de antecipar, com a necessária segurança, as manifestações que serão ulteriormente exaradas pelos órgãos de controle, pelo Ministério

10 A propósito, recobro a lição de Humberto Ávila, quando observa que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisa deve ser promovido” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 95).

11 Assim como, de resto, todo e qualquer intérprete, inclusive controladores, juízes e promotores.

Público e/ou pelo Poder Judiciário acerca das questões jurídicas enfrentadas em seus opinamentos.

Norberto Bobbio¹², em obra clássica dedicada ao estudo do positivismo jurídico¹³, assevera que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada”. O que com isso quis dizer o professor italiano é que “a linguagem humana (falada ou escrita) é um complexo de signos” e, assim, exige interpretação, já que “a relação existente entre o signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a ideia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma ideia pode ser expressa de modos diversos”. Daí a sua conclusão quanto a haver um certo desajuste entre a *ideia* e a *palavra*, que decorre da circunstância de a *ideia* ser mais rica, mais complexa, mais articulada do que a *palavra* utilizada para exprimi-la.

Semelhante observação, conquanto singela, é melhor aclarada no contexto da semiótica (na designação proposta por Charles Sanders Peirce¹⁴) ou semiologia (tal como denominada por Ferdinand de Saussure¹⁵), ramo de conhecimento qualificado por Luiz Alberto Warat¹⁶ como teoria geral dos sistemas sógnicos. O signo, em tal conceituação, é a unidade mínima de comunicação; e é composto por três elementos: o suporte físico, o significado e o significante. Nesse contexto, o suporte físico é designado como a expressão material do signo, o significado como o seu objeto real ou imaginário e o significante como a ideia ou conceito que os intérpretes formam acerca do suporte físico. Se transpusermos esse modelo semiótico para o campo da interpretação e aplicação do Direito, teremos no direito positivo o suporte físico, nas pré-compreensões dos intérpretes acerca da real conformação da norma abstrata em tese aplicável ao caso (direito) e/ou da conduta humana sobre a qual essa norma hipoteticamente incide (fato) o seu significado

12 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 212-213.

13 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 118-122; passim.

14 PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

15 SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

16 Como relata Warat, “quase simultaneamente, mas de forma independente, na Europa e nos Estados Unidos, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Peirce sugeriram a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas sógnicos”, sendo que “o primeiro propôs denominá-la semiologia e o segundo, semiótica” (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 11).

e na norma jurídica (concreta) incidente sobre o caso, então construída (ou revelada) por meio de exercício hermenêutico, a significação que os intérpretes (aplicadores) atribuem ao seu objeto cognoscente¹⁷.

Destrinchada, nesses termos, a atividade cognitiva exercida pelos intérpretes com vistas à compreensão/aplicação do direito positivado dos textos normativos, torna-se evidente que o que Bobbio quis dizer quando referiu a existência de um certo desajuste entre a *ideia* (significante) e a *palavra* (suporte físico) foi que o Direito aplicado ao caso decidido pode não se apresentar, em concreto, como imagem espectral do direito expressado nos enunciados prescritivos aprovados pelo Parlamento. Com efeito, se a significação remonta à *ideia* (ou conceito) que o intérprete tem do suporte físico analisado (no caso, do direito positivo), e se essa percepção (da significação) é mutável no ambiente cognitivo do direito, em vista da compreensão do intérprete acerca dos conceitos jurídicos expressados na norma jurídica em tese aplicável (significado), pode ocorrer, na casuística, de a norma concreta a ser revelada não reproduzir *ipsis literis* o que resta prescrito nos textos normativos. E tal ocorre, ainda, porque essa *ideia* (significação) formada pelo jurista acerca do seu objeto de análise (o direito positivo) também é influenciada pelas peculiaridades do caso concreto, isto é, porque a atividade do intérprete quando procura no ordenamento jurídico-positivo a norma abstrata capaz de regular o caso submetido à sua avaliação não se dissocia da decomposição do problema apresentado e da identificação, nos fatos, de caracteres e notas capazes de efetivar a ligação do fenômeno aos conceitos.

Essa perspectiva é aceita e sustentada inclusive por Hans Kelsen¹⁸, que se qualifica, sem qualquer margem a dúvidas, como um dos teóricos mais influentes entre os positivistas da Era Contemporânea, e que concebe, em sua “Teoria Pura do Direito”, a norma jurídica como “esquema de interpretação”, dispondo, no corpo daquela sua obra seminal, que “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa”. Kelsen¹⁹ adere a proposição de que o direito positivo figura como objeto da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes, qualificando-o como “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”. E acentua, noutra passagem, que “somente a falta de compreensão da função

17 Cf.: CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 06-07.

18 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 04.

19 *Ibidem*, p. 05.

normativa da decisão judicial, o preconceito de que o direito apenas consta de normas gerais, a ignorância da norma jurídica individual, obscureceu o fato de que a decisão judicial é tão-só a continuação do processo de criação da norma jurídica e conduziu ao erro de ver nela apenas a função declarativa²⁰. Disso resulta que, mesmo sob a ótica estrita da teoria pura do direito, é irrefutável a afirmação de que os intérpretes põem norma no sistema, embora um tipo bastante específico de norma jurídica, comumente chamada de norma concreta, e adiante designada por José Joaquim Gomes de Canotilho²¹ como “norma de decisão”.

Essa constatação é reforçada por um dado histórico²². Com efeito, consolidou-se, a partir do último quadrante do século passado, notadamente em vista do que se convencionou chamar “a crise do Poder Legislativo”²³, uma nova forma de pensar o Direito, que singulariza as reflexões jurídicas de nosso tempo. A partir de então, desenvolveu-se uma verdadeira revolução no método de construção política dos textos normativos, que paulatinamente passaram a ser representados em termos

20 Ibidem, p. 265.

21 Eis, ao ensejo, o que escreveu o constitucionalista português acerca da atividade cognitiva desenvolvida pelos intérpretes a propósito da concretização normativa dos enunciados prescritivos positivados nos textos legais: “O processo de concretização normativo-constitucional, iniciado com a mediação do conteúdo dos enunciados linguísticos (programa normativo) e com a selecção dos dados reais constitutivos do universo exterior abrangidos pelo programa de norma, conduz-nos a uma primeira ideia de norma jurídico-constitucional: modelo de ordenação material prescrito pela ordem jurídica como vinculativo e constituído por: (a) uma medida de ordenação linguisticamente formulada (ou captada através de dados linguísticos); (b) um conjunto de dados reais seleccionados pelo programa normativo (domínio normativo). [...] A este nível, a norma jurídica é ainda uma regra geral e abstracta, que representa o resultado intermédio do processo concretizador, mas não é ainda imediatamente normativa. Para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o carácter de norma de decisão. [...] Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a <<medida de ordenação>> nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa). Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma normatividade actual e imediata através da sua <<passagem>> a norma de decisão que regula concretamente e vinculativamente o caso carecido de solução normativa” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1.221).

22 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*, cit., p. 122-128; passim.

23 Que resultou, entre outros fatores, da derrocada dos regimes nazifascistas que se espalharam pela Europa antes e ao longo da Segunda Guerra Mundial (que então se legitimavam sob o império do direito positivo) e da profusão de novas aspirações e novos direitos. A propósito, confira-se, por todos: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 179.

abertos²⁴, mediante o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados²⁵⁻²⁶. T tamanha indeterminação do Direito culmina por repercutir nas relações entre os Poderes, pois, em tal conjuntura, a lei passou a exigir “acabamento do Poder Judiciário”, que, de seu turno, viu-se “provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação” que então assumia conformação e motivações claramente distintas às da certeza jurídica, como lecionam Luiz Werneck Vianna, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos²⁷. Na prática, essa prerrogativa acabou atribuída a todo e qualquer intérprete autorizado, na esfera de suas relações jurídicas e/ou de suas atividades profissionais, a interpretar e aplicar do Direito. É o que ocorre, por exemplo, no âmbito administrativo, contexto em que, dada a incidência do princípio da legalidade estrita, os agentes públicos em geral e os procuradores em particular são chamados, em suas atividades cotidianas, a interpretar e aplicar o Direito, seja com vistas à condução das suas ações no exercício da função administrativa (que se instrumentaliza sob a forma de atos concretos, praticados com vistas à realização de suas atividades típicas), seja quando da construção das suas respostas, nos processos administrativos, às pretensões e consultas que lhes são formuladas pela Administração Pública e pelos administrados.

24 Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 174.

25 A distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados é exposta com muita clareza por Rodrigo Reis Mazzei, nos termos seguintes: “[...] a clausula geral demandará do julgador mais esforço intelectual. Isso porque, em tal espécie legislativa, o magistrado, (1) além de preencher o vácuo que corresponde a uma abstração (indeterminação proposital) no conteúdo da norma, é (2) compelido também a fixar a consequência jurídica correlata e respectiva ao preenchimento anterior. No conceito jurídico indeterminado, o labor é mais reduzido, pois, como simples enunciação abstrata, o julgador, após efetuar o preenchimento valorativo, já estará apto a julgar de acordo com a consequência previamente estipulada em texto legal” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006. p. 34).

26 Essa virada de paradigma é acentuada por Francisco Vieira Lima Neto na seguinte passagem de sua obra: “Essa atitude encontra ampla repercussão no direito atual, momento de grande insegurança e incerteza, no qual os modelos jurídicos, expressos por meio de dispositivos claros, precisos, de conteúdo previamente determinado cedem lugar aos conceitos jurídicos indeterminados, às cláusulas gerais, aos princípios, figuras dotadas de extrema vagueza semântica, que permitem ao intérprete construir seu significado e lhes dar concretização no caso em análise, decisão que não vale necessariamente para um outro caso semelhante a ser julgado no futuro” (LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 39).

27 VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 21.

Mas esse não é, certamente, o único elemento histórico a ser considerado nesse processo²⁸. Ao ensejo, Hermes Zaneti Júnior²⁹ observa que se “o direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação”, tal não decorre apenas da “profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a *fattispecie* e a consequência jurídica de forma determinada”³⁰, mas abarca, ainda, a constitucionalização dos direitos e dos princípios ocorrida no período imediatamente posterior ao segundo pós-guerra³¹. A partir de então, prossegue Zaneti³², “o direito se constitucionalizou [...], com a principialização da Constituição [...] e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa”, de modo que “todo o direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito”. Por esse motivo, a consolidação da jurisdição constitucional também teve influência decisiva para a conformação da interpretação e aplicação do Direito, tal como ela hoje se apresenta, em seu “estado da arte”.

A essa compreensão agrega-se a imensa potencialidade reconstrutiva de nosso regime de controle da constitucionalidade das leis. É que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro, quando adotou, a partir da Constituição de 1891, o modelo norte-americano de controle judicial do poder estatal (*judicial review*), conferindo a todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional (e, reflexamente, aos demais integrantes da comunidade de intérpretes) a prerrogativa de proceder ao controle da constitucionalidade dos atos normativos e concretos dimanados pelos entes estatais (controle difuso de constitucionalidade), abriu espaço para que se discutisse, quando da apreciação dos casos concretos, não apenas a subsunção da atividade administrativa aos textos legais (controle de legalidade), mas também a sua conformidade aos enunciados prescritivos que compõem a Constituição (controle da validade constitucional)³³.

A esses elementos assoma-se, ainda, a notável flexibilização do Direito, no campo da sua aplicação, proporcionada pela distinção teórica entre regras e princípios jurídicos, inaugurada a partir da célebre dissensão

28 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, op. cit., p. 128-133; passim.

29 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

30 Que abre espaço para a sua determinação pelo Poder Judiciário e pelos demais agentes autorizados pelo ordenamento jurídico a interpretar e aplicar do Direito.

31 *Ibidem*, p. 54.

32 *Ibidem*, p. 54.

33 Cf.: MADUREIRA, op. cit., p. 134-136.

entre Hart³⁴ e Dworkin³⁵⁻³⁶. Quanto ao particular, recobro a lição de Humberto Ávila³⁷ quando afirma, referindo-se ao magistério de Dworkin, que “as regras são aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*)”, de maneira que havendo colisão entre elas, uma delas deve ser considerada inválida; ao passo que os princípios “não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. Ávila³⁸ expressa, nesse contexto, que os princípios jurídicos introduzem os valores no campo da aplicação do Direito, dispondo, a propósito, que “os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado”, ao passo que “os princípios constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido”.

Por todas essas circunstâncias, o Direito de nosso tempo tornou-se mais flexível, ou talvez mais “suave”, como sugere Gustavo Zagrebelsky³⁹. Assim, conforme variam os intérpretes, a interpretação do Direito pode resultar em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema. Com efeito, na precisa alegoria construída por Eros Roberto Grau⁴⁰, “dá-se na interpretação de textos normativos algo análogo ao que se passa na interpretação musical”. Grau⁴¹ observa, quanto a esse pormenor, que “não há uma única interpretação correta (exata) da Sexta Sinfonia de Beethoven”, aduzindo, ao ensejo, que “a Pastoral regida por Toscano, com a Sinfônica de Milão, é diferente da Pastoral regida por Von Karajan, com a Filarmônica de Berlim”, e que “não obstante uma seja mais romântica, mais derramada, a outra mais longilínea, as duas são autênticas - e corretas”. Com essas considerações, esse professor paulista rejeita “a existência de uma única resposta correta (verdadeira,

34 HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

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

36 A propósito, Samuel Meira Brasil Júnior observa de que Ronald Dworkin foi um dos primeiros autores a procurar estabelecer um critério científico para a distinção entre as regras e os princípios (BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 86-87).

37 ÁVILA, op. cit., p. 28.

38 ÁVILA, op. cit., p. 95.

39 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

40 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

41 *Ibidem*. p. 36.

portanto) para o caso jurídico - ainda que o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico⁴².

Essas peculiaridades da interpretação e aplicação do Direito de nosso tempo afetam a mecânica dos opinamentos jurídicos firmados pelos procuradores, afastando, com isso, a voluntariedade da sua conduta no sentido da produção dos resultados lesão ao erário (Lei nº 8.429/1992, art. 10⁴³) e violação a princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11⁴⁴), identificada por Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵ como pressuposto necessário à sua incursão na infração, obstando, assim, a sua responsabilização pela prática de ato de improbidade.

2 A MECÂNICA DOS OPINAMENTOS JURÍDICOS E A EXIGÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE DA CONDUTA PARA INCURSÃO NA INFRAÇÃO

Na lição de Márcio Cammarosano⁴⁶, “o parecer jurídico [...] nada mais é do que um texto elaborado por profissional devidamente habilitado, consubstanciando seu entendimento a respeito de matérias ou questões jurídicas submetidas a sua apreciação”. Conforme Cammarosano⁴⁷, “quem emite parecer jurídico está exercendo advocacia, quer se trate de jurista consagrado, atuando como profissional liberal, quer se trate de advogado titular de cargo público” (procuradores, consultores, assessores jurídicos, etc.); porque “descreve o direito, interpretando as normas jurídicas em geral, que entende pertinentes ao assunto submetido à sua apreciação”; atividade que, nos precisos termos da lei⁴⁸, deve ser exercida com liberdade. O parecerista exerce, então, atividade normativa concreta

42 GRAU, op. cit., p. 36.

43 Lei 8.429. “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]”.

44 Lei 8.429. “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]”.

45 Cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 855.

46 CAMMAROSANO, Márcio. *Da responsabilidade de autoridades por atos que expõem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes*, cit.

47 Ibidem.

48 Lei 8.906. “Art. 7º São direitos do advogado: I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional. [...] Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. § 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

correlata àquela desenvolvida pelos membros do Poder Judiciário, guardados, evidentemente, os escopos e eficácias peculiares de uma e outra atuação profissional⁴⁹.

Em vista disso, Cammarosano⁵⁰ observa que “a diferença fundamental entre o parecer e a decisão judicial é que esta decide a questão posta, é ato de aplicação da lei com força de coisa julgada”, ao passo que “aquele não decide nada”, mas apenas “consubstancia a opinião jurídica de quem o subscreve, com vistas a orientar algum comportamento ou decisão”. Porém, adverte o professor paulista, “tanto o juiz quanto o parecerista estão voltados ao conhecimento do direito, que pertence ao mundo das normas, susceptíveis não raras vezes de variadas interpretações, assim como podem variar os juízos de subsunção de um mesmo fato a esta ou àquela norma”⁵¹. Por isso é que as “decisões judiciais estão sujeitas a ser reformadas pelos Tribunais”⁵². Pela mesma razão, o parecer “pode receber a adesão de uns e não-acolhimento de outros”⁵³. Ou seja, por mais sustentáveis que sejam as razões que embasam um parecer jurídico, não há garantias “de que o judiciário, se provocado, decidirá no mesmo sentido para o qual apontam”⁵⁴.

O mesmo se verifica quando se tem em vista a atividade fiscalizatória exercida pelos Tribunais de Contas e por outros órgãos de controle (corregedorias, auditorias, etc.). Com efeito, como leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁵, “não se questiona a competência das diversas Cortes de Contas do País de adotarem suas próprias interpretações do Direito”, quer porque “o critério de juridicidade contido nos pareceres dos Advogados de Estado não se lhes obriga”, quer porque esses pareceres “são apenas atos opinativos praticados

49 Ao ensejo, José Joaquim Gomes Canotilho ensina que “para se passar da normatividade mediata para a normatividade concreta, a norma jurídica precisa de revestir o caráter da norma de decisão”, o que se faz por meio de processo de concretização normativa, que, para Canotilho, não se restringe ao campo do controle judicial (CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.221). Conforme Canotilho, uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade a medida de ordenação nela contida induza a decisão de um caso jurídico, isto é, quando o processo de concretização da norma se completa por meio da sua aplicação ao caso jurídico; o que pode se dar (i) pela criação de uma disciplina regulamentadora (concretização legislativa, regulamentar), no corpo de sentenças ou decisões judiciais (concretização judicial), e também através da prática de atos individuais por autoridades administrativas (concretização administrativa) (*Ibidem*, p. 1.221).

50 CAMMAROSANO, *op. cit.*

51 *Ibidem*.

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 199.

sub censura, como, de resto, todos os atos interpretativos do Direito”. Enfim, “as Cortes de Contas, por se tratarem também de órgãos constitucionalmente independentes no desempenho de suas respectivas funções, [...] estão livres para adotar as interpretações que lhes pareçam mais adequadas”, e por isso podem divergir, criticar e repudiar as conclusões de direito contidas em pareceres jurídicos⁵⁶. Essas mesmas prerrogativas são extensíveis aos membros do Ministério Público, na medida em que sua competência constitucional para atuar na defesa dos interesses sociais (art. 127⁵⁷) confere-lhes a conotação de órgão externo de fiscalização e controle.

Mas isso não conduz, pelo menos não diretamente, à responsabilização dos procuradores que têm seus opinamentos criticados pelos órgãos externos de fiscalização e controle; assim como, de igual modo, juízes e promotores não devem ser responsabilizados quando, respectivamente, suas sentenças são reformadas pelos órgãos de jurisdição superior e suas denúncias e petições são rejeitadas pelo Poder Judiciário. Com efeito, a constatação de que a interpretação do Direito de nosso tempo pode resultar, conforme o intérprete, em diferentes soluções jurídicas para um mesmo problema, quando conjugada à circunstância de os juízes, quando se manifestam nos processos, atuarem no estrito cumprimento de um dever legal, conduziu à compreensão, encampada pelo artigo 49 da Lei Complementar nº 35/1979⁵⁸ (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e pelo artigo 133 do Código de Processo Civil⁵⁹, segundo a qual esses profissionais apenas podem ser responsabilizados por suas manifestações jurídicas quando atuarem com dolo ou fraude, bem como quando recusarem, omitirem ou retardarem, sem justo motivo, providências que devam ordenar de ofício ou a requerimento das partes⁶⁰. Portanto, não se cogita, entre nós, da responsabilização de juízes por suas manifestações jurídicas, isto é, pela circunstância deles cometerem “erros de interpretação”; pois, do contrário, sempre que uma

56 MOREIRA NETO, op. cit., p. 199-200.

57 CRFB. “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (destaques pessoais).

58 LC 35. “Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes”.

59 CPC. “Art. 133. Responderá por perdas e danos o juiz, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”.

60 A propósito, cf., por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 554.

sentença judicial viesse a ser reformada pela Corte de Cassação, ou pelos Tribunais Superiores, os magistrados estariam sujeitos a processos judiciais; o que certamente teria o condão de desestimular o exercício da função jurisdicional. Proteção semelhante é reconhecida pela doutrina⁶¹ aos membros do Ministério Público, com espeque no artigo 85 do Código de Processo Civil⁶², que condiciona a sua responsabilização à depreensão de dolo ou fraude no exercício de suas atividades típicas. Assim não fosse, a simples rejeição de suas denúncias e petições poderia induzir a propositura de ações judiciais contra esses profissionais, desestimulando, de igual modo, o exercício de suas funções institucionais.

É certo que os precitados dispositivos legais, assim como a construção doutrinária que sobre eles se estabeleceu, referem-se à responsabilização de juízes e promotores em âmbito civil, com fundamento no parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição⁶³. No entanto, há quem defenda, em doutrina, a possibilidade da sua responsabilização por atos de improbidade administrativa, guardados, evidentemente, os devidos parâmetros legais⁶⁴; pelo que não configura nenhum absurdo afirmá-los aplicáveis também ao campo da repressão jurídica ao ato ímprobo. Disso se infere que, entre nós, juízes e promotores, porque se manifestam nos processos no estrito cumprimento de um dever legal, não podem ser pessoalmente condenados, em ações cíveis reparatórias ou de improbidade, pela tão-só circunstância de seus posicionamentos jurídicos não coincidirem com a interpretação prevalente por ocasião do desfecho do litígio perante os órgãos jurisdicionais. Em especial porque, dado o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, esses juízes e promotores têm dificuldades para antecipar, quando da formulação desses seus posicionamentos, qual interpretação jurídica prevalecerá ao final do processo.

Acredito que essa minha afirmação não causará espanto a quem quer que seja. O que é assombroso, dada a inequívoca estabilização dessa construção jurídica, é que, cotidianamente, integrantes do Ministério

61 Quanto ao particular, cf., por todos: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 277.

62 CPC. "Art. 85. O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude".

63 CRFB. "Art. 37 [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

64 Ao ensejo, cf.: OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos fiscalizadores*. Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290033174218181901.pdf>>; acesso em 02/07/2013.

Público insistam em “denunciar” procuradores pela prática de ato de improbidade administrativa unicamente pela circunstância de os posicionamentos jurídicos por eles firmados não coincidirem com a sua interpretação pessoal (do promotor), ou com a interpretação manifestada por outros órgãos de controle (como, por exemplo, pelos Tribunais de Contas). Mas ainda mais alarmante é a constatação de que, em concreto, membros do Poder Judiciário (juízes, portanto) decidam pela condenação desses profissionais, pela razão simples de (reitere-se) discordarem da interpretação por eles firmadas acerca de determinada questão jurídica. Como se fosse possível afirmar, em contradita à observação de Cammarosano e a tudo quanto anteriormente restou assentado neste artigo, que a possibilidade de divergência de entendimento entre profissionais igualmente sérios e competentes *não* é inafastável no mundo do Direito⁶⁵.

Não prospera, a propósito, o argumento segundo o qual juízes e promotores mereceram esse tratamento diferenciado porque o legislador os contemplou nos precitados dispositivos legais. É que o ordenamento confere, de igual modo, proteção jurídica às manifestações técnicas dos advogados, entre eles os advogados públicos. Com efeito, os procuradores, como advogados, são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, como se infere da leitura conjugada do artigo 133 da Constituição da República⁶⁶ com o parágrafo 3º do artigo 2º da Lei nº 8.906/1994⁶⁷ (Estatuto da Advocacia). Interpretando esses dispositivos, a Comissão Nacional da Advocacia Pública instituída no âmbito do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou verbete de súmula que expressa que os advogados públicos, porque são invioláveis no exercício da função, não podem ser responsabilizados por suas opiniões jurídicas, ressalvada apenas a hipótese de dolo ou fraude⁶⁸. Ou seja, na interpretação dada a esses dispositivos pela Ordem dos Advogados do Brasil, esses profissionais somente podem ser responsabilizados nas mesmas hipóteses em que o ordenamento admite a persecução contra juízes e promotores.

65 CAMMAROSANO, op. cit.

66 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

67 Lei 8.906 “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

68 OAB/Conselho Federal/Comissão Nacional da Advocacia Pública. “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” (Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>>; acesso em 22 de maio de 2014).

Semelhante opção normativa foi encampada pelo Código de Processo Civil quando da edição da Lei nº 10.358/2001, que incluiu parágrafo único em seu artigo 14⁶⁹. Esse dispositivo impõe às partes e a todos aqueles que de qualquer forma participam do processo multa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição, mas exclui os advogados do contexto de sua aplicação, sujeitando-os exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil⁷⁰. Desde logo observo que possíveis dúvidas quanto a aplicação desse dispositivo processual aos advogados públicos foram taxativamente dissipadas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.652, relatada pelo Ministro Maurício Correa. Na ocasião, o Tribunal Constitucional repudiou o estabelecimento de “discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais”, e por isso assentou, em interpretação conforme a Constituição, “que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”⁷¹.

Devo destacar que essas disposições normativas aplicáveis ao exercício da advocacia são até mais incisivas do que as que contemplam juízes e promotores, que apenas condicionam a sua responsabilização à depreensão de dolo, fraude ou inação⁷². Já aos advogados, inclusive aos advogados públicos (STF, ADI nº 2.652), o ordenamento jurídico-positivo assegurou a sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício

69 CPC. “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final [...] Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado”.

70 Essa orientação normativa resta assinalada, ainda, no seguinte verbete de súmula editado pela Comissão Nacional da Advocacia Pública do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil: “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” (Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>>; acesso em 22 de maio de 2014).

71 STF, ADI 2652/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, Julgamento: 08/05/2003, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 14-11-2003).

72 Que ocorre quando esses profissionais recusam, omitem ou retardam, sem justo motivo, providências que devam ordenar de ofício ou a requerimento das partes.

da profissão (CRFB, art. 133 c/c Lei nº 8.906/1994, art. 2º, p. 3º), que claramente alcança as suas manifestações jurídicas, prescrevendo, ainda, que essa sua atuação profissional nem sequer poderá ensejar a aplicação de multa pela prática de ato atentatório ao exercício da jurisdição (CPC, art. 14, p. único). Em vista dessas circunstâncias, Moreira Neto⁷³ defende, em doutrina, que os advogados, entre eles os procuradores, somente podem ter as suas manifestações jurídicas questionadas perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

Essas opções normativas, conjugadas à constatação da impossibilidade material de os procuradores anteciparem, com a necessária certeza, como se manifestarão no futuro os órgãos de controle, o Ministério Público e/ou o Poder Judiciário⁷⁴, obstam, em absoluto, a sua responsabilização por ato de improbidade sob a invocação de simples equívoco jurídico, porque ausente, indubitavelmente, requisito indispensável à coercibilidade do Direito, consistente na sua predeterminação formal⁷⁵. Essa é, na verdade, uma exigência da Teoria Geral do Direito, há muito expressada por Miguel Reale⁷⁶, que tem por finalidade assegurar a necessária segurança nas relações interpessoais. Reale⁷⁷ observa, a propósito, que, “de todas as espécies de experiência social, o direito é a que mais exige forma predeterminada e certa em suas regras”. Para esse professor paulista, “não se compreende o direito [...] sem um mínimo de legislação escrita, de certeza, de tipificação da conduta e de previsibilidade genérica”, precisamente porque “o direito, ao facultar-lhe a possibilidade de escolha entre o adimplemento ou não dos seus preceitos, situa o obrigado no âmbito de uma escolha já objetivamente

73 Quanto a esse pormenor, Moreira Neto assevera que “assegura-se ao Advogado de Estado, a inviolabilidade dos atos e manifestações no exercício da profissão”, o “que faz de cada advogado um órgão unipessoal, intitulado ao exercício de uma parcela do poder estatal” e por isso “responsável único por seus atos e por suas manifestações jurídicas perante o seu órgão coletivo corporativo de controle para esse fim também elevado à in dependência constitucional - a Ordem dos Advogados do Brasil” (MOREIRA NETO, op. cit., p. 180). Disso decorre a seguinte conclusão, externada por esse professor fluminense na sequência: “[...] se a natureza opinativa das manifestações jurídicas - mesmo se vinculante na matéria de direito para o agente administrativo - é a que resulta do legítimo exercício da interpretação do Direito por parte do Advogado de Estado, a presunção de juridicidade, tanto de seu comportamento funcional, quanto de sua manifestação nesta qualidade, só pode ser afastada pelos órgãos constitucionalmente competentes para estabelecerem a culpa ou o dolo em sua atuação profissional e de, em consequência, a de lhes aplicar sanções em razão de um possível vicioso exercício profissional” (Ibidem, p. 187).

74 Dificuldade que também é compartilhada por juízes e promotores, pelas razões dantes expostas, e que lhes excluem, como regra, a responsabilização civil e por ato de improbidade.

75 REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 273.

76 Ibidem, p. 273.

77 Ibidem, p. 273.

feita pela sociedade, escolha esta revelada através de um complexo sistema de fontes”⁷⁸. Daí que, conforme Reale⁷⁹, “o direito [...] exige predeterminação formal, sendo a lei a expressão máxima dessa exigência”⁸⁰.

Posto isso, configura-se, na hipótese, o que Celso Antônio Bandeira de Mello⁸¹ convencionou chamar “princípio da exigência de voluntariedade para incursão na infração”. Quanto ao particular, Bandeira de Mello⁸² observa que “o Direito propõe-se a oferecer às pessoas uma garantia de segurança, assentada na previsibilidade de que certas condutas podem ou devem ser praticadas e suscitam dados efeitos”, enquanto “outras não podem sê-lo, acarretando consequências diversas, gravosas para quem nelas incorrer”. Disso decorre, para o publicista, a impropriedade da qualificação de “alguém como incurso em infração quando inexistir a possibilidade de prévia ciência e prévia eleição, *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas”⁸³. Essa compreensão, que, para Bandeira de Mello, é externa a considerações sobre a culpabilidade do agente (investigação de dolo ou culpa)⁸⁴, vez que incide “meramente no *animus* de praticar dada conduta”⁸⁵, é argumento suficiente ao afastamento da responsabilização do procurador por ato de improbidade quando se está diante tão-somente de divergência entre o posicionamento jurídico por ele externado e as manifestações ulteriores dos órgãos de controle, do Ministério Público e/ou do Poder Judiciário. Afinal, dado o caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo, não é dado ao procurador, num juízo hipotético, de caráter abstrato, antecipar essas manifestações ulteriores com a segurança necessária a que se possa cogitar, em concreto, da voluntariedade da sua conduta.

78 REALE, op. cit., p. 273.

79 Ibidem, p. 273.

80 Sobre a exigência de predeterminação formal das normas jurídicas, cf., ainda, a doutrina de Márcio Cammarosano (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 42 e 63-64).

81 MELLO, op. cit., p. 855.

82 Ibidem, p. 855.

83 Ibidem, p. 855.

84 De que me ocuparei no capítulo subsequente.

85 Ibidem, p. 855.

3 ABSOLUTA AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE O HIPO-TÉTICO EQUÍVOCO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E A EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE IMPUTADO

A circunstância, retratada no capítulo anterior, de os advogados públicos não disporem de meios materiais de antecipar, com a necessária segurança, o posicionamento que será ulteriormente externado pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário atesta, ainda, a absoluta ausência de correlação lógica entre o seu hipotético equívoco na interpretação do Direito e a demonstração da sua responsabilidade. Afinal, entre nós é requisito indispensável à responsabilização do agente imputado por ato de improbidade administrativa a efetiva demonstração da sua culpabilidade⁸⁶. Incide, pois, na espécie, a responsabilização subjetiva do agente imputado, justificada por José Roberto Pimenta Oliveira⁸⁷ a partir das seguintes considerações doutrinárias:

[...] O Estado Democrático de Direito tem, em seu epicentro axiológico, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), que implica no direito fundamental de inviolabilidade à liberdade e à propriedade (art. 5º, *caput*). Como derivação surge a consagração da vedação constitucional de privação da liberdade e de bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Densificando, na própria esfera constitucional, esta magna garantia fundamental, contempla-se o princípio da individualização das sanções (art. 5º, XLVI), quando o Estado opera em sua atividade punitiva.

O resultado desta teia principiológica e fruto de conquista civilizatória na limitação dos poderes estatais desemboca na afirmação da normatividade do princípio da culpabilidade, imponível como condição constitucional de legitimação para edição de qualquer medida sancionatória por órgão ou estatal.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento consolidado nos Tribunais brasileiros, sob a liderança do Superior Tribunal de Justiça⁸⁸, Corte a

86 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 215.

87 *Ibidem*, p. 215.

88 A propósito, reporto-me, exemplificativamente, ao julgamento do Recurso Especial nº 751.634, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no corpo do qual se assentou que "em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva" (STJ, REsp 751.634, Relator Ministro Teori Albino Zavascki). Nesse mesmo sentido decidiu a Corte Superior de Justiça quando da apreciação dos Recursos Especiais nº 805.080 e 875.163, ambos relatados pela Ministra Denise Arruda.

quem a Carta da Republica atribui competência para a uniformização da jurisprudência no que se refere à interpretação e aplicação do direito federal. Com efeito, é assente na jurisprudência daquela Corte Superior de Justiça que os fatos típicos especificados no artigo 9º (improbidade por enriquecimento ilícito) e no artigo 11 (improbidade por violação a princípios da Administração Pública) da Lei nº 8.429/1992 somente podem ser reprimidos quando se está diante de conduta dolosa⁸⁹, ao passo que as hipóteses descritas no seu artigo 10 (improbidade por lesão ao erário) comportam imputação mediante conduta dolosa e/ou eivada de culpa grave⁹⁰⁻⁹¹. Posto isso, não se justifica, entre nós, a responsabilização de procuradores, seja quando se cogita de lesão ao erário (Lei nº 8.429/1992, art. 10), seja quando se pretenda extrair de um seu suposto equívoco na interpretação do Direito violação ao princípio da legalidade ou a qualquer outro princípio da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11), pela tão-só circunstância de controladores, promotores e juízes discordarem de seus posicionamentos jurídicos; dada a absoluta necessidade de se demonstrar, em concreto, que esses profissionais se preordenaram deliberadamente (portando, mediante

89 A título de exemplo, assim se manifestou a Corte Superior de Justiça por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 875.163, relatado pela Ministra Denise Arruda, em cuja Ementa restou assentado que “a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA)”. Quanto ao particular, cf., ainda: REsp 805.080, Relatora Ministra Denise Arruda, e REsp 751.634, Relator Ministro Teori Albino Zavascki.

90 Assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento da Ação de Improbidade Administrativa nº 30, relatada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no corpo do qual se assentou (i) que “não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade”; (ii) que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente”; (iii) que “a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10”. Esse posicionamento firmado pelo Ministro Zavascki foi reproduzido, adiante, em diversos outros julgamentos daquele Tribunal Superior (vide AgRg no AREsp 73968, Relator Ministro Benedito Gonçalves; REsp 1130584, Relator Ministro Teori Albino Zavascki; AgRg no AREsp 184147, Relator Ministro Humberto Martins; AgRg no REsp 1253667, Ministro Humberto Martins; AgRg no REsp 975540/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki).

91 Particularmente, entendo que, dados os limites semânticos do parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição (que dispõe, especificamente, sobre a repressão jurídica à repressão de atos de improbidade, condicionando, portanto, a responsabilização do agente à demonstração da sua desonestidade), não se cogita, na espécie, de responsabilização por culpa stricto sensu, vez que a realização de conduta desonesta pressupõe ação deliberada do infrator, portanto conduta dolosa. Porém, considerando que o argumento ora desenvolvido preordena-se ao afastamento da responsabilidade do agente mesmo sob a modalidade culposa, e considerando que a responsabilidade por culpa é admitida, ainda que com ressalvas (somente para os tipos descritos no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, e ainda assim apenas em caso de culpa grave), pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deixo para outro momento a pormenorização dessa minha compreensão sobre o tema.

conduta dolosa) a contrariar o Direito⁹², ou, pelo menos, que assim se manifestaram mediante culpa grave⁹³, que pressupõe a depreensão de erro grosseiro⁹⁴, revelador da sua negligência, imperícia e/ou imprudência quando da formulação da interpretação jurídica questionada.

No que toca à responsabilização do procurador por lesão ao erário (Lei nº 8.429/92, art. 10), cumpre ao acusador estabelecer, ainda, estrito nexo de causalidade entre a sua manifestação jurídica e o prejuízo causado⁹⁵⁻⁹⁶. Destarte, ganha relevo, no pormenor, a discussão relativa à pertinência da responsabilização do advogado quando a lesão ao erário deriva de problemas na avaliação de elementos técnicos e fáticos que orientaram a decisão administrativa. Ao ensejo, reporto-me aos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹⁷, para quem “a natureza do juízo expresso pelo Advogado de Estado nos atos próprios de sua função de consultoria de Estado [...] é indubitavelmente de cunho exclusivo e estritamente jurídico”, pelo que somente “as suas conclusões estritamente de direito ganham eficácia jurídica”. Conforme Moreira Neto⁹⁸, “quaisquer opiniões de outra natureza, ainda que neles registradas, não são juridicamente eficazes, pelo simples fato de que desbordam da competência profissional constitucionalmente delimitada do agente jurídico”. Assim, “dados técnicos ou fáticos que forem apresentados pela Administração Consulente, bem como todos os demais aspectos caracterizados nas questões examinadas em Parecer jurídico”, a despeito se terem sido abordados (ou não) pelo seu prolator, encontram-se “necessariamente submetidos a decisões administrativas, próprias dos

92 Para a imputação das condutas tipificadas no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

93 Nesse caso, especificamente para os fatos típicos elencados no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

94 Quanto ao particular, cf.: STF, MS 24631/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Publicação DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008.

95 A propósito, cf., por todos: SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de Advogado ou Procurador por pareceres em contratação direta de empresa, cit., p. 212.

96 Nesse mesmo sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631, dantes referido, quando considerou “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”. Foi no corpo desse processo, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, que o Tribunal Constitucional reconheceu, em abstrato, ser possível a responsabilização de advogados públicos como decorrência da prolação de “pareceres vinculantes”. No entanto, o próprio Excelso Pretório condicionou, no mesmo julgamento, adoção dessa providência à verificação, em vista das especificidades do caso concreto, de relação de causa e efeito entre o parecer exarado e o dano depreendido. Disso decorre, a conclusão da Corte Suprema quando a ser descabida, na hipótese dos autos, “a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa”.

97 MOREIRA NETO, op. cit., p. 184.

98 *Ibidem*, p. 185.

gestores administrativos, pois que são estes que têm competência, sob a linha hierárquica própria, para o exercício da função administrativa de Estado”⁹⁹. Desse modo, “uma vez definida no Parecer jurídico a matéria que lhe é própria, caberá aos agentes gestores considerar [...] os aspectos exclusivamente técnico-administrativos, cuja apreciação e decisão são [...] atos próprios e exclusivos dos órgãos da Administração Pública”¹⁰⁰.

Não se cogita, então, da responsabilização de procuradores por eventual deficiência na confecção e veiculação desses elementos técnicos ou fáticos; como ocorre, por exemplo, quando a área técnica do órgão consulente manifesta-se pela presença dos elementos empíricos que em tese autorizariam uma contratação direta pela Administração Pública e adiante se verifica que esses pressupostos não foram atendidos; ou quando doravante se descobre que determinado fato afirmado no processo não corresponde à realidade. Com efeito, os procuradores não foram tocados pelas prerrogativas divinas da onisciência e da onipresença, sem as quais não lhes é dado perceber, a cada caso concreto, se os elementos técnicos e fáticos carreados ao processo são falsos ou verdadeiros. Demais disso, ressalvada a depreensão, em concreto, de indícios de que esses elementos não correspondem à verdade, os procuradores também não estão autorizados, dada a presunção de legitimidade e veracidade que milita em favor dos atos da Administração, a questionar-lhes a validade. Cumpre-lhes, pois, em tal conjuntura, atuar com base nos elementos de que dispõe, exarando sobre eles a sua manifestação jurídica. Assim, adverte Moreira Neto¹⁰¹, ainda “que o agente administrativo, laconicamente, deixe de apreciar os aspectos administrativos postos a seu cargo”, e mesmo quando ele se utiliza, em sua decisão, da fórmula lacônica “com o Parecer”, “persiste intocado o entendimento de que a vinculação se confina estritamente à conclusão jurídica nele contida”. Daí que, quando a lesão ao erário decorre de problemas na elaboração/avaliação de elementos técnicos e fáticos, não se depreende, em concreto, nexos de causalidade entre o dano causado e a manifestação jurídica externada pelo advogado público.

Posto isso, quando não houver indicativos de que os elementos fáticos e técnicos em que se baseia o parecer não correspondem à realidade, não estará em questão, a propósito da responsabilização de procuradores por ato de improbidade, ainda que se depreenda lesão

99 MOREIRA NETO, op. cit., p. 185.

100 Ibidem, p. 185.

101 Ibidem, p. 185.

ao erário, investigação acerca de *imprudência* de sua parte ou, talvez, de *negligência*, fundada na sua incapacidade de perceber a falsidade/inconsistência desses elementos (em hipótese, *porque não se dispuseram a avaliar* se determinado engenheiro apontado pela área técnica do órgão consulente detinha ou não a notória especialização exigida para a contratação direta), por se tratar de análise indubitavelmente externa ao âmbito de sua atuação como profissional do Direito. Tampouco se aventa, em tais circunstâncias, da sua *imperícia* na avaliação desses elementos (em hipótese, *porque não tiveram meios de avaliar* se determinado engenheiro apontado pela área técnica do órgão consulente detinha ou não a notória especialização exigida para a contratação direta), pois apenas lhes pode ser exigido, a esse título, o domínio de conhecimentos científicos próprios de sua específica área de atuação (conhecimentos jurídicos, portanto).

Quando se tem em vista, por outro lado, à responsabilização de procuradores por ofensa a princípio da Administração Pública, com fundamento no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, a doutrina jurídica recomenda especial cuidado aos intérpretes (aplicadores). A propósito, Oliveira¹⁰² leciona que “destoa da norma constitucional qualquer leitura que pretenda equiparar atos de improbidade administrativa a condutas ofensivas a quaisquer princípios da Administração Pública, ou a condutas ofensivas ao princípio da legalidade”, à consideração de que a “atividade punitiva não se dirige a concretização de princípios, mas de bens jurídicos” e por isso “pressupõe fixação dos aludidos bens jurídicos, sob pena de quebra da estrutura lógica do regime sancionatório”. Por isso é que, conforme Oliveira¹⁰³, “a conduta ímproba não se equipara à conduta ilegal no bojo da atividade pública, muito menos é sinônimo de conduta contrária a quaisquer princípios jurídicos”. Para esse professor paulista, “o artigo 11 tem como bens jurídicos fundamentais a lealdade às instituições e a imparcialidade”, porque “está centrado na descrição de atos ilegais que agridem referidos bens jurídicos”¹⁰⁴. Sob essa ótica, a legalidade, assim como os demais princípios da Administração Pública, convolam-se de suposto elemento central da descrição do tipo “em valor ético-jurídico protegido pela norma sancionatória”¹⁰⁵. Preocupação semelhante é externada pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados. Com efeito, quando do julgamento dos Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 716.991, do Recurso Especial nº 480.387 e do Recurso

102 OLIVEIRA, op. cit., p. 262.

103 Ibidem, p. 263.

104 Ibidem, p. 263.

105 Ibidem, p. 263.

Especial nº 807.551, todos relatados pelo Ministro Luiz Fux, o Tribunal assentou que o artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 deve ser interpretado *cum granu salis*, à consideração de que “uma interpretação ampliativa teria a possibilidade de acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares e, com isso, de ir além do que o legislador pretendeu”¹⁰⁶.

Por tais razões, e porque a responsabilização, nos termos desse dispositivo, por ato de improbidade administrativa, exige conduta dolosa do agente imputado, não é razoável supor que a simples divergência entre a manifestação jurídica firmada pelo procurador e as interpretações ulteriormente formuladas pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário traduza, em concreto, atitude deliberada (e, portanto, dolosa) desse profissional em descumprir ou Direito, ofendendo, assim, o princípio da legalidade, ou a qualquer outro princípio da Administração Pública. Menos ainda se pode afirmar, em vista dessa circunstância, o seu livre propósito de lesar os bens jurídicos que, conforme Oliveira, constituem o objeto da tutela jurídica reclamada por esse dispositivo; pela razão simples de não ser possível extrair de sua conduta a deslealdade para com a instituição a que serve ou a sua imparcialidade frente os problemas que lhe são apresentados.

Mas, independentemente de poderem prevalecer essas minhas observações anteriores, uma coisa deve estar bastante clara: em uma e outra hipótese, isto é, cogitando-se da responsabilização do procurador por lesão ao erário (Lei nº 8.429/1992, art. 10) ou por violação a princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/1992, art. 11), é indubitável que não atua com dolo ou culpa grave o profissional que, manifestando-se fundamentadamente, expressa simples opinião jurídica sobre temas que compõem o objeto da consulta que lhe foi submetida.

Assim se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em decisão paradigmática, proferida no contexto do julgamento do Recurso Especial nº 1.183.504, relatado pelo Ministro Humberto Martins. Na ocasião, conquanto tenha admitido ser viável, “em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa”, o Tribunal advertiu que, para tanto, é preciso que a peça opinativa se apresente como “um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo”, dispondo, em arremate, que é “necessário, para que se

106 Conforme dicção literal das Ementas dos julgamentos do EDRESP 716991, do REsp 480.387 e do REsp 807.551.

configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer¹⁰⁷.

Decidindo desse modo, a Corte Superior de Justiça sublinhou a absoluta ausência de correlação lógica entre o hipotético equívoco na interpretação do Direito pelo agente imputado e a demonstração da sua culpabilidade, nos termos da lei, para efeito da caracterização da sua responsabilidade por ato de improbidade administrativa. E com isso assentou, num plano mais amplo, corroborando o posicionamento jurídico sustentado neste trabalho, a impossibilidade da responsabilização de procuradores por simples equívoco na interpretação do Direito.

4 CONCLUSÕES

Essas considerações põem em evidência que é imprópria a imputação de ato de improbidade administrativa a advogados públicos tendo por referência tão-somente a afirmação de hipotético equívoco em suas manifestações jurídicas; em especial quando esse seu suposto equívoco decorre unicamente da sua impossibilidade de antecipar, quando da construção de seus opinamentos, a interpretação posteriormente manifestada pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário. Mas, para além de ser imprópria, a realização prática de semelhante pretensão persecutória quando do julgamento de processos por juízes e tribunais é também indesejável, e por isso é ilegítima, porque põe em risco o adequado funcionamento das instituições democráticas.

Quando abordei, em capítulo precedente, o tratamento normativo conferido pelo ordenamento jurídico-positivo a juízes e promotores no que se refere aos limites de sua responsabilização pessoal por erros de interpretação¹⁰⁸, aludi ao risco de que, se essas limitações não estivessem postas, sempre que suas manifestações não fossem confirmadas no curso do processos (o que é bastante comum na práxis jurídica) seus prolores estariam sujeitos a processos judiciais, com inegável desestímulo ao exercício de suas atividades profissionais. Contudo, conquanto sejam aplicáveis aos procuradores as mesmas condicionantes fáticas que justificam esse tratamento diferenciado conferido a juízes e promotores (juízes, promotores e procuradores atuam nos processos em estrito cumprimento de dever legal, e se encontram submetidos, de igual

107 STJ, RESP 1183504, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Fonte DJE DATA 17/06/2010.

108 Vide LC 35, art. 49 c/c CPC, art. 133 (no que se refere à responsabilização dos juízes) e CPC, art. 85 (no que se refere à responsabilização dos promotores).

modo, às dificuldades inerentes à interpretação e aplicação do Direito de nosso tempo), e muito embora os advogados (inclusive os advogados públicos) também tenham obtido do legislador a necessária proteção às suas manifestações jurídicas, consistente no estabelecimento, na lei (Lei nº 8.906/1994, art. 2º, p. 3º¹⁰⁹) e na Constituição (art. 133¹¹⁰), da sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício da profissão, ainda é bastante comum entre nós a imputação de condutas ímprobas a esses profissionais sob a exclusiva invocação da circunstância de seus posicionamentos jurídicos não coincidirem com a interpretação ulteriormente firmada pelos órgãos externos de fiscalização e controle. Essas iniciativas, que por vezes redundam na condenação do advogado, além de não corporificarem, na linha do que se demonstrou anteriormente, uma correta aplicação do Direito, induzem, em concreto, sério desestímulo ao exercício da Advocacia Pública e ao ingresso/manutenção de bons profissionais em seus quadros.

Ao ensejo, recobro a advertência de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹¹¹ quando acentua que a manutenção desses equívocos “ao revés de concorrer para o aperfeiçoamento da Administração, desestimulará uma geração de jovens advogados de Estado concursados”, que certamente temem as “consequências que possam decorrer do exercício independente e intemorato de sua profissão, ante a possibilidade de serem acimados de faltosos e de receberem sanções pecuniárias” unicamente porque seus opinamentos jurídicos não coincidem com a interpretação posteriormente manifestada pelos órgãos fiscalizatórios. Disso decorrem, conforme Moreira Neto¹¹², “dois perigos”: ou esses profissionais que ingressam nas Procuradorias preferirão “a comodidade da via de menor risco, ou seja, a falsa segurança de se inclinarem por uma negativa habitual que os desonere”; ou, “o que será igualmente catastrófico para todos os níveis da Federação, estarão desestimulados para exercer a advocacia de Estado agentes de personalidade e de coragem, que são exatamente os que mais podem contribuir para a boa administração”.

Não discordo da responsabilização de procuradores, e tampouco de juízes e promotores, quando suas manifestações jurídicas contaminam-

109 Lei 8.906 “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. [...] § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”.

110 CRFB. “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

111 MOREIRA NETO, op. cit., p. 195.

112 Ibidem, p. 195.

se por vícios de outra natureza, como ocorre, por exemplo, quando se verifica em concreto o recebimento de vantagem financeira para proferir pareceres, denúncias e sentenças. O que me causa apreensão, como intérprete, como estudioso do Direito e, sobretudo, como cidadão, é que se afirme, muitas vezes com naturalidade, ser viável, à luz do ordenamento jurídico-positivo, a aplicação de sanções a esses profissionais pela tão-só circunstância deles não terem conseguido antecipar, quando da formulação de suas manifestações jurídicas, os posicionamentos posteriormente firmados pelos órgãos de controle, pelo Ministério Público e/ou pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. *Justiça, Direito e Processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos*. São Paulo: Atlas, 2007.
- CAMMAROSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. *Informativo de Licitações e Contratos*, ano 4, n. 37, mar. 1997.
- _____. *O princípio constitucional na moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARÁG, Claudio Renato do Canto. Responsabilização dos advogados públicos nas licitações e contratos administrativos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte: Fórum, v. 1, n. 4, abr. 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Regime jurídico de responsabilidade do advogado público. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. *Anais...* Fortaleza: Conpedi, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4202.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbet L. A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA NETO, Francisco Vieira. *O Direito de não sofrer discriminação genética: Uma nova expressão dos direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELO, Verônica Vaz de. A responsabilidade dos assessores jurídicos na elaboração de pareceres para a Administração Pública em atividades licitatórias mal sucedidas. In: *Portal Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7547>. Acesso em: 1º jul. 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE-30775.f/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de Estado. *Revista da APES – Temas de direito público, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito*, v. 2, Salvador: Juspodivm, 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 28, jun. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos fiscalizadores*. Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1211290033174218181901.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2013.

PIERCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1990.

REALE, Miguel. *O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Escritos de lingüística geral*. Tradução de Carlos Augusto Leuba Salum e Ana Lúcia Franco. São Paulo: Cultrix, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa. *Revista da APES – Temas de direito público, a importância da atuação da advocacia pública para a aplicação do direito*, Salvador: Juspodivm, v. 2, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENÂNCIO, Denilson Marcondes. Parecer jurídico e responsabilidade. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n.149, jul. 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mitte – Legge, Diritti, Giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ITALIANA: UMA REFLEXÃO COMPARATIVA COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

*ITALIAN JUDICIAL REVIEW: A COMPARATIVE REFLECTION
WITH BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

*Gregore Moreira de Moura¹
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Análise histórica e jurídica da Corte Constitucional na Itália; 2 Formação da Corte Constitucional na Itália e no Brasil – um debate necessário; 3 Juízes eleitos?; 4 A questão do quórum e o princípio da imutabilidade do colégio; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Mestre em Ciências Penais UFMG (2006). Doutorando em Direito Constitucional UFMG. Autor do livro *Do Princípio da Co-culpabilidade*. Editora D'Plácido (2014). Diretor Regional da Escola da AGU na Primeira Região.

RESUMO: O artigo visa apontar em linhas gerais como funciona o sistema de jurisdição constitucional na Itália, destacando suas peculiaridades, principalmente, na busca do equilíbrio e o relacionamento entre os diversos Poderes e Instituições envolvidas, com destaque para a Corte Constitucional, com o objeto de perquirir uma fundamentação jurídica, política, social e crítico-reflexiva da jurisdição constitucional italiana sob a ótica dos modernos estudos sobre o tema, para ao fim, propor alterações na legislação brasileira, sob a ótica do direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição Constitucional. Itália. Comparação. Brasil. Freios e Contrapesos. Propostas.

ABSTRACT: This article aims to point out in general terms how the the system of judicial review works in Italy, highlighting its peculiarities, mainly in search of balance and the relationship between the various powers and institutions involved, especially the Constitutional Court, with the object to assert any legal arguments, political, social and critical and reflective of the Italian judicial review from the perspective of modern scholarship on the subject, to the end, propose changes in the Brazilian law, from the perspective of comparative law.

KEYWORDS: Judicial Review. Italy. Comparative Law. Brazil. Check and Balances System. Proposals.

Muitas coisas são necessárias para mudar o mundo:

Raiva e tenacidade. Ciência e indignação.

A iniciativa rápida, a reflexão longa,

A paciência fria e a infinita perseverança,

A compreensão do caso particular e a compreensão do conjunto,

Apenas as lições da realidade podem nos ensinar como transformar a realidade²

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a discussão em torno do Direito Constitucional tem evoluído não só pelos aspectos jurídico-práticos ou normativos, mas também passa, principalmente, pelas questões morais, políticas e sociais.

Neste contexto, talvez a seara mais sensível do Direito Constitucional atual seja a que trata da Jurisdição Constitucional, não só pelo aumento vertiginoso do papel das Cortes Constitucionais em todo o mundo pós-segunda guerra, mas também por encarnar a representação de um Poder. Tais características têm levado a inúmeros debates sobre a formação, composição, competência, relação interinstitucional, a legitimidade dos seus julgamentos, os limites de intervenção em um novo olhar sob a tripartição de poderes proposta por Montesquieu, além da busca de uma leitura moral da Constituição e da racionalidade das decisões judiciais proferidas por estas Cortes.

O debate constitucional não pode ficar circunscrito a um determinado ordenamento jurídico, tendo em vista que muitos destes temas estão relacionados aos aspectos jurídicos de uma maneira geral e ampla, como a questão de quem ou qual órgão institucional deve dar a última palavra numa Democracia, ou mesmo, como devemos levar o direito constitucional a sério.

Logo, o que se busca neste momento é analisar e descrever a experiência da jurisdição constitucional da Itália de uma forma

² Retirado de Bertolt Brecht, "Erkenntnis" citado em David Harvey. *Justice, Nature and the Geography of Difference*. Oxford: Blackwell, 1996. p. 439.

comparativa, destacando algumas de suas peculiaridades relativas à Corte Constitucional, principalmente na busca do equilíbrio no relacionamento entre as diversos Poderes e Instituições envolvidas e perquirir uma fundamentação jurídica, política, social e crítico-reflexiva, a fim de propor alterações na legislação brasileira, sob a ótica do direito comparado.

Trilha-se, com efeito, o seguinte caminho: análise histórica e jurídica da Corte Constitucional; a formação da Corte Italiana e suas nuances em comparação com o direito brasileiro e a análise de sua legitimidade democrática; o debate sobre os juízes eleitos e a questão do quórum atrelado ao princípio da imutabilidade do colégio em vigor na Itália para, ao final, traçar um paralelo com a jurisdição constitucional no Brasil, tentando propor um modelo mais justo e democrático para o ordenamento jurídico brasileiro.

1 ANÁLISE HISTÓRICA E JURÍDICA DA CORTE CONSTITUCIONAL NA ITÁLIA

Em tempos de mescla do jurídico com o político, da expansão da complexidade social e do aumento das atribuições do Estado, o papel dos poderes institucionais tende a tomar grandes proporções. A história das Cortes Constitucionais em todo o mundo é uma história de expansão das atividades e forte atuação política, social e jurídica, já que representa a cúpula do Poder Judiciário, decidindo questões de organização e funcionamento da própria vida em sociedade.

Mas não apenas isso, às Cortes Constitucionais cabe a função de garantia dos direitos mais mezinhos do ser humano, calcados na dignidade da pessoa humana, e com efeito, influencia ainda que de maneira indireta na vida e na política, limitando o poder estatal, o que gera discussões acaloradas sobre sua legitimidade no seio de um Estado Democrático de Direito.

Com a Corte Constitucional Italiana não foi diferente, sendo que desde os debates da Carta Constitucional de 1948³, se questionava a existência de um órgão com poderes de afastar a aplicação de uma lei aprovada por uma maioria democrática no seio do Parlamento, visto que este era onipotente e representava a soberania máxima de um Estado, mormente após o período autoritário pelo qual passou a Itália com o fascismo.

3 RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

Todavia, quedado os Estados Absolutistas e, por conseguinte, os denominados direitos absolutos do Estado, cria-se a noção de limites aos Poderes, inclusive, ao poder de legislar, sendo que um destes limites se dá com o surgimento do controle de constitucionalidade da lei, bem como a criação de uma jurisdição constitucional que, por sua vez, também está limitada na forma do art. 101 da Constituição Italiana que diz: “La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge”.

Assim, a Assembleia Nacional Constituinte Italiana aprova em 22 de dezembro de 1947 a nova Constituição da República Italiana com a promulgação do Chefe de Estado no dia 27 de dezembro do mesmo ano e a entrada em vigor em 1 de janeiro de 1948, texto que dá início a uma verdadeira jurisdição constitucional na Itália, uma vez que reconhece o tripé necessário a tal desiderato, qual seja: supremacia da Constituição frente a outras Leis; criação de uma Corte Constitucional e, por fim, o sistema de controle de constitucionalidade das leis⁴.

O fato de que a Constituição apenas trouxe as regras fundamentais para a criação da Corte Constitucional criou a necessidade de aprovação de outras leis, para que pudesse efetivamente funcionar, como foi a Lei Constitucional número 1 de 1953 e a lei ordinária número 87 do mesmo ano. Devido a isso, bem como a demora do Parlamento em escolher os cinco juízes a seu cargo para a composição da Corte, apenas em 1955 se completaria o arcabouço legislativo e funcional para que a Corte Constitucional pudesse iniciar seus trabalhos.

A primeira decisão da Corte Constitucional Italiana (sentenza n.1 del 1956) versava sobre liberdade de manifestação do pensamento, já que se discutiu a constitucionalidade de uma lei de segurança pública de 1931 que exigia autorização da polícia para distribuição de panfletos e a fixação de cartazes. Tal decisão foi muito importante, pois ao declarar inconstitucional a lei, a Corte não só reconheceu a importância de um direito fundamental, como também confirmou a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis anteriores à promulgação da Constituição, que no Brasil é tratado com o *nomen iuris* de recepção.

A partir de 1956 a Corte Constitucional Italiana aprimorou sua forma de atuação seguida de uma evolução legislativa, exercendo um

4 Diz o art. 134 da Constituição Italiana: “La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale dalle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

papel fundamental no arcabouço jurídico italiano, se consolidando como verdadeira guardiã da Constituição da República de 1948.

2 FORMAÇÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL NA ITÁLIA E NO BRASIL – UM DEBATE NECESSÁRIO

A Corte Constitucional tem sua estrutura definida no artigo 134 e seguintes da Constituição Italiana e é composta por 15 juízes nomeados de acordo com um sistema tripartite, respeitando uma igualdade de distribuição de poder, a fim de que seja respeitado o regime democrático, assim definido: 5 juízes escolhidos pelo Parlamento, 5 escolhidos pelo Presidente da República e 5 pelo Conselho da Magistratura (o artigo 2 da lei número 87 de 1953 estabelece que três juízes são provenientes da Corte de Cassação, um do Conselho de Estado e um da Corte de Contas).

Os juízes da Corte Italiana têm mandato de nove anos não prorrogáveis, não havendo limite de idade para a nomeação nem para exoneração do cargo. O fato de ter se escolhido um mandato de nove anos tem como fundamento a independência e imparcialidade do juiz, para que o mesmo não fique suscetível às interferências de quem o nomeia, ou seja, seu mandato se estende além dos anos do mandato de Presidente da República (7 anos) e do Parlamento (5 anos). O mandato anteriormente era de 12 anos, mas foi reduzido para 9 anos na reforma constitucional de 1967.

Portanto, ao contrário do modelo americano e brasileiro de nomeação vitalícia para o cargo de juiz da Corte Constitucional, a Itália prevê um limite para o exercício da função, na forma de mandato, o que parece ser mais efetivo e justo, a fim de que haja uma renovação dos juízes da Corte, tão importante na seara jurídica.

O sistema de mandato, como é feito na Itália, garante ao mesmo tempo uma estabilidade nas decisões da corte, já que prevê um prazo de quase dez anos de mandato, bem como propicia a renovação e inovação dos seus membros, em perfeito equilíbrio entre justiça e estabilidade⁵; segurança e renovação.

Sobre o debate aduz ZAGREBELSKY E MARCENÒ:

5 Para aprofundamento na discussão ver BERGEL, Jean-Louis. Tradução de Maria Ermantina Galvão. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Così, non è stata dunque accolta l'idea del mandato vitalizio, vigente invece (ma è un'eccezione) presso la Corte suprema degli Stati Uniti. Esso avrebbe contribuito all'indipendenza dei giudici e dell'organo ma, a parte altri inconvenienti, sarebbe apparso incoerente con l'esigenza di rinnovamento costante della Corte. La ragionevolezza della durata novennale può essere valutata considerando, da un lato, le proposte discusse in Assemblea costituente, tra le quali vi era addirittura il rinnovo integrale della Corte a ogni inizio di legislatura (con possibilità di conferma dei giudici) e, dall'altro, la durata prevista per giudici costituzionali di altri paesi, normalmente più limitata. Nel complesso, la Corte Costituzionale italiana si giova o, secondo un diverso punto di vista, soffre di notevole stabilità di composizione⁶.

Já no Brasil, não há segundo a Constituição da República de 1988 previsão de mandato para os juízes em geral e, por conseguinte, para os ministros do Supremo Tribunal Federal, já que seguindo o modelo americano, se adota o sistema de vitaliciedade, na forma do art. 95.

Com efeito, o sistema de mandato com duração mais longa que os mandatos eletivos, como no caso da Itália, é mais eficiente e justo, já que promove um equilíbrio entre os dois pilares que se fundam a busca pelo melhor Direito, qual seja segurança (no caso a independência e imparcialidade dos juízes sem influência política dos órgãos que lhes indicaram), bem como a evolução (renovação a cada nove ou dez anos dos juízes da Corte, para que se areje o pensamento jurídico da mais alta corte do país).

Neste diapasão, seria interessante aprofundar um debate no Brasil, para que se discuta uma emenda constitucional com alteração do sistema de vitaliciedade dos ministros do STF, a fim de que cumpram um mandato de dez anos no cargo, donde se teria no art. 101 da CF/88 a seguinte redação, que ora se propõe:

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados para exercer um mandato de 10 anos.

Também poderia se pensar a questão do limite de idade previsto no supracitado artigo, o qual não existe na Itália, mesmo tendo uma tradição de nomear juízes bem acima dos 40 anos de idade. Seria isso viável no

6 ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012. p.131.

Brasil? A idade indica conhecimento jurídico? Existe relação intrínseca entre notável saber jurídico, reputação ilibada e a idade do juiz?

3 JUÍZES ELEITOS?

Seria legítima uma Corte Constitucional formada por juízes não eleitos?

No debate de uma jurisdição constitucional deliberativa e democrática, a formação da Corte Constitucional não deveria obedecer a um sistema representativo de toda a população?

Portanto, não seria o voto o caminho mais justo para a nomeação desses juízes que atuam com poder jurídico e político ao mesmo tempo? Qual a legitimidade que tem esses juízes para afastar a aplicação de uma lei votada pelo Parlamento, já que esta seria a concretização da vontade geral do povo, como já aduzia Rosseau?

Como uma plêiade de 15 juízes nomeados de acordo com um sistema tripartite (como é na Itália) ou 11 juízes nomeados pelo Presidente da República, após aprovação no Senado (como é no Brasil), podem afastar a aplicação de uma lei deliberada e votada pelos representantes do povo?

A resposta a estes questionamentos passa pela própria legitimidade da jurisdição constitucional, que foi amplamente debatida na Assembleia Constituinte Italiana nos anos anteriores a 1948, já sobredito no item I deste artigo. No entanto, tais questionamentos perpassam pelo próprio conceito de democracia o que amplia sobremaneira o debate, para além dos limites do território italiano, bem como deste singelo trabalho.

Para JEREMY WALDRON⁷, por exemplo, que defende um conceito de democracia procedimental, o princípio da representação da maioria é o fundamento de um Estado Democrático, logo, sua teoria

7 Waldron deixa claro essa ideia em artigo escrito sobre o título "The Core of the Case Against Judicial Review", quando logo na introdução do estudo aduz: "In this Essay, I shall argue that judicial review is vulnerable to attack on two fronts. It does not, as is often claimed, provide a way for a society to focus clearly on the real issues at stake when citizens disagree about rights; on the contrary, it distracts them with side-issues about precedent, texts, and interpretation. And it is politically illegitimate, so far as democratic values are concerned: By privileging majority voting among a small number of unelected and unaccountable judges, it disenfranchises ordinary citizens and brushes aside cherished principles of representation and political equality in the final resolution of issues about rights". WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. The Yale Law Journal. Disponível em: <philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014. p. 1353.

fundamenta a ilegitimidade do *judicial review* por ofender tal princípio, sendo que um dos argumentos é que juízes não eleitos não possuem legitimidade democrática, por ofender os princípios por ele defendido.

Por outro lado, WALUCHOW arremata bem a questão da desnecessidade de juízes eleitos diretamente pelo voto para exercer funções na Corte Constitucional, bem como defende a legitimidade do *judicial review*. Diz ele:

Empowering unelected judges to strike down legislation on the ground that it violates a Charter is often condemned as anti-democratic. It is condemned because it is thought to rob the people of the right to determine, through the decisions of their elected representatives, the laws by which they are to be governed. But if democracy is not so much a matter of who makes decisions using which procedures but a matter of whether the system chosen respects the equal status of all members of the community, then it is far from clear that judicial review is necessarily undemocratic. It is quite conceivable that a system which includes this mode of decision making might well end up respecting these ideals better than one that incorporates only majoritarian decision-making procedures. It is, in short, quite conceivable that a system which includes judicial review might well be preferable on democratic grounds to one that does not. Judicial review may not, in the end, conflict with democracy; it might be part of a system that turns out to be the most viable mode of its very implementation⁸.

Portanto, para o autor supracitado os juízes não eleitos são menos suscetíveis às pressões políticas (contra o argumento de Waldron), além do fato de que na maioria das assembleias legislativas, a representação não deixa de ser indireta, já que calcada na dicotomia entre desejos expressos e melhor interesse, o que traz uma representação muitas vezes em desacordo com a vontade dos representados⁹.

8 WALUCHOW, Wilfrid J. *A Common Law Theory of Judicial Review – The living tree*. New York. Cambridge, 2007. p. 109.

9 Nesta esteira arremata LEVER: “In short, elections are neither necessary nor sufficient to enable people to judge their judges. This means that judicial review can be consistent with democratic accountability, as well as with democratic representation”. LEVER, Annabelle. *Democracy and judicial review: are they really incompatible? Perspectives on politics*. (Forthcoming). LSE Research On Line. Disponível em <<http://eprints.lse.ac.uk/23097/>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

Diante deste contexto, e adotando-se o segundo posicionamento, o Direito Italiano é dotado de um mecanismo interessante para respeitar e legitimar democraticamente a jurisdição constitucional, mormente, na forma de nomeação democrática dos juízes da Corte Constitucional.

Além de ser tripartite, como já antes mencionado, em homenagem ao equilíbrio entre os poderes (5 juízes nomeados pela Presidência da República, 5 juízes nomeados pelo Parlamento e 5 juízes nomeados pelo Conselho da Magistratura), há um elemento democrático na nomeação destes juízes no momento em que cada poder faz sua escolha e nomeação, já que todos são submetidos a um órgão colegiado.

Os cinco juízes de escolha parlamentar, por exemplo, são escolhidos pelas duas casas (Câmara dos Deputados e Senado da República) reunidas em sessão conjunta, com voto secreto, com maioria de dois terços¹⁰ e no terceiro escrutínio sucessivo é suficiente a maioria de três quintos dos componentes da Assembleia.

Vê-se, portanto, que há uma despolitização em torno do indicado para a Corte Constitucional, justamente para garantir o caráter não político e democrático da nomeação, devido ao elevado quórum exigido, o que fortalece a legitimidade democrática da Corte Italiana, já que há necessidade de um amplo acordo entre os deputados e senadores para que seja feita a escolha.

ZAGREBELSKY E MARCENÒ confirmam a assertiva: “Le maggioranze qualificate anzidette, richiedendo vasti accordi parlamentari, rispondono all’esigenza costituzionale di svincolare i giudici, così eletti, dai partiti che li hanno proposti”¹¹.

Na escolha dos outros juízes a cargo da Presidência da República e do Conselho da Magistratura¹² também não é diferente, em virtude do princípio da colegialidade.

10 Conforme art. 3º da Lei Constitucional n. 1 de 22 de novembro de 1967: “I giudici della Corte costituzionale che nomina il Parlamento sono eletti da questo in seduta comune delle due Camere, a scrutinio segreto e con la maggioranza dei due terzi dei componenti l’Assemblea. Per gli scrutini successivi al terzo è sufficiente la maggioranza dei tre quinti dei componenti l’Assemblea”.

11 ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012, p. 128.

12 Art. 4º da Lei Constitucional n. 1 de 22 de novembro de 1967: “Nella elezione dei giudici della Corte costituzionale la cui nomina spetta alle supreme magistrature ordinaria ed amministrative, effettuata secondo le norme stabilite dalla legge, sono proclamati eletti coloro che ottengono il maggior numero di voti purché raggiungano la maggioranza assoluta dei componenti del collegio. Qualora nella prima

Vale ressaltar também que se exige uma qualificação técnico-jurídica elevada do juiz indicado para a Corte Constitucional Italiana, na forma do art. 135, que afirma que os juízes devem ser escolhidos entre magistrados, mesmo aposentados, das jurisdições superiores ordinária ou administrativa; os professores universitários titulares em matéria jurídica e os advogados depois de vinte anos de exercício da profissão¹³.

Não seria o caso de alterarmos a Constituição da República de 1988 para exigir um maior rigor técnico-jurídico como requisito para ser Ministro do STF? Por que não concretizar de maneira mais clara os termos “notável saber jurídico e reputação ilibada trazidos no art. 103 da Carta Magna? E quanto a forma de escolha dos ministros por simples indicação do Presidente da República que é eminentemente política, não seria o caso de propor uma emenda constitucional nos termos do Direito italiano, para que haja mais lisura e democracia no processo de escolha? Não seria interessante mudar radicalmente o sistema de sabatina feito pelo Senado brasileiro do nome escolhido pela Presidência da República de uma simples chancela, para uma escolha efetivamente calcada no voto da maioria absoluta e quórum qualificado?

Diante de todos esses questionamentos, propõe-se novamente uma alteração da Constituição Federal de 1988, a fim de que torne o processo de escolha dos ministros da Suprema Corte do país de acordo com uma moralidade jurídica, política e social mais consentânea com o espírito democrático.

Para isso, faz-se mister realizar um estudo da aplicação dos institutos do Direito Italiano ao nosso direito tupiniquim, para viabilizar sua aplicação, haja vista termos peculiaridades a serem consideradas (o Brasil é uma federação, a Itália é um estado unitário; no Brasil temos o presidencialismo, na Itália o parlamentarismo e assim por diante).

votazione non si raggiunga la maggioranza prevista nel comma precedente, si procede, nel giorno successivo, a votazione di ballottaggio tra i candidati, in numero doppio dei giudici da eleggere, che abbiano riportato il maggior numero di voti; sono proclamati eletti coloro che ottengono la maggioranza relativa. A parità di voti è proclamato eletto o entra in ballottaggio il più anziano di età”.

13 RUGGERI e SPADARO afirmam que “Statisticamente, dal 1956 ad oggi, circa la metà dei giudici proviene dai ranghi dei professori ordinari dell’Università, il 40% dalla magistratura e poco più del 10% è costituito da avvocati. L’età media dei giudici costituzionali al momento del giuramento è di poco superiore ai sessant’anni e, dal punto di vista della provenienza geografica, ben più del 50% sono originari del sud, a fronte del 24% del centro e del 17% del nord. RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore. 2014. p.42.

Todavia, de antemão, nada impede que se adote no Brasil uma nomeação tripartite dos juízes para o STF como é feita pela Itália, respeitando-se o princípio da separação e tripartição dos poderes, bem como se exija uma maior qualificação técnico-jurídica dos nomeados para a Corte Suprema, o que desde já se propõe neste estudo.

4 A QUESTÃO DO QUÓRUM E O PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO COLÉGIO

Outro ponto muito importante no estudo da jurisdição constitucional é a questão do quórum exigido para deliberação, bem como para declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

Tal matéria possui relevo, já que esbarra também na questão da legitimidade das decisões judiciais, ainda mais no caso das Cortes Constitucionais, já que tais decisões são insuscetíveis de recurso. Na Itália, por exemplo, o art. 135 da Constituição Italiana aduz que “Contro le decisioni della Corte costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione”.

No Brasil temos a mesma situação já que o STF é a última instância do Poder Judiciário nacional, na forma dos artigos 101 e seguintes da Carta Magna de 1988.

No caso da Corte Constitucional Italiana é preciso que haja no mínimo 11 ministros, sendo que pelo menos um deve ser daqueles juízes nomeados por um dos poderes, isto é, para que haja julgamento deve-se ter a presença de pelo menos 1 juiz nomeado pelo Parlamento, pela Presidência da República ou pelo Conselho da Magistratura (art. 16 da Lei número 87 de 11 de março de 1953)¹⁴, logo, este é o quórum mínimo exigido nas hipóteses de julgamentos das ações de inconstitucionalidade. No que tange ao quórum para a declaração de inconstitucionalidade exige-se a maioria absoluta dos votantes.

14 Art. 16: “I membri della Corte hanno obbligo di intervenire alle udienze quando non siano legittimamente impediti. La Corte funziona con l'intervento di almeno undici giudici. Le decisioni sono deliberate in Camera di consiglio dai giudici presenti a tutte le udienze in cui si è svolto il giudizio e vengono prese con la maggioranza assoluta dei votanti. Nel caso di parità di voto prevale quello del Presidente, salvo quanto è stabilito nel secondo comma dell'art. 49”.

Interessante que, ao contrário do Brasil¹⁵, na Itália não se permite que um novo juiz participe dos julgamentos já iniciados, pois vigora o princípio da imutabilidade do colégio.

Tal fato traz vantagens e desvantagens como mencionam ZAGREBELSKY E MARCENÒ:

Resta perciò esclusa la possibilità che un giudice intervenga solo alla deliberazione della decisione o, caso inverso, non intervenga solo alla deliberazione. La ratio di questa regola è chiara: garantire la continuità del collegio e impedire le assenze (o le presenze), per così dire, diplomatiche. Ma ne derivano notevoli inconvenienti e la necessità di ricominciare tutto da capo, con rinvio della casua a nuovo ruolo, quando il giudice che abbia partecipato alle udienze precedenti la camera di consiglio di decisione venga per qualche ragione a mancare definitivamente (v.ord.n.181 del 1972 e 145 del 1980)¹⁶.

Além disso, a demora exagerada nos julgamentos pode prejudicar o andamento dos trabalhos da Corte, quando se aplica o princípio supracitado, mormente no Brasil em virtude das diversas mudanças que podem ocorrer no período (aposentadorias, por exemplo), bem como do número excessivo de processos a cargo do Supremo Tribunal Federal.

Apenas a título de comparação, a Corte Constitucional italiana julgou 326 casos em 2013. Como menciona o relatório estatístico da Corte¹⁷:

Il totale delle decisioni rese dalla Corte costituzionale nel 2013 è di 326. Si tratta di un dato di poco superiore a quello del 2012 (+3,16 % rispetto alle 316 del 2012). Nell'ultimo ventennio, fatta eccezione per il 2012, il totale delle decisioni è sempre stato superiore alla soglia raggiunta quest'anno e solo in rare occasioni è sceso al di sotto del valore di 350. Ne discende una collocazione del numero di decisioni del 2013 nettamente al di sotto del valore medio degli ultimi vent'anni

15 Ainda que de maneira indireta, pois a discussão principal girou em torno da suspeição, o debate em torno do princípio da imutabilidade do colégio é muito importante e apareceu no caso da AP 470 (Mensalão), quando da possibilidade ou não do Ministro Dias Toffoli participar do julgamento de mérito da causa. Vale lembrar que ele não participou de todos os debates, o que afastaria de imediato sua participação se se adotasse o princípio da imutabilidade do colégio no Brasil. Para maiores informações ver <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-01/ministro-dias-toffoli-sinaliza-participar-julgamento-mensalao>>.

16 ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012. p.145.

17 Ver anexo 2 no final deste estudo.

(pari a 451). Il grafico n. 1 illustra l'andamento quantitativo della produzione giurisprudenziale della Corte su base annua dal 1994. Da esso si coglie, tra l'altro, una progressiva contrazione del numero di decisioni: ponendo il 2003 come discrimen, gli anni più prossimi hanno registrato, rispetto agli antecedenti, numeri significativamente ridotti. In particolare, dal 2009 il numero delle decisioni non oltrepassa la soglia delle 350 decisioni (unica eccezione il 2010 con 376)¹⁸.

Já o STF elaborou 89.991 no ano de 2013¹⁹, sendo que foram 14.106 decisões colegiadas, 77.885 monocráticas. Vale lembrar também que no ano anterior, ou seja, em 2012 foram proferidas 90.041 decisões no total, sendo 12.088 decisões colegiadas, 77.737 monocráticas e 216 não informadas²⁰.

Portanto, ao adotar-se no âmbito do STF o princípio da imutabilidade do colégio, mesmo com o fato dos juízes da Corte Suprema serem vitalícios em seu cargo, pode gerar o inconveniente de alongar ainda mais o prazo de elaboração das decisões judiciais, em afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo.

Todavia, o que se propõe aqui é o início de um debate, para que se dê mais imparcialidade, independência e conhecimento de causa ao juiz constitucional, para que possa elaborar a melhor decisão no caso concreto. A adoção do princípio da imutabilidade do colégio seria o caminho?

Ou isto não basta. Não seria o caso de se adotar o princípio da imutabilidade do colégio e juntamente diminuir as funções e competência do STF, para que se transforme realmente em uma Corte estritamente constitucional, como nos outros países?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, o objetivo deste trabalho foi demonstrar a realidade da jurisdição constitucional italiana, com um recorte principalmente na Corte Constitucional daquele país, aduzindo as experiências no que tange à sua formação, sua estrutura, seu desenvolvimento, bem como fomentar o debate em torno da forma de investidura e requisitos exigidos dos juízes constitucionais em cotejo com

18 Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_268.do>. Acesso em: 19 jun. 2014.

19 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoesinicio>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

20 Ver gráfico no anexo 3 deste artigo.

os conceitos de Democracia e legitimidade, para através da experiência comparada propormos alterações na legislação brasileira, ou quiçá iniciar um debate sobre esse recorte.

Portanto, ao final, pode-se concluir que:

- a) há necessidade de alteração do prazo de investidura dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, deixando de ser vitalício, com uma proposta de adoção de mandato de dez anos à frente da Corte, para que se concilie os pilares do Direito, quais sejam estabilidade e renovação;
- b) faz-se mister alterar a forma de nomeação dos ministros do STF, sendo que as indicações deveriam ser feitas pelos três poderes da República, ou seja, em respeito a separação e tripartição dos poderes, tal função não deveria ser adstrita apenas à Presidência da República como ocorre no Brasil;
- c) é preciso esmiuçar concretamente, quiçá através de emenda à Constituição, o vago conceito da expressão “notável saber jurídico” e “reputação ilibada”, a fim de que se tenha uma maior qualificação técnico-jurídica dos juízes da Suprema Corte Brasileira, tal como já ocorre na Itália;
- d) há que se iniciar um debate sobre a questão da legitimidade democrática e da responsabilidade dos juízes em cotejo com o princípio da imutabilidade do colégio, todavia, adstrito a uma diminuição de competência do STF, para que se torne uma verdadeira Corte Constitucional.

REFERÊNCIAS

BERGEL, Jean-Louis. Tradução de Maria Ermantina Galvão. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HARVEY, David. *Justice, Nature and the Geography of Difference*. Oxford: Blackwell, 1996.

LEVER, Annabelle. *Democracy and judicial review: are they really incompatible? Perspectives on politics*. (Forthcoming). LSE Research On Line. Disponível em: <<http://eprints.lse.ac.uk/23097/>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

LISBOA, Cândice Alves; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt (orgs). *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos de Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

RUGGERI, Antonio; SPADARO, Antonino. *Lineamenti di Giustizia Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Principio di Maggioranza e Dignità della Legislazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. Disponível em: <philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2014.

WALUCHOW, Wilfrid J. *A Common Law Theory of Judicial Review – The living tree*. New York. Cambridge, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo; MARCENÒ, Valeria. *Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2012.

ANEXOS

A fim de ilustrar como funciona o controle de constitucionalidade na Itália, bem como se dá a estruturação da Corte Constitucional, faz-se mister adicionar alguns fluxogramas extraídos da Cartilha “Che cosa è la Corte Costituzionale”.

Em seguida, tem-se o anexo 2, o qual traz o número de decisões proferidas pela Corte Constitucional Italiana entre 1994 e 2013.

Por fim, no anexo 3 pode se observar o número de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2008 e 2014.



III - GIUDIZI E MODI DI ACCESSO ALLA CORTE

A - GIUDIZI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE SU ATTI LEGISLATIVI

A1 - IN VIA
INCIDENZIALE

ORDINANZE
DEI GIUDICI COMUNI

CORTE COSTITUZIONALE

A2 - IN VIA
PRINCIPALE

RICORSI DELLO STATO, DELLE REGIONI
E DELLE PROVINCE AUTONOME

B - GIUDIZI PER CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE SU ALTRI ATTI (NON LEGISLATIVI)

B1 - TRA I POTERI
DELLO STATO

RICORSI DEGLI ORGANI SUPREMI

CORTE COSTITUZIONALE

B2 - TRA STATO
E REGIONI
O PROVINCE
AUTONOME

RICORSI DELLO STATO, DELLE REGIONI
E DELLE PROVINCE AUTONOME

C - GIUDIZI SULL'AMMISSIBILITÀ DEI REFERENDUM ABROGATIVI

IV - APPARATO

SEGRETERIA GENERALE

PERMANENTE

NON PERMANENTE

SERVIZI E UFFICI

A (SERVENTI L'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE)

- CANCELLERIA
- STUDI
- RUOLO
- BIBLIOTECA

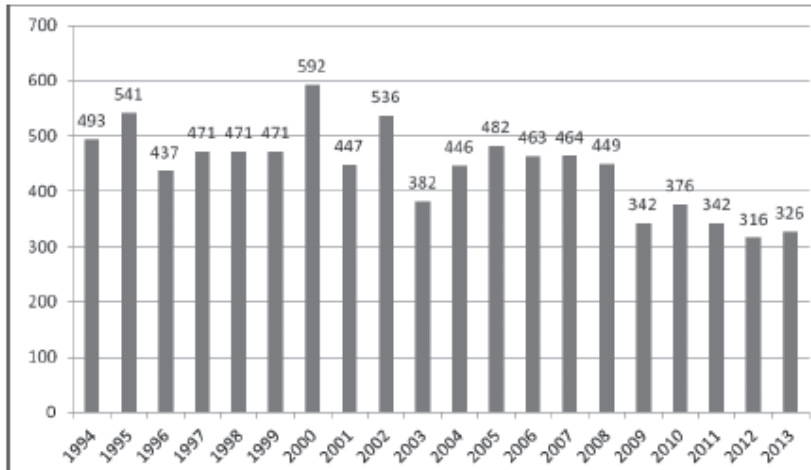
B (ALTRI)

- AFFARI GENERALI E PERSONALE
- PROVVEDITORATO
- RAGIONERIA
- CERIMONIALE
- STAMPA

SEGRETERIE PARTICOLARI DEI GIUDICI

- ASSISTENTI DI STUDIO
- SEGRETARIO PARTICOLARE
- ADDETTI
- AUTISTI

2 - Número de Decisões Proferidas pela Corte Constitucional Italiana entre 1994 e 2013.



3 - Número de Decisões Proferidas pela Corte Constitucional Brasileira no ano de 2013.

Tipo de decisão	2.008	2.009	2.010	2.011	2.012	2.013	2.014
COLEGIADA	19.697	16.079	11.333	13.096	12.088	14.106	6.978
MONOCRÁTICA	109.126	86.782	98.349	89.301	77.737	75.885	45.957
NÃO INFORMADO		10	1	13	216		
Soma:	128.823	102.871	109.683	102.410	90.041	89.991	52.935



O REGIME JURÍDICO DOS BENS IMÓVEIS DO INSS: EXPLORAÇÃO ECONÔMICA E FUNÇÃO SOCIAL¹

*RULES APPLIED FOR THE REAL STATE PROPERTY OF INSS:
ECONOMIC EXPLOITATION AND SOCIAL FUNCTION*

Felipe Mêmolo Portela

Procurador Federal

*Especialista em Direito Público pela Escola Paulista de Direito e em Direito
Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do regime jurídico dos bens imóveis públicos; 1.1 Das regras aplicáveis aos bens públicos; 1.1.1 Regras para aquisição dos bens públicos; 1.1.2 Regras para gestão e exploração dos bens públicos; 1.1.3 Regras para a alienação dos bens

¹ O presente artigo tem caráter exclusivamente acadêmico e não representa a posição institucional do Instituto Nacional da Seguridade Social - INSS ou da Advocacia Geral da União – AGU sobre o tema tratado, instituições com as quais o autor tem vínculo funcional.

públicos; 1.2 A Função social do bem público; 2 Os Bens Imóveis do Instituto Nacional da Seguridade Social; 2.1 Identificação dos Imóveis de Propriedade do INSS. Do Patrimônio do extinto INAMPS; 2.2 O Regime Jurídico dos Bens Imóveis do INSS; 2.2.1 Das disposições da Lei 9.702/98; 2.2.1 Regras de Alienação dos Bens Imóveis do INSS; 2.2.1.1 Regras para Aquisição de Bens Imóveis pelo INSS; 2.2.1.2 Regras de Alienação dos Bens Imóveis do INSS; 2.2.1.3 Regras para Gestão dos Bens Imóveis do INSS; 2.3 Bens Imóveis Dominicais do INSS: Exploração Econômica e Função Social; 3 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo analisa o regime jurídico aplicável aos bens imóveis do INSS e a administração desse patrimônio à luz do direito administrativo e direito urbanístico. Inicialmente será feita análise genérica do regime jurídico aplicável aos bens públicos e suas características, bem como analisado o princípio da função social da propriedade pública. Com tais premissas estabelecidas, será analisado o regime jurídico específico aplicável aos bens imóveis do INSS, à luz das disposições constitucionais, da Lei 9.702/98 e do Estatuto da Cidade. O principal objetivo almejado pelo presente artigo é diagnosticar, de forma crítica, o tratamento jurídico da gestão dos imóveis dominicais do INSS.

PALAVRAS-CHAVE: Bens Públicos. Função Social da Propriedade. Princípio da Eficiência.

ABSTRACT: This article analyses the legal rules applicable to the real state property of the INSS and the administration of this portfolio in the light of urban law and administrative law. Initially, a generic analysis of the legal regime applicable to public goods and their characteristics will be made, as well as the principle of the social function of public property. With such assumptions, it will be analyzed the specific legal regime applicable to real estate of INSS, considering the constitutional rules, the Federal Law 9702/98 rules as well as the Statute of the City Law rules. The main goal pursued by this article is to diagnose, critically, the legal treatment of the management of the non-operational real state portfolio of the INSS.

KEYWORDS: Public Property. Social Function of Property. Principle of Efficiency.

Sem dúvida, embora a propriedade móvel continue a ter sua relevância, a questão da propriedade imóvel, a moradia e o uso adequado da terra passam a ser a grande, senão a maior questão do século XX, agravada nesse início de século XXI pelo crescimento populacional e empobrecimento geral das nações. Este novo século terá sem dúvida, como desafio, situar devidamente a utilização social da propriedade.

(Sílvio de Salvo Venosa)

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar o regime jurídico dos bens imóveis do INSS, e o impacto de tal regime sobre a gestão e exploração desses bens nas grandes metrópoles brasileiras.

Segundo levantamento feito pelo Tribunal de Contas da União - TCU² em 2003, o INSS possuía 1598 imóveis sendo utilizados para suas atividades operacionais, incluindo 983 que abrigavam unidades de atendimento e gestão do INSS, 247 passíveis de uso futuro (reserva técnica) e 368 destinados à habitação de seus servidores.

Por outro lado, o instituto era proprietário de 3.535 imóveis sem destinação específica (dominicais), sendo que 918 estavam vagos, 1.370 invadidos, 297 locados, 365 cedidos e 585 com destinação não identificada pelo próprio INSS.

Na impossibilidade de gerir adequadamente tal patrimônio, o INSS foi compelido, por expressa determinação legal, a alienar seus imóveis dominicais, trabalho esse que vem sendo feito de forma lenta e desordenada. Assim, os problemas identificados pelo TCU há 10 anos ainda persistem, e os imóveis da autarquia são administrados de uma forma pouco eficiente.

Tal situação já é grave do ponto de vista patrimonial, isto é, da gestão e exploração desses bens públicos de forma a gerar renda para o INSS. Porém, considerando que esses bens imóveis dominicais

2 Processo TCU 004.168/2004-3. Acórdão 1495/2004, Relator Ministro Ubiratan Aguiar. Íntegra disponível no endereço eletrônico (acesso em 03/02/2014): <https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO#5283&texto=2532385449504f25334125323241434f5244414f2532322b414e442b4e4f542b5449504f25334125323241434f5244414f2b44452b52454c4143414f2532322532392b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341313439352b4f522b4e554d52454c4143414f25334131343935253239&sort=DTRLEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posiçãoDocumento=10>

encontram-se encravados nos centros das grandes cidades brasileiras, sobretudo São Paulo e Rio de Janeiro, há reflexos expressivos também no meio-ambiente urbano.

Parece incompreensível, no atual cenário de profunda demanda por cidades sustentáveis e inclusivas, e com fortalecimento de instrumentos de efetivação da função social da propriedade, a existência de milhares de imóveis públicos abandonados ou invadidos, sem qualquer uso econômico ou social. Daí a motivação para analisarmos, de forma crítica, a gestão desse patrimônio imobiliário da autarquia previdenciária.

Para a análise proposta, inicialmente serão estabelecidas algumas premissas gerais quanto aos bens públicos e seu regime jurídico, à luz da legislação e doutrina brasileiras. Essa introdução analisará os principais aspectos do regime jurídico dos bens públicos, e as características inerentes a tal regime. Necessária, também, breve análise sobre a do princípio da função social da propriedade e sua aplicação para os bens públicos.

Estabelecidas tais premissas, será possível analisar o regime jurídico específico dos bens imóveis do INSS, suas características e suas consequências para a coletividade, sobretudo sob a ótica urbanística.

1 DO REGIME JURÍDICO DOS BENS IMÓVEIS PÚBLICOS

A identificação do regime jurídico aplicável aos bens públicos no Brasil costuma fazer referência direta às características da administração e gestão desses bens. Acaba-se por confundir o regime jurídico com as regras aplicáveis para gestão dos bens públicos, estas sim decorrentes do regime jurídico³.

Por regime jurídico se deve entender o conjunto de regras pelas quais os bens públicos devem ser adquiridos, administrados,

3 Nesse sentido, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto: "Em regra, quando se trata do regime jurídico dos bens públicos, imediatamente se faz referência aos aspectos da inalienabilidade, impenhorabilidade, não oneração e da imprescritibilidade. De nossa parte, cremos que a abordagem do regime jurídico destes bens deve ser ampliada para se verificar quais são os aspectos próprios ao regime de direito público na aquisição, gestão e disposição dos bens. Será, então, nestes três planos que desdobraremos o regime jurídico. Impenhorabilidade, inalienabilidade, não oneração e imprescritibilidade devem ser analisadas no plano da gestão, pois elas constituem o que chamamos de atributos dos bens públicos, predicando, a nosso ver, condicionantes do modo pelo qual é organizado e gerido o acervo público" (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *O Regime Jurídico das Utilidades Públicas: Função Social e Exploração Econômica dos Bens Públicos*, tese para obtenção do título de livre docente na Universidade de São Paulo, 2008. p. 300.)

explorados e alienados. A existência desse regime, diferente do regime geral aplicável aos bens privados, justifica-se pela existência de regras aplicáveis apenas aos bens públicos. São as normas denominadas de derogatórias ou exorbitantes do direito privado.

Com base nessa visão do que constitui o regime jurídico, é difícil admitir que exista um único regime aplicável a todos os bens públicos. Isso porque a incidência de regras específicas se dá com base na especificidade de cada bem público tratado, isto é, da função pública a qual o bem esta vinculado.

O Código Civil Brasileiro - CCB, no artigo 98, estabelece que são públicos “os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno” e “todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.” Dessa disposição decorre que são públicos os bens que pertencem (isto é, estão no domínio) às pessoas jurídicas de direito público.

Por outro lado, o CCB traz no artigo 99 uma classificação dos bens públicos, bem particular ao direito brasileiro, que complementa o sentido do artigo 98:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

As espécies previstas no artigo 99, na verdade, referem-se à função que o bem exerce na atividade administrativa de cada ente público. Cada uma das três modalidades de bens públicos delimita função específica.

De forma genérica, temos que os bens de uso comum destinam-se ao uso de toda coletividade; os bens de uso especial cumprem uma atividade pública específica, não necessariamente compartilhada por todos; e os bens dominicais são todos os demais, sem função definida⁴.

Essa divisão dos bens públicos por função tem sido utilizada tradicionalmente no direito brasileiro como o critério de identificação dos regimes jurídicos aplicáveis. Assim, para cada “espécie” de bem público, haveria um regime jurídico correlato.

Na visão de Celso Antonio Bandeira de Mello, há apenas um regime jurídico dos bens públicos, e sua presença é justamente o critério de identificação desses bens⁵. O bem é público porque submetido ao regime jurídico de direito público.

Ainda para o autor, são bens públicos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de direito público (critério subjetivo) e os bens privados afetados à prestação de serviço público (critério funcional), conformando o “domínio público”. Esse regime único é caracterizado pela inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade.

Contudo, mesmo entendendo que há apenas um regime jurídico, o renomado administrativista reconhece que as regras de utilização dos bens públicos dependem do tipo de bem a que se faz referência⁶.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são duas as modalidades de bens públicos e dois os regimes jurídicos que os regem: os bens públicos do domínio público, submetidos ao direito público, que abrangem os bens de uso comum do povo e os de uso especial, e os bens do domínio privado do Estado, que são os bens dominicais, com regime parcialmente público,

4 A ausência de função para os bens dominicais é relativa, já que todo bem público só existe para cumprimento de uma função pública. Se não há identificação expressa de qual a finalidade a que o bem se destina, o mesmo deve ser usado para obtenção de renda ou qualquer outro tipo de exploração econômica. Assim, a rigor, não existe nenhum bem público sem qualquer função ou utilidade.

5 “A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de propriedade pública. Logo, têm que estar incluídos no conceito de bem público.” (DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 845)

6 *Ibidem*, p. 856.

parcialmente privado⁷. A marca que diferencia tais bens, e seus respectivos regimes jurídicos, seria a afetação dos mesmos a uma função ou uso públicos para os primeiros, e a inexistência de afetação, para os dominicais.

Um critério alternativo foi proposto por Floriano de Azevedo Marques Neto: é pela análise conjunta das regras para aquisição, gestão e alienação dos bens públicos que é identificado o regime jurídico aplicável aos mesmos. O regime jurídico de cada bem será determinado de acordo com as regras aplicáveis a cada um desses planos, considerando a função a qual o bem se destina⁸.

Analisando as posições acima mencionadas, verifica-se que há duas premissas comuns a todas: 1) a função (afetação, vinculação, destinação) é determinante para se identificar quais regras jurídicas se aplicam a um bem público; e 2) sobre todos os bens públicos incidem regras derogatórias do direito comum, em menor ou maior grau. Assim, há consenso de que é preciso analisar, caso a caso, qual a função pública do bem, para depois buscar no direito positivo as regras derogatórias do direito comum.

E, nesse sentido, a análise fatiada proposta por Floriano de Azevedo Marques Neto apresenta-se como a mais adequada, permitindo que o regime jurídico de cada bem seja delineado com base nas regras específicas aplicáveis em cada um desses planos.

Portanto, o regime jurídico dos bens públicos é o conjunto de regras, derogatória do direito comum, aplicáveis a cada bem público, considerando a função pública por ele exercida, e que disciplina a forma de aquisição, gestão, exploração e alienação dos mesmos. A seguir serão apresentadas algumas observações sobre as principais regras aplicáveis aos bens públicos em cada um desses planos.

1.1 DAS REGRAS APLICÁVEIS AOS BENS PÚBLICOS

Como exposto acima, é função pública do bem que determinará seu regime jurídico e, conseqüentemente, as regras de direito público que regerão a aquisição, gestão, exploração e alienação dos bens públicos.

Tradicionalmente, as regras a que se faz referência são a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 734.

8 MARQUES NETO, op. cit., p. 300/302.

impossibilidade de oneração. Porém, há outras regras importantes que devem ser analisadas, sobretudo nos planos de aquisição e alienação dos bens públicos.

1.1.1 REGRAS PARA AQUISIÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

A aquisição dos bens públicos deve se dar, sempre, visando uma finalidade pública. E tal finalidade deve ser sempre expressa, já que todo ato administrativo deve ser motivado. Portanto, sempre que a Administração adquirir um bem público, precisa externar a finalidade pública perseguida e os motivos pelos quais necessita do bem. Quanto mais complexo e maior o valor do bem, maior a responsabilidade na sua aquisição e maior deve ser o cuidado em justificá-la.

Quanto aos meios, a aquisição dos bens públicos pode se dar pelas formas previstas no direito privado (compra e venda, doação, usucapião, permuta, dação em pagamento, etc), e por formas específicas do direito público, como a desapropriação. Esta, inclusive, apresenta-se como a principal forma de aquisição derivada dos bens públicos, prevista em diversos dispositivos legais e constitucionais⁹.

Há também os bens públicos que já eram públicos desde tempos imemoriais, ou que, pela lei, são considerados públicos. Exemplos comuns são as terras devolutas, no primeiro caso, e os bens do domínio público natural, como praias e florestas, no segundo¹⁰. Não se trata propriamente de uma aquisição, mas de um domínio inato (formas originárias de aquisição da propriedade pública).

Assim, identificamos as duas regras principais que compõe o regime jurídico dos bens públicos quanto à sua aquisição: 1) a necessidade de finalidade pública, expressa na motivação do ato administrativo de aquisição do bem; e 2) uso de instrumentos próprios do direito civil e exclusivos para aquisição dos bens públicos, como as formas originárias de aquisição da propriedade pública (ocupação histórica, bens públicos *ex legis*) e a desapropriação.

9 Art. 5o, XXIV e artigo 182, § 4º, III, ambos da CF; artigo 5º, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41; artigo 25 da Lei 4.504/64.

10 MARQUES NETO, op. cit., p. 303.

1.1.2 REGRAS PARA GESTÃO E EXPLORAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

É no que se refere à gestão dos bens públicos que se aplicam as regras normalmente identificadas pela doutrina como “o regime jurídico” dos bens públicos.

A administração dos bens públicos, assim como qualquer atuação do gestor público, deve ser pautada pelos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, notadamente daqueles previstos no artigo 37 da Constituição Federal: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Quanto às características, ou atributos dos bens públicos, há algum consenso na doutrina de que são quatro: inalienabilidade, impenhorabilidade, não oneração e imprescritibilidade^{11 12}.

A inalienabilidade do bem público determina a impossibilidade de alienação, pelo gestor público, de determinados bens. É prevista de forma expressa para os bens de uso comum do povo e uso especial, nos termos do artigo 100 do CCB.

Tal característica não está presente a todos os bens públicos, já que intimamente ligada à afetação do bem: enquanto afetado a uma função pública, o bem não pode ser alienado. A princípio, todo e qualquer bem público poderá ser alienado, desde que deixe de subsistir a função pública a ele destinada ou que a mesma possa ser exercida de outra forma, não sendo mais aquele bem específico necessária para seu atingimento¹³.

A regra da impenhorabilidade prescreve que o bem público não pode ser objeto de penhora ou constrição para adimplemento de dívida da Fazenda Pública. Tal determinação é consequência do regime de precatório estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal. Ademais,

11 Há, contudo, diferença de entendimento quanto a origem o fundamento desses atributos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, todos atributos são mera decorrência da inalienabilidade (op. cit., p. 737/738). Para Celso Antonio Bandeira de Mello, o atributo da não oneração está abrangido pelo atributo da impenhorabilidade (op. cit., p. 847).

12 Considerando as limitações de espaço no presente trabalho, não serão analisadas as particularidades de cada atributo. Contudo, primorosa análise do alcance, fundamento e características dos mencionados atributos é feita por Floriano de Azevedo Marques Neto, obra cuja leitura recomendamos para uma análise profunda do tema (MARQUES NETO, op. cit., p. 353/373).

13 É o que parte da doutrina denomina de alienabilidade condicionada ou relativa. Nesse sentido, MARQUES NETO, op. cit., p. 357.

para os bens públicos afetados a uma função pública específica, haveria prejuízo à coletividade se o mesmo pudesse ser penhorado.

A regra da não oneração prescreve que os bens públicos não podem ser gravados pelas modalidades de garantia. O fundamento legal dado para tal regra é o previsto no artigo 1.420 do CCB, que só autoriza a oneração para aquele que pode alienar o bem. Outros fundamentam no regime de precatório a impossibilidade de oneração. Concordamos com Floriano de Azevedo Marques Neto, no sentido de que é a combinação de ambos argumentos que justifica a regra¹⁴.

Finalmente, a regra da imprescritibilidade deve ser entendida como a impossibilidade de perda do bem público por usucapião, nos termos do artigo 183, parágrafo 3º da Constituição Federal e artigo 102 do CCB. Há previsão expressa para os imóveis da União Federal (artigo 200 do Decreto-Lei 9.760/46).

1.1.3 REGRAS PARA A ALIENAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Assim como a aquisição, a alienação dos bens públicos pode se dar com base nos institutos de direito privado, observadas regras específicas para o direito público.

Dentre as principais regras do regime público para alienação dos bens imóveis, destacam-se: a necessidade de desafetação e observância das regras de licitação.

A Lei 8.666/93 estabelece, nos artigos 17 a 19, as principais regras jurídicas para alienação dos bens públicos. No artigo 17, de forma expressa, subordina a alienação “a existência de interesse público devidamente justificado”. Traz regras específicas para os bens imóveis e para os bens móveis, nos incisos I e II do artigo 17.

Para os bens imóveis, exige-se sempre a participação do Poder Legislativo, que deve autorizar a alienação, nos termos do inciso I do artigo 17, da Lei 8.666/93. Há necessidade sempre de avaliação prévia do bem e de licitação, na modalidade de concorrência (artigo 17, inciso I, parte final).

Há hipóteses em que a licitação é dispensada, mas sempre será necessária a avaliação, seja para avaliar a utilidade e probidade do negócio,

¹⁴ MARQUES NETO, op. cit., p. 366/367.

seja para acertos contábeis. É o caso, por exemplo, de uma autarquia federal vender seu imóvel para a União Federal. Não há necessidade de licitação, mas a apuração do valor do bem, para os acertos financeiros, é imprescindível.

1.2 A FUNÇÃO SOCIAL DO BEM PÚBLICO

A existência de uma função social atribuível aos bens públicos é tema controvertido na doutrina.

O que é certo é que o direito positivo, sobretudo à Constituição Federal, quando trata da função social da propriedade, e da função social da cidade, não faz distinção quanto à titularidade e tipo do bem. Nesse sentido, os artigos 5º, inciso XXIII, 170, incisos II e III, 182 e 186, todos da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Portanto, não há uma vedação expressa no texto constitucional para a submissão da propriedade pública ao princípio da função social da propriedade.

Para os defensores da inexistência de tal função social, o principal fundamento colacionado é a impossibilidade de tratar a propriedade pública da mesma forma que a propriedade privada.

Nilma de Castro Abe identifica as seguintes características dos bens públicos que os diferenciam dos bens privados: i) inexistência de um regime jurídico único, diversamente do que ocorre com a propriedade privada; ii) impossibilidade do uso exclusivo pelo titular da propriedade pública de boa parte dos bens públicos; iii) distinção entre o titular do bem (ente público), administrador do bem (agente público) e o beneficiário do bem (coletividade); iv) impossibilidade de se retirar do campo do Direito Público a disciplina dos vínculos jurídicos existentes entre o Estado e as diversas categorias de seus bens; v) indisponibilidade dos interesses públicos; vi) caráter funcional da atividade estatal, inadmitindo a autonomia privada no que se refere aos bens públicos¹⁵.

Tais argumentos não justificam a impossibilidade de ser reconhecida uma função social ao bem público, salvo se esta for entendida, exclusivamente, como a imposição de uma sanção pelo não atendimento do princípio.

Com efeito, se a função social da propriedade se restringir a uma sanção, a imposição de uma penalidade quando a propriedade não preenche tal função (desapropriação, perda do direito, IPTU progressivo,

15 ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a Inaplicabilidade da Função Social à Propriedade Pública. In: *Revista da Advocacia Geral da União*, nº 18, out./dez. 2008. p. 144.

etc), dificilmente o instituto pode ser transposto aos bens públicos¹⁶. Mesmo os bens dominicais, cujo regime jurídico mais se aproxima do regime de direito privado, são imprescritíveis, o que impediria a aplicação integral do instituto com tal conotação. Também há vedação da cobrança de tributos (IPTU progressivo) por parte dos Municípios, impedindo o uso da relação jurídica tributária como forma de induzir o uso eficiente da propriedade.

O princípio da função social surgiu como reação à concepção individualista da propriedade privada. Trata-se de princípio ainda em formação, sendo incerto ainda sua demarcação de forma rígida:

[...] Ainda é prematura prever seus limites e para onde essa intervenção levará. De qualquer forma, ensina a história recente que, se a negação da propriedade privada contraria o anseio inarredável do homem e conduz o Estado ao fracasso, não é com o puro individualismo que serão resolvidos os problemas jurídicos e sociais¹⁷.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que no início da aplicação do princípio, na Constituição de Weimar, na Alemanha (1919), já estava consolidado o entendimento doutrinário que atribui às pessoas jurídicas de direito público a propriedade dos bens públicos, e não houve a exclusão expressa dos bens públicos da necessidade de observância do princípio¹⁸. E, de fato, verifica-se que o regime jurídico dos bens públicos é compatível com o reconhecimento de que a propriedade pública deve observar o princípio da função social.

Nas palavras de Patricia de Menezes Cardoso¹⁹:

16 Nilma de Castro Abe faz essa vinculação entre função social e sanção: "Observa-se que, enquanto dever fundamental, a função social da propriedade, previsto no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, deve ser atendida por todos os particulares, e não pelo Estado, pois as sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social da propriedade urbana são imputáveis apenas aos particulares, sendo inadequadas para punir os entes públicos (União, Estados, DF, Municípios) pelo descumprimento deste dever." (ABE, op. cit., p. 149)

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2003. p. 154

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr./maio/jun. 2006. p. 2. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

19 CARDOSO, Patricia de Menezes. *Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil: função social e regularização fundiária*. Tese para obtenção do título de Mestre em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 21.

Neste contexto, é necessário repensar não apenas a propriedade privada, a partir do princípio da função social, como já se reconhece. É necessário rever o conceito de propriedade pública, entendida muitas vezes como propriedade “da Administração Pública” em sentido estrito e antagônico à função social destes imóveis para a cidade e muitas vezes ao interesse coletivo. A mera dominialidade pública não garante o cumprimento do princípio da função social da propriedade, que depende, sim, da efetiva destinação e utilização destes imóveis conforme preceitos que atendam o interesse público e efetivem uma ordem urbanística justa e sustentável.

O raciocínio está correto. O bem público só existe para atingir a uma finalidade pública. Esta vocacionado, assim, a uma função específica prevista pelo ordenamento.

A função social, contudo, não se limita ao atingimento da função pública (interesse público) previsto em alguma norma. Tem uma conotação mais ampla, impondo o dever de se utilizar o bem de forma eficiente, proporcionando a maior geração de bem estar à coletividade possível.

Para ilustrar esse raciocínio, imagine-se determinado terreno, destinado por uma lei ou por um ato administrativo para instalação de uma repartição pública. O bem está afetado a essa destinação, e agir de forma legal e proba o gestor que instalar a repartição conforme determinado, mesmo que esta ocupe apenas 10% da área do terreno.

Esse terreno, contudo, contém uma belíssima área verde, em uma região do Município desguarnecida de parques e praças. Tal terreno poderia (ou deveria?) ser destinado ao público, para utilizá-lo para o lazer, se tal medida não criar nenhum embaraço para a repartição pública? Outrossim, seria possível, de alguma forma, compelir o gestor a dar tal aplicação a área sobressalente?

E se existir determinado espaço nesse terreno para instalação de uma cafeteria, que poderá ser explorada por um particular sem prejudicar qualquer um dos usos mencionados acima e, ainda, gerar renda ao poder público. Tal uso deve ser vedado, pois o terreno não está afetado à exploração econômica?

É na busca de resposta para tais questões que se identifica a existência de uma função social do bem público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰ lembra que:

²⁰ DI PIETRO, op. cit.

[...] enquanto o princípio da função social da propriedade privada impõe um dever ao proprietário (e, de certo modo, exige a atuação do poder público para garantir o cumprimento do princípio), o princípio da função social da cidade impõe um dever ao poder público e cria para os cidadãos direito de natureza coletiva, no sentido de exigir a observância da norma constitucional.

Nesse sentido, é plenamente possível reconhecer que a propriedade pública exerce uma função social, que não se limita à função pública a qual o imóvel esta destinado. A função social da propriedade pública se coloca como um dever de otimização do uso do bem público imposta ao gestor, permitindo que este atinja sua máxima utilização.

Esse dever de otimização encontra fundamento também no dever de boa administração, intimamente ligado ao princípio da eficiência. A não observância da função a que o bem público se destina, por si só, é ato passível de punição administrativa, civil e penal. Contudo, o uso ineficiente do bem público não significa, necessariamente, que o gestor está agindo de forma ilegal.

Daí a grande dificuldade de se delimitar o princípio da eficiência e contextualizá-lo com os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Condutas legais podem não ser eficientes, e vice-versa, dificultando a atuação positiva dos gestores públicos.

Na apuração da função social do bem público não se está apurando a correção da conduta do gestor. Pretende-se, em apreço ao princípio da eficiência, otimizar a atuação do Estado, compelindo-o a buscar um uso racional de seus bens.

Onofre Alves Batista Júnior, em excelente monografia dedicada a análise dos instrumentos consensuais disponíveis para a Administração Pública, dispõe que a Administração deve sempre buscar a contemplação, na sua atuação, da maior quantidade possível de “interesses públicos”, mesmo que existente um interesse público preponderante²¹:

Em síntese, o “interesse público primário” é aquele previsto pela lei atributiva do poder, entretanto, existem e merecem “considerações”, da mesma forma, os “interesses públicos secundários”, que são aqueles presentes, eventualmente, na situação concreta, decorrentes

21 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 58/59.

do complexo do ordenamento jurídico, e que interferem na decisão administrativa, embora não a fundamentem diretamente.

Exemplificando, a preservação da beleza ambiental é interesse específico primário, colocado aos cuidados de órgão do Estado encarregado de conceder licenças edilícias, como uma Secretaria de Meio Ambiente, bem como é (e deve ser) interesse presente, secundariamente, nas “considerações” de diversos outros órgãos. Daí, na tomada de decisões, tal interesse deve ser levado em conta, mesmo por parte de órgãos da Administração Pública que tenham outros interesses como primários, sob pena de sacrifício ao desiderato maior de persecução do bem comum.

Tal dever de otimização, ou busca de diversos interesses públicos, muitas vezes dependerá de provocação ou iniciativa da própria comunidade afetada. O administrador público, ainda que atuando com correção e probidade, pode não vislumbrar que determinado bem público pode ser mais útil a coletividade se seu uso for expandido ou modificado.

Daí a máxima importância de se garantir a participação popular nas decisões administrativas, tema que tem merecido muita dedicação dos administrativistas nos últimos anos.

Em relação à gestão das cidades, o Estatuto das Cidades estabeleceu a gestão democrática como uma de suas diretrizes, reconhecendo que não é apenas a Administração Pública que tem o dever de zelar pelo desenvolvimento urbano. Daí a previsão de diversos instrumentos de gestão democrática, como os órgãos colegiados, as audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano e a iniciativa popular de projetos de lei (artigo 43, inciso I a IV do Estatuto da Cidade).

A aplicação das regras tradicionais de responsabilização do mau gestor não substitui, integralmente, a ideia de uma função social do bem público²². A função social impõe obrigações que ultrapassam os limites da legalidade da atuação do gestor, como exposto acima.

²² Em sentido contrário, Nilma de Castro Abe: “Não está na dicção da Constituição que a função social da propriedade é sinônimo de atendimento de qualquer interesse público ou de qualquer objetivo constitucional, por isso, o conjunto de deveres de gestão do patrimônio público imobiliário, imputáveis ao Poder Público, não decorre do instituto da função social da propriedade e sim de diversos dispositivos constitucionais e legais, especialmente dos arts. 1º e 3º que protegem os valores sociais do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, etc.” (op. cit., p. 159)

2 OS BENS IMÓVEIS DO INSTITUTO NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL

2.1 IDENTIFICAÇÃO DOS IMÓVEIS DE PROPRIEDADE DO INSS. DO PATRIMÔNIO DO EXTINTO INAMPS

Antes de perquirir a situação jurídica dos bens imóveis do INSS, imprescindível separá-los dos bens imóveis que pertencem à União Federal, sob a Administração da Secretaria do Patrimônio da União, órgão vinculado ao Ministério do Planejamento.

Isso porque, até a presente data, há imóveis formalmente em nome do INSS e seus antecessores (INPS e IAPAS) que, na verdade, pertencem à União Federal, por estarem vinculados às atividades de saúde.

A Lei 6.439/77, que criou o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, autarquia destinada a prestação de serviços de saúde, estabeleceu, no inciso II do artigo 14, que o patrimônio desta autarquia seria constituído “pelos bens que o INPS, o FUNRURAL, a Fundação Legião Brasileira de Assistência - LBA e o IPASE atualmente utilizam na prestação de assistência médica”.

Dessa forma, todos os imóveis cujo domínio pertencessem ao Instituto Nacional da Previdência Social - INPS, ao FUNRURAL, à LBA e ao IPASE, e que estivessem sendo utilizados, até 1º de setembro de 1977, para atividades de prestação de assistência médica, passaram a constituir o patrimônio daquela autarquia.

O INAMPS foi extinto em 1993, por meio da Lei 8.689. A referida Lei incorporou os bens (móveis e imóveis) da extinta autarquia à União, estabelecendo o seguinte:

Art. 2º Os bens imóveis e o acervo físico, documental e material integrantes do patrimônio do Inamps serão inventariados e:

I - incorporados ao patrimônio da União, mediante termos lavrados na forma do inciso VI do art. 13 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, com a redação dada pelo art. 10 da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, ficando o acervo documental sob a guarda e responsabilidade do Ministério da Saúde;

II - doados ou cedidos a municípios, estados e Distrito Federal, quando se tratar de hospitais e postos de assistência à saúde e, na conveniência de ambas as partes, cedidos, quando se tratar de imóveis de uso administrativo, os quais permanecerão como patrimônio do INSS, sendo obrigatória a publicação do ato correspondente que especifique o destinatário e o uso do bem.

§ 1º Incluem-se no acervo patrimonial de que trata este artigo os bens móveis e imóveis cedidos a estados, municípios e Distrito Federal, e os em uso pelo Inamps ou em processo de transferência para a autarquia.

§ 2º O inventário de que trata o *caput* será concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta lei e divulgado pelo Diário Oficial da União.

Essa transferência vem sendo formalizada desde o início da década de 1990. Não obstante, passados 36 anos desde a criação do INAMPS, ainda existem unidades de saúde localizadas em terrenos cujas matrículas ainda indicam como proprietários o INPS, o IAPAS, os Institutos de Aposentadorias e Pensões - IAP, etc.

Tal dificuldade de regularização do patrimônio imobiliário do INSS deve-se, principalmente, a problemas de demarcação dos terrenos, muitos com invasões e ocupações, regulares e irregulares, datadas de meados do século passado. Soma-se a isso a falta de corpo especializado de engenheiros e técnicos aptos a realizar esse trabalho. A função institucional do INSS é administrar os benefícios previdenciários, e não gerir patrimônio imobiliário.

Em relatório de gestão da SPU, referente ao ano de 2011, extraído do site da referida secretaria²³, verifica-se que naquele ano foram abertos 5 processos de regularização de incorporação de imóveis do extinto INAMPS, além de continuarem tramitando outros 5, abertos em 2007.

Portanto, há ainda em nome do INSS (INPS, IAPAS) bens imóveis que pertencem, na verdade, à União Federal. Necessário, assim, identifica-los, pois sua função pública (saúde) é diversa da função dos

²³ Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/processo_contas/SPU_regionais/SPU-SP/2011/SPU_SP2011_Relatorio%20de%20Gestao.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

bens imóveis do INSS (patrimônio da seguridade), o que repercute no regime jurídico desses bens.

O critério adotado pela Lei 6.439/77 considera o uso do imóvel para identificação do ente público proprietário. Foram transferidos ao INAMPS, e atualmente à União, os imóveis ocupados para “prestação de assistência médica”.

A Advocacia Geral da União emitiu o parecer nº AC – 046, de 28/11/2005, aprovado pelo Presidente da República em 29/11/2005, esclarecendo que apenas os imóveis destinados aos serviços de assistência médica é que foram transferidos ao INAMPS. Os demais, ainda que utilizados para serviços meio do INAMPS (estoque, escritórios, etc), foram destinados ao IAPAS, nos termos do artigo 14, inciso VI, da Lei 6.439/77.

Portanto, são do INSS todos os imóveis que pertenciam ao INPS e IAPAS, com ressalva daqueles que, até a edição da Lei 6.439/77, eram ocupados com edificações exclusivas para prestação de serviços de assistência médica. Os imóveis nessa condição pertencem à União Federal, e devem ser regularizados nesse sentido.

2.2 O REGIME JURÍDICO DOS BENS IMÓVEIS DO INSS

O INSS é titular tanto de bens imóveis de uso especial como bens dominicais. São imóveis de uso especial todos os prédios públicos e terrenos no qual a autarquia exerce suas atividades, tais como as agências da Previdência Social, as Gerências-Executivas, os escritórios das Superintendências Regionais, da Direção Central do Instituto, entre outros.

O regime jurídico desses imóveis não difere muito de qualquer outro bem de uso especial. Tratam-se de bens afetados a prestação de um serviço público, com as características típicas de inalienabilidade, impenhorabilidade, não oneração e imprescritibilidade acima apontadas.

Contudo, o INSS é proprietário de inúmeros bens imóveis que não são utilizados para o exercício de suas atividades finalísticas²⁴. Não se enquadrando nos incisos I e II do artigo 99 do Código Civil, isto é, não

²⁴ A lei 9.702/98 traz separação expressa entre os bens identificados como de uso especial e os dominiais. Como se nota pela leitura do artigo 1º, são dominiais os bens “desnecessários ou não vinculados às suas atividades operacionais”:

se identificando como bens de uso especial ou de uso comum do povo, só podem ser identificados como bens dominicais.

A particularidade da autarquia previdenciária ser titular de extenso patrimônio imobiliário se deve a motivos históricos.

No momento de criação do INPS, bem como dos Institutos de Previdência que o antecederam, o sistema era muito superavitário. O volume de contribuições excedia, e muito, o volume de despesas com o pagamento de benefícios, característica típica de regimes de previdência novos. Não existiam instrumentos financeiros de investimento dos recursos arrecadados, razão pela qual a aquisição de imóveis, para obtenção de renda, foi vista como uma boa política, até meados dos anos 1960.

Além desses imóveis comprados, o INSS (e seus antecessores) sempre recebeu imóveis como pagamento dos débitos previdenciários, até a transferência das atribuições de cobrança das contribuições previdenciárias à Receita Federal do Brasil, pela Lei 11.457/07²⁵.

Assim, formou-se um patrimônio imobiliário compreendendo grandes terrenos, pequenas propriedades, prédios comerciais, conjuntos habitacionais e casarões históricos, espalhados principalmente nos grandes centros urbanos do país.

A autarquia previdenciária, contudo, sempre teve dificuldades para gerir de forma eficiente esse patrimônio, razão pela qual, nas últimas décadas, tem sido compelida a aliená-lo.

Em dispositivos encontrados em diversas leis, há expressa autorização para que o INSS venda tais imóveis, como se observa nos

"Art. 1º Fica o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS autorizado a proceder à alienação, mediante ato de autoridade competente, de bens imóveis de sua propriedade considerados desnecessários ou não vinculados às suas atividades operacionais, observando-se, no que couber, as disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998.

§ 1º Consideram-se vinculados às atividades operacionais da autarquia os imóveis residenciais destinados à ocupação por seus servidores ou dirigentes, e aqueles que, por suas características e localização, sejam declarados pelo INSS como relacionados aos seus objetivos institucionais, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei."

25 Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto afirma que a forma mais comum de aquisição dos bens imóveis pela Administração se dá pela desapropriação (MARQUES NETO, op. cit., p. 305), observação com a qual concordamos. O patrimônio imobiliário do INSS, por outro lado, se formou basicamente pela compra de imóveis e recebimento de imóveis como pagamento de débitos previdenciários.

artigos 2º da Lei 8.057/90, 97 da Lei 8.212/91, 1º da Lei 9.702/98 e 14 da Lei 11.481/07.

Essa “autorização”, na verdade, é uma obrigação. Se havia alguma dúvida quanto ao caráter obrigatório das *autorizações* de venda do patrimônio imobiliário não afetado do INSS, a mesma foi dissipada pela Lei 9.702/98, que estabeleceu de forma expressa que o INSS não poderia mais outorgar o direito de uso de seus imóveis, a qualquer título.

Tal medida, que buscava compelir a Administração Pública a efetivamente vender os imóveis dominicais de seu domínio²⁶, acabou por gerar consequências graves, não apenas no que se refere à gestão dos bens imóveis pelo INSS (e a receita que deveria ser aferida pela sua exploração), mas também sob a ótica urbanística, especialmente nas grandes metrópoles brasileiras.

Necessária breve análise das disposições da referida lei, que estabelece o regime jurídico dos bens imóveis do INSS.

2.2.1 DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 9.702/98

É na Lei 9.702/98 que se identifica os principais contornos do regime jurídico dos bens imóveis do INSS.

²⁶ A exposição de motivos da MP 1707-4/98, que antecedeu a Lei 9.702/98, é explícita nesse sentido:

10. Ademais, diversos aspectos restritivos têm dificultado, senão impedido, a regularização desses e outros imóveis, entre os quais podem ser apontados:

- a) inexistência de instrumento legal que ampare a venda, em condições específicas, de imóveis residenciais localizados em áreas destinadas a assentamentos de famílias de baixa renda (geralmente imóveis cuja aquisição foi derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento);
- b) restrição legal, que condiciona a venda direta de imóveis aos atuais ocupantes à existência de licitação prévia;
- c) ausência de dispositivo legal que favoreça a aquisição dos imóveis ocupados por órgãos o entidades públicos em geral.

[...]

13. Assim, torna-se necessária a adoção de medidas legais no sentido de eliminar tais restrições, que acreditamos justificar as medidas propostas.

14. É inegável, outrossim, que a falta de uma definição político-legal que suspenda, mesmo que temporariamente, a faculdade de o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS onerar seus imóveis por meio de concessão de direito de uso ou pelo menos que o induza a optar pela venda do imóvel, quando critério técnico-legal assim o recomendar, tem-se apresentado como restrição à regularização patrimonial em foco, impondo-se, assim, a necessária restrição ao uso corriqueiro da cessão de imóveis que possam ser alienados.

A Lei 9.702/98, na verdade, traça o regime jurídico dos bens imóveis dominicais do INSS. Daí porque já no artigo 1º estabelece os critérios para diferenciá-los dos bens de uso especial.

Para separar os bens de uso especial dos bens dominicais adotou, de forma expressa no artigo 1º, o critério da funcionalidade. São bens de uso especial os *necessários e vinculados às suas atividades operacionais*. Os demais, isto é, os desnecessários e não vinculados às suas atividades operacionais, são bens imóveis dominicais.

A afetação às atividades operacionais incluiu os imóveis destinados para residência de seus servidores e dirigentes, e imóveis com localização estratégica que venham a ser declarados como relacionados aos objetivos institucionais do INSS (parágrafo 1º do artigo 1º).

Nesse sentido, os imóveis em que o INSS realize suas atividades habituais, ou que declare estratégico para atividades futuras, bem como os destinados à residência de servidores e dirigentes, seguem o regime comum dos bens de uso especial (Constituição Federal, CCB), excluídas as normas especiais da Lei 9.702/98. Já os demais bens imóveis são considerados bens dominiais, e devem ser alienados com base nas regras estabelecidas na referida Lei 9.702/98.

A análise do regime jurídico dos imóveis dominicais do INSS se dará com base na divisão por planos proposta acima: regras específicas para aquisição, gestão e alienação.

2.2.1.1 REGRAS PARA AQUISIÇÃO DE BENS IMÓVEIS PELO INSS

Não há nenhuma lei específica que estabeleça regras especiais para a aquisição de bens imóveis pelo INSS. Assim, aplica-se à autarquia as mesmas regras aplicáveis para a aquisição de qualquer bem imóvel por ente público.

Como exposto acima, a aquisição de bens imóveis pode se dar por instrumentos de direito privado e instrumentos próprios do direito administrativo, como a desapropriação.

O INSS adquiriu seus bens imóveis sempre com uso dos institutos civis, como a compra e venda, o usucapião e a dação em pagamento. O fundamento dessas aquisições foi, sempre, a proteção do patrimônio da seguridade social ou a prestação dos serviços públicos inerentes à sua estrutura administrativa.

Portanto, não há qualquer particularidade no regime jurídico de aquisição dos bens imóveis da autarquia previdenciária.

2.2.1.2 REGRAS DE ALIENAÇÃO DOS BENS IMÓVEIS DO INSS

Os bens de uso especial do INSS só podem ser alienados após sua desafetação. Assim, se a função a qual o imóvel se destinava deixar de existir, ou puder ser cumprida de outra forma, e não houver interesse estratégico na manutenção do bem, o mesmo poderá ser vendido.

Para a venda do bem dominical, deverão ser observadas as regras estabelecidas na Lei 9.702/98. A alienação dos bens imóveis dominicais do INSS também deverá observar as disposições das Leis 8.666/93 e 9.636/98, nos termos do artigo 1º da Lei 9.702/98.

A exigência de licitação para alienação dos bens públicos encontra foro também na Constituição Federal, no artigo 37, inciso XXI. Em relação aos bens imóveis, a Lei 8.666/93, estabelece como requisitos para a alienação: existência de lei específica, licitação, na modalidade de concorrência e prévia avaliação econômica (artigo 17, inciso I).

Também há previsão, de forma taxativa, das hipóteses em que a licitação é dispensada: i) dação em pagamento; ii) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo; iii) permuta; iv) investidura; v) venda direta para ente público; vi) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; vii) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

Algumas das hipóteses previstas na Lei 8.666/93, contudo, não se aplicam ao INSS, com base na redação literal da Lei 9.702/98 e na interpretação atualmente dada pela autarquia e que será analisada no item seguinte. Nessa interpretação estrita, o INSS só pode vender seus imóveis dominicais.

O artigo 24 da Lei 9.636/98 permite, além da concorrência, o leilão como modalidade de alienação dos bens imóveis do INSS. Tal previsão já era autorizada pelo parágrafo 6º do artigo 17 da Lei 8.666/93, mas se limita aos imóveis com valor de até R\$ 650.000,00. Em que pese a Lei 9.636/98 não estabelecer nenhum limite de valor, não houve derrogação da regra especial prevista na Lei 8.666/93, razão pela qual tal limite de valor deve ser respeitado.

Nos termos do artigo 3º, terão preferência para aquisição dos imóveis dominicais do INSS os ocupantes que comprovarem a posse regular até 31 de dezembro de 1996, desde que demonstrem a inexistência de qualquer débito ou obrigação não cumprida. Aplicam-se também as regras para direito de preferência do aforamento, previstas nos parágrafos 1º a 4º do artigo 13 da Lei 9.636/98²⁷.

Há regra especial em relação aos servidores do INSS que iniciaram sua ocupação de boa-fé entre 1º de janeiro de 1997 e 22 de agosto de 2007, bem como aos servidores (ou cônjuges ou companheiro enviuvado) que, no momento da aposentadoria, ocupavam o imóvel alienado. Tais ocupantes poderão adquirir o imóvel em condição de igualdade com o terceiro vencedor da licitação (art. 3º, parágrafos 2º a 4º).

A Lei 9.702/98 estabeleceu uma forma privilegiada de financiamento da aquisição dos imóveis do INSS, garantindo parcelamento do preço em até 120 prestações mensais, entrada de, no mínimo, 10% do valor do imóvel e acesso ao financiamento do SFH, inclusive com o uso de saldos de contas vinculadas ao FGTS (artigo 4º).

27 Art. 13. Na concessão do aforamento será dada preferência a quem, comprovadamente, em 15 de fevereiro de 1997, já ocupava o imóvel há mais de um ano e esteja, até a data da formalização do contrato de alienação do domínio útil, regularmente inscrito como ocupante e em dia com suas obrigações junto à SPU.

§ 1º Previamente à publicação do edital de licitação, dar-se-á conhecimento do preço mínimo para venda do domínio útil ao titular da preferência de que trata este artigo, que poderá adquiri-lo por esse valor, devendo, para este fim, sob pena de decadência, manifestar o seu interesse na aquisição e apresentar a documentação exigida em lei na forma e nos prazos previstos em regulamento e, ainda, celebrar o contrato de aforamento de que trata o art. 14 no prazo de seis meses, a contar da data da notificação.

§ 2º O prazo para celebração do contrato de que trata o parágrafo anterior poderá ser prorrogado, a pedido do interessado e observadas as condições previstas em regulamento, por mais seis meses, situação em que, havendo variação significativa no mercado imobiliário local, será feita nova avaliação, correndo os custos de sua realização por conta do respectivo ocupante.

§ 3º A notificação de que trata o § 1º será feita por edital publicado no Diário Oficial da União e, sempre que possível, por carta registrada a ser enviada ao ocupante do imóvel que se encontre inscrito na SPU.

§ 4º O edital especificará o nome do ocupante, a localização do imóvel e a respectiva área, o valor de avaliação, bem como o local e horário de atendimento aos interessados.

No caso do adquirente ser Estado, Município ou o Distrito Federal, a Lei 9.702/98 autoriza o desconto do pagamento direto no Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e no Fundo de Participação dos Municípios – FPM (art. 5º, parágrafo 2º). Quando se tratar de ente da Administração Pública Federal, deveria ser feito cadastro específico, no prazo de 90 dias, e a regularização da posse por permuta, compra e venda ou locação (artigo 6º).

No caso de não interesse na aquisição do imóvel, o INSS será imitado imediatamente na posse, e poderia incluir eventuais débitos no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN (artigos 7º e 8º).

Verifica-se, assim, que a Lei 9.702/98 estabeleceu regras minuciosas regulamentando a venda dos imóveis dominicais do INSS, estabelecendo procedimentos, regras de preferência, requisitos, forma de financiamento e procedimentos de compensação financeira com outros Entes.

2.2.1.3 REGRAS PARA GESTÃO DOS BENS IMÓVEIS DO INSS

Como já exposto acima, a liberdade de gestão dos imóveis dominicais do INSS foi sensivelmente restringida pela Lei 9.702/98, por meio do artigo 10, que estabeleceu que “Fica proibida a outorga, a qualquer título, de concessão de direito de uso de imóveis do INSS”.

Tal artigo, lido com as regras de alienação supra analisadas, impõe a conclusão de que o INSS foi obrigado a vender todos os bens dominiais de sua titularidade.

A única exceção foi prevista no artigo 11, que estabeleceu que “O INSS poderá promover a regularização da posse dos imóveis não passíveis de alienação nos termos desta Lei, mediante a celebração, em valores de mercado, de contratos de locação com os seus atuais ocupantes.” O parágrafo único do artigo 11 expressamente exclui tal previsão para os imóveis que compõe a reserva técnica e aqueles ocupados pelos servidores da autarquia (moradia funcionais).

A redação do artigo é imprecisa e gerou interpretação equivocada. O caput autoriza o INSS a alugar os imóveis não passíveis de alienação, sem esclarecer quais seriam as hipóteses em que a alienação é inviável. Também faz restrição aos “atuais ocupantes”, o que, a princípio, vedaria a locação de imóveis que estivessem vazios após a edição da lei, mas que não pudessem ser alienados de imediato.

O parágrafo único, por outro lado determina que “não se aplica o disposto no caput” para os imóveis que compõe a reserva técnica e moradia funcional. Uma leitura literal desse parágrafo sugere que tais imóveis, que não devem ser alienados, também não podem ser alugados.

Tal interpretação é inaceitável, pois impede que o INSS dê uso econômico a imóveis vazios, que só serão utilizados no futuro. Ainda que existam hipóteses em que seja razoável manter tais imóveis desocupados por algum período²⁸, não há qualquer justificativa para impedir de forma indiscriminada seu aproveitamento econômico, gerando recursos para a Previdência Social.

O INSS interpretou corretamente tal previsão, apenas estabelecendo critérios para que tais bens, que são de uso especial, não se tornassem bens dominicais pela inércia dos gestores. Limitou-se os contratos de locação a um período máximo de 5 anos²⁹. Tal entendimento também foi recomendado pelo TCU, no acórdão nº 1.566/2002³⁰.

Em síntese, a Lei 9.702/98 vinculou o gestor público ao determinar a alienação de todos os bens imóveis dominicais do INSS, salvo se tal medida for inviável. Nesse caso, os bens imóveis dominicais deveriam ser locados para os atuais ocupantes. Para os bens de uso especial, tais disposições não se aplicam, porém o INSS pode alugar os imóveis identificados como reserva técnica e moradia funcional, até que o mesmo possa ser ocupado para a função a qual está afetado.

Identifica-se, porém, uma lacuna no referido quadro legal: os imóveis que não podem ser alienados, e que não estavam ocupados quando da edição da Lei 9.702/98. Estes, a princípio, não poderiam ser enquadrados na regra do caput do artigo 11, isto é, não poderiam ser explorados e utilizados.

28 Seria o caso, por exemplo, de moradia funcional desocupada e sem a indicação de outro servidor ou dirigente para, imediatamente, ocupar o imóvel. Talvez não se justifique celebrar um contrato de locação com particular se há possibilidade de nova ocupação por outro servidor a qualquer tempo. Outro exemplo é imóvel de reserva técnica, para o qual o gestor já tenha a previsão de uso em alguns meses.

29 Orientação Interna nº 23/INSS/DIROFL de 31/10/2008.

30 Dentre as recomendações da Corte de Contas, constava: “8.12.4. estude a viabilidade de locar os imóveis utilizados como reserva técnica, de forma a assegurar sua vigilância permanente e a receber receitas patrimoniais;

[...]

8.25.3. no caso dos imóveis utilizados como reserva técnica, quando a previsão de uso for a médio ou longo prazo, ocupação dos referidos bens, quando houver essa possibilidade, de forma a aumentar as receitas patrimoniais e impedir possíveis invasões;”

Tal interpretação é inconstitucional, pois impediria que a Administração Pública usufruísse de seu bem, nas hipóteses em que o mesmo não possa ser vendido. Mais uma vez, estaria o gestor impossibilitado de fazer o patrimônio público gerar receitas, até que a venda fosse viabilizada.

Portanto, pelo rígido regime da Lei 9.702/98, deve o gestor público, inicialmente, identificar a natureza do imóvel (dominical ou de uso especial). Após a identificação, sua gestão deve se limitar as seguintes hipóteses:

- 1) Para os imóveis operacionais utilizados, sua gestão deve se dar com base nas regras gerais aplicáveis aos bens de uso especial;
- 2) Para os imóveis operacionais não utilizados, incluindo as moradias funcionais e os imóveis destinados à reserva técnica, é facultada sua exploração econômica temporária, observado o limite temporal de 5 anos;
- 3) Para os bens imóveis dominicais, que não se enquadrem nas categorias acima, a determinação é que sejam vendidos, salvo se houver algum impedimento técnico ou legal para tanto;
- 4) Os imóveis dominicais que não podem ser imediatamente alienados podem ser alugados, nos termos do artigo 11 da Lei 9.702/98, com a interpretação dada acima.

2.3 BENS IMÓVEIS DOMINICAIS DO INSS: EXPLORAÇÃO ECONÔMICA E FUNÇÃO SOCIAL

Como já exposto acima, entendemos plenamente compatível com o ordenamento brasileiro a existência do princípio da função social do bem público, sobretudo seus imóveis. Tal princípio determina a otimização do uso da propriedade pública, garantindo máxima efetividade na sua exploração, gerando a maior quantidade de benefícios possível a coletividade.

Se a propriedade pública deve ser utilizada buscando seu máximo potencial, a interpretação literal da Lei 9.702/98 impede tal utilização plena, pois engessou indevidamente a administração dos bens imóveis dominicais do INSS, impedindo sua gestão de forma racional e eficiente.

A determinação de que o INSS venda seus imóveis dominicais é legítima e, sem dúvida, prestigia o princípio da eficiência e protege

o patrimônio da seguridade social. Como já exposto, o INSS não tem meios de gerir de forma eficiente seu patrimônio imobiliário. Assim, os objetivos da Lei 9.702/98, e da medida provisória que a antecedeu, se harmonizam com o princípio da eficiência estabelecido no artigo 37 da Constituição Federal.

Contudo, a vedação peremptória da utilização dos bens até que seja viabilizada a alienação, como determina o artigo 10 da Lei 9.702/98, é nociva aos interesses patrimoniais do INSS e a toda a coletividade, que poderia usufruir de vantagens diretas e indiretas decorrentes de sua exploração.

Com efeito, a vedação de uso viola o princípio da eficiência, além de deixar de atender a diversos interesses públicos plasmados no texto constitucional. Nesse sentido Onofre Alves Batista Júnior³¹:

A Administração Pública não pode perseguir fins diversos daqueles relativos a interesses consagrados pela CRFB/88 e por legislações específicas. Por outro giro, os diversos órgãos e entes da Administração não podem deixar de dedicar aos interesses públicos consagrados pela CRFB/88 e pelas leis, pelo menos, considerações. O que ocorre é que os órgãos administrativos não podem zelar por interesses públicos primários descurando de outros interesses igualmente públicos. A título de ilustração, a Administração Pública deve realizar o interesse público primário que lhe compete sem deixar de lado o interesse público secundário de proteção ao trabalho, inclusive os de seus próprios empregados públicos. Esses outros interesses públicos, assim, consistem em consequência lógica das finalidades postas pela própria CRFB/88, que devem ser observadas por todos os órgãos da Administração Pública, mesmo como interesses públicos secundários.

Os imóveis dominiais do INSS têm uma afetação anômala, ou indireta, pois visam garantir recursos ao fundo do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Tal geração de recursos tem inegável caráter público, já que permite a manutenção do equilíbrio econômico-atuarial do RGPS, protegido constitucionalmente³². E a Lei Complementar

31 BATISTA JUNIOR, op. cit., p. 61.

32 "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:"

101/2000, de forma expressa, vinculou a exploração dos bens imóveis do INSS à composição do Fundo do RGPS, nos seguintes termos:

Art. 68. Na forma do art. 250 da Constituição, é criado o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de prover recursos para o pagamento dos benefícios do regime geral da previdência social.

§1º O Fundo será constituído de:

I – bens móveis e imóveis, valores e rendas do Instituto Nacional do Seguro Social não utilizados na operacionalização deste.

Essa vinculação dos imóveis dominicais do INSS à formação do patrimônio da Seguridade Social constitui uma forma de afetação desses imóveis. Daí a conclusão de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem “o bem dominial pode ter uma destinação específica de interesse público (uma afetação imprópria) que implique na sua alienação. Ou seja: há bens cuja afetação corresponde à necessária alienação”³³. O mesmo raciocínio vale para qualquer forma de exploração econômica, como a locação, a dação em pagamento, a cessão onerosa, etc.

Essa finalidade patrimonial dos bens imóveis do INSS é função a qual tais bens estão, por expressa previsão legal, destinados.

No entanto, não se deve olvidar que muitos desses bens têm uma outra função, menos perceptível, e intimamente ligada à impossibilidade de sua alienação imediata.

Como exposto, boa parte do patrimônio dominical do INSS está localizada nos centros das grandes cidades brasileiras, principalmente São Paulo e Rio de Janeiro, cuja falta de moradia e equipamentos urbanos é notória e endêmica.

Ora, se há possibilidade da exploração econômica desses bens imóveis compatível com o preenchimento da função social dos mesmos, não seria possível que uma lei ordinária vedasse a cessão onerosa dos bens dominicais da autarquia, ou qualquer outra forma de utilização

³³ MARQUES NETO, op. cit., p. 319.

desse patrimônio (diferente da compra e venda), sob pena de violação do princípio da eficiência.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴ vislumbra no princípio da eficiência dois aspectos distintos. Por um lado, implica na necessidade de observância, pelo agente público, da busca permanente por melhores resultados (aspecto subjetivo). Ao mesmo tempo, impõe para a Administração Pública o dever de se organizar de forma a garantir os melhores resultados (aspecto objetivo).

A regra do artigo 10 da Lei 9.702/98 viola o princípio da eficiência na ótica subjetiva, pois impede que o Administrador adote a medida mais racional e efetiva para maximização dos ganhos econômicos e sociais proporcionados pelo patrimônio público.

E no caso específico dos imóveis dominicais, cuja afetação imprópria é a exploração econômica, a imposição legal da ociosidade viola o princípio da função social da propriedade, já que:

(...) no caso dos bens dominiais, parece-nos ser uma verdadeira afronta à cláusula geral de função social (art. 5º, XXIII, da CF) imaginar possível que o ente público detenha um acervo de bens (móveis ou imóveis) e não lhes dê qualquer uso, nem mesmo no sentido de geração de receitas empregáveis no custeio de necessidades coletivas ou na viabilização de empreendimentos públicos. Se bens dominiais existem, a eles deve ser dada a destinação patrimonial: o acervo desses bens deve ser administrado de forma a propiciar resultado econômico (rendas para a Administração) ou permitir que os particulares o façam, preferencial com reversão de ônus em favor do poder público.

Por agora cumpre registrar que, para além de não estar afastado, parece-nos imperativo o emprego econômico dos bens dominicais de forma a que eles cumpram a finalidade de gerar receitas para a Administração Pública. Isto não apenas pelo sobredito princípio da função social da propriedade (quer interdita a ociosidade, a não utilização dos bens), mas também pelo princípio da economicidade, consagrado também pela Constituição e objeto de tutela pelos Tribunais de Contas (art. 70, caput, da CF)³⁵

³⁴ DI PIETRO, op. cit., p. 84.

³⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico e utilização dos bens públicos. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.), *Tratado de Direito Administrativo*. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2013. p. 407.

Também com base no princípio da função social da propriedade é que os imóveis dominicais do INSS devem atender, sempre que possível, ao bem estar da comunidade. Nos termos da Constituição Federal (artigo 182, parágrafo 2º), “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” O uso imóvel público contemplado em área ordenada por plano diretor deve ser harmonizado com a política urbana, principalmente quando esse uso é compatível com sua afetação econômica.

O plano diretor não é fundamental para a exigência de atendimento da função social da propriedade imóvel urbana³⁶, mas, na sua presença, torna-se imperativo que o Poder Público, abrangendo todos os Entes Federativos, cumpra as disposições do mesmo. A presença do plano diretor, de fundamento constitucional, apenas reforça a necessidade de observância do princípio da função social da propriedade urbana, incluída a propriedade pública.

Não se pode ignorar, ainda, que a Lei 9.702/98 antecede a edição da Lei 10.257/01, denominada de “Estatuto da Cidade”, que regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

O Estatuto da Cidade estabelece (parágrafo 1º do artigo 1º) “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.”

A propriedade imóvel urbana pública não é imune às disposições da referida lei, ainda que, por suas características, o bem público não seja sujeito a todas as sanções previstas no Estatuto, aplicáveis apenas aos bens particulares, como edificação compulsória, desapropriação, tributação progressiva, etc.

36 O plano diretor não é vinculante, o que não escusa o proprietário de utilizar seu bem de forma a cumprir função social. O mesmo entendimento se aplica à Administração, reforçado pela exigência, ainda, de cumprimento do princípio da eficiência. Nesse sentido:

“Aqui, o plano diretor assume importante papel, vez que eleito instrumento básico da política urbana. Basta verificar que o parágrafo segundo do artigo em comento predispõe que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando satisfaz as exigências, as diretrizes e disposições expressas no plano diretor, elevando-o ao status de instrumento básico de ordenação e gestão dos espaços urbanos. Todavia, isto não significa limitar o conteúdo do princípio da função social da propriedade urbana ao quanto disposto no plano diretor. Mesmo porque, estamos diante de um direito fundamental, diretamente operativo, de aplicabilidade imediata (art. 5º da CF).” (HUMBERT, Georges Louis Hage. *Direito Urbanístico e Função Socioambiental da Propriedade Imóvel Urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 112).

Portanto, mesmo que superado o argumento da inconstitucionalidade da interpretação literal da regra do artigo 10 da Lei 9.702/98, tal interpretação se mostra incompatível com o disposto no Estatuto da Cidade, lei federal editada posteriormente.

Finalmente, tal vinculação da Administração por meio de lei específica, vedando ao administrador identificar ferramentas jurídicas que compatibilizem o uso econômico dos bens imóveis do INSS com o pleno atingimento de sua função social, implica em desequilíbrio na relação entre os Poderes Legislativo e Executivo, imiscuindo-se o legislador, em excesso, na gestão individual de bens imóveis³⁷.

Portanto, uma leitura estrita do artigo 10 da Lei 9.702/98, como vem sendo feita desde a entrada em vigor da referida lei, implica em clara inconstitucionalidade, pela não observância do princípio da eficiência (artigo 37), pela violação do princípio da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XIII; artigo 182, parágrafo 2º; e artigo 184) e pela violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º). Vislumbra-se, ainda, incompatibilidade entre as disposições do Estatuto da Cidade e a vedação da cessão de uso dos imóveis do INSS, ainda que de forma onerosa, imposta pelo artigo 10 da Lei 9.702/98.

Sendo inadmissível a ociosidade dos imóveis dominicais do INSS, impõe-se interpretação que garanta, nos casos em que não for possível a imediata alienação, por falta de interessados, problemas notariais, irregularidades nas construções ou qualquer outro impedimento legal, o aproveitamento econômico do bem.

Este, por sua vez, sempre que compatível, deverá conviver com outros usos de relevo social, como a implantação de equipamento urbano, atividades de relevância cultural, artística ou ambiental, estruturação de serviços públicos essenciais para a coletividade ou qualquer outro valor constitucionalmente protegido. É com essa

37 Azevedo Marques chega a essa conclusão no que se refere à exigência de Lei específica para gestão dos bens imóveis:

“O que nos cumpre aqui afirmar é o fato de que a gestão dos bens públicos há de ser feita em compatibilidade com a lei, o que não significa dizer que qualquer ato de gestão deste patrimônio tenha de ser, sempre e expressamente, objeto de autorização legal. Por mais não fosse, este entendimento decorre do fato de que a atividade de gestão patrimonial é típica atividade administrativa para o exercício da qual, se exigida sempre e necessariamente específica autorização legal, teríamos uma intrusão do Legislativo em fazeres precipuamente executivos, o que feriria o princípio constitucional da tripartição de Poderes.” (MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 330/331)

otimização de uso que a propriedade pública cumpre sua função social, especialmente na ótica urbanística.

Há casos, inclusive, em que a própria manutenção do imóvel já representa o uso adequado, mantendo intacto o patrimônio do INSS até que viabilizada a venda. É o caso por exemplo, de imóveis históricos de propriedade do INSS, sem qualquer uso ou manutenção. O inestimável valor arquitetônico desse bem já impõe sua exploração, ainda que todo o valor arrecadado seja destinado à sua manutenção, garantindo sua integridade para uma venda futura.

Portanto, o regime jurídico imposto pela Lei 9.702/98 deve ser analisado à luz das normas constitucionais mencionadas. Qualquer tentativa de interpretar de forma literal seus dispositivos implicará em mau aproveitamento dos bens públicos e descumprimento da função social da propriedade pública.

3 CONCLUSÕES

O regime jurídico dos bens públicos deve ser fixado pela identificação das normas aplicáveis a cada bem considerado individualmente, nos planos da aquisição, gestão, exploração e alienação. Identifica-se o regime jurídico aplicável a um bem público pela fixação das regras derogatórias do direito privado que marcam cada um desses planos.

Quanto aos bens imóveis, é necessário primeiro identificar a função pública ao qual o mesmo está destinado para, aí sim, localizar, no direito positivo, as regras que regem cada um dos planos mencionados.

A aquisição dos bens imóveis está sujeita à finalidade pública, devidamente motivada, por meio de instrumentos típicos do direito civil e alguns particulares do direito público, como a desapropriação. Já a alienação dos bens imóveis, também deverá atender a finalidade pública motivada, dependendo, ainda, de autorização legislativa, procedimento licitatório e prévia avaliação. A desafetação será necessária quando o bem imóvel estiver afetado a alguma atividade pública específica.

No que se refere à gestão e exploração dos bens públicos, inclusive os bens imóveis, temos que os mesmos devem sempre atender

a uma finalidade pública, que pode ser o exercício de uma atividade estatal, a prestação de um serviço público, o uso pela coletividade e, para os bens dominicais, a exploração econômica.

Nesse contexto, e com as particularidades de cada bem, delineadas pela sua função, é que se deve aplicar as regras da inalienabilidade, impenhorabilidade, não oneração e imprescritibilidade.

A par da função específica, prevista em lei ou ato administrativo, deve o gestor buscar o uso eficiente do bem público. Por expressa previsão constitucional, o gestor deve sempre buscar dar maior efetividade aos bens públicos subordinados a sua gestão, otimizando seu uso para que este proporcione a maior quantidade de benefícios possíveis à coletividade. Daí porque mesmo o bem público deve atender a uma função social, que se consubstancia nesse dever de otimização, na busca da eficiência.

Os bens imóveis dominicais do INSS tem rígido tratamento legal imposto pela Lei 9.702/98. A referida lei buscou compelir a autarquia previdenciária a se desfazer de seu patrimônio imobiliário dominical, obrigando o gestor a alienar os imóveis que não fossem utilizados ou considerados de interesse estratégico para a Administração.

Tratando-se de patrimônio da Seguridade Social, e considerando a dificuldade que o INSS tem para manter e administrar esses imóveis de forma eficiente, plenamente válida tal determinação.

Contudo, inadmissível impedir que o gestor público, até que tais alienações sejam viabilizadas, disponha e utilize desse patrimônio. Como visto, tais bens cumprem uma função social. Qualquer interpretação de norma que impeça tal gestão é inconstitucional, por violação dos princípios da eficiência (artigo 37 da CF), da separação dos poderes (artigo 2º da CF) e da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XIII; artigo 182, parágrafo 2º; artigo 184, todos da CF). Ademais, tal interpretação é incompatível com as disposições do Estatuto da Cidade, lei posterior que, por estabelecer normas de ordem pública, aplica-se aos bens imóveis públicos.

Além desse uso econômico, prescrito em lei, deve o gestor público, para atender ao dever de otimização do uso dos bens públicos, conciliar a exploração econômica com a oferta de outros benefícios à coletividade, sempre que tal uso possa ser compatibilizado com a geração de receita à Seguridade Social.

Considerando a localização privilegiada dos imóveis do INSS nos grandes centros urbanos brasileiros, plenamente possível sua utilização enquanto fonte de renda ao fundo do Regime Geral de Previdência Social, garantindo, ao mesmo tempo, prestígio a valores constitucionalmente relevantes, como direito à moradia, melhoria de serviços públicos, acesso à cultura, educação, implantação de serviços de saúde, etc.

Os parâmetros para esse uso pleno da propriedade pública são estabelecidos pela política urbana, canalizada no plano diretor, quando existente. É a política urbana que orientará qual o uso preferencial do bem, e qual o caminho que o gestor público deve buscar para otimizar o uso dos imóveis públicos. O reconhecimento de cidades inclusivas e funcionais depende da participação de todos, incluindo os Entes Públicos.

REFERÊNCIAS

- ABE, Nilma de Castro. Notas sobre a Inaplicabilidade da Função Social à Propriedade Pública. *Revista da Advocacia Geral da União*, n. 18. Brasília: Escola da AGU, out./dez. 2008.
- ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Desapropriação de Bens Públicos (à luz do princípio federativo)*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- CARDOSO, Patricia de Menezes. *Democratização do acesso à propriedade pública no Brasil: função social e regularização fundiária*. Tese para obtenção do título de Mestre em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2010.
- DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva; Coord. *Tratado de Direito Administrativo*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HUMBERT, Georges Louis Hage. *Direito Urbanístico e Função Socioambiental da Propriedade Imóvel Urbana*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *O Regime Jurídico das Utilidades Públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*.

Tese para obtenção do título de livre docência na Faculdade De Direito da Universidade de São Paulo – FADUSP. São Paulo: 2008.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia de Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 6, abr./maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Direitos Reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas: 2003.

ELEMENTOS PARA O DEVIDO PROCESSO LEGAL NAS QUESTÕES SOBRE INCAPACIDADE LABORAL

*ELEMENTS FOR DUE PROCESS IN LEGAL ISSUES ON
DISABILITY EMPLOYMENT*

Leonardo Lima Nazareth Andrade

Procurador Federal

*Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Público pela
Universidade de Brasília (UnB)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O aumento dos riscos sociais; 2 As transformações nos sistemas de proteção social; 3 Avaliando as questões de doença ou invalidez no Brasil...; 4 Crise das soluções jurídicas tradicionais; 5 A contribuição da proposta neoinstitucionalista do processo; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo situa o aumento dos eventos de doença ou invalidez no Brasil como consequência das sociedades de mais riscos e da necessidade de conferir tratamento político-institucional adequado no Estado Democrático de Direito, de forma a buscar a autonomia do direito frente ao sistema político ou econômico. Analisa a carência de práticas discursivas próprias da democracia diante da lógica do sistema de seguridade social, que obriga o dever de diálogo dos elementos e agentes que funcionam para o equilíbrio financeiro e a valorização social do trabalho. Defende a revisão do enfrentamento do problema pelo emprego da teoria processual neoinstitucionalista, que resgata e se apoia em fundamentos do constitucionalismo para aprimorar o exercício da jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade. Riscos. Processo Judicial. Estado Democrático. Teoria Neoinstitucionalista.

ABSTRACT: This article situates the rise of the events of illness or disability in Brazil as a result of companies with more risks and the need to give the proper democratic state political-institutional treatment in order to seek the autonomy of law against the political system or economical. Analyzes the shortage of own discursive practices of democracy on the logic of the social security system, which requires the duty of the dialog elements and agents to ensure the financial stability and social value of labor. Favor a revision of tackling the problem by the use of procedural neo-institutionalist theory, which rescues and rests on foundations of constitutionalism to enhance the exercise of jurisdiction.

KEYWORDS: Society. Risks. Judicial Process. Democratic State. Neo-institutionalist Theory.

INTRODUÇÃO

Já de algum tempo, os cientistas e a mídia alertam à sociedade civil que a humanidade está submetida a mais riscos. Os observadores sinalizam que os estandartes modernos são desmanchados por novas relações sociais, que transformam as forças produtivas, aceleram e ampliam a produção de seus efeitos com o emprego da tecnologia de ponta, cujo centralidade do capital financeiro torna-se estratégia do poder econômico de grupos empresariais; e, por outro lado, crescem as dificuldades enfrentadas pelos estados-nação de responder com políticas adequadas ao bem comum.

A velocidade com que se propaga atualmente a comunicação permite o fenômeno de maior proximidade e de contato com os problemas vividos da periferia, ao centro do capitalismo, mas também a visão cosmopolita da democracia no reconhecimento de direitos que estabelecem a conexão de sistemas jurídicos de proteção das liberdades e dos direitos fundamentais, em face das conquistas democráticas ou do uso desproporcional da força do poder econômico ou mesmo do poder político. Nesse contexto, porém, é importante apreender quais os efeitos da lógica da sociedade de risco sobre o mundo dos fatos, no que toca as transformações da organização e técnica de trabalho e dos sistemas de proteção social, com a inovação de políticas públicas ou interações sociais, o papel dos agentes, aptos para promover o significado de paz política que a democracia trouxe para o processo civilizatório, de reconstrução e construção de possibilidades de convivência entre pessoas materialmente desiguais ou envolvidas em guerras religiosas sangrentas, com a quebra do domínio da imutabilidade das coisas e da hereditariedade do *status social*.

O presente estudo particulariza esse fenômeno na análise da entrega da prestação jurisdicional nos conflitos que envolvem o cidadão e o sistema previdenciário de cobertura dos eventos de doença ou invalidez do trabalhador e do dever do Estado para com prestações sociais, conforme determina constituição federal. O problema tem grande repercussão nas contas públicas, haja vista que o sistema pagou quase R\$ 11 bilhões de benefícios de auxílio-doença e de auxílio acidente em 2010, número considerado alto por entidades internacionais, centrais sindicais e até mesmo pelo governo¹. Portanto, é importante apontar os questionamentos atuais sobre o modelo tradicional de proteção social nas sociedades e, assim,

1 ZINET, Caio. *Condições pioram, acidentes aumentam*. Número de acidentes de trabalho aumenta na última década, preocupa sindicatos e organismos internacionais, que culpam a forma de produção. Caros Amigos, a primeira à esquerda. São Paulo: Casa Amarela, ano XVI, n. 187, 2012. p. 16-19.

assinalar a importância do sistema justiça exercer a lógica contraposta ou dialógica, o que revela emergência do devido processo, na criação, na alteração, dos elementos que garantem o funcionamento do sistema de proteção social pela eficácia de direitos fundamentais.

1 O AUMENTO DOS RISCOS SOCIAIS

Após a década de 80, o mundo ocidental sedimentou um conjunto de transformações em decorrência da complexidade das relações sociais, que se intensificam pelo hiperdesenvolvimento da tecnologia e o extraordinário aumento da velocidade da comunicação. A sociologia, preocupada em observar os últimos acontecimentos, investiga o problema do aumento de risco nas relações sociais, haja vista que, até então, os imprevistos, as desgraças e as catástrofes eram analisados sob o prisma transcendental, místico ou religioso. No entanto, com o emprego em massa da tecnologia e os danos ao meio ambiente, no mundo do trabalho e nas relações intersubjetivas, a sociedade civil deve se tornar cada vez mais alerta com o futuro.

Na obra *A Sociedade do Risco*, Ulrich Beck² demonstra a desintegração dos paradigmas da sociedade moderna, também denominada sociedade do trabalho ou industrial, tendo como consequência o aumento dos riscos sociais. Niklas Luhmann³, ao se deparar com essas inquietações na escola de Frankfurt, também desenvolveu estudo no sentido de captar o risco como elemento universal, que não pode ser evitado ou iludido, para que seja avaliado o consenso social sobre a observação do que é causalidade ou bem-estar necessário.

Diante da queda do Estado Liberal e das experiências do socialismo de Estado, que levaram ao fracasso a democracia de massa e a pouca resistência ao capitalismo, ao menos enquanto teoria apropriada ao conjunto de transformações sociais proporcionadas pelo hiperdesenvolvimento da comunicação, produção de informação e de tecnologia, Luhmann acredita que o núcleo da sociedade contemporânea não é mais o espírito em Hegel ou a mercadoria em Marx, deve ser a relação de comunicação que se estabelece entre o sistema social e *entorno*, identificando, portanto, as situações comunicacionais de autorreferência, influência e causalidade, adequadas à necessária compreensão dos elementos da sociedade em andamento⁴:

2 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidade*. Paidós: Barcelona, 2006.

3 LUHMANN, Niklas. *Sociología de riesgo*. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

4 BECK, op. cit., p. 29.

[...]

El punto de partida de cualquier análisis teórico-sistémico deve consistir en la diferencia entre sistema y entorno. Hoy em día, por certo, existe sobre este punto un consenso específico. Los sistemas están estructuralmente orientados al entorno y, sin él, no podrían existir. Por lo tanto, no se trata de un contacto ocasional ni tampoco de una adaptación. Los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus limites para regular dicha diferencia. Con diferencia con respecto al entorno no habría autorreferência, ya que la diferencia es la premissa para la función de todas las operaciones autorreferenciales. En este sentido, la conservación de los limites (*boundary maintenance*) es la conservación del sistema.

Sob esse ponto de vista, ao pensar o grande tema da proteção social ou seguridade social, tem-se que a tradição do processo ampliado de reestruturação produtiva, sob o eixo das forças produtivas, sobretudo o emprego de alta tecnologia, atinge diversas estruturas sociais, e a potencialidade de ameaças no momento sinaliza para problemas muito mais profundos e transformadores de toda a estrutura social e mesmo das fontes de certeza da vida⁵. É grande a preocupação com esse presente, também conhecido como *pós-industrialismo*, porque são colhidos dados que evidenciam uma sociedade mais veloz, mais liberal e mais danosa aos direitos, revelando-se, dessa forma, uma sociedade de mais riscos contraposta à sociedade industrial disciplinada, como deixam claros os problemas ambientais e a universalização da fronteira da categoria dos excluídos⁶.

Não se pode olvidar de que o nível e a qualidade dos riscos sociais são próprios de cada sociedade, obedecem à evolução histórica e ao processo civilizatório. Todavia, isso não significa que o uso da técnica produza decisões e elas causem ou não mais riscos ou perigos. No campo da seguridade social, a economia mundial é um problema que transformou

5 LUHMANN, op. cit., p. 8.

6 BECK, op. cit., p. 73. O autor compara as circunstâncias sociais, assinalando que, até agora, todo o sofrimento, toda a miséria, toda a violência que uns seres humanos causavam a outros se resumia sob a categoria dos outros: os judeus, os negros, as mulheres, os refugiados políticos, os dissidentes, os comunistas, com fronteiras reais e simbólicas de quem estaria afetado ou não. No entanto, a partir do marco histórico de Chernobil, ficou demonstrado que chegou ao fim a categoria dos outros, pois todos estão sujeitos pela sofisticação dos perigos, aí residindo a nova força cultural e política desta era. Seu poder, segundo o autor, de perigo suprime todas as zonas protegidas e todas as diferenciações da modernidade.

a política e fins dos estados-nações, bem como questiona os serviços do estado de bem-estar social e o meio de promoção do bem comum.

O sociólogo Zygmunt Bauman, que se destaca dentre os intelectuais da atualidade, citando as lições de Marx, afirma que é tempo de liquidez, compreendendo nesse conceito o fenômeno de desmanche da sociedade moderna. Essa visão é compartilhada pelos teóricos sob o fundamento de que, diferentemente da imobilidade das sociedades medievais, as sociedades modernas são, por definição, sociedades de mudança constante, rápida e permanente⁷:

[...]

nas sociedades tradicionais, o passado é venerado e os símbolos são valorizados porque contêm e perpetuam a experiência de gerações. A tradição é um meio de lidar com o tempo e o espaço, inserindo qualquer atividade ou experiência particular na continuidade do passado, presente e futuro, os quais, por sua vez, são estruturados por práticas sociais recorrentes.

Na sociedade em curso, avaliando o método científico de Marx, Beck assevera que os problemas já não estariam localizados de acordo com a ideia de classe social, uma vez que a busca da igualdade é substituída pela busca de proteção, haja vista que todos estão sujeitos ao mesmo veneno. Seja a contaminação ou a situação de escassez econômica, o problema torna-se universal, sendo cada vez mais comuns contingências sociais significativas para a humanidade, a exemplo da democratização do desemprego maciço e sua exportação a antigos paraísos da ocupação, de modo que o direito tende a se orientar a favor da corrente do reconhecimento dos riscos diante de uma pressão cada vez maior da política e, com o crescimento do individualismo e da derrocada do coletivismo do *locus* do trabalho, a opção do clamor virtual e fechamento das ruas⁸.

7 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz de Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. DP&A: Rio de Janeiro, 2006. p. 14.

8 BECK, op. cit. p. 71-72. Beck ratifica o seu pensamento apresentando a situação Alemanha. Embora reconheça as catástrofes já vividas pela humanidade no processo social de industrialização e de modernização, na sociedade de risco o conteúdo do perigo e o caráter sistemático da modernização são gerais e crescentes. Diz que na Alemanha as pessoas não estão na miséria, vivem em uma sociedade de abundância e de consumo massivo, em sua maioria estão bem informadas e educadas, no entanto, estão com medo, sentem-se ameaçadas, equiparando o problema desemprego a uma estação de trem que chegará algum momento.

Bauman, ao observar os movimentos de relativização de conceitos, a flexibilização de estruturas, a desregulamentação de normas, sobretudo do direito do trabalho, a liberalização dos espaços, a influência do envididamento na vida das pessoas, os danos colaterais, a deslocalização entre centro e periferia do desenvolvimento do capital, identifica os efeitos da mundialização da economia e da circulação do dinheiro, diminuindo a força do poder político que, em sua dinâmica interativa e derivada, reproduz uma nova forma e regulamenta novas relações na atualidade⁹, promovendo, no particular, outra divisão internacional social e do trabalho e, portanto, com o redimensionamento ou agravamento dos conflitos na sociedade.

O mundo já não estaria nos “trinta anos gloriosos”, entendidos como o interregno entre a reconstrução após a Segunda Guerra Mundial e terminando em 1974-1979, em que predominavam as técnicas de trabalho do período fordista, ou seja, concentrado na produção das grandes, em série e volumosa, com o contingente significativo de trabalhadores e reivindicações que impactavam no processo de acumulação do capital, no qual estava regido por uma lógica em que eram possíveis vínculos de longa duração, maior estabilidade no emprego e a construção de uma vida economicamente mais tranquila, principalmente pelo funcionamento da rede de serviços do estado de bem-estar social e da assistência permanente aos excluídos.

A atual fase é de “mundialização do capital”, iniciada na década de 1980, em que, muito embora ainda haja extrema centralização e concentração do capital, interpenetração da indústria, o sentido e o conteúdo da acumulação de capital e dos seus resultados no campo da realidade são bens diferentes, como explica, em termos político e econômico, o especialista em globalização François Chesnais¹⁰:

[...]

o capitalismo parece ter triunfado e parece dominar todo o planeta, mas os dirigentes políticos, industriais e financeiros dos países do G7 cuidam de se apresentarem como portadores de uma missão histórica de progresso social.

9 FILHO, Domingos Leite Lima. *A divisão internacional do trabalho sob a modernidade líquida do capitalismo globalizado*. Trabalho: diálogo multidisciplinares/Daisy Moreira Cunha, João Bosco Laudares, organizadores. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

10 CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital*. São Paulo: Xamã, 1996. p. 14-15.

[...]

Um dos fenômenos mais marcantes dos últimos 15 anos tem sido a dinâmica específica da esfera financeira e seu crescimento, em ritmos qualitativamente superiores aos dos índices de crescimento do investimento, ou do PIB (inclusive nos países da OCDE), ou do comércio exterior. Essa dinâmica específica das finanças alimentam-se de dois diferentes mecanismos. Os primeiros referem-se à “inflação do valor dos ativos”, ou seja, à formação de “capital fictício”. Os outros baseiam-se em transferências efetivas de riquezas para a esfera financeira, sendo o mecanismo mais importante o serviço da dívida pública e as políticas monetárias associadas a este.

Dessa forma, os governos, de um modo geral, conduzidos por institucionais formatadas para funcionar na sociedade industrial, são instados por diferentes interesses, encontrando-se pressionados pelo ambiente de constante reivindicação da sociedade civil, expressão da vontade democrática, e o mercado, sendo obrigado a calcular riscos da economia política, tendo em vista a necessidade de participar de responder as demandas internas e de atender as exigências da economia de mercado para viabilizar o funcionamento da ordem e manutenção do poder, cotejando as receitas e o orçamento com preservação e as conquistas da sociais, pelo surgimento dos novos direitos.

Robert Kuttner analisa negativamente a imprevisibilidade das consequências do surto global e da ideologia expansiva do *laissez-faire*, sob o ponto de vista da organização empresarial e as dificuldades de manter a economia mista (mercado e intervenção política)¹¹. Identificou que as maiores empresas do mundo estão envolvidas em fusões, compras e concentrações. Tornaram-se centros de poder econômico e financeiro e ameaçam conquistas sociais. São portadoras dos dogmas da liberdade de mercado, à custa de estados-nação, que antigamente equilibravam seu poder econômico privado com objetivos públicos e políticas de estabilização nacional. Expandem a ideia de que o sucesso econômico dessas grandes empresas serve de prova de que sua visão de mundo está correta, isto é da liberdade absoluta do capital e da livre concorrência, provocando mudanças estruturais no mundo do trabalho e, na escada abaixo, aumento dos sofrimentos, perigos e precariedade nas relações sociais.

11 KUTTNER, Robert. *O papel dos governos na economia global*. No limite da Racionalidade. Anthony Giddens; Will Hutton, organizadores. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 211-234.

A política foi substancialmente modificada, com o avanço do poder econômico e financeiro sobre interesses locais, que se sente livre da regulação de suas atividades. As proteções das linhas de negócios que, na última década do século XX, compunham as estratégias dos estados-nação e as regulações públicas, que anteriormente protegiam seus campeões nacionais e conferiam certa tranquilidade socioeconômica, cederam espaço para inovação das oportunidades e criação de empresas genuinamente multinacionais, em setores antes inatacáveis e tão diversos como bancos, indústrias farmacêuticas, telecomunicações, aeronaves e linhas aéreas, automóveis e, é claro, informática.

Esse ordenamento não tem fronteiras, de modo que, argumento Kuttner, a Grã-Bretanha já não se importa com suas empresas automobilísticas ou que as empresas sejam nacionais, bem com a Honda produz carros americanos para o mercado doméstico japonês, desde que a mão-de-obra qualificada, a diretoria e a maioria dos acionistas sejam pátrias. Como cedo, o modelo está levando o Estado de bem-estar social à inviabilidade estrutural.

A deslocalização do capital não permite aos estados-nação manter a estabilidade de seus padrões econômicos, pois o capital está à procura dos espaços em que tenha condições de reproduzir. Segundo Anthony Giddens, que desenvolve e organiza estudos sobre os efeitos da globalização, as crises por que passa o Modelo Social Europeu podem levar a seu fracasso definitivo. A Europa não consegue prosperidade econômica a ponto de produzir empregos e manter seu sistema de proteção social¹². Os sócios rentistas são cada vez mais comuns do que o papel econômico desempenhado anteriormente pela agricultura, indústria, o comércio e o governo.

O capital migrou da produção para o setor de serviços, cujo problema é acentuado perante a periferia, onde o período de industrialização e a criação de empregos decorrem do fluxo maior dos investimentos internacionais, visando principalmente matérias-primas para sustentar a indústria nos países centrais. Ainda que tais recursos fossem provenientes dos *rentistas*, eram aplicados na produção e pela presença de grandes parques de multinacionais, no entanto, a partir de 80, essa estrutura foi minguando em direção às compras e vendas de ações das empresas, fundos de pensão e condições em que os países deveriam demonstrar para atrair o investimento (principalmente, intercâmbio

12 GIDDENS, Anthony. *Europa em la era global*. Paidós: Barcelona, 2007.

comercial, investimento produtivo no exterior e os fluxos de capital monetário, capital financeiro)¹³. Ou seja, no paradigma tradicional, o capital produtivo fica colocado por fora da mundialização do capital. A transformação da economia internacional em economia mundial coincide justamente com o fim dessa dicotomia. A mundialização do capital produtivo torna-se parte integrante da mundialização do capital. Torna-se o centro dela¹⁴.

Mangabeira Unger¹⁵, ao falar estrategicamente sobre o que fazer com a globalização, vislumbra o pluralismo qualificado – um mundo de democracia –, espaço para expressão da liberdade e do papel das diferenças nacionais de especialização da moral, enfatizando que é possível a reconstrução pela luta enraizada dos estados-nações e os blocos regionais do mundo. A busca de alternativas sempre estará presente e as reformas nos arranjos do regime político e econômico mundial devem ser demandadas por Estados-nações que insistam em reconciliar seus experimentos rebelionários com um engajamento total naquele regime.

Posto o quadro mundial de hiperconcentração do capital financeiro, competição econômica internacional, recrudescimento das estruturas dos Estados-nações e crescimento dos riscos sociais, cumpre observar como se processa internamente a crise dos modelos históricos de sistema de seguridade social.

2 AS TRANSFORMAÇÕES NOS SISTEMAS DE PROTEÇÃO SOCIAL

Os modelos jurídicos de sistema de proteção social foram forjados nas relações preexistentes ao pós-guerra e na necessidade de reconstruir as economias derrotadas, fortalecer a democracia e resguardar a humanidade diante das graves violações perpetradas pelo abuso do poder político. Passados cinquenta anos, os sistemas de proteção social existentes já não se sustentavam no realismo fiscal e diante das necessidades crescentes da sociedade pós-moderna. *Com os riscos a economia se torna autorreferencial, independente do entorno das necessidades humanas*¹⁶.

13 CHESNAIS, op. cit, p. 51.

14 Idem, p.52.

15 UNGER, Roberto Mangabeira. *O que a esquerda deve propor*. Civilização brasileira: Rio de Janeiro, 2008, p. 139-140.

16 BECK apud LUHMANN, ob. cit. p.35.

Em linhas gerais, a seguridade social na Inglaterra, desenhada a partir do relatório de Beveridge, foi fundamentada nas condições sociais e econômicas anteriores à primeira guerra mundial, sobretudo dos problemas do pioneirismo do capitalismo daquela sociedade. O seguro social de *Bismark* tinha forte componente político diante da necessidade de contenção das reivindicações da classe trabalhadora que se aproximava do *socialismo* crescente na Alemanha. Os benefícios de pensão e aposentadorias e seguros de acidente de trabalho não apresentavam, ao revés, o aprofundamento teórico do primeiro. Os programas de proteção social, entretanto, tinham em comum a época de superprodução e a emergência do surgimento da social democracia, como resposta aos avanços dos instrumentos de pressão da classe trabalhadora (associação de operários, sindicatos fortes e ideologia transformadora) e a preservação do sistema político e da ordem burguesa, haja vista o acirramento e a ampliação das contradições da Revolução Industrial que conduziam à revolta dos operários, pelo crescimento geral do lucro, de um lado, as condições de vida nas grandes cidades, o desemprego e a violência, de outro. No entanto, a histórica dá conta de que a reconstrução da Europa permitiria, em trinta anos glorioso, um desaparecimento da desocupação involuntária no mundo (4,5% Estados Unidos, 4,6% Alemanha, 4,3% Dinamarca e 2% pelo resto da Europa)¹⁷.

O período de maior equilíbrio social e de crescimento econômico conduzia a divisão social, apropriado pelo discurso filosófico de Habermas¹⁸ de que, naquela época, a sociedade se tornou organizada em torno das empresas capitalistas e do aparato estatal burocrático, um processo de institucionalização da ação econômica e da ação administrativa racional dirigida a finalidades, formando a sociedade do trabalho e essencialmente normativa a institucionalização do trabalho, da empresa capitalista e o aparato burocrático em níveis conhecidos. A Revolução Industrial firmara a organização e a técnica de trabalho até então conhecida. O homem do campo foi conduzido às grandes cidades, a adaptar-se à máquina e obrigado a vender sua força de trabalho em troca da subsistência, mediante salário. Na análise de Enric Sanchis¹⁹, três elementos são destacados para demonstrar o câmbio promovido na sociedade industrial: o espaço, o tempo e o contrato de trabalho. Isto é, a unidade produtiva saiu do ambiente doméstico e das *vilas* para as *fábricas urbanas*. O tempo de trabalho, que antes possibilitava combinação

17 ZOBERMAN, Yves. *Une Histoire du chômage*. De l'antiquité à nos jours. Perrin: Paris, 2011. p. 265.

18 HABERMAS, Jürgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Katz, 2008. p. 11/12.

19 SANCHIS, Enric. *Trabajo y paro en la sociedad postindustrial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 19-24.

de esforço intenso e descanso, foi submetido a rigoroso controle e à medição. Entrementes, a ampliação do comércio e do mercado aprimora a técnica, sendo defendida, que as tarefas seriam desempenhadas de maneira mais eficientes se fossem atribuídas a indivíduos diferentes que se especializavam nelas, formando-se o conceito científico conhecido pelo *taylorismo* e aprimorado pelo *fordismo* (linha de montagem). Além disso, o contrato de trabalho entrou no domínio público, haja vista que, com a mudança do local da produção, permitiu a interação e o deslocamento da autoridade absoluta do patrão pela reação e organização dos operários, a intervenção do Estado em alguns setores e a regulação de relações laborais correspondentes. Ou seja, o contrato de trabalho então puramente privado se transforma em um assunto do Estado e se realizada segundo os padrões definidos pela empresa capitalista.

Assim, após a segunda guerra mundial, de um lado a outro do Atlântico, houve forte intromissão da política e jurídica no domínio da economia, com o objetivo de proteger os trabalhadores da lógica pura e dura do mercado. Foram criados marcos jurídicos regulatórios, seja em termos de salário, duração da jornada, descanso, segurança e higiene estrutura (Direito do Trabalho), sejam as condições que se produzem entradas e saídas do mercado de trabalho e as diversas contingências que afetam o trabalhador ao largo de sua vida, como desemprego, enfermidade e velhice, pelos sistemas de seguridade social. Vale dizer, o Estado assumiu a tarefa de construir o sistema de proteção social, antes desempenhados pelas categorias que se conseguiam se organizar em corporações de ofícios e cotizar recursos com trabalhadores, mantendo-se, sempre que as condições socioeconômicas permitiam, a mesma lógica de vigente na sociedade capitalista.

Os estudos do *relatório beveridgeano* estavam baseados no princípio do pleno emprego, tanto que, pouco tempo depois, o seu autor desenvolvia a obra *Pleno emprego em uma sociedade livre*, dois documentos que são considerados fundamentos do Estado de Providência Moderno²⁰. A sociedade ali considerada retratava o período de baixo desemprego involuntário e o pressuposto da filosofia liberal da oportunidade para todos diante da vida e da importância do controle da inflação, confirmando os princípios-guia do sistema de proteção social proposto, segundo o qual vige a capacidade contributiva e a seguridade mínima econômica (ataque à indigência) – à luz de como a provisão era feita e de que modo atendia as diferentes necessidades, tendo como variável a

20 Idem, p. 265.

interrupção dos ingressos ou por outras causas que podiam surgir nas comunidades industriais modernas.

O pleno emprego é, pois, um elemento fundamental na normatização do Plano de Seguridade Social da Inglaterra. A preocupação com a proteção social girou *entorno* desse fenômeno de oportunidades que esteve predominantemente sob a influência pública, com a regulação dos contratos de trabalho e a preocupação do desemprego em massa, *lo paro* ou *chômage*, bem como as condições em que se realiza no sistema econômico. Zoberman²¹ descreve como as sociedades históricas trataram o problema dos *sains-travail* dentro dos respectivos contextos das forças produtivas, tendo os países centrais do berço do capitalismo experimentado conjunto de medidas de força físicas a simbólicas, no intuito de legitimar e manter as relações de poder vigente em cada sociedade. Os registros históricos confirmam a escassez do trabalho em face da economia, no entanto, o comportamento poder público era contraditório, via instituição de diversas formas de violência simbólica, desde o encarceramento e o internamento de pessoas pobres e *sans-travail*, carentes para religião e indigentes para política, apresentadas à sociedade como doentes; à realização de trabalhos forçados que mantivesse a lógica do liberalismo pujante na Inglaterra, no sentido visto de que as fábricas representavam o progresso e a oportunidade de empregos a todos diante das oportunidades da vida.

Dessa forma, com a internacionalização da questão social provocada pelos problemas do desemprego, a Organização Internacional do Trabalho - OIT, após a II Guerra Mundial recomendou, com o objetivo de instituir “Norma Mínima”, um dos mencionados modelos históricos, tendo os países da América Latina se dividido em grupos de estágio da evolução da cobertura dos riscos sociais, aderindo principalmente ao modelo inglês. No entanto, já se encontravam em curso mudanças estruturais na sociedade e na divisão social e na técnica de trabalho, que rompem os paradigmas da sociedade industrial e do papel do Estado no sistema de proteção social.

Os novos elementos sociais estão identificados com a mundialização do capital, a exemplo dos efeitos imediatos decorrentes da liberalização e desregulamentação dos mercados nacionais em face dos paradigmas da sociedade industrial, dentre os quais o aumento da competitividade, a redução dos custos operacionais, com o conseqüente reconhecimento do

21 ZOBERTMAN, op. cit.

desemprego como fase natural da vida produtiva, sobretudo pelos novos estilos de vida e divisão social do trabalho, notadamente a inclusão da mulher no mercado de trabalho para compor ou suprir a renda da família, a perda da referência do chão das fábricas e da força dos sindicatos, o consumo em massa, a precarização do trabalho fabril, emprego a tempo parcial, terceirização e subemprego além do processo intenso de individualismo²², que infirma os sistemas de cooperação pública, tal qual o sistema de seguridade social.

O problema estabelece uma hierarquia em seus efeitos, tendo demonstrado que a desqualificação histórica da mão-de-obra da relação metrópole/colônia passou a sofrer todas as estratégias do *dumping social*, em que a exploração do trabalho busca menor regulamentação e custo da produção e mesmo a substituição de novos trabalhadores, que possam render mais e a preço menor, a exemplo de criança e mulheres nos países que não conseguem impor as suas próprias classes operárias. No Brasil, os relatos dos órgãos oficiais corroboram os efeitos dessas mudanças e os graves problemas à sociedade civil e à efetividade do sistema de seguridade social – saúde, previdência e assistência social –, sobretudo com piora substancial das condições e o aumento dos acidentes de trabalho, diante da produção voltada ao mercado externo e a terceirização em vários setores da economia nos últimos anos, como relatam as pesquisas²³:

[...]

Uma das áreas que mais concentra acidentes do trabalho é a indústria de frigoríficos, onde ocorreram, em 2010, quase 18 mil acidentes de trabalho. Esse setor tem uma importância estratégica para o Brasil, pois representa uma grande fatia das exportações nacionais, ocupando o oitavo lugar na pauta exportadora em 2011 com cerca de 15,3 bilhões em produtos mandados ao exterior. A Brasil Foods, JBS e Marfrig, empresas do ramo, estão na lista dos 20 maiores exportadores do país.

[...]

Ao longo dos últimos anos, o Brasil vivenciou um crescimento exponencial de trabalho terceirizado, 25% das pessoas que têm

²² Idem, BECK; CHESNAIS, op. cit.

²³ ZINET, Caio. *Condições pioram, acidentes aumentam*. Número de acidentes de trabalho aumenta na última década, preocupa sindicatos e organismos internacionais, que culpam a forma de produção. Caros Amigos, a primeira à esquerda. São Paulo: Casa Amarela, ano XVI, n. 187/2012. p.17.

carteira assinada no país estão nessa situação que concentra a maioria dos acidentes de trabalho. Estudo do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócioeconômicos (Dieese) estima que 8 em cada 10 acidentes de trabalho acontecem com trabalhadores terceirizados.

As legislações mundiais estão passando por sucessivas reformas, principalmente diante das crises fiscais dos Estados Nacionais frente à necessidade crescente de proteção social em tempo de crise econômica, cuja faceta mais notável, nos países ricos e para herança social, diz respeito ao lado bom do fenômeno denominado por Shumpeter de *destruição criativa de postos de trabalho* pela alcance de novas tecnologias e novas competências, porém, nos países periféricos ou para imigrantes, refugiados e grupos étnicos de minoria, representa a *precarização* das condições de trabalho assalariado, a exemplo da desvalorização do trabalho ou a restrição à cobertura no sistema de seguridade social. O problema orçamentário para suportar os direitos no campo da previdência impulsiona em uma série de pequenas reformas dos modelos tradicionais, como aumento da idade de aposentadoria, privatização de serviços da seguridade social, considerando os dados demográficos de envelhecimento da população global e queda da taxa de mortalidade, o que aponta para inviabilidade atuarial das prestações previdenciárias e assistenciais.

As contas ainda se agravam com a profusão de novas doenças relacionadas ao momento de mundialização da economia, a exemplo dos *riscos psicossociais* e do quadro crescente de sofrimento, mal-estar e stress nos ambientes de trabalho. A Organização Mundial de Saúde identificou aumento extraordinário de deprimidos e a perspectiva da depressão se tornar a principal causa de incapacidade para o trabalho em 2030, que atualmente alcança cerca de 121 milhões de pessoas. Ao lado disso, a Organização Mundial de Saúde, na revisão do Código Internacional de Doenças – CID, incluiu a situação do desemprego como patologia social. A Organização Internacional do Trabalho vem avaliando o tema da seguridade social sob a perspectiva da seguridade econômica individualizada. Realizou estudo sobre a exclusão social em diversas partes do mundo, a partir da investigação de medida é importante o trabalho para proteção social. A referida pesquisa identificou que o problema da proteção social em dias atuais está mais relacionado ao indicador da garantia de uma renda – segurança econômica –, do que a qualidade e a remuneração nas ofertas de trabalho. O mais importante, segundo essa avaliação, é a obtenção de renda para viver.

Cada sociedade realiza as mudanças de acordo com a sua capacidade econômica e da força política em face do grau do processo civilizatório.

O sistema de proteção social dos países escandinavos confere mais e maior período de coberturas, já os demais países europeus reavaliam o custo dos direitos, mas principalmente em razão da insustentabilidade financeira na relação dos custos sociais e a arrecadação tributária. Todavia, cresce a inversão financeira dos títulos públicos, dos fundos de pensão, das aposentadorias complementares e integrais ofertadas pelo mercado, bem como o questionamento sobre a capacidade financeira dos estados-nações de sustentar sistemas de seguridade social ou reduzi-lo ao papel da assistência aos miseráveis, em face da dinâmica do capital e dos mecanismos de financeirização da poupança pública:

[...]

o estilo de acumulação é dado pelas novas formas de centralização de gigantescos capitais financeiros (os fundos mútuos e fundos de pensão), cuja função é frutificar principalmente no interior da esfera financeira. Seu veículo são os títulos (*securities*) e sua obsessão, a rentabilidade aliada à liquidez, da qual Keynes denunciara o caráter “antissocial”, isto é, antiético ao investimento de longo prazo. Não é mais uma administrador praticamente anônimo (e faz questão de parecer anônimo) de um fundo de pensão com ativos financeiros de várias dezenas de bilhões de dólares, quem personifica o novo capitalismo do século XX.

Assim, duas ideias vêm sendo desenvolvidas segundo visões diferentes sobre justiça e desigualdade social no curso da globalização e do que se tem chamado de *pós-modernidade*. Os organismos internacionais, pelo protagonismo do estudo capitaneado pela anfitriã presidente do Grupo Consultivo Mundial, Michelle Bachelet, pretendem traçar a base da proteção social no mundo a partir do direito à saúde, considerando que muitos países ainda não possuem o mínimo de proteção social²⁴. Já os países escandinavos e defensores do neoliberalismo acreditam em um novo sistema de proteção social *flexiseguridad*, em que os sistemas públicos cedem espaço para o mercado, que os mantém pela capacidade de gerar riqueza, considerando o avanço tecnológico e a perspectiva frequente de mudança da sociedade e da economia, o que impõe a flexibilização do direito do trabalho e o foco no nível de pobreza, com a redução de gastos públicos com a seguridade social e a preocupação com a perda do emprego, mediante desenvolvimento de Políticas Ativas de Emprego.

24 HIRSCH, Martin. *Sécul: Objectif Monde. Le défi universel de la protection sociale*. Paris: Stock, 2011.

3 AVALIANDO QUESTÕES SOBRE EVENTOS DE DOENÇAS E INVALIDEZ NO BRASIL

O economista Fábio Giambiagi²⁵ acompanha e analisa o impacto dos gastos e, ao prenunciar as constantes reformas previdenciárias, listou as maiores despesas: os benefícios rurais até meados dos anos 90, seguidos do *boom* das aposentadorias por tempo de contribuição, diante de uma legislação que permitia o benefício a idades com 49 anos, para, nos últimos anos, apontar como grande responsável, o aumento do número de auxílio-doença. Assim, a prestação do auxílio-doença, enquanto cobertura dos eventos de incapacidade do trabalhador, é o benefício mais caro de todos, pois, embora as aposentadorias por tempo de contribuição sejam individualmente mais caras, o custo médio fica diluído pelo peso das aposentadorias rurais por idade, enquanto, para o INSS, o auxílio-doença tem um valor unitário entre 20% e 30% superior ao valor unitário médio que o órgão paga nas aposentadorias – por idade, invalidez e tempo de contribuição.

Com dados coletados no Ministério da Previdência Social, o referido economista identificou que, entre 2001 e o final de 2005, o número de auxílios-doença passou de aproximadamente 575 mil auxílios-mês, para quase 1,5 milhão/mês, ou seja, o crescimento físico da variável ocorreu à taxa de 27,5%, considerando estar diante de um belo *case* de como o governo funciona mal. Em comparação com a empresa privada, diz que, se um item importante do custo cresce inesperadamente a uma taxa anual de 27%, ascendem-se rapidamente todos os sinais vermelhos e monta-se uma força-tarefa de emergência para entender o que está acontecendo.

A observação de Giambiagi, que põe o foco nos benefícios a princípio de curta duração, como auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, sinaliza que o sistema jurídico não cumpre a estabilização esperada de comportamentos sociais, tornando-se, segundo o referencial sistêmico de Luhmann, inoperante. De fato, o sistema de seguridade social gira *entorno* de condições econômicas favoráveis. No entanto, o problema do emprego, que sustentou politicamente os sistemas de seguridade até então vigentes, é um elemento simbólico. Apenas a constituição francesa de 1946 reconheceu o direito a um emprego. A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, porém, estabelecia a proteção contra a falta de emprego. Esse contexto normativo é importante porque, a partir de

25 GIAMBIAGI, Fábio. *Reforma da Previdência: o encontro marcado. A difícil escolha entre nossos pais e nossos filhos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 119-121.

então, nos países ricos, o desempregado involuntário alcançou a condição de sujeito de direito, na medida em que foram se constituindo estruturas administrativas dedicadas à contratação, requalificação e recondução, que pressionam parceiros sociais (sindicatos e patrões), antes do acesso às indenizações de seguro social²⁶.

A seguridade social desenhada pela constituição brasileira vigente se aproxima do modelo inglês e também fora forjada nas circunstâncias da sociedade brasileira do período industrial e de intervenção do Estado na economia, sobretudo após a conquista de direitos sociais e regulamentação do direito do trabalho no Estado Novo. A norma constitucional traz a compreensão política de que a existência de uma base de financiamento diversificada, entre a sociedade civil, empresa capitalista e o poder público, garantiria uma rede coordenação de ações de previdência, assistência e saúde pública que promoveriam universalidade do bem-estar social, inclusive da população rural, ao menos enquanto decisão política. O desemprego involuntário é um direito constitucional previdenciário e está disciplinado pelo legislador como indenização pelo tempo no vínculo e a cobertura tende à redução, além de assegurar ao trabalhador do regime a extensão da qualidade de segurado da previdência sem contribuições. Não há propriamente a responsabilidade social pela criação ou relocação do posto de trabalho.

Há relação do direito, política e economia, mas entre os interesses protegidos pela legislação previdenciária, a trabalhista e a tributária pelo contato e complemento do sentido da relação jurídica custeio/benefícios, como se observa no fato jurídico doença ou invalidez. Diante desse acontecimento, o contrato de trabalho é suspenso, excluindo o empregado e o empregador da obrigação de arrecadar contribuições previdenciárias durante o gozo do benefício. Contudo, os problemas estruturais vistos linhas atrás não permitem o resultado da equação programada pelo texto constitucional, a garantia do sistema de proteção social pela primazia do trabalho e alcance do bem-estar social.

As práticas sociais são as mais diversas e a cobertura insuficiente ou insatisfatória. O desemprego estrutural conduz a fuga à previdência, que permite uma segurança econômica, sobretudo de uma geração analfabeta, sem qualificação profissional e submetida ao trabalho braçal. A rotatividade dos vínculos ou vínculos de curta duração dificulta o atingimento do tempo de contribuição e da carência necessária à

²⁶ ZOBERTMAN, op. cit. p. 270/272.

aposentadoria, de modo que o período de afastamento acaba se tornando uma alternativa de alcançar mais cedo a cobertura previdenciária. As reformas da previdência distanciam o exercício do direito à aposentadoria e estimulam o socorro ao auxílio-doença ou à aposentadoria por invalidez. Além disso, o perfil do segurado obrigatório possui renda mensal de um a três salários mínimos, sendo que as empresas não valorizam os profissionais e os substituem ou os excluem dos quadros assim que retornam, ante a redução da capacidade de trabalho ou o tempo prologando do benefício, tornando o auxílio-doença ou a aposentadoria por invalidez a alternativa econômica, mormente após os cinquenta anos de idade, cujos problemas de saúde se agravam e a rendimento do serviço braçal não é mais o mesmo. Nesse sentido, a criatividade de meios fraudulentos para ingressar ou permanecer na previdência social tem chamado a atenção dos técnicos do governo, a exemplo de falsificação de carteiras de trabalho ou recolhimentos previdenciários próximos dos eventos de morte ou invalidez, bem como o retorno ao mercado informal em período de afastamento do trabalho. De outro lado, o nível de cobertura é essencialmente econômico, desacompanhado de investimento nos serviços de readaptação e de requalificação profissional. É comum observar o retorno do trabalhador ao mesmo risco social que desencadeou a incapacidade, a indisciplina do posto de trabalho ante as reiteradas recomendações gerais do sistema de previdência social, a evolução e o agravamento da incapacidade no curso do contrato de trabalho e a despedida de trabalhadores mediante indenização da estabilidade acidentária ou, ainda, a situação de insegurança entre indeferimento do benefício e a recusa ao retorno de trabalho.

No capítulo *Justiça Social e Divisões Sociais*²⁷, Giddens demonstra que o recuo da rede de proteção social na Europa está intimamente vinculado à inflação do mercado de serviço e de uma economia submergida de trabalhadores temporários e de baixa remuneração. Destaca, na Europa, a alocação de 80% (oitenta por cento) do total da força de trabalho no setor de serviço, entre postos de trabalho da economia do conhecimento, que precisam de um nível elevado de habilidades cognitivas e pessoais, e postos de trabalho “Big Mac”, mas rotineiros e de atenção ao público, que caracterizam a massa da mão-de-obra nos países emergentes. Isso fez com que a socialdemocracia europeia centre esforços em Políticas Ativas de Emprego, inserindo-as no sistema jurídico do bloco.

27 GIDDENS, op. cit, p. 86-130.

O tema está inserido na Agenda de Lisboa e na legislação comunitária em matéria de trabalho e de condições laborais desde 1989, com foco em uma agenda social comprometida com a modernização e o desenvolvimento do modelo social europeu e com a promoção da coesão social, as medidas e as políticas ainda não acompanharam as transformações da economia e da sociedade em geral. Do ponto de vista político, as propostas são isoladas e a formação do conceito do sistema de seguridade social está passando por uma estratificação e especificação dos riscos sociais, que vai desde a necessidade de que os trabalhadores dominem conhecimentos genéricos em tecnologia da informação e outras habilidades pessoais, até a identificação das situações em que, de fato, exista situação de penúria, bem como o perigo da exclusão social, a exemplo dos estudos feitos pelo Governo britânico que definiu algumas circunstâncias: estar desempregado (pessoas sem trabalho tampouco estão estudando ou realizando cursos de formação nesse momento), pessoas com baixo nível de ingresso (abaixo de 60% da renda média), ter poucos vínculos sociais estabelecidos e habitar em zona caracterizada pelo nível elevado de delinquência ou vandalismo. Ademais, o conceito de exclusão social tem ganhado popularidade como forma de referir-se a situação de grupos que se encontram no fundo da escala socioeconômica (famílias que contam com um só provedor, deficientes, enfermos mentais, consumidores de drogas), considerando que a mera privação econômica não é a única que impede aos indivíduos desenvolver seu potencial²⁸. Ou seja, sob essa análise, o sistema de proteção social é também o direito à prevenção de contingências.

4 CRISE DAS SOLUÇÕES JURÍDICAS TRADICIONAIS

No Brasil, a demanda latente promovida pelo aumento desses riscos sociais ultrapassou as soluções econômicas e administrativas e acessaram o Poder Judiciário. A Advocacia-Geral da União criou o GT- Prevenção de Demandas para avaliar o aumento das causas previdenciárias²⁹. Em um estudo preliminar, foi identificado que, só no ano de 2008, mais de 70% dos indeferimentos ocorridos no INSS se deram em benefícios por incapacidade. O reflexo desse número nas procuradorias aponta que, aproximadamente, 60% das novas ações judiciais investigadas naquela pesquisa em face do INSS discutem benefícios por incapacidade. Além disso, há crescimento de demandas que buscam coletivizar a discussão

28 GIDDENS, Idem, p. 91-92.

29 BRASIL. Portaria Conjunta PGF/PFE-INSS n. 128/2008.

sobre a qualidade do atendimento previdenciário, estabelecendo limites para realização de perícias e restabelecimento de pagamentos.

As circunstâncias causam perplexidade aos agentes públicos, uma vez que não há indicativos de diminuição de pagamentos de benefícios por incapacidade. Em face desse quadro ascendente de custeio de benefícios por incapacidade por longo tempo e da vulnerabilidade do cálculo atuarial, bem como da qualidade do atendimento da perícia médica do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, o tema foi objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas da União concluiu que o número elevado de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente tem várias razões, a exemplo de reformas constitucionais que estabeleceram regras mais rígidas para aposentadoria, a exemplo da inclusão do fator previdenciário nas aposentadorias por tempo de contribuição, bem como do perfil do segurado do regime geral, de baixa renda e trabalhador braçal ou em situação de desemprego. Além disso, destacou que o serviço de reabilitação profissional não vem sendo efetivo e tempestivo no atendimento da demanda daqueles que necessitam recuperar a sua capacidade laboral³⁰.

A judicialização dos conflitos sociais é um fenômeno pós-moderno. Constitui parte do curso da democracia e se traduz em uma mudança de comportamento do magistrado e do conteúdo e da forma da prestação jurisdicional. As constituições democráticas foram reanimadas para controlar o poder político, reconfigurando profundamente a imagem e papel do juiz de *bouche de la loi* de origem liberal-burguesa, sucedendo-se o fim do isolamento corporativo e a maior participação para salvar e capitanear a realização do regime democrático. No Brasil, sob a constituição cidadã de 1988, o amplo acesso à justiça transformou a economia e a sociedade e experimenta uma crise numérica.

No entanto, as causas sobre eventos doença e aposentadoria por invalidez acenam para a ineficiência das soluções tradicionais do processo. As questões previdenciárias envolvem uma série de conflitos derivados desse *entorno* entre divergências entre as expectativas da sociedade civil, o domínio técnico do orçamento pela administração pública e o poder dos juízes frente à execução das políticas públicas, que se evidenciam na cultura das saídas positivistas do direito, tendo em vista as restrições orçamentárias e a dificuldade do parlamento de ampliar o nível de proteção social.

30 BRASIL. *Tribunal de Contas da União*. Concessão e manutenção dos benefícios do Auxílio-doença.

Relatório de auditoria de natureza operacional. Relator Ministro Augusto Nardes- Brasília: TCU, 2010.

Na democracia, Habermas lembrou que não basta mera adição de direitos sociais para tonar intersubjetiva as relações de reconhecimento, pois o direito não é nenhuma pistola, nem tampouco um espetáculo de um só autor, é uma relação e uma prática social, são tarefas públicas que implicam obrigações para os demais, assim como título frente a estes³¹. O devido processo legal não responde aos problemas em estudo.

A interação das normas jurídicas na relação de trabalho, as regras de previdência e as obrigações tributárias regulam a mesma facticidade, a situação do trabalhador em face da qualidade do meio ambiente do trabalho. Desse modo, diante da condição de contribuinte obrigatório do sistema de seguridade social, ao se afastar do trabalho por motivo de doença ou invalidez, o contrato de trabalho é suspenso e não incide a imposição tributária, o que resulta na dificuldade de cumprir a carência necessária (número de recolhimento) para atendimento da aposentadoria definitiva, na idade ou por tempo de contribuição. De outro lado, o Plano de Benefícios da Previdência Social propõe pacto social, dividindo obrigações jurídicas entre diversos setores da sociedade, órgãos da administração pública previdenciária, da empresa, dos sindicatos, estabelecimentos da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho – FUNDACENTRO, à semelhança dos parceiros sociais no direito comparado, que foram criados para conhecer e executar funções específicas à causalidade do código sistêmico contingências/direitos ou, no caso brasileiro, custeio/benefícios (avaliação dos riscos sociais e dos sintomas biopsíquico em face das atividades exercidas; orientação das técnicas necessárias à organização do processo produtivo de forma mais digna e com atenuação dos riscos sociais; reivindicações da classe trabalhadora, problemas econômicos enfrentados pelas empresas como agente produtivo, entre outros).

O procedimento, porém, serve à compreensão sistemática. É norma de forte conteúdo ideológico. A lei previdenciária também traz essa visão, com a disciplina do rito sumaríssimo: simplificado, célere e econômico, centralizando a controvérsia apenas na ocorrência do acidente e na capacidade para o trabalho, conforme disciplina o Plano de Benefícios Previdenciários da Previdência Social. As causas acidentárias estão centradas exclusivamente do dever constitucional de garantia de renda para o trabalhador afastado das suas atividades, de conteúdo essencialmente reparatório pensamento liberal-burguês de igualdade perante a lei, autonomia e liberdade de contratar e o direito à indenização

31 HABERMAS. *Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. op. cit., p. 154.

pelos danos causados a outrem. Como assinala Daniel Mitidiero, a jurisdição é antes de tudo um poder de modo que, na esteira do formalismo-valorativo, deve optar pelo direito objetivo a ser realizado³².

A situação corrente e alarmante diz respeito ao prolongamento dos efeitos da decisão, provisória ou definitiva, na manutenção dos benefícios por incapacidade, quando o juiz determina a implantação ou restabelecimento do benefício. Ou mesmo a transformação de benefícios em uma aposentadoria forçada em razão do tempo do processo, cujo retorno ao posto de trabalho originário seria uma opção praticamente incoerente sem a participação dos parceiros sociais. O assunto encontra apoio na opinião abalizada de Eduardo Carreira Alvim sobre o volume de ações judiciais em curso no Brasil³³, as partes encontraram a entrada da Justiça, mas não conseguem sair. No caso dos benefícios por incapacidade, a realidade é um pouco inversa. Só quem tem interesse em findar o processo é a administração pública e decorre de uma necessidade do sistema de seguridade social, que está mantendo número elevado de benefícios indevidamente. Segundo dados divulgados pelo INSS na imprensa³⁴, 580.000 (quinhentos mil) benefícios estavam sendo mantidos por ordem judicial, sendo 220.000 (duzentos e vinte mil) auxílios-doença, sem que fosse realizada a revisão periódica do estado de incapacidade para o trabalho dos segurados³⁵.

Tem-se visto que mesmo a administração Pública recolheu as prerrogativas do regime jurídico administrativo, dentre as quais o poder-dever de auto-executoriedade dos atos administrativos de revisão do estado incapacidade quando o pagamento dos benefícios decorre de ordem judicial. Até recentemente, decidiu administrativamente aguardar o desfecho administrativo até a decisão de pedido de revogação das medidas de urgências requeridas, se o processo estiver em curso, ou trânsito em julgado da decisão judicial concessiva do benefício de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Institutos processuais passaram

32 MITIEIRO apud ABREU, Leonardo Santa de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

33 MACUSO apud EDUARDO CARREIRA ALVIM, op. cit., p. 22.

34 FARIELLO, Danilo. *Presidente do INSS quer cortar benefício de quem não tem direito*. Previdência aberta certo contra auxílio-doença concedido por decisão judicial e benefício por invalidez sem revisão periódica. Disponível em: <<http://economia.ig.com.br/financas/aposentadoria>>. Acesso em: 30 maio 2013.

35 O GT- Prevenção de Demandas avaliou o aumento das causas previdenciárias, ressaltando que que o INSS tem hoje mais de 100.000 (cem mil) benefícios por incapacidade (auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e LOAS) mantidos por determinação judicial, gerando uma despesa mensal de cerca de R\$ 220,6 milhões e anual de R\$ 2,87 bilhões.

a ser interpretados e praticados com desvio de finalidade. A simples interposição de recurso da parte contrária prolonga o efeito de paralisar a atividade administrativa até que o Tribunal decida incidentemente ou opere o trânsito em julgado, o que dificulta sobremaneira o contraditório e a ampla defesa, haja vista que, tanto tempo quanto for a maturação do conhecimento da *causa decidida*, o pagamento do benefício poderá ser mantido indevidamente. O Superior Tribunal de Justiça³⁶ também criou um precedente ameaçador que denota o quanto está afastado dos problemas enfrentados pela seguridade social, principalmente da instabilidade ou fluidez das relações de trabalho.

É a racionalidade que orienta a política processual adotada pelo Código de Buzaid, que, em alguma medida, conformam os partícipes e os destinatários das relações processuais, como deixa clara a exposição de motivo da legislação vigente, referindo-se à necessidade daquele diploma jurídico em face do surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial, da explosão demográfica e a necessidade de acelerar as técnicas de julgamento, mitigando o princípio da oralidade e da identidade física do juiz. Em derradeira análise, é a racionalidade econômica das relações de produção que institucionalizou o padrão da administração científica, inclusive no processo, pela cultuo às técnicas implementadas em fábricas por Frederick W. Taylor e complementada por Henry Ford, substituindo o empirismo pela ciência na organização de trabalho³⁷.

A relação jurídica processual, carente de debate multidirecional e plural, e, também atinge a advocacia pública, também alinhada às diretrizes de especialização, do trabalho repetitivo e em série, estimulando que as coisas fiquem como estão, de modo que se desenvolvem a cultura do demandismo e a banalização do direito ao benefício por incapacidade, como, por exemplo, a recusa de retornar ao posto de trabalho após a cessação do benefício, na tentativa de obter decisão provisória de pagamento de benefícios, aprofundando a inviabilidade do sistema de seguridade social. Em uma sociedade cada vez mais complexa, como afirma Beck, os riscos devem ser repartidos.

36 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp. n. 1.213.321-SC, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Tereza de Assis Moura. Data de julgamento 12 de dezembro de 2012. "Deferido o auxílio doença judicialmente pode a autarquia previdenciária rever a concessão do benefício, uma vez tratar-se e relação jurídica continuativa, desde que por meio de ação judicial, nos termos do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, e em respeito ao princípio do paralelismo das formas."

37 SANCHIS, op. cit. p. 32-34.

No caso, a eficácia social da jurisdição está nas portas de emergências que, para Carreira Alvim, estão representadas pelas tutelas antecipatórias e, dessa forma, operam também contra a sociedade civil. O processo civil em torno das causas de benefícios por incapacidade espelha a tradição do direito de enfrentar a questão social a partir da satisfação econômica da proteção do trabalho, sem questionar as estruturas de poder ou mesmo a racionalidade econômica tipicamente industrial, que reproduz as causas e os conflitos sociais e inativa o devido processo legal. Predomina a filosofia da técnica processual que, como reforça as lições de Ovídio Baptista³⁸, resultou do período industrial, afastando a hermenêutica jurídica e a autonomia do sistema jurídico na construção do saber e do discurso de poder.

5 A CONTRIBUIÇÃO DA PROPOSTA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

A teoria do direito contemporânea está calcada na filosofia do Estado Democrático: a tolerância, a liberdade científica e de religião e a ampla participação. A quebra dos paradigmas da sociedade industrial é a passagem do totalitarismo liberal ou social para o discurso ético, baseado na justificação e nos bons argumentos e, portanto, de justiça e equidade. No exercício dessa prática, vigora a abertura pela perda de referenciais sagrados e crenças de autoridade espiritual. É o momento interpretativo em que a validade decorre do domínio da facticidade, tendo como centro a importância da comunicação sistêmica, estratégica, dissenso ou dissenso consuetudário, como preconizado por Luhmann e Habermas. São aliás os valores incorporados para leitura do projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Sob o comando as orientações do Conselho Nacional de Justiça, a forma de resolução dos processos judiciais tem sido a *desjudicialização*. Instaurou-se a crise numérica no Poder Judiciário. Refere Mancuso a existência de uma cultura demandista ou judiciarista³⁹, citando a declaração de Cezar Peluso à imprensa em 11/08/2010:

A litigiosidade é um vício que prende a mentalidade tanto da sociedade quanto dos magistrados. Até a economia foi entorpecida, uma vez que muitos estudantes de Direito veem no litígio uma forma de ganhar dinheiro, movimentando uma verdadeira fábrica de advogados.

38 SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

39 MANCUSO, op. cit., p. 24.

Na análise das observações Trícia Cabral à perspectiva da força normativa no CPC⁴⁰, destaca que o processo segue a tendência mundial dos juízes gerenciais que, no sistema norte americano, negocia o curso, o tempo, a extensão pré e pós-julgamento (*case management*). Na Inglaterra, o juiz habituado a agir e falar pouco, também é pressionado pelas pesquisas de opinião, com a tendência de que tenha maior contato com o processo, inclusive para produção da prova, assim como na França, na Itália e em Portugal.

No entanto, ao menos enquanto ajuste dos elementos sistêmicos da funcionalidade da seguridade social, a retirada de processos ou a solução econômica não atende o devido processo legal substancial. Vale dizer, a despeito de mudanças conceituais a justificar tratamento mais digno ao trabalhador em situações de vulnerabilidade social e a interpretação da incapacidade para o trabalho pela via dos elementos normativos a confluência de forças para o devido processo legal ágil e focado na necessidade de satisfazer o pagamento do benefício traz imprevisível a possibilidade de como chegar a um consenso social ou ao menos um acordo comunicacional que tem que se dar no horizonte do significativo número de ações sobre a incapacidade para o trabalho. Não se pode tornar o direito mais operacional e menos reflexivo, sem valorizar o elemento prudência, objeto das ciências do direito conforme esclarece Eros Grau⁴¹. Nem a simplificação do problema, na forma de procedimentos que garantam o pagamento do benefício ou a busca da desjudicialização, excluindo o exercício do contraditório na forma de excluir uma relação jurídica plurilateral e reconstrutiva do direito processual, constituirá as expectativas esperadas do comportamento a que busca o sistema do direito.

Essa é uma linha de pesquisa que a ciência jurídica começa a se debruçar, como propõe a *teoria neoinstitucionalista* com Rosemiro Leal. Ou seja, localiza, no Estado Democrático de Direito, a acepção de um conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) pelos juridicamente legitimados.

40 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 208, jun. 2012, p. 275.

41 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Propõe que os provimentos (decisões, leis e sentenças decorrentes) resultem do compartilhamento dialógico-processual na Comunidade Jurídica Constitucionalizada, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação dos direitos, sem as estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes. Dessa forma, a garantia de direitos pela instituição do processo constitucionalizado não decorre mais de um guardião de um Poder Legislativo ou Judiciário comprometido com a administração pública de uma realidade extraordenamental, mas de um nível teórico-jurídico de uma comunidade política que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental.

Apesar de não ser uma nova ordem de pensamento acabado, a referida teoria contrapõem-se às regras que estão incrustadas no pensamento do processo civil, de índole liberal-burguesa ou fascista. Não admite nem o processo a serviço da lei nem a condução legalista do processo. O devido processo legal contemporâneo se desenvolve em outro nível de discurso⁴²:

[...]

O Estado (status da processualidade) e o Cidadão já deveriam estar em nível de igualdade institucional pela regência de uma instituição maior, que é hoje a jurisdição constitucional pelo processo, não sendo mais possível, no pós-modernismo, sustentar a existência hierárquica de instituições jurídicas ou a prevalência de umas sobre as outras no bojo constitucional, como se fossem caixas de ferramentas à escolha e a serviço do Estado Absoluto. A juridificação constitucional das inúmeras instituições, entre as quais o Estado, se dá atualmente por uma articulação normativa horizontalizadora, num “plano poliárquico”, não autárquico-estatal ou autocrático em que se conceberia a primazia de instituições sobre outras ou uma abrangendo as outras.

[...]

Com efeito, o conceito de parte como pessoa legitimada pela lei a atuar a lei é que poderá, em Direito democrático, balizar o campo hermenêutico, porque os conceitos de homem, indivíduo, cidadão, pessoa coletividade, sociedade, como autores ou atores anônimos

42 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 89-92.

do mundo da vida, não encerram vínculo jurídico participativo de procedimentalidade em bases jurídico-normativas para instalar regime de participação aberta a todos, porque esta abertura não se faz por ordem natural ou espontânea, mesmo quando os seus agentes se protagonizam como pessoas (partes) legalmente autorizadas para provocar decisões, criar, reconstruir ou extinguir as suas próprias realidades do existir jurídico.

É ainda uma qualificação da doutrina do *proceso civil de resultados* de orientação da Escola Processual Paulista, que defende o entendimento de que processo deve ser conduzido pelo magistrado, agente dotado de autorização constitucional para realização dos direitos fundamentais, concentrando-lhe poder de influenciar criação de legislações especiais e mais poder no devido processo legal. Contra essa corrente, a experiência de Habermas, que conta a Alemanha do pós-guerra, foi sustentada por uma sociedade civil capaz de dissociar-se do sistema econômico, como do sistema político administrativo, centrada principalmente na questão dos direitos, maior participação política e de justiça⁴³.

As demandas hoje, portanto, são resolvidas sob o enfoque exclusivamente econômico e do procedimento de normas absolutas e de um só poder. Não produz qualquer perspectiva de comportamentos sociais éticos, no que se refere à cultura do meio ambiente de trabalho equilibrado e à valorização do trabalho. A comunicação processual a esta finalidade é incompleta ou estanque, pois encerra o debate jurídico na satisfação da renda do segurado, o que é definido pelo conteúdo da prova pericial, inclusive com a prática de realização de acordos para pôr fim menos custoso ao erário; passando ao largo qualquer outra discussão que não esteja imediatamente relacionada à pragmática dessa forma de solução da lide.

Sobretudo após funcionamento dos Juizados Especiais Federais, as saídas desse jaez ampliam a busca do Poder Judiciário ou desenlace do que se denomina litigiosidade contida, mediante mais flexibilidade nas normas processuais e nas razões de reconhecimento da incapacidade de trabalho. Cooperações institucionais para viabilizar a prova técnica judicial da matéria médica, antecipando-a, bem como aparelhamento do devido processo legal, com credenciamento de médicos particulares ou criação de espaços para desenvolvimento dos exames, instalados nas dependências do Poder Judiciário ou agendados em consultórios privados, com dias certos de agendamento para atender os processos

⁴³ HABERMAS, op. cit., p. 50.

judiciais, atendem apenas um interesse do sistema de proteção social. A característica da temporariedade desses benefícios perde eficácia pelas frequentes ordens judiciais de que se promova reabilitação profissional, sem que se redirecione o discurso para empregador e o manejo de técnicas jurisdicionais inibitórias.

É de se dizer, no sistema justiça, o processo dos benefícios por incapacidade assume definitivamente a função de operacionalizar o pagamento de renda previdenciária e a diminuição dos gastos do governo. Essa solução jurídica vem ao encontro do fortalecimento do Poder Judiciário e da cobrança gerencial dos magistrados a partir de metas definidas pelo Conselho Nacional de Justiça, responsável por controlar administrativamente a função judicial, com a manifestação de vontade política de aproximar a eficiência do Poder Judiciários segundo as estratégias do mercado⁴⁴.

Não se mostra adequada a participação no processo para corroborar com o sistema político ou econômico, em que nem o poder público reavalia as decisões políticas para reconhecer novos direitos, nem o lucro é contido em face das obrigações jurídicas de prevenção, segurança e higiene do trabalho. O monopólio do Poder Judiciário, a simplificação e a especialização do debate de direito material mediante conversão do discurso jurídico em pecúnia reafirma apenas a racionalidade da satisfação econômica da pretensão, sem qualquer preocupação com os riscos no futuro.

A cultura e as práticas de políticas ativas de emprego, por exemplo, conferiram ao juiz de Toulouse fundamento jurídico para a condenar a Carrefour a suspender a decisão de cessar atividade importante sem consultar o órgão público CSHT (comité d'higiène, de sécurité et des conditions de travail) e um plano de pedidos voluntários ou despedia por motivo econômico, sob o entendimento de que o caso implicou em modificação da saúde dos empregados, obrigando-o a suprir a omissão da consulta⁴⁵. Do mesmo modo, já se desenvolvem em Portugal fundamentos jurídicos para retenção da prestação laboral em caso de perigo grave,

44 ATAÍDE, Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a capacitação e a avaliação dos magistrados federais*. Administração da Justiça Federal: concurso de monografias, 2004: Brasília, 2005. O autor revela a pesquisa do CJF à opinião pública em 1996, a qual demonstra que o Poder Judiciário é considerado elitista, sombrio, moroso, ineficiente e arcaico.

45 BILHERAN, Adriane; ADAM, Patrice. *Risques psychosociaux em entreprise*. Les solutions psychologiques et juridiques. Paris: Armand Colin, 2011. p. 32.

iminente e que não possa ser evitado, à luz do precedente da *chambre social de la Cour de cassation*, 05.04.2008, processo n. 06-45888⁴⁶.

Quer isso dizer que, se, no processo as altas discussões são levadas a outro momento, a outro procedimento e sob cuidados de mais especialistas, estão dissociadas do conflito ou se perdem na burocracia, restando essencialmente a lógica patrimonial de recuperação dos valores pagos pela previdência social, a exemplo do direito de regresso contra o empregador⁴⁷, hoje totalmente desconectado da rotina de inúmeras demandas provocadas pela má compreensão ou aplicação das normas de prevenção e medicina do trabalho e o crescimento dos afastamentos do trabalho.

O pensamento é marcadamente utilitarista, e não confirma o processo criativo e a participação isonômica dos agentes constitucionais para o fortalecimento do discurso no Estado Democrático de Direito, como se pode depreender das lições de Rosemiro Leal:

[...]

Ora, se assegurado o processo em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o processo tem, na atualidade, como lugar devido de sua criação, a Lei Constitucional (o devido processo constitucional como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade super posta ou a-late, subjacente ou obscôndita, valorativa ou corretiva, que por reconstrução celebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costume ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei.

Os juízos principiológicos (regentes) e os conteúdos gerais de fundamentação (eferentes), na aplicação do direito criado pela lei, não são inventados ou encontrados fora da lei, mas segundo o proceder indicado na lei e processualizado pelos direitos fundamentais constitucionalizados, contraditório, isonomia, da *atuação do advogado*, gratuidade postulatória, como conquistas históricas que, transportas

46 PIMPÃO, Céline Rosa. *A Tutela do Trabalhador em Matéria de Segurança, (Higiene) e Saúde no Trabalho*. Lisboa: Coimbra, 2008.

47 Destaque-se, todavia, a iniciativa de coletivizar as ações regressivas com o ressarcimento, em uma só demanda, de diversas prestações previdenciárias, na forma proposta contra a DOUX-FRANGOSUL S/A AGRO AVÍCOLA INDUSTRIAL. Além disso, as estratégias nacionais de divulgar perante a mídia um dia de ajuizamento de número de ações regressivas, dando-se publicidade às medidas institucionais de proteção das condições de trabalho.

para o discurso constitucional, não mais comportam interpretações de historicidade extralegal (de fundo axiológico-deontológico supletivo da lei), porque as conquistas teóricas do direito se faz, no plano do *due process* democrático, pela interpretação “ao pé da letra” da conexão normativa determinante do espaço-tempo estrutural do procedimento desvelador dos atos-fatos de defesa e exercício dos direitos fundamentais e não pela supervisão (epoché) transcendental e primal do juiz (nous-arché-diké). (Grifo nosso)

Nessa linha de intelecção, há de se afirmar a importância da advocacia pública como instrumento de garantia do comportamento ético da administração, colaborando para proposta discursiva do estado democrático, de modo a evitar que as instituições estatais promovam uma reação do forte em relação ao fraco que tanto preocupa o sistema internacional de direitos humanos⁴⁸, inclusive levando a cabo o princípio da proporcionalidade na proteção da juridicidade em derredor de direitos fundamentais⁴⁹; além de envidar a construção jurisprudencial de ampliação do debate no processo judicial, de forma a encontrar a responsabilidade nos diversos setores da sociedade e romper com a lógica do domínio do sistema econômico ou político.

Sair do poder da concentração da riqueza e da hierarquia presente, ainda, na tradição jurídica, como ainda se pode depreender do discurso da presunção de legitimidade dos atos administrativos, talvez justificado pela imponência da política em face da sociedade civil que, a todo o tempo, fora controlada pelas crenças religiosas, pelo poder de fogo dos generais ou a mando destes, traduzido, em tempos atuais, na criação de normas secundárias restritivas de direito, que ainda têm raízes na administração pública, veiculam e reforçam a violência e conduzem o processo reacionário antidemocrático, excluindo ou minimizando as possibilidades de maior interação social e integração jurídica no espaço judicante. Uma visão secular que reforça as regras processuais vindas de triste tradição em que a autoridade não se funda na validade dos

48 PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Humanos: uma análise comparativa dos Sistemas Regionais Europeu e Interamericano*. Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica, Avançando no diálogo constitucional e regional. Coord. Armin Bogdandy, Flávia Piovesan e Mirela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

49 BLANKE, Hermann-José. *El Principio de Proporcionalidad em el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano*. Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica, Avançando no diálogo constitucional e regional. Coord. Armin Bogdandy, Flávia Piovesan e Mirela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

argumentos, mas no predomínio da força e, em grande medida, impedem o processo mais criativo e a realização da justiça.

Exsurge, pois, outro papel da advocacia pública, que não pode se eximir de realizar o controle de juridicidade dos atos administrativos ou do processo administrativo em que se analisa a incapacidade para o trabalho. Devem ser objeto de crítica técnico-jurídica, principalmente as situações que fragilizam os fundamentos técnicos da perícia médica da autarquia à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, destacando-se a importância de cotejar os atos praticados pela autarquia com os inúmeros e reiterados precedentes judiciais, conduzindo a análise para adequada proteção social (readaptação/reabilitação profissional, inserção do profissional etc).

De acordo com as críticas de Mangabeira Unger ao recuo da Europa nos préstimos que a social democracia trouxe à humanidade, no pensamento e no exercício da advocacia pública em face dos problemas atuais, *é preciso estabelecer uma solidariedade social sustentada pela real responsabilidade assumida por cada pessoa de se preocupar com as demais que se encontram para além das fronteiras de sua família. Que se dê aos homens e às mulheres comuns vidas mais amplas*⁵⁰.

Portanto, por todos os lados, o perigo é o excesso do poder, escolhas que são incoerentes e, como alerta Luhmann, a ética da preocupação para evitar as catástrofes se tem generalizado tanto que se pode exigir moralmente a qualquer pessoa adote condutas adequadas⁵¹.

Convém ressaltar que, a partir da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, o modelo burocrático, pautado pela estrita legalidade, pela hierarquia e pelo procedimento formal, está sendo paulatinamente substituído pelo modelo de Estado Gerencial ou modelo “governança”, que institui na administração pública o conceito de eficiência no serviço público e de decisões razoáveis, considerando-se que as premissas legais devem ser analisadas de acordo com as tarefas a serem realizadas⁵².

50 UNGER, op. cit., p. 176-177.

51 LUHMANN, op. cit., p. 41.

52 MARTINS, Agemiro Cardoso Moreira. *A noção de Administração Pública e seus critérios de atuação*. Brasília: CEAD –UnB, 2013.

A Habermas acenou na construção do Estado Democrático de Direito, no sentido de que a sociedade civil tem que caminhar para integração social, despolitizando o poder político-administrativo mediante a divisão de poderes entre o dinheiro, por um lado, o poder político-administrativo, por outro, a solidariedade, gerada pela comunicação, por outro. O sistema de direito levado a cabo pelo poder político-administrativo provoca danos imprevisíveis à sociedade como se verificou no pós-guerra⁵³:

[...]

No porque o poder administrativo, considerado em sí mismo, sea algo malo, sino porque con él se pretendia cumplir funciones y substituir otros medios de integración sistémica y recursos de integración que no pueden cumplirse ou substituirse de esa forma sin provocar graves disfunciones o patologias...La destrucción de las relaciones informales, de grupos sociales, de asociaciones y redes de intercambio, la disolución de identidades sociales, la insuflación planificada de nuevos valores, la erosión de normas de comportamiento a las que se estava habituado, la paralización de la iniciativa y la actividad individuales em âmbitos de acción inabarcables que se caracterizan además por la sobre-regulación a la vez que por la inseguridad, el aislamiento y la exclusión de la comunicación pública espontánea...

Desse modo, a proposta neoinstitucionalista permite a luz de novas competências criativas aos sujeitos do processo, dando-lhe oportunidade de compor a na interação efetiva dos parceiros sociais contidos no Plano de Benefícios da Previdência Social e no foco propugnado pelas perspectivas estrangeiras e nacionais sobre os objetivos da Seguridade Social no Século XXI, especialmente de

53 HABERMAS. *Fatigada y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Katz, 2008. p. 52.

fomento de políticas ativas de emprego⁵⁴ e ampliação da cobertura nos países de maior déficit democrático⁵⁵.

6 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea está inserida em um contexto de aumento de riscos sociais, sendo necessário reformular o sistema de proteção social a partir dos elementos que reduzam os efeitos que se abatem sobre a realidade do trabalho. No Estado Democrático de Direito, a reconstrução do direito é uma decisão política que se realiza em uma tarefa intersubjetiva das instituições e da identidade constitucional, de modo que o espaço judicial não deve servir para afirmar apenas a lógica de mercado ou da autoridade da política pública, em prejuízo do desenvolvimento de uma cultura de respeito, tolerância e de estabilização dos comportamentos sociais.

A resposta judicial em torno dos benefícios por incapacidade remonta ao problema do uso desmedido e desarrazoado do poder político a reboque do sistema econômico, mas permite também questionar as práticas comuns que, passadas ao largo da observação, em um sentido

54 Entre outros, podemos citar: BELTRÁN, Nuria Pumar. *Política Activa de Empleo y Seguridad Social*.

Valencia: Tirant monografias 300, 2003. Diz a autora os esforços desempenhados pela União Europeia e da Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico: “se estan levando a cabo reformas administrativas con vistas a descentralizar la gestión de los servicios de empleo a nivel regional y local, incluso se fomenta las propias oficinas de trabajo. Con eso se mejora la eficacia de los programas de creación de empleos susceptibles de adaptar-se a las circunstancias locales y a la vez permite un tratamiento má individualizado atendiendo a las necesidades profesionales y de cualificación de las personas desempleadas.” CACHUC, Pierre; ZYLBERBERG, André. *Le chômage, fatalité ou nécessité?*. Paris: Champs essais, 2005. Segundo esses autores, a legislação atual francesa serve sobretudo para proteger os assalariados contra as rupturas do contrato de trabalho que não respeita os direitos fundamentais da pessoa, controlando, inclusive se as demissões se justificam sobre o plano econômico, dentre outras, definem o montante das indenizações “ Le code du travail s’inspire de ce préambule et stipule que tout licenciement doi être fait aucune référence à l’origine, au sexe, au moeurs, à la situation da famille, à la nacionalité, a l’ethnie, à la race, à la religion, a l’état de santé, à um handicap (sauf exception dûment constatée par le médecin du travail)... Dans ces conditions, la protection de l’emploi poursuit au moins trois objectifs économiques: augmenter ou stabiliser l’emploi en diminuant les destuuctions, réduire les risques encourus par les salariés et inciter les entreprises à tener compte de la valeur sociale des emplois.”

55 Entre nós, as publicações oficiais assumem o compromisso político: “ Ou seja, queremos superar a lógica arrecadatória e implantar uma lógica preventiva, que persiga a melhoria das condições de trabalho e da saúde dos trabalhadores. A Diretoria de Saúde do Trabalhador será também responsável pela implantação de uma política de reabilitação profissional e reinserção no mercado de trabalho. Para viabilizar essa política, fizemos um convênio com o Sistema S e contratamos mais assistentes sociais. Cf. PIMENTEL, José. *A Previdência Social vive um novo tempo. 2003-2010. O Brasil em transformação. As novas bases da cidadania: políticas sociais, trabalho e previdência social/(organização) Juarez Guimarães*. – São Paulo: Fundação Pseu Abramo, 2010.

semelhante, também são apresentadas como técnicas eficientes, operando, na realidade, como reprodução do arbítrio, da transformação de associação de pessoas livres em objetos, números e trabalhos automatizados, retirando-as da consciência sobre a importância de resgatar na sociedade civil o sistema de direitos.

O regime democrático pressupõe outra racionalidade jurídica que se renova a partir do discurso, da pluralidade de ideias, da força normativa da constituição, do controle de constitucionalidade e da proteção e eficácia dos direitos fundamentais. Desse modo, o processo judicial, como espaço institucional para definição dos litígios, deve repartir adequadamente os riscos sociais, inclusive para reformular a organização e os métodos das instituições, de modo que o dizer o direito sirva à promoção de mudanças nos comportamentos sociais e no desenvolvimento da ética no sistema econômico e político a partir da autonomia do sistema jurídico.

REFERÊNCIAS

ABREU, Leonardo Santa de. *Direito, ação e tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011.

ANMP. *Congresso de Perícia-Médica do INSS*. Disponível em: <www.anmp.com.br>. Acesso em: 10 maio 2013.

ATAÍDE, Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a capacitação e a avaliação dos magistrados federais*. Administração da Justiça Federal: concurso de monografias, 2004: Brasília, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <www.georgemlima.xpg.com.br/barroso>. Acesso em: 15 ago. 2013.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidade*. Paidós: Barcelona, 2006.

BELTRÁN, Nuria Pumar. *Política Activa de Empleo y Seguridad Social*. Valencia: Tirant monografias 300, 2003.

BILHERAN, Adriane; ADAM, Patrice. *Risques psychosociaux em entreprise*. Les solutions psychologiques et juridiques. Paris: Armand Colin, 2011.

BLANKE, Hermann-Josef. *El Principio de Proporcionalidad em el Derecho Alemán, Europeo y Latinoamericano*. Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica, Avançando no diálogo constitucional e regional. Coord. Armin Bogdandy, Flávia Piovesan e Mirela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Portaria Conjunta PGF/PFE-INSS n. 128/2008*.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Concessão e manutenção dos benefícios do Auxílio-doença*. Relatório de auditoria de natureza operacional. Relator Ministro Augusto Nardes- Brasília: TCU, 2010

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do juiz no novo CPC. *Revista de Processo*. v. 208, jun./2012.

CACHUC, Pierre; ZYLBERBERG, André. *Le chômage, fatalité ou necessite?* Paris: Champs essais, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1989.

CHESNAIS, François. *A Mundialização do Capital*. Xamã: São Paulo, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Malheiros: São Paulo, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011.

FILHO, Domingos Leite Lima. *A divisão internacional do trabalho sob a modernidade líquida do capitalismo globalizado*. Trabalho: diálogo multidisciplinares/Daisy Moreira Cunha, João Bosco Laudares, organizadores. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

GIDDENS, Anthony. *Europa em la era global*. Paidós: Barcelona, 2007.

HABERMAS, Jurgen. *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Katz, 2008.

_____. *Faticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 2010.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. DP&A: Rio de Janeiro, 2006.

HIRSCH, Martin. *Sécu: objectif monde. Le défi universel de la protection sociale*. Paris: Stock, 2011.

KUTTNER, Robert. *O papel dos governos na economia global*. No limite da Racionalidade. Anthony Giddens; Will Hutton, organizadores. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais*. Lineamientos para una Teoría General. México: Alianza/Iberoamericana, 1991.

_____. *Sociología de riesgo*. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MADALOSSO, Luiz Fernando; MESQUISTA, Paulo Moacir; MAGALHÃES, Zenóbio Pereira Terto. Conflitos de interpretação na concessão de benefícios por incapacidade para o trabalho. *Revista da Associação Nacional dos Médicos-Peritos da Previdência Social*. Ano VI, jan./fev. 2012. Disponível em: <www.anmp.com.br>. Acesso em: 10 maio 2013.

MARTINS, Agemiro Cardoso Moreira. *A noção de Administração Pública e seus critérios de atuação*. Brasília: CEAD –UnB, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011 (processo civil moderno; v. 1).

PIMENTEL, José. *A Previdência Social vive um novo tempo. 2003-2010. O Brasil em transformação. As novas bases da cidadania: políticas sociais, trabalho e previdência social/(organização)* Juarez Guimarães. – São Paulo: Fundação Pseu Abramo, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Humanos: Uma Análise Comparativa dos Sistemas Regionais Europeu e Interamericano. Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica, Avançando no diálogo constitucional e regional*. Coord. Armin Bogdandy, Flávia Piovesan e Mirela Morales Antoniazzi. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIMPÃO, Céline Rosa. *A Tutela do Trabalhador em Matéria de Segurança, (Higiene) e Saúde no Trabalho*. Lisboa: Coimbra, 2008.

SANCHIS, Enric. *Trabajo y paro en la sociedad postindustrial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O que a esquerda deve propor*. Civilização brasileira: Rio de Janeiro, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995.

ZINET, Caio. *Condições pioram, acidentes aumentam*. Número de acidentes de trabalho aumenta na última década, preocupa sindicatos e organismos internacionais, que culpam a forma de produção. Caros Amigos, a primeira à esquerda. São Paulo: Casa Amarela, ano XVI, n. 187/2012.

ZOBERMAN, Yves. *Une Histoire du chômage*. De l'antiquité à nos jours. Perrin: Paris, 2011.

O ANTAGONISMO POLÍTICO E O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO: (RE) VISITANDO UM CONCEITO CLÁSSICO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

*THE POLITICAL ANTAGONISM AND ORIGINAL CONSTITUENT
POWER: (RE)VISITING A CLASSIC CONCEPT OF
CONSTITUTIONAL LAW*

*Luiz Elias Miranda dos Santos
Advogado¹*

SUMÁRIO: 1 Considerações iniciais; 2 O poder constituinte e duas abordagens contrapostas; 3 O antagonismo político; 4 Uma compreensão renovada do poder constituinte originário; 5 Considerações finais; Referências.

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra (Portugal), especialista em Direitos Fundamentais e Democracia pela Universidade Estadual da Paraíba, membro colaborador do Centro Brasileiro de Estudos Sociais e Políticos (CEBESP), investigador do Laboratório Internacional de Investigação em Transjuridicidade (LABIRINT/UFPB)

RESUMO: Em termos de teoria da Constituição, um dos pontos mais caros ao direito constitucional clássico (aquele diretamente ligado ao constitucionalismo liberal pós-revolucionário) é o do poder constituinte originário, entendido como exercício de um poder político ilimitado para plasmar a forma estatal, tal como uma força teológica secularizada. Tendo como fio condutor a atual compreensão de Estado constitucional e o ressentimento que este possui em relação ao exercício de um poder político que não conhece limites, seria racional proceder com a revisão desta teoria essencialmente arraigada na tradição jusnaturalista. O objetivo deste breve estudo é justamente revisitar a teoria do poder constituinte originário e externar um conceito que deixe de lado posições ligadas ao exercício de um poder político de natureza ilimitada, passando a ver o poder constituinte originário como um poder claramente submetido a limites por meio do contributo que Carl Schmitt dá à interpretação de decisões e cenários pré-constitucionais por meio de sua ideia de antagonismo político.

PALAVRAS-CHAVE: Antagonismo Político. Carl Schmitt. Direito Constitucional. Poder Constituinte Originário.

ABSTRACT: In terms of the theory of the Constitution, one of the most expensive points to the classic constitutional right (the one directly connected to the post- revolutionary liberal constitutionalism) is the original constituent power understood as an exercise of unlimited political power to shape the state form, such as a secularized theological force. Having to thread the current understanding of constitutional state and resentment that this has in relation to the exercise of political power that knows no boundaries , it would be rational to proceed with the revision of this theory essentially rooted in the natural law tradition. The purpose of this brief study is just revisit the theory of the original constituent power and express a concept that set aside positions connected with the exercise of a political nature and power of unlimited pass to see the original constituent power as a power clearly subjected to limits by means the contribution that Carl Scmitt gives the interpretation of pre-constitutional decisions and scenarios through his idea of political antagonism.

KEYWORDS: Carl Schmitt. Constitutional Law. Political antagonism. Original Constituent Power.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos dogmas mais enraizados do direito constitucional liberal é o poder constituinte originário, tão entranhado que, num primeiro momento, talvez possamos impor uma primeira dificuldade de que nada mais de novo pode ser falado sobre o mesmo.

Contudo, é sempre possível (re)visitar temas antigos sobre renovadas perspectivas.

Embora o positivismo implicado ao liberalismo político busque a construção de explicações racionais do mundo desvinculado de justificações teológicas ou fenomenológicas (o próprio Habermas aponta o desencantamento das imagens religioso-metafísica e modificação das estruturas de consciência como um traço caracterizador da modernidade²), é inegável o caráter abertamente teológico e jusnaturalista do poder constituinte originário e sua definição como exercício de um ilimitado poder de criação, funcionando quase como uma assinatura³.

Se ansiamos por um conceito de poder constituinte originário que seja capaz de analisar o que acontece em nossa práxis constitucional, é preciso deixar de lado a influência no jusnaturalismo francês da soberania popular e buscar um conceito mais racional, que tenha em mente as reais limitações às quais pode estar submetido o processo de criação de uma nova Constituição.

O desiderato principal deste estudo é fixar uma compreensão do poder constituinte originário para além da ilusão de um poder de criação ilimitado, demonstrando que um conceito deste poder que possua plena adequação à concepção de constitucionalismo como domesticação do domínio político só pode ser levado a cabo por meio da eliminação de exercícios de um poder totalmente desvinculado.

Para os fins aqui almejados, achamos interessante buscar esta nova noção de poder constituinte originário a partir da abertura interpretativa do fenômeno político ao pensamento político de Carl Schmitt e a figura

2 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010. p. 228 e ss.

3 Sobre a reprodução de conceitos políticos na modernidade de forma secularizada, mas que no fundo reproduzem estruturas teológicas do passado, mas estas que podem ser percebidas, tais como assinaturas, cf. AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a Glória – Uma Genealogia Teológica da Economia e do Governo*. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 16. Sobre tal marca teológica no poder constituinte, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 147.

central que o antagonismo político ocupará em suas ideias e em seu próprio conceito de Constituição.

Esta breve investigação organizar-se-á em três partes (ou eixos) fundamentais: a primeira parte confrontará o clássico conceito de poder constituinte, mas já expõe a problematidade do mesmo e contrapondo-o à formulação por nós adotada; a segunda parte abordará o conceito de política e o antagonismo como seu conteúdo essencial tal como exposto na obra de Carl Schmitt; por fim, a terceira parte consolidará o nosso conceito de poder constituinte originário como uma compreensão renovada de um tema clássico do direito constitucional liberal.

2 O PODER CONSTITUINTE E DUAS ABORDAGENS CONTRAPOSTAS

Ressalte-se, desde o princípio, que esta breve reflexão sobre o poder constituinte não objetiva adentrar (de forma mais profunda) em polêmicas tais como sua titularidade ou a legitimidade do mesmo, nosso interesse principal cinge-se ao seu conceito e possíveis vinculações que possam existir em seu exercício.

A teoria do poder constituinte é basicamente uma busca por legitimidade de uma nova forma de domínio político, onde se buscou conferir ao poder político que emergiu da revolução francesa, em fins do século XVIII, para que esta nova autoridade gozasse de uma aceitação tal como o Antigo Regime desfrutou até sua derrocada.

Deve-se registrar que o poder constituinte sempre existiu.

Desde que a humanidade conheceu formas políticas de organização, regimes caem e surgem numa velocidade fantástica. O que devemos afirmar claramente é que o poder constituinte como teoria jurídico-política é fruto direto do labor do iluminismo, em especial do racionalismo francês⁴.

Sendo um conceito fractal para a ideia de revolução, como adotada pelos franceses no século XVIII, o poder constituinte cumpria bem a função de apanágio daquele ao sugerir que seu exercício implicaria na sensação de que o “curso da história de repente se inicia de novo”⁵, onde da mesma forma que a revolução buscava empreender uma ‘nova história’

⁴ Cf. BONAVIDES, op. cit. p. 147-148.

⁵ ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 56.

nunca antes escrita ou narrada, o poder constituinte surgiria como uma realidade complementar, criando novas instituições políticas, ou seja, da mesma forma que a revolução implica num novo começo da história, o poder constituinte significaria um novo começo jurídico-político, tal recomeço seria muito mais perceptível a partir da emergência de uma nova Constituição, plasmada a partir dos valores identificados com a ruptura político-institucional.

Na abordagem do poder constituinte é comum a imposição de uma distinção entre o poder constituinte originário e o derivado. O primeiro cria a Constituição, o segundo assegura a poder de reforma da mesma.

Nossa investigação centra-se no conceito do primeiro, o poder de reforma da Constituição não ocupa – neste espaço – maiores preocupações quanto a sua conceituação.

Ao nominar o poder constituinte originário, surgem dúvidas não facilmente superáveis sobre sua natureza e a própria caracterização.

Há quem afirme que o mesmo é “essencialmente político”⁶ em decorrência de seu exercício potestativo ilimitado e, quando se fala de um exercício ilimitado do poder constituinte, defende-se a impossibilidade de que ele seja analisado por meio de uma racionalidade jurídica.

Se tivermos em mão a formulação de poder constituinte como “vontade política cuja força ou autoridade é capaz de adotar a concreta decisão de conjunto sobre o modo e forma da própria existência política”⁷, tomaremos o mesmo como vontade política de dar forma existencial a uma comunidade e, portanto, deveríamos ter em mente um exercício de poder ilimitado, já que o poder constituinte seria o ato de dar forma à forma, daí, seria o ato de plasmar a modelagem política do Estado.

Contudo, poderíamos obstar várias questões quanto a este conceito de poder constituinte concebido de forma ilimitada tal como uma *potestas superiorem non recognoscens*.

Concepções ilimitadas não se adéquam a necessária percepção atual do Estado constitucional, motivo pelo qual se faz necessário repaginar o que temos como poder constituinte originário.

6 BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 152.

7 SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p. 93-94.

Dentro da problemática do poder constituinte, assim como muitas das aporias do direito constitucional, revela-se a controversa relação entre direito e política: embora a política dê origem ao direito⁸, este se emancipe daquela e partir da modernidade, é observável o fenômeno da tentativa do direito normatizar a atividade política, que sempre tende a uma excessiva liberdade e os excessos dela decorrente, ou seja, a relação entre direito e política sempre será travada por meio da tentativa de domínio (por parte do direito) e a tentativa (da política) de desvencilhar-se das limitações impostas.

Referir-se ao poder constituinte, então, quer dizer sobre a origem da Constituição e a origem desta apenas se dá dentro de um “processo histórico-político determinado, se vê sustentada e configurada por determinadas forças”⁹, afirmação esta que evidencia a insustentabilidade da concepção clássica de um poder constituinte originário tido como ilimitado indiferente à realidade que o cerca.

Tendo em vista a necessidade de fixar um conceito do que vem a ser o poder constituinte originário, é essencial que escapemos dos conceitos puros do normativismo kelseniano e do jusnaturalismo.

Embora sejamos tentados a defender uma concepção política do poder constituinte, onde o mesmo pode ser visto como uma “ideia de ordem que se faz firme normativamente através de uma decisão da vontade política, sustentada pelo povo ou pelos grupos e forças determinantes pela sociedade”¹⁰, seria mais coerente ver o poder constituinte como um conceito situado numa ‘zona gris’ entre o direito constitucional e a política.

Por estar situado numa zona de indeterminação, não se mostra possível afirmar categoricamente que ele seja necessariamente jurídico ou política e, sendo um conceito-limite do direito constitucional (mas não no sentido preconizado por Böckenförde), ele constitui uma franja ambígua entre o que é político (ao encerrar em si uma força criadora executora de um programa político) e simultaneamente jurídico (ao criar limites, ser limite e ao mesmo tempo estar limitado).

8 Embora tratemos aqui de uma relação originária, não defendemos a posição radical do Law is politics tal como defendido pelos partidários dos Critical Legal Studies em razão da mesma ser contrária à pretensão de autonomia do direito, o que nos referimos aqui é que, embora o direito nasça a partir da política, dela de autonomiza, seguindo uma diversa racionalidade.

9 BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 160.

10 *Ibidem*, p. 162.

Tendo em vista esta forma de pensar, podemos julgar que o mais coerente seja interpretá-lo como “força [...] capaz de criar, de sustentar e de cancelar a Constituição em sua pretensão normativa de validade”¹¹, onde, embora nos servimos do conceito do E-W. Böckenförde, não nos alinhamos totalmente com tal taxonomia onde o vocábulo ‘força’ assume interpretações bastante diversas da posição do publicista alemão.

Após uma definição do poder constituinte e sua natureza híbrida, embora seja bastante clara a impossibilidade de impor limites aos trabalhos de uma assembleia constituinte, como já afirmou preteritamente o *Bundesverfassungsgericht* alemão¹², há que se falar em limites materiais para a atuação deste poder, o que implica na inexistência de vinculação normativa no exercício do mesmo, mas, por outro lado também implica na existência de marcos decisórios pré-constituintes e de princípios suprapositivos que podem limitar a atuação do poder constituinte ao criar uma nova Constituição, onde “embora seja certo que o poder constituinte anda [...] associado a momentos fractais ou de ruptura constitucional [...] também é certo que o poder constituinte nunca surge num vácuo histórico-cultural”¹³.

Conquanto, ao invocar possíveis limitações do poder constituinte originário, surge a indagação que poderia tomar a forma de um regresso infinito: de onde surgem os limites ao exercício do poder constituinte?

Tal resposta só pode ser efetivamente obtida ao mergulharmos no pensamento político de Carl Schmitt, mais especificamente na sua ideia de antagonismo político.

3 O ANTAGONISMO POLÍTICO

Qual seria a importância de mencionar o antagonismo político dentro de uma investigação sobre o poder constituinte originário?

A dissecação o antagonismo político como coordenada metodológica mostra-se de importância tal que assume o papel de um dos ‘centros de gravidade’ deste estudo.

11 BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 163.

12 BVerGE 1, 14 (61).

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 81-82.

Como veremos melhor mais à frente, o antagonismo impõe o enfrentamento de grupos no sentido de uma luta sobre o monopólio da decisão política fundamental, ou seja, a decisão que traz em si a ‘vontade de constituição’, uma decisão política que pressupõe o conteúdo essencial que deve ter a Constituição jurídica do Estado, sendo muito útil aqui a dicotomia entre Constituição (como vontade) e lei constitucional (como precipitação positiva da vontade constitucional)¹⁴.

Em suma, é o antagonismo o fato político que desencadeia a modelagem constitucional do Estado por parte dos vencedores de um conflito.

Na atualidade, cresce uma voz de natureza otimista, que tenta tornar sólida a ideia de que a política é um espaço plural que busca a realização da felicidade de todos, sem distinção alguma, ou seja, a política seria o espaço para propagação da felicidade.

De acordo com esse objetivo, a fraternidade teria papel essencial como princípio informativo da ação política, regulador do exercício razoável da liberdade e igualdade¹⁵.

Por mais animadora, ou até mesmo sedutora, que seja tal ideia, não é possível seguir por tal senda.

Afinal de contas, a natureza da política, desde seus primórdios, está ligada ao antagonismo.

O enfrentamento entre dois lados contrapostos é a essência do político, independentemente da existência de uma esfera estatal, como usualmente defende-se, como se o conceito do político fosse pressuposto pelo conceito de Estado¹⁶ (associação entre estatal e político).

A fraternidade pode ser mais aplicada como princípio jurídico do que como elemento essencialmente político.

A política é ação humana que sempre tenta fugir das esferas de controle, mostrando-se incompatível, comumente, com a mediação ou com o sopesamento de interesses.

14 Cf. SCHMITT, op. cit. 1996. p. 45 e ss.

15 Em tais termos, Cf. BAGGIO, Antonio Maria (org.). *Il Principio Dimenticato: La Fraternità nella Riflessione Politologica Contemporanea*. Roma: Città Nuova, 2007.

16 SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 43.

Por sua vez, é sempre o direito que busca a conciliação e o papel mediador não alcançado pela política, o equilíbrio no intuito de preservar a instância de convivência que conhecemos como sociedade.

Por mais que possa a política “ser vista como uma espécie de espaço de convivência (a *polis* do mundo antigo) dentro da qual os seres humanos procuram sua realização coletiva”¹⁷, este espaço convivencial sempre será marcado pelo conflito e pela contraposição – moderada ou extrema, dependendo do caso – dos interesses políticos de vários grupos sociais.

Ao se observar a práxis política contemporânea, pode-se encontrar com muito mais facilidade a contraposição mais ou menos intensa entre facções políticas do que a mediação fraterna de interesses, como já afirmado anteriormente. Isto ocorre porque o ser humano é um animal naturalmente conflituoso, que tende sempre a maximizar a plausibilidade de seus interesses em detrimento dos interesses diversos dos seus. Da mesma forma, o homem tende a agrupar-se em torno dos seus semelhantes, daqueles que demonstram ter interesses compatíveis ou parecidos com os seus na intenção de atingir, de forma utilitária, sua máxima satisfação.

A reunião de grupos, com membros possuidores de interesses semelhantes e sua confrontação com outros grupos de interesses contrapostos remissiva aos primórdios da humanidade, é a raiz da política contemporânea, em especial se analisarmos a ordem internacional.

Neste contexto, literalmente, o século XXI notabilizou-se pela radical divisão do globo entre amigos e inimigos, dependendo dos seus interesses, nem sempre totalmente aparentes, e muitas vezes portadores de discursos demagógicos, em que, o que se defende não é aplicado dentro de seu próprio território¹⁸.

17 ALMEIDA FILHO, Agassiz. Carl Schmitt e o Antagonismo Político. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz. BARROS, Vinícius Soares de Campos (Org). *Novo Manual de Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 468.

18 Referimos-nos aqui à mudança de tom na política internacional – e até mesmo nacional, já que nos últimos anos tem se fortalecido, principalmente no Direito Penal o discurso antigarantista, com a interpretação limitadora e até mesmo o retrocesso dos direitos e garantias fundamentais – ocorrida após 2001, com a sem sentido guerra ao terror. Esta consiste na imposição forçada (muitas vezes por meio de intervenções militares) de regimes democráticos em alguns países do mundo considerados pela doutrina da guerra preventiva como Estados fracassados, entre outras construções doutrinárias que se baseiam na negação do outro em moldes antagonistas e na prevalência dos argumentos mais fortes (ou mais bem armados). Sobre este panorama sombrio da política externa no atual século, Cf. CHOMSKY, Noam. *Estados Fracassados*. São Paulo: Bertrand Brasil, 2009.

Desta forma, adotando-se o paradigma antagonista para a compreensão de fenômeno político, ganham relevância as ideias do jurista alemão Carl Schmitt (1888-1985), um dos bastiões do Direito Público tedesco antinormativista no século XX – em clara oposição à escola neokantiana encabeçada por Hans Kelsen¹⁹ – e grande opositor da República de Weimar (1919-1933).

Schmitt também foi colaborador do regime nacionalsocialista, assim como algumas outras figuras intelectuais alemãs como Martin Heidegger(1889-1976), Ernst Jünger (1895-1998) e Karl Larenz (1903-1993).

A proposta de Schmitt é a reconstrução (que, ao mesmo tempo, não deixa de ser uma desconstrução, como bem nos lembra Jacques Derrida) do político na busca de um conceito autônomo²⁰.

Segundo Schmitt, não há uma definição independente sobre o que é o político. Tal conceito é sempre remissivo a alguma outra realidade (moral, estética, religião, economia, etc.). Em geral, “o Estado surge (...) como algo político, o político, porém, como algo estatal; evidentemente um círculo que não satisfaz”²¹.

A grande busca do pensador alemão é a construção de um conceito do que seria o político que não fizesse referência a nenhum outro conceito existente no pensamento contemporâneo.

Schmitt sempre autuou em prol da autonomia da definição do político, um dos tópicos mais obscuros e espinhosos da filosofia política desde a época clássica²².

A partir de alguns conceitos platônicos (que já mencionava um polarização entre os iguais, cidadãos da Cidade e os ‘diferentes’, os

19 A disputa intelectual entre Schmitt e Kelsen até meados dos anos 1930/1940 pode ser compreendida como uma das mais acirradas dentro da ciência jurídica do século XX. Sobre o debate dos dois em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, Cf. HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la constitución. *Revista de Estudios Políticos*, n. 86, 1994. p. 195-227.

20 Sobre a busca de Carl Schmitt por um conceito autônomo do político, Cf. FLICKINGER, Hans Georg. A Luta pelo Espaço Autônomo do Político. In: SCHMITT, op. cit. 1992. p. 9-26 (apresentação).

21 SCHMITT, Carl. op. cit. p. 44.

22 Não devemos confundir a autonomia buscada por Schmitt para o que vem a ser o político com a pureza metodológica preconizada por Kelsen, promovendo assim, uma aproximação indevida e impensável. Para ter em mente as origens da pureza buscada por Hans Kelsen na construção de sua Teoria do Direito, Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

estrangeiros, aqueles que não faziam parte da cidade nem como cidadãos, ou qualquer outro estrato inferior da mesma) presentes em “A República”, Schmitt formula uma tese bastante original.

O político, segundo o autor alemão, seria baseado unicamente na aproximação entre amigo (*Freund*) e inimigo (*Feind*)²³, ou seja, a distinção amigo-inimigo seria o critério do político, apenas esta distinção de aproximação ou repulsão definiria o que vem a ser político, “na medida em que ela não é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições”²⁴.

De forma mais específica, Schmitt não busca a construção de um compreensão inerte do que venha a ser o político, mas em “fixar o critério derradeiro cuja aplicabilidade a certa instituição, ideia ou ação permite qualificá-la de política e diferenciá-las de outras instituições, ideias ou ações que carecem de valor político”²⁵.

Contudo, apesar de certa correspondência entre o conceito schmittiano de política e a conjuntura política contemporânea, haveria um liame entre a distinção amigo-inimigo e o poder constituinte originário?

Tal relação é bastante evidente. O caráter heterogêneo assumido pela sociedade contemporânea torna a dinâmica política um *pluriversum* de grupos mais próximos (amigos), ou mais distanciados (inimigos).

Tais grupos necessariamente irão lutar – com maior ou menor possibilidade de um confronto, que pode ultrapassar as mobilizações pacíficas ou a retórica política, sempre estando presente a possibilidade

23 O antagonismo já se encontra presente na própria distinção linguística entre estes dois sujeitos, a partir da distinção entre as duas palavras alemãs já é possível extrair um conteúdo semântico de que a diferença entre amigos e inimigos, apesar de ínfima, pode levá-los à hostilidade.

24 SCHMITT, op. cit., p. 51-52.

25 BRAVO, Ramón Campderrich. *La Palabra de Behemoth: Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005. p. 42.

de conflito bélico²⁶ como uma situação emergente num eventual futuro²⁷ – pelo controle do Estado, procurando moldá-lo segundo seu próprio modo de entender a convivência.

A partir daí, podemos observar o poder constituinte originário sob uma perspectiva diferente da tradicionalmente difundida pelo pensamento constitucional.

Se o poder constituinte originário importará na vontade resultante do final do conflito entre amigos e inimigos, não será lógico afirmar que este poder manifesta-se de forma ilimitada, pois os limites da vontade constituinte da decisão política fundamental é diretamente resultante do final do conflito entre amigos e inimigos, então há um marco pré-constitucional para o exercício do poder constituinte além das balizas supra-positivas que, caso violadas, podem vir a retirar a legitimidade do resultado da decisão constituinte.

4 UMA COMPREENSÃO RENOVADA DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Enfim, podemos agora, após apresentar as visões contrapostas do poder constituinte originário, mostrar o que o contributo do antagonismo político pode fornecer para a compreensão daquele dentro de um Estado constitucional, podemos repaginar, dar uma visão renovada ao poder constituinte.

Havendo espaço para uma ligeira digressão, poderíamos tangenciar a questão do povo dentro do poder constituinte.

26 O desencadeamento da guerra como decorrência da hostilidade entre amigos e inimigos na obra de Schmitt não se mostra como algo obrigatório. Dela também não resulta necessariamente a construção de um estado de beligerância permanente, a exemplo da guerra de todos contra todos do estado de natureza hobbesiano. Percebe-se que na obra de Carl Schmitt a guerra é vista como ultima ratio do conflito entre amigos e inimigos, uma última solução ante a intensificação do conflito entre as grandezas políticas e a impossibilidade de conciliação. Nessa mesma linha que Lívio preconizava que “é justa a guerra que é necessária, e sagradas são as armas quando não há esperança senão nelas”. Apud ARENDT, op. cit. p. 37.

27 Ressalte-se que defendemos a interpretação da teoria política de Carl Schmitt segundo a qual a guerra não pode ser um estado permanente dentro do ente estatal, mas tão somente uma eventualidade que poderá acontecer quando do choque entre amigos e inimigos. Superada a fase de conflito e moldado o Estado segundo a vontade do grupo vencedor, desaparece o estado de guerra, apesar da tensão sempre presente entre o grupo vencedor e os remanescentes do grupo vencido na disputa pelo poder. Em sentido contrário à nossa posição, cf. ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 241.

Classicamente, o povo é concebido como o titular do poder constituinte. Daí, então, a Constituição retiraria sua legitimidade do exercício de um poder popular em nome dele exercido, onde haveria a criação de uma nova ordem jurídico-política.

Mas, dentro do horizonte de um mundo marcado por uma cisão entre amigos e inimigos que se digladiarão pelo controle da decisão política fundamental, onde entra a figura do povo? Amigos e inimigos serão o povo? Apenas os vencedores do conflito serão o povo ou o povo será aquilo que a decisão política fundamental disser que são?

Embora existam visões clássicas que demonstrem o povo como figura central do regime democrático, este sintagma pode assumir diversos significados que podem vir a gerar alguma confusão.

Dependendo da acepção que possamos adotar, o povo pode vir a ser o “*sujeito de dominação [...] por meio da eleição de uma assembleia constituinte e/ou da votação sobre um texto de uma nova constituição*”²⁸ (sentido ativo), uma espécie de instância global da atribuição de legitimidade democrática²⁹ (sentido do exercício indireto do poder popular, ao qual confere-se, na definição anterior, o povo como atribuição do exercício do poder), uma figura icônica para legitimar remotamente um regime³⁰, ou ainda, ser entendido como povo-destinatário de prestações civilizatórias do Estado³¹ (a legitimação, neste caso, dar-se-ia por meio da reafirmação – a partir das ações estatais propícias a este objetivo – de validar os direitos fundamentais).

Embora possam parecer interessantes, não acreditamos que tais respostas solucionem a pergunta sobre quem é o povo.

Mostra-se interessante a contraposição dialética realizada por Giorgio Agamben, que afirmar ser o povo “um conceito polarizador, que indica um duplo movimento e uma complexa relação entre dois extremos”³².

28 MÜLLER, Friederich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 55.

29 Cf. *Ibidem*. p. 59 e ss.

30 Cf. *Ibidem*. p. 65 e ss.

31 Cf. *Ibidem*. p. 75 e ss.

32 AGAMBEN, Giorgio. Che Cos'è un Popolo? In: AGAMBEN, Giorgio. *Mezze senza Fine: Note sulla Politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 1996. p. 31.

Em termos mais realísticos, poderíamos falar sobre “o mesmo *Povo* como corpo político integral, de outra parte o subsistema *povo* como multiplicidade fragmentária e corpos e necessitados e excluídos”³³. Por meio de uma prática desconstrutiva, não seria possível falar de povo, mas na verdade de povos.

Interpretar a política por meio do antagonismo implica em dizer que sempre haverá um lado vencedor e outro perdedor.

O primeiro satisfaz-se por meio da concretização de sua representação de mundo no texto constitucional, ao lado perdedor restam poucas opções, ou transforma o processo político num campo de batalha como continuação do antagonismo amigo/inimigo (correndo-se o risco de ocorrer novamente o que se passou durante a República de Weimar, onde a vitória nacionalsocialista foi uma decorrência da luta entre grupos políticos que não encontram um consenso mínimo para a governação do país), integra-se ao lado vencedor, tentando garantir uma defesa mínima das minorias (que hoje é um papel importante levado a cabo pelos Tribunais Constitucionais que ameniza o quadro de uma política agonística, zelando pelo equilíbrio entre executivo e legislativo³⁴), ou então permanece como excluído do processo político, quadro este que traz consequências complicadas num futuro.

Em termos mais realistas da política e do próprio direito constitucional, será correto em falar de um Povo como grandeza política organizada, uma espécie de aristocracia que realmente concentra as mais importantes decisões da modelagem política do Estado num quadro totalmente contraposto ao povo, massa excluída que apenas integra-se ao processo político como forma de concessão por parte da aristocracia, esta condescendência por parte do Povo serve mais como instrumento retórico de participação no intuito de apaziguar eventuais revoltas que possam desencadear forças revolucionárias no futuro, ou seja, a participação do povo como agente político decisivo é mais um instrumento contrarrevolucionário (fazendo uso aqui do léxico conservador que lembra muito um Joseph de Maistre) do que integração entre povo e Povo por meio do processo político.

33 AGAMBEN, op. cit. p. 31.

34 Cf. TEMPLADO, Eduardo Espín. Il Tribunal Constitucional come Garante dell'Equilibrio tra i Poteri dello Stato. In: LUATTI, Lorenzo (Org). *L'Equilibrio tra i Poteri nei Moderni Ordinamenti Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1994. p. 50-61.

Superando a digressão sobre o povo na questão do poder constituinte, devemos ter em mente que mais importante do que a institucionalização do poder constituinte³⁵ é a tomada de decisão por parte da comunidade, a escolha fundamental de ter uma (ou uma nova) Constituição. Em verdade, é esta decisão que será realmente o ente formador do Estado. A partir da definição de quem tomará a decisão política fundamental (grupo que se sobrepuser no conflito político) é que se definirão os caminhos a serem seguidos na fase de institucionalização do poder constituinte.

Desta forma, entendemos que importante para a compreensão do poder constituinte originário é a decisão política fundamental da comunidade de ter uma constituição.

Contudo, tal decisão deve sempre se ater aos marcos estabelecidos pela sociedade e certas compreensões ideológicas inerentes à própria sociedade, ou seja, seu exercício é necessariamente um expressão de poder limitado cujo exercício encontra-se demarcado de forma prévia por conceitos suprapositivos e pelo próprio resultado do conflito amigo-inimigo que determinou a forma política do Estado.

Entretanto, certos problemas emergem da presente compreensão de poder constituinte e do próprio antagonismo em si.

Em primeiro lugar, não se pode negar o caráter necessariamente democrático que uma Constituição deve ter na atualidade. Pensar de forma oposta iria de encontro às ideias primordiais que fundaram a sociedade contemporânea (inspirada nos ecos da Revolução Francesa).

Por outro lado, com a complexidade social que vislumbramos hoje em dia, fica cada vez mais difícil contemplar todos os segmentos da sociedade de forma igualitária do modo como preconiza o moderno entendimento de democracia e pluralismo político.

O problema da complexidade se agrava com a compreensão da política sob uma perspectiva antagonista. Se há sempre um conflito mais ou menos intenso no seio da sociedade, conflito este onde necessariamente haverá uma divisão entre vencedores e derrotados, como realizar o ideal democrático do pluralismo político por meio da Constituição?

35 Com a institucionalização da decisão política, aquilo que figura entre os indivíduos como força convivencial viva, relativamente desprovida de sistematização, converte-se em linha mestra sobre a qual a vida em comunidade vai se estruturar. ALMEIDA FILHO, op. cit. p. 243.

A partir da vitória de um grupo na disputa pelo monopólio da decisão política fundamental, poderão seguir-se dois caminhos, caminhos estes que implicam em opções totalmente diversas entre si.

Em primeiro lugar, há a possibilidade de que, após a vitória no conflito, o grupo vencedor, agora politicamente preponderante, seguirá rumo a uma democracia da identidade nos moldes formulados por Carl Schmitt³⁶.

Desta forma, haveria a perpetuação do conflito pré-constitucional entre amigos e inimigos, de modo que, após a formação da Constituição, criar-se-ia um bloco político preponderante e outro marginalizado, com a única opção de aderir ao projeto político adversário ou ser eliminado. Tal opção faz-se no intuito de formar uma unidade política homogênea, inexistindo a possibilidade de contemplação de minorias em tal forma de organizar o Estado.

A segunda possibilidade, numa perspectiva diametralmente oposta, também apresenta um dado setor como vencedor do conflito para decidir acerca da criação de uma nova Constituição e dos rumos a serem tomados pelo Estado no momento da criação de uma nova ordem jurídica (controle da institucionalização do poder constituinte).

No entanto, após a formação da Constituição, ao contrário da primeira opção, busca-se conciliar os antagonismos, conferindo a possibilidade de participação dos grupos vencidos nas decisões dos rumos estatais, com claro respeito aos direitos das minorias, na tentativa de construção de uma unidade política baseada na pluralidade.

A segunda opção mostra-se mais compatível com a ideia de Estado Material Democrático de Direito ventilada pelo constitucionalismo na atualidade, com a formação de uma ordem política plural onde todos os segmentos da sociedade devem ter voz ativa na definição dos rumos do Estado, rumos estes que devem, necessariamente, ser definidos por meio do consenso.

36 A ideia de democracia da identidade em Carl Schmitt manifesta-se como a identidade entre governante e governados. No entanto, segundo o pensador alemão, tal identidade apenas pode tornar-se algo efetivo num ambiente de homogeneidade políticossocial, ou seja, numa sociedade onde não exista pluralismo. Esse paradigma schmittiano deve-se ao temor de que uma impossibilidade de conciliação entre vários grupos sociais conduza à eliminação do Estado.

Como já defendido anteriormente, este cenário importa na admissão do Tribunal Constitucional como peça chave para a defesa dos direitos das minorias e o desenvolvimento jurisprudencial da Constituição (atividade criativa dos juízes como uma realidade intransponível) como forma promover a integração entre amigos e inimigos, tornando a Constituição e o governo emergente dela como algo estável, este sendo o objetivo da Constituição desde a sua primeira experiência na Antiguidade.

Não obstante as qualidades da segunda opção, que representa a atenuação dos conflitos entre interesses opostos dentro do Estado, ainda prosseguem dilemas de complexa solução: como assegurar a participação das minorias nos governos com o intuito de formação de uma ordem política plural? Como assegurar a superação (ou atenuação) dos antagonismos no intuito de buscar o progresso da sociedade? Como garantir que a participação das minorias na política estatal não seja massacrada pela maioria, compondo apenas um pluralismo de matriz formal, onde a participação existe, mas nunca consegue ser efetiva?

Embora as indagações acima tenham complexas (e ainda não alcançadas soluções), uma coisa é certa, não é possível mais compreender o poder constituinte originário tal como uma entidade teológica secularizada, onde Deus foi substituído pelo povo.

Como forma de adequar tal teoria ao Estado constitucional, deve-se reconhecer a necessidade de que seu exercício realize-se de forma limitada atendo-se aos limites balizados em decisões pré-constitucionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo, restam mais perguntas do que respostas. Desde o começo não ambicionamos respondê-las, ainda faz-se necessário um momento de reflexão final panorâmica sobre o tema escolhido.

A clássica teoria do poder constituinte originário, derivada do racionalismo francês, mostra-se superada nos dias de hoje.

Sendo possível conceber o poder constituinte nesses moldes seria possível que, por meio de um momento de ruptura constitucional, um grupo plasmasse uma constituição segundo unicamente suas vontades e a mesma teria legitimidade e efetividade em termos jurídico-normativos.

Dentro da história político-constitucional de uma comunidade, uma Constituição que não respeite ideias plenamente sedimentadas na cultura institucional de um país (ex: implantação de um regime republicano na Inglaterra ou ainda uma monarquia nos Estados Unidos) é claramente buscar a criação de um domínio político efetivamente não legitimado.

Por si só este argumento já evidencia que o poder constituinte não pode tudo e seu exercício jamais será (como nunca o foi) o exercício de um poder político de forma ilimitada, ou seja, sempre haverá limites a se respeitar, sob pena de que uma Constituição nova, ao violar tais limites materiais, não seja uma forma político-institucional legitimada ou sequer legítima.

Quanto à natureza do poder constituinte, não cremos que seja possível determinar se jurídica ou política quando em seu exercício observamos tanto características afeitas a uma natureza como à outra, qualquer conceituação que tenda a alguma taxonomia exclusivista está fadada ao fracasso, acreditamos ser mais segura uma concepção que aceite o poder constituinte como uma zona de indeterminação entre o jurídico e o político, tal como o estado de exceção.

Quanto à questão do povo como titular do poder constituinte, com o Estado democrático como uma realidade intransponível, a grande problemática hoje não é a titularidade em si de tal poder, mas o que podemos chamar de povo.

Fugindo de concepções irrealis e utópicas de nossa época, não podemos defender que todos tenham a mesma voz dentro de uma comunidade. Apesar da fórmula do *one man, one vote*, claramente 'uns homens valem mais que outros' e a vontade de alguns (o Povo) prevalece mais do que a massa excluída e necessitada a quem chamamos de povo.

Por fim, quanto à compreensão do poder constituinte como exercício de um poder limitado por meio da ideia do antagonismo político, ambas são realidades evidentes, pois o exercício do poder constituinte far-se-á sempre segundo a decisão política fundamental emergente do conflito gerado entre amigos e inimigos, é o resultado deste processo dialético que dará forma ao Estado e à Constituição para que esta possa legitimar-se frente à sociedade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi Senza Fine: Note sulla Politica*. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.

_____. *O Reino e a Glória – Uma Genealogia Teológica da Economia e do Governo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Formação e Estrutura do Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. CAMPOS BARROS, Vinícius Soares de (org). *Novo Manual de Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BIN, Roberto; PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Costituzionale*. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2005.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRAVO, Ramón Campderrich. *La Lalabra de Behemoth: Derecho, Política y Orden Internacional en la Obra de Carl Schmitt*. Madrid: Trotta, 2005.

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

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010.

HERRERA, Carlos Miguel. *La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución*. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid n. 86, out./dez. 1994.

LUATTI, Lorenzo (org). *L'Equilibrio trai i Poteri nei Moderni Ordinamenti Costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1994.

MIRANDA DOS SANTOS, Luiz Elias. O Problema do Antagonismo Político na Formação do Poder Constituinte Originário. *Revista Opinião Jurídica* n. 14, 2013.

MÜLLER, Friederich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonaid, 2003.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1994.

PLATÃO. *A República*. 13. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

CUMPRIMENTO DA DECISÃO REPARATÓRIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS PELO BRASIL

*BRAZIL'S COMPLIANCE WITH REPARATORY DECISION FROM THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

Rachel de Oliveira Lopes¹

José Augusto Fontoura Costa²

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modo de Inserção das Normas Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 2 Executoriedade das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil; 3 Formas de Adimplemento das Obrigações de Pagar Oriundas de Condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 4 Conclusão; Referências.

¹ Procuradora Federal lotada na Procuradoria Seccional Federal em Santos/SP; Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos; Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Vulnerabilidades da Universidade Católica de Santos.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor da Universidade de Sorocaba.

RESUMO: O presente artigo busca examinar o modo de cumprimento da obrigação de pagar nascida de sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos proferidas contra o Brasil, com vistas a verificar se a prática empreendida tem sido a mais adequada à espécie. Adota-se o método qualitativo, a partir da descrição da forma de incorporação da normativa internacional no ordenamento jurídico brasileiro e da análise da executoriedade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, passando-se então ao estudo das formas de cumprimento das decisões reparatórias possibilitadas ao Estado brasileiro, mas sem olvidar a existência de decisões assecuratórias, que dão ensejo a obrigações de fazer. O cotejo entre as disposições convencionais, constitucionais e legais, a doutrina e alguma jurisprudência existente em torno da aplicação dos dispositivos invocados, leva à conclusão de que o Brasil tem adimplido adequadamente as obrigações de pagar oriundas de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigação de Pagar. CIDH. Brasil.

ABSTRACT: This paper aims to examine Brazil's compliance with judicial redress decisions arising from the Inter - American Court of Human Rights, in order to verify whether the practice that has been undertaken is the most appropriate concerning these specific cases. The paper adopts a qualitative method, describing the process of incorporation of international norms in the Brazilian legal system and analyzes the enforceability of such decisions; it also addresses ways to comply with judicial redress rulings against the Brazilian state, notwithstanding the existence of granting decisions that give rise to performing obligations to the state. The comparison between the conventional, constitutional and legal provisions, the doctrine and the existing case law surrounding the application of such provisions, leads to the conclusion that Brazil has adequately complied with judicial redress rulings arising from the Inter American Court of Human Rights."

KEYWORDS: Reparatory Decisions. Human Rights. Inter-American Court. Brazil.

INTRODUÇÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a cuja jurisdição o Brasil se submete, prolata sentenças cujo conteúdo condenatório pode incluir o dever de reparar dano sofrido por sujeito cujos direitos fundamentais tenham sido violados, inclusive estipulando valores indenizatórios a serem pagos pelo Estado. Necessário, portanto, saber como o Brasil pode cumprir as obrigações especificamente impostas por tal tribunal internacional sempre que condenado.

O presente artigo tem por objetivo discutir a natureza de tais pagamentos em face do caráter específico das decisões de tribunais internacionais, cuja natureza é claramente diversa daquelas de tribunais estrangeiros, submetidas, em regra, aos procedimentos homologatórios de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Para tanto, vale-se do levantamento e estudo da doutrina brasileira e estrangeira, bem como do levantamento e interpretação das normas jurídicas, internacionais e internas, relevantes.

Decerto, o processo de interdependência ensejado pela globalização, voltou o olhar da comunidade internacional para as relações domésticas. Questões como a degradação de recursos ambientais compartilhados, o terrorismo, a multiplicação das armas de destruição em massa, os fluxos migratórios de refugiados, o cumprimento dos compromissos financeiros internacionais, entre outras, possuem origem no contexto interno dos Estados, de modo que na formação das normas de direito internacional se tem buscado “influenciar as políticas domésticas e atrelar instituições nacionais à persecução de objetivos globais”^{3 4}.

Tenha-se, por outro lado, que o conceito de paz, que figura como o principal propósito das Nações Unidas⁵, vem se alargando para aliar

3 SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. *The Future of International Law is Domestic (or, the European way of law)*. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 238.

4 Exceto se indicado de outro modo, as traduções são dos autores. No original: “To offer an effective response to these new challenges, the international legal system must be able to influence the domestic policies of states and harness national institutions in pursuit of global objectives.”

5 Carta da Organização das Nações Unidas:

Artigo 1 - Os propósitos das Nações unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz.

o termo à noção de desenvolvimento, que pressupõe o exercício dos direitos civis e políticos e a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, garantias tais que habilitem e incentivem o exercício da cidadania, e possibilitem a formação de sociedades dotadas de “oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas”⁶. Sociedades que em situação de interdependência possam contribuir para a solução de problemas compartilhados, sem se constituir em ameaça à segurança externa.

Neste contexto, na busca por equacionar soluções para problemas que ultrapassam a relação horizontal, e por adesão a princípios comuns, os Estados têm cada vez mais consentido na criação de normas internacionais que se prestem à regulação das ações internas seus agentes⁷, muito embora, ao mesmo tempo, também exijam “desconfiados e temendo ‘falsos comprometimentos’, que haja procedimentos internacionais que assegurem a interpretação e a implementação da normas produzidas”⁸, mecanismos que garantam o engajamento dos governos dos Estados a tais normas internacionais, compelindo-os a agir^{9,10}.

Justifica-se, assim, a instituição de Cortes internacionais e regionais, com poderes jurisdicionais compulsórios,^{11,12} como o é a CIDH,

6 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p.18.

7 GRIBEL, Gabriela Frazão. *As Cortes Domésticas e a Garantia do Cumprimento do Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 32.

8 RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: a relação do direito brasileiro com direito internacional*, Curitiba: Juruá, 2012. p. 20.

9 SLAUGHTER; BURKE-WHITE, op. cit., p. 328.

10 No original:

To create desirable conditions in the international system, from peace, to health to prosperity, international law must address the capacity and the will of domestic governments to respond to these issues at their sources. In turn, the primary terrain of international law must shift—and is already shifting in many instances—from independent regulation above the national state to direct engagement with domestic institutions. The three principal forms of such engagement are strengthening domestic institutions, backstopping them, and compelling them to act.

11 SHANY, Yuval. No Longer a Weak Department of Power? Reflections on the Emergence of New International Judiciary. *The European Journal of Law*, v. 20, n. 1, p. 73-91, 2009. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/20/1/1775.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

12 No original:

Significantly, almost all of the new judicial and quasi-judicial institutions created in recent decades were invested with compulsory powers of jurisdiction (in the sense that the jurisdiction of the new courts could be invoked unilaterally against parties to their constitutive instruments or, in the case of international criminal courts, against individuals subject to their jurisdiction).

um destes instrumentos de garantia da implementação dos direitos e obrigações instituídos por normas internacionais, neste caso específico pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A CIDH possui jurisdição consultiva e contenciosa, sendo que apenas aquela primeira é estendida a todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), parte ou não da Convenção. Quanto à jurisdição contenciosa, deriva de cláusula facultativa e, portanto, apenas se estende aos Estados-partes da Convenção que hajam reconhecido tal jurisdição, como é o caso do Brasil. Como dito, as decisões proferidas no exercício de sua jurisdição contenciosa se constituem no objeto do presente estudo, que se presta ao exame do cumprimento das obrigações de pagar derivadas de tais decisões, a fim de compreender se o adimplemento referido é feito do modo mais adequado.

Para tanto, primeiramente, aborda-se o modo de inserção das normas internacionais no ordenamento jurídico brasileiro, passando-se em seguida à análise da exequibilidade de tais decisões diante das normas nacionais com algum tratamento das obrigações de fazer, e posteriormente ao exame das formas de cumprimento das obrigações de pagar, destacando-se o adimplemento espontâneo e o adimplemento compulsório.

O exame da matéria é feito à luz da doutrina existente, sem olvidar os dispositivos internacionais e internos afetos ao assunto, e, quando relevante, com menção à jurisprudência formada em torno de alguma questão.

1 MODO DE INSERÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A temática da validade de normas internacionais em ordenamentos jurídicos internos é fundamental para a compreensão da natureza das sentenças de cortes internacionais e seu impacto sobre as normas gerais, deveres e obrigações a que os órgãos e poderes estatais estão vinculados. A maior parte dos estudos a respeito, no Brasil, concentram-se na compreensão da processualista legislativa para a adoção de tratados internacionais e sua incorporação à Ordem interna e, com grande ênfase, na problemática da hierarquia das convenções de direitos humanos. É relativamente escassa, porém, literatura a respeito da sistemática de reconhecimento e aplicação pelos órgãos internos de outras fontes internacionais, como os costumes, os princípios gerais de direito, as

normas de organizações internacionais e, particularmente, sentenças e laudos de tribunais internacionais¹³.

Desde logo, coloca-se a questão do fundamento de validade de uma sentença de tribunal internacional. Enquanto norma de Direito Internacional Público, importa destacar, esse pode variar consideravelmente: quando se trata de decisão resultante de tribunal *ad hoc* cujo supedâneo é o compromisso que estabelece a jurisdição internacional e delimita a controvérsia específica, nele estará todo o fundamento; quando o compromisso expressa o consentimento para submeter controvérsia a órgão internacional cuja jurisdição deriva de tratado, este último será o fundamento. No caso específico da submissão brasileira à CIDH, está se realizou mediante a aceitação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, ou seja, a sentença internacional vale em razão do vigor para o Brasil da CADH e da aceitação de sua jurisdição compulsória. Em qualquer dos casos, não obstante, a sentença internacional é uma *norma convencional derivada*, ou seja, tem base na vontade estatal expressa de autorizar a decisão vinculante de controvérsia por terceiro nos casos, forma e limites declarados. A sentença da CIDH é, portanto, norma internacional convencional derivada, similar, nesse sentido, às decisões e resoluções de Organizações Internacionais.

Seu *status* internacional, porém, não reflete imediatamente em seu caráter doméstico; ou seja, no caso ora analisado, qual seria sua natureza para o Direito brasileiro? O credor da obrigação estatal de indenizar deve providenciar a homologação do título para, então, leva-lo ao órgão jurisdicional competente? Ou o cumprimento deve ser imediato, sem passar, necessariamente, por execução judicial?

Para além de se considerar a necessidade de “engajamento das estruturas normativas internacionais com as instituições domésticas”¹⁴ como uma das consequências da globalização, se deve ter em vista primeiramente que é expressão do *pacta sunt servanda* a obrigatoriedade

13 André de Carvalho Ramos atribui tal ausência de tratamento doutrinário da relação havida entre o Direito interno e as demais fontes do Direito Internacional ao silêncio da Constituição sobre a matéria, pelo que considera que “não há ainda um caminho seguro ao intérprete no que tange ao alcance do processo de impregnação”, expressão que emprega para a “aplicação direta de normas internacionais extraconvencionais”. Ressalta, contudo, que tal omissão “não impediu que o Supremo Tribunal Federal (entre outros Tribunais) aplicasse diretamente os costumes internacionais, como se fossem *law of the land*”, ou invocasse a aplicação de outros instrumentos de *soft law* (RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 287/290).

14 GRIBEL, op. cit. p. 31.

imputada às partes de cumprimento e execução de boa fé das regras convencionais por elas produzidas¹⁵, decorrendo ainda de tal princípio a necessidade de incorporação, na ordem jurídica interna, dos tratados que estabeleçam direitos e obrigações, seja para as autoridades do Estado, seja para os particulares¹⁶.

A própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹⁷ rememora o dever jurídico de suas Partes executarem os tratados de boa fé (Artigo 26) e o fato de não se poder alegar disposições de Direito interno como justificativa para o descumprimento de tratado (Artigo 27). Assim, o ilícito internacional pode se caracterizar mesmo que o ato ou fato que o provoque seja, do ponto de vista do Ordenamento estatal, plenamente lícito ou, mesmo, obrigatório. Por conseguinte, ações lícitas e legítimas de qualquer órgão e de qualquer Poder têm o condão de, se assim for o caso, constituírem-se em causa do descumprimento de regra internacional, mesmo que sem qualquer lesão à Ordem interna.

Aust¹⁸ ressalta, por outro lado, que não se pode assumir necessariamente que uma vez em vigor no plano internacional, o tratado também tenha força no plano interno. Tal eficácia e aplicabilidade, mormente quando se trata de previsão de direitos e obrigações para indivíduos, depende da Constituição de cada Estado¹⁹, razão pela qual se assume que a aquela incorporação pode se dar sem necessidade de legislação interna - por unidade entre o plano jurídico internacional e o plano jurídico doméstico -, ou com imprescindibilidade de transformação da norma internacional em norma interna, nos casos em que a Constituição

15 The fundamental principle of treaty law is undoubtedly the proposition that treaties are binding upon the parties to them and must be performed in good faith. This rule is termed *pacta sunt servanda* and is arguably the oldest principle of international law. It was reaffirmed in article 26 of the 1969 Convention, and underlies every international agreement for, in the absence of a certain minimum belief that states will perform their treaty obligations in good faith, there is no reason for countries to enter into such obligations with each other. (SHAW, Malcom N. *International Law*, 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 903).

16 DAILLIER, Patrick et al. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 210.

17 Ratificada em 25 de setembro de 2009, com vigor no Brasil desde 14 de dezembro de 2009, através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

18 AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 143 e 145.

19 No original:

It should not be assumed that once a treaty has entered into force for a state it is then in force in that state; in other words, that it has become part of its law [...] given the subject matter of treaties today, many need to be given some effect in domestic law. It may, for example, be necessary to create new criminal offences. How this is done depends on the constitution of each state.

não confere “status” especial aos tratados. Exatamente a questão entre monistas e dualistas²⁰.

Relevante aqui, portanto, cuidar antes da inserção dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, análise que se procede a partir da leitura dos incisos VIII do artigo 84 e I do artigo 49, ambos da Constituição Federal, na medida em que se constituem nos únicos dispositivos que tratam diretamente do tema²¹.

O constituinte não foi muito eloquente ao dispor sobre a incorporação dos tratados internacionais, o que tem merecido severas críticas da doutrina, que aponta tal sistemática constitucional brasileira como sendo “lacunosa, falha e imperfeita”²², principalmente em razão da ausência da fixação de prazos para a realização dos atos necessários e pela utilização de termos com sentido dúbio²³.

Os dispositivos constitucionais mencionados invocam a participação do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o completo aperfeiçoamento da inserção ora tratada, o que dá cabimento à teoria doutrinária da junção de vontades ou do ato complexo²⁴. Com efeito, ao tempo em que o inciso VIII do artigo 84 indica a competência privativa do Presidente da República para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, o inciso I do

20 Para alguns, o direito internacional é da mesma natureza que o direito interno: só existe entre eles uma diferença de grau indiscutível, tão evidentes são as imperfeições técnicas do direito internacional em relação aos direitos dos Estados. O mundo jurídico é forçosamente unitário porque o direito é uno: uma dupla definição de direito é inconcebível. Os partidários desta tese são qualificados tradicionalmente de monistas. Os partidários do dualismo fundamentam a sua convicção sobre as diferenças fundamentais que detectam entre o direito internacional e o direito interno, diferenças que os tornam irredutíveis um ao outro. Numa perspectiva extrema, são duas ordens jurídicas indiferentes uma a outra, as quais não têm outros pontos de contacto senão a responsabilidade internacional (Dailler et al, Op. Cit., p.85).

21 Existem dispositivos constitucionais que se referem a compromissos, acordos, tratados e convenções internacionais - como os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º, o inciso V e o parágrafo 5º do artigo 109, o inciso X do artigo 143, o artigo 178, e o inciso X do artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas nem todos estão relacionados com o tema da inserção na ordem interna.

22 PIOVESAN, Flávia. A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 158.

23 RAMOS, op. cit. p.36)

24 PIOVESAN afirma:

Deste modo, o poder de celebrar tratados é uma autêntica expressão da sistemática de checks and balances. Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Poder Executivo, mas apenas mediante o referendo do Legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder (op. cit.p. 156).

artigo 49 diz ser competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Não há, porém, qualquer inconsistência dessas disposições. A atribuição ao Presidente da República do poder de celebrar tratados significa que apenas este órgão, de modo direto ou por delegação, é juridicamente capaz de lançar a firma e emitir os instrumentos de ratificação dos tratados internacionais; nem o Judiciário, nem o Legislativo, nem os chefes dos executivos estaduais ou municipais têm tal condão. Assim, dada a presunção internacional de que a Presidência ou seus representantes expressamente designados sejam apoderados para efetivar os atos internacionais, não é necessária a verificação por outro Estado ou entidade internacional da autorização congressional constitucionalmente exigida. A validade interna, porém, depende da efetiva promulgação mediante Decreto presidencial, a qual depende de autorização congressional por Decreto Legislativo.

Destarte, se a ratificação trocada ou depositada for feita pelo Presidente, ou seu representante devidamente apoderado, ensejará seus efeitos internacionais *mesmo que a autorização congressional seja falha ou inexistente* – exceto se os demais Estados interessados e de boa fé devessem ter conhecimento disso. Responderá, porém, internamente. Não obstante, a ausência de autorização congressional expressa e formal, mediante decreto legislativo, eivará de invalidade qualquer decreto de promulgação e, por conseguinte, as disposições do tratado internacional voltadas a gerar efeitos no Brasil.

Na prática, o Executivo federal celebra os tratados apondo nos textos negociados a firma presidencial ou, em diversas ocasiões, de seus representantes ministeriais ou diplomáticos. A ratificação, que é o ato internacional e unilateral do Estado mediante o qual se confirma o consentimento para se vincular pelas regras e obrigações constantes de um tratado, deve ser precedida da autorização congressional dada mediante Decreto Legislativo, sobretudo quando as normas internacionais derem origem a compromissos gravosos.

De fato, se extrai da redação das normas constitucionais retro citadas, em cotejo com a dicção do artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados²⁵, que, no Brasil, os tratados que deem ensejo

25 Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:

a compromissos gravosos somente poderão ser assinados “sob reserva de ratificação”, na medida em que o ordenamento jurídico pressupõe a anterior autorização do Congresso Nacional. Neste sentido, a assinatura apenas demonstra o fim das negociações diplomáticas em torno do texto e se constitui em indicativo da “predisposição em celebrar, no futuro, o texto do tratado”²⁶.

Por outro lado, com a ratificação do tratado aperfeiçoa-se o processo de formação da vontade do Estado brasileiro, que se obriga perante os demais signatários, implementando ato necessário ao vigor internacional, que se completa na forma e no prazo indicados no ato, por expressão do artigo 24 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Tal ratificação todavia, não possui ainda o efeito de vincular obrigações no plano interno. Com efeito, formada a vontade no plano internacional, é preciso ainda implementar o processo de incorporação, que se conclui a partir do Decreto de Promulgação exarado pelo Presidente da República, em analogia ao processo legislativo interno, prática corrente iniciada ainda no Império²⁷.

Não há, contudo, dispositivo constitucional tratando da necessidade de Decreto de Promulgação. A interpretação doutrinária seria a de que o direito interno deveria ter feito expressa referência à aplicação direta do Direito Internacional. Inexistente tal referência, há a necessidade de um processo próprio de conversão da norma internacional em norma interna, o que teria levado a doutrina majoritária a concluir pela adoção do dualismo, conforme alerta Flávia Piovesan²⁸ que, todavia, defende que tal sistemática somente seria aplicável aos tratados que não dispõem sobre direitos humanos, por força do teor do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal que indica a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias individuais, pelo que a ratificação do tratado já teria o condão de obrigar os nacionais. É seguida por André de Carvalho Ramos²⁹, que estende ainda mais o processo de integração da lacuna constitucional havida para defender “a desnecessidade do Decreto

a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.

26 RAMOS, op. cit. p.35

27 Ibid., p. 40.

28 PIOVESAN, op. cit., p. 158.

29 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

de Promulgação para todo e qualquer tratado”, na medida em que a prática respaldada em mero costume “potencializa o risco da responsabilização internacional do Estado brasileiro, caso o Decreto de Promulgação não seja editado, por desídia ou outro motivo”.

Nada obstante tais entendimentos, o Supremo Tribunal Federal já dispôs expressamente sobre a necessidade de promulgação, mediante decreto, dos acordos e tratados internacionais, com vistas a conferir publicidade e executoriedade interna a tais atos³⁰. E, inexistentes

30 EMENTA: MERCOSUL – CARTA ROGATÓRIA PASSIVA – DENEGACÃO DE EXEQUATUR – PROTOCOLO DE MEDIDAS CAUTELARES (OURO PRETO/MG) – INAPLICABILIDADE POR RAZÕES DE ORDEM CIRCUNSTANCIAL – ATO INTERNACIONAL CUJO CICLO DE INCORPORAÇÃO, AO DIREITO INTERNO DO BRASIL, AINDA NÃO SE ACHO CONCLUÍDO À DATA DA DECISÃO DENEGATÓRIA DO EXEQUATUR, PROFERIDA PELO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL, O DIREITO COMUNITÁRIO E O DIREITO NACIONAL DO BRASIL – PRINCÍPIOS DO EFEITO DIRETO E DA APLICABILIDADE IMEDIATA – AUSÊNCIA DE SUA PREVISÃO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – INEXISTÊNCIA DE CLÁUSULA GERAL DE RECEPÇÃO PLENA E AUTOMÁTICA DE ATOS INTERNACIONAIS, MESMO DAQUELES FUNDADOS EM TRATADOS DE INTEGRAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

[...] PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL). - A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de jure constituto, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de uma norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos

disposições constitucionais sobre a matéria, é mesmo a Corte Suprema quem dá a última palavra sobre a questão, de modo que a prática está respaldada na jurisprudência, e permanece sendo empreendida sem maiores discussões.

Diante de tais fatos, resta delineado o contexto genérico da comunicação do Direito Internacional com as normas nacionais brasileiras, devendo-se agora partir à questão específica, relacionada à Convenção e sua repercussão na ordem interna do Brasil.

2 EXECUTORIEDADE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Decisões de tribunais e cortes internacionais são algo diverso das sentenças e laudos estrangeiros, os quais se caracterizam pela emissão pela autoridade jurisdicional de outro Estado ou, nas arbitragens, em território diverso do brasileiro. Decisões internacionais, em sentido estrito, são aquelas derivadas de jurisdições estabelecidas no Direito internacional público, como a da Corte Internacional de Justiça ou do Tribunal do Mar. É esse, evidentemente, o caso das sentenças prolatadas pela Corte Interamericana.

É interessante observar que essa categoria de decisões judiciais dá origem a obrigações internacionais específicas, as quais derivam da expressão soberana da vontade estatal mediante a adesão a acordos internacionais que estabelecem a jurisdição de organismos internacionais, *ad hoc* ou institucionalizados, para resolver controvérsias que envolvam o Estado. Na maior parte das vezes essas obrigações se consubstanciam em posição jurídica passiva correspondente à pretensão de um Estado em exigir a realização de algum ato – que pode ser um fazer, não fazer ou dar – por outro.

Cortes voltadas à proteção de direitos humanos, sem prejuízo de poderem constituir obrigações em favor de um ente soberano em face

mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279 República Argentina-AgR-Agravante: Coagulantes Argentinos S.A., Rel. Min. Celso de Mello - julgamento 17.06.1998, Plenário - Publicado DJ 10.08.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28incorpora%E7%E3o+tratados%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

de outro, soem emitir decisões que obrigam o Estado em face de todo o conjunto de Partes da Convenção que estabelece as normas substantivas eventualmente descumpridas, bem como a jurisdição, podendo ser exigidas por Estado, órgão internacional ou, em dadas circunstâncias, indivíduos ou outras pessoas de Direito interno. Tal circunstância pode vir a criar, vez por outra, confusão conceitual associada a sentenças estrangeiras e cabe, portanto, esclarecer as diferenças.

O Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, inseriu na ordem nacional a CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, já aprovada anteriormente pelo Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992. Com aquele ato o Brasil estabeleceu a compatibilidade normativa do seu ordenamento jurídico com o instrumento americano de proteção dos direitos humanos, nada obstante o documento em referência já se encontrasse em vigor para Estado brasileiro desde o depósito da carta de adesão em 25 de setembro de 1992³¹.

Ainda assim, naquele momento não se deu o reconhecimento da jurisdição obrigatória da CIDH, órgão da CADH, que só passou a integrar o sistema de tutela jurisdicional com eficácia obrigatória perante o Estado brasileiro com o Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, após a edição do Decreto Legislativo nº 89, de 03 de dezembro de 1998³².

Repare-se que, apesar do reconhecimento da jurisdição da CIDH procedida a partir do depósito junto à Secretaria Geral da OEA da declaração de aceitação de tal jurisdição obrigatória, em 10 de dezembro de 1998, o Decreto de promulgação apenas foi editado em novembro de 2002, de modo que a responsabilidade internacional assumida somente pôde ser invocada no plano interno após a inserção já tratada.

31 Art. 74.2

A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

32 O reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte poderia ser procedido em momento posterior, por força da disposição do artigo 62 da Convenção, in verbis:

Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

Vale mencionar que, ainda que da redação do artigo 68³³ da Convenção se depreenda o compromisso assumido por um Estado perante os demais signatários quanto ao cumprimento das decisões da CIDH, e ainda que a incorporação dos preceitos normativos internacionais ao ordenamento jurídico interno já tenha sido procedida, a autoexecutoriedade de tais decisões esbarraria na soberania estatal. De fato, ainda que seja desejável que a legislação interna necessária à execução do tratado esteja pronta antes do vigor internacional deste^{34 35}, posto que a sua ausência pode ensejar violação de preceito internacional, tais medidas estão afeitas à discricionariedade doméstica, como decorrência da impossibilidade da ingerência prática internacional em assuntos internos. A doutrina é inclusive firme em asseverar que “as soluções concretas para execuções de julgados internacionais *ainda dependem* dos institutos nacionais que incorporam o Direito Internacional para a sua aplicação interna”³⁶.

É neste contexto, portanto, que a tal possibilidade de execução das decisões da CIDH perante a jurisdição nacional encontra campo amplo de eficácia apenas no que diz respeito às obrigações de pagar, sendo que no que se refere às obrigações de fazer as barreiras políticas são sempre mitigadoras de cumprimento.

Segundo preceito do artigo 63³⁷ da Convenção, as decisões da CIDH devem ser de duas ordens: assecuratória da fruição do direito ou

33 Artigo 68 - 1. Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

34 AUST, op. cit., p. 274.

35 No original:

Even if the treaty does not enter into force for the state at the time it con-sents to be bound,4 the date of entry into force may come earlier than expected. It is therefore desirable that any necessary legislation is made before the state gives its consent, though the actual coming into force of the legislation can certainly be postponed until the entry into force of the treaty.

36 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 364.

37 Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

da liberdade violada, e reparatória de tal violação, constituindo-se esta última em obrigação pecuniária^{38 39}.

Sobre aquela primeira, nada obstante a existência de instrumentos de pressão e de fiscalização internacional, como o são a nova constituição de violação internacional - desta feita em decorrência do não cumprimento de boa-fé -, e a possibilidade trazida pelo artigo 65⁴⁰ da Convenção, de envio de relatório à OEA, é fato que não existem garantias legislativas nacionais de excutoriedade imediata⁴¹. Ramos⁴² faz referência a projeto de lei que ainda tramita no legislativo nacional e que reforçaria o cumprimento das decisões que condenam a obrigações de fazer⁴³. A conversão do projeto em lei, todavia, ainda não foi implementada.

Tenha-se em conta que o cumprimento de obrigações de fazer é multifacetário e, em grande parte dos casos, não depende apenas de dotações para recursos humanos e materiais - o que por si só já é tarefa complicada -, mas aponta para necessidade de alterações legislativas, procedimento quase sempre moroso, e que acaba remetendo as vítimas mais uma vez

38 PASQUALLUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 239. Disponível em: <<http://www.questia.com/read/107344872/the-practice-and-procedure-of-the-inter-american-court>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

39 No original: "The purpose of reparations is twofold: first, to require States to observe certain standards of law and order; and, secondly, to repair, to the extent possible, any injuries caused as a result of a State's failure to meet those standards".

40 Artigo 65:

A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

41 A situação não é muito diferente nos demais países integrantes da Organização dos Estados Americanos (OEA). David Baluarte menciona a preocupação de Cançado Trindade em face do baixo índice de cumprimento das decisões da Corte, o que o teria levado a propor a criação de um órgão vinculado ao Conselho Permanente da OEA, responsável por verificar as decisões da Corte. E complementa: Cançado has proposed a strategy for the "full application" of Article 65 of the American Convention which instructs the Court to report to the OAS General Assembly every year and "specify, in particular, the cases in which a state has not complied with its judgments, making any pertinent recommendations (BALUARTE, David C. Strategizing for Compliance: the evolution of compliance phase of InterAmerican Court litigation and the strategic imperative for victims representatives, *American University International Law Review*, March 15, 2012, Disponível em: <<http://www.questia.com/read/1P3-2863500311/strategizing-for-compliance-the-evolution-of-a-compliance>>. Acesso em: 17 jun. 2014).

42 RAMOS, op. cit., p. 380.

43 Projeto de lei nº 4.667, de 15 de dezembro de 2004, já aprovado na Câmara dos Deputados, no qual "fica estabelecido o caráter vinculante das decisões e recomendações internacionais referentes a direitos humanos, com fixação de prazo de 24 horas para cumprimento". O projeto seguiu para o Senado.

para poder judiciário interno, solução não ideal. A doutrina especializada faz referência à ação civil pública e ao controle de constitucionalidade como formas de garantir a executoriedade ora tratada, podendo-se ainda invocar a adequabilidade do mandado de segurança. Tais ações, todavia, ainda que contem com a possibilidade de decisões liminares, são veiculadas em novos processos de conhecimento que constituem novos títulos, estes sim revestidos de executoriedade plena.

Observe-se que no sistema europeu de proteção dos direitos humanos existe a possibilidade de conversão pecuniária das obrigações de fazer (artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos), possibilidade esta não prevista no sistema americano, no qual vigora o princípio do *restitutio in integrum*, por aplicação do já mencionado artigo 63 da CADH. Neste sentido, aliado ao fato de que nenhum empecilho de ordem interna poderá ser invocado para justificar o não cumprimento da obrigação de fazer, é dever do Estado - a depender de cada decisão - garantir o exercício do direito ou da liberdade violada, *bem como* indenizar a vítima pelo dano sofrido, o que tem sido reiteradamente afirmado pela jurisprudência da CIDH^{44 45}.

É bem por isso que o artigo 633 do Código de Processo Civil (CPC) não poderia ser entendido como norma garantidora da eficácia executória interna das obrigações de fazer. Referida disposição, tal como no artigo 41 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, prevê a possibilidade de conversão da obrigação de fazer não cumprida em indenização, o que violaria o princípio do *restitutio in integrum*, informador do sistema aqui tratado.

No que concerne às decisões reparatórias, por outro lado, a situação é diversa. De fato, além do cumprimento espontâneo da obrigação, derivado da sua eficácia declaratória, existe a possibilidade de execução de título judicial perante as cortes nacionais, esta sim expressão da eficácia executória ampla das decisões da CIDH, por aplicação do segundo parágrafo do artigo 68 da Convenção que dispõe: “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país

44 Op. cit., p. 230

45 No original:

The Inter-American Court holds that: reparation for damage caused by a breach of an international obligation requires, whenever possible, full restitution (*restitutio in integrum*), which consists of reestablishing the previous situation. If that [is] not possible, the international court must order that steps be taken to guarantee the rights infringed, redress the consequences of the infringements, and determine payment of indemnification as compensation for damage caused.

respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”.

Repare-se que neste ponto o direito internacional fez opção de convergência com o direito interno, ao apontá-lo como fonte normativa do procedimento executório da decisão emanada de órgão internacional⁴⁶. E é exatamente esta opção que confere à execução das obrigações de pagar oriundas da decisão da CIDH ampla possibilidade, conforme se detalhará a seguir.

3 FORMAS DE ADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES DE PAGAR ORIUNDAS DE CONDENAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Antes de tratar do modo como se realiza o cumprimento das obrigações de pagar nascidas de sentenças da Corte Interamericana, cumpre esclarecer que referidas decisões não recebem o tratamento dado às sentenças estrangeiras pelo ordenamento jurídico pátrio.

Com efeito, tais decisões são categorizadas como sentenças internacionais, na medida em que proferidas por órgão de que é integrante o Estado em face do qual é exarada, que, portanto, participa da formação do título judicial, o que não ocorre no caso das sentenças estrangeiras⁴⁷. Sendo assim, proferida a decisão pela CIDH, formado está título executivo judicial, que poderá ser executado no Brasil com base nas disposições da norma internacional que regulou a sua formação, sem qualquer necessidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, indispensabilidade disposta apenas para as sentenças estrangeiras pelo artigo 475-N do CPC.

Cumpre ressaltar, todavia, que, nada obstante a constituição de título executivo judicial, o segundo parágrafo do artigo 68 da CADH supra transcrito dispõe uma possibilidade e não uma necessidade.

46 Ramos, após referir desinteresse pela polêmica havida entre dualistas e monistas, que segundo ele “é típica da visão de como o direito interno vê o direito internacional”, o que não seria relevante para o tratamento desta matéria, na medida em que é o caminho oposto, o da visão do direito interno pelo direito internacional, que de fato interessa, deixa claro que “o direito interno somente será utilizado se o direito internacional a ele fizer remissão”, posto que ao direito internacional “importa apenas as suas próprias fontes normativas” (RAMOS, op. cit., 2009. p. 255).

47 PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Cumprimento da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Âmbito Interno. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituraE+artigo_id_=649>. Acesso em: 18 jun. 2014.

Com efeito, o vocábulo utilizado é *poderá* e não *deverá*, o que, aliado às disposições da primeira parte do mesmo artigo 68, traz à tona a alternativa do cumprimento independente de procedimento judicial específico da obrigação de pagar.

E nem poderia ser diferente. Repare-se que, antes da constituição de obrigação de pagar da Fazenda Pública em benefício daquele que teve a violação de direitos reconhecida, ocorre a constituição de uma obrigação perante a comunidade internacional, cujo compromisso de cumprimento foi assumido com a adesão aos termos da primeira parte do artigo 68 aqui já tratado e que dispõe: “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”.

Tenha-se em conta que, salvo situações excepcionais, o conhecimento e julgamento de determinada demanda pela CIDH somente pode ocorrer após o esgotamento dos remédios internos. De fato, nos termos do segundo parágrafo do artigo 61 da Convenção⁴⁸, é condição de apresentação da demanda à CIDH, a tramitação desta perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que, por seu turno, somente conhecerá das petições que lhe são apresentadas após a interposição e o esgotamento dos recursos da jurisdição interna, por expressão da alínea “a” do artigo 46 também da CADH⁴⁹. Daí se extrai que o titular do direito violado já deve ter anteriormente estado perante o Judiciário Nacional, pelo que não é justo nem legítimo que, mesmo após a submissão do pleito à Corte Interna e à Corte Internacional, tenha ainda que recorrer novamente ao Poder Judiciário brasileiro para ter satisfeita a reparação, mormente quando se trata de violação de direitos humanos.

Neste sentido, o comportamento esperado é mesmo o do cumprimento imediato do quanto disposto no título. De fato, ao permitir a execução com base nas normas de caráter interno, o Brasil se coloca em estado de violação de norma internacional, sujeito às sanções próprias, sendo certo que a possibilidade de execução é instrumento colocado à disposição da vítima como meio de efetivação, não sendo estipulado em favor do Estado violador; é meio para o sujeito do direito violado não se

48 É dicção do parágrafo segundo do artigo 61 da Convenção: “Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos artigos 48 a 50”. Por seu turno, os artigos 48 a 50 mencionados constituem disposições acerca do procedimento realizado na Comissão.

49 Artigo 46:

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos.

converter em prejudicado por nova violação, desta feita por força do não cumprimento voluntário.

Bem por isso que não se poderia invocar a aplicação *necessária* do *caput* do artigo 100 da Constituição Federal⁵⁰, adequado apenas às hipóteses de pagamento procedidos a partir de execuções forçadas tramitadas no judiciário nacional. Ainda que de uma leitura superficial se pudesse extrair que o dispositivo se aplica a todo e qualquer pagamento realizado pela Fazenda Pública, é fato que a disposição trata da expedição de precatórios, e estes se constituem em ordens de pagamento expedidas por magistrados nacionais em processos judiciais em que figura como parte a Fazenda Pública, donde se tem que o referido artigo 100 da Constituição Federal somente se aplica para a hipótese de execução forçada e não de cumprimento voluntário da obrigação sem necessidade de recurso ao judiciário.

E não há qualquer contradição neste raciocínio. Ainda que possa existir convergência semântica entre o termo *sentença judiciária* (expressão específica do dispositivo constitucional) e a decisão proferida pela CIDH, não há convergência ontológica. De fato a expedição do precatório nos termos constitucionalmente concebidos pressupõe ordem judiciária para empenho de despesa pelo Tesouro Nacional, providência que jamais poderia ser adotada pela CIDH, que não possui competência para a instituição de despesa orçamentária no Brasil. Violados, inclusive, estariam os termos da Lei de Finanças Públicas⁵¹, recepcionada pelo ordenamento jurídico instaurado em 1988. Neste sentido, o termo *sentença judiciária* constitucionalmente utilizado somente pode ser compreendido como decisão de execução proferida pelo Poder Judiciário nacional. Ratificam tal entendimento dois fatos: 1) o tratamento constitucional do Poder Judiciário brasileiro está inserido no mesmo capítulo em que inserido o tratamento dos precatórios; 2) a disposição havida no parágrafo 6º do artigo 100, no sentido de que as dotações orçamentárias serão

50 Art.100, caput:

Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

51 Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

abertas a *este* Poder Judiciário⁵² que, portanto, dispõe de competência não afeta à CIDH.

Ademais, do ponto de vista do Direito internacional, a utilização de precatórios, expondo a vítima às longuíssimas esperas que atormentam os jurisdicionados, deve ser considerada como quebra dos padrões internacionalmente aceitos de reparações justas, prontas e efetivas.

Pois bem. Em vista da inaplicabilidade das disposições do artigo 100 da Constituição Federal para as hipóteses de cumprimento espontâneo da obrigação de pagar derivada de sentença proferida pela Corte, o Estado brasileiro tem procedido aos pagamentos das indenizações devidas através da expedição de Decretos Presidenciais, mediante os quais autoriza a Secretaria Especial de Direitos Humanos, órgão da Presidência da República, a promover as gestões necessárias ao cumprimento das sentenças proferidas.

Repare-se que quando do reconhecimento da jurisdição obrigatória da CIDH pelo Brasil, a redação do artigo 84 da Constituição Federal já havia sido alterada pela Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, razão pela qual, quando da primeira condenação do Estado brasileiro ao pagamento de indenização⁵³, já havia a possibilidade de veiculação de atos administrativos concretos por meio de Decreto Presidencial⁵⁴.

Autorizada, a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, órgão de assessoramento direito do Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos humanos, por força do quanto disposto no artigo 24 da Lei

52 Art. 100, § 6º:

As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva.

53 Caso Damião Ximenes Lopes. V. Decreto nº 6.185, de 13 de agosto de 2007.

54 Art. 84:

Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;"

nº 10.683, de 28 de maio de 2003⁵⁵, lança mão da dotação orçamentária própria para o pagamento das sentenças proferidas pela CIDH⁵⁶, adimplindo assim, do modo mais adequado, a obrigação de pagar derivada de tais sentenças.

Por outro lado, nos casos em que não cumprida espontaneamente tal obrigação, se abre ao titular do direito a possibilidade de execução de título judicial perante o Poder Judiciário nacional. Nesta hipótese, instaurar-se-á o procedimento previsto pelo artigo 730 do CPC, expressão do processo vigente para a execução desta espécie condenatória, em observância ao quanto disposto pelo artigo 68 da CADH⁵⁷.

O procedimento não alcança grande dificuldade. Pode apenas desdobrar-se em eventuais embargos à execução, mas, diante de título líquido, certo e exigível, redundará em pagamento mediante precatório, agora sim com a devida aplicação do artigo 100 da CF. Nesse caso, porém, corre-se o risco de perpetrar descumprimento de obrigação internacional especificamente estabelecida pela CIDH em razão do descumprimento dos padrões internacionais de reparação, como já observado; haveria, assim, ocasião para pedido internacional de condenação a nova indenização em face da resistência em adimplir com obrigação claramente constituída em função de sentença internacional.

Não há notícia na jurisprudência ou na doutrina de execução forçada de título constituído em face do Estado brasileiro a partir de decisão

55 Art. 24.

À Secretaria de Direitos Humanos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos da cidadania, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias e à defesa dos direitos das pessoas com deficiência e promoção da sua integração à vida comunitária, bem como coordenar a política nacional de direitos humanos, em conformidade com as diretrizes do Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH, articular iniciativas e apoiar projetos voltados para a proteção e promoção dos direitos humanos em âmbito nacional, tanto por organismos governamentais, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto por organizações da sociedade, e exercer as funções de ouvidoria nacional de direitos humanos, da criança, do adolescente, do idoso e das minorias.

56 Vide Portal do Orçamento. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/orcamento/documentos/loa/2013/elaboracao/projeto-de-lei/390-proposta-do-executivo/410-volumes-do-projeto-de-lei/440-volume-iv-tomo-ii/560-64000-secretaria-de-direitos-humanos-pdf/view>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

57 Destaque-se aqui a inadequabilidade da utilização do Mandado de Segurança, ainda que se possa extrair da decisão da CIDH a existência de direito líquido e certo. Além de se tratar de ação de conhecimento e não de espécie executória – o que por si só já é motivo suficiente para deixar clara a desvantagem de sua utilização em detrimento do procedimento executório direito –, a ação mandamental não é substitutiva de ação de cobrança – dicção da Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal –, nem dá ensejo a efeitos financeiros pretéritos – dicção da Súmula do 271 do Supremo Tribunal Federal.

da Corte Interamericana, donde se conclui que, de fato, o adimplemento da obrigação de pagar derivada de tais decisões tem sido procedido do modo mais adequado, tanto da perspectiva do Direito brasileiro, quanto da do internacional.

4 CONCLUSÃO

O Brasil tem buscado cumprir corretamente suas obrigações de pagar assumidas no sistema interamericano de direitos humanos. Por certo que esperar que as vítimas de violações de direitos fundamentais iniciem procedimentos executórios judiciais para, então, ingressar nas filas dos precatórios seria atentatória à dignidade, se não em patamar jurídico, pelo menos em expressão moral.

Dailler *et al*⁵⁸ alertam que “toda a norma de direito internacional se decompõe numa obrigação maior que é para respeitar, e de uma obrigação menor, que visa corrigir os efeitos do seu não respeito”. E, de fato, é princípio basilar do Direito Internacional a exigência de reparação surgida a partir da violação de obrigação consentida⁵⁹.

Tenha-se em conta, por outro lado, que referida violação assume uma gravidade ainda maior quando perpetrada contra indivíduos, que não possuem os mesmos mecanismos de reação dispostos aos entes estatais. Nestas hipóteses, o recurso mais eficaz é mesmo a provocação de Cortes Internacionais instauradas como instrumentos de garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados.

Não se pode negar, todavia, que, o mero reconhecimento da jurisdição obrigatória de Cortes Internacionais não torna eficaz o cumprimento das decisões exaradas. De fato, de nada adianta a titularidade de um crédito se as medidas dispostas à fruição de tal crédito não estiverem ao alcance do credor. Neste sentido, ainda que existam mecanismos internacionais de solução de controvérsias, é mesmo no plano doméstico que se alcança a efetividade das reparações. Não há atividade substitutiva da CIDH no que diz respeito à reparação *lato sensu*, seja a obrigação de fazer ou de

58 DAILLER et al, op. cit., p.714.

59 A este respeito, Malcom Shaw destaca:

State responsibility is a fundamental principle of international law, arising out of the nature of the international legal system and the doctrines of state sovereignty and equality of states. It provides that whenever one state commits an internationally unlawful act against another state, international responsibility is established between the two. A breach of an international obligation gives rise to a requirement for reparation (op. cit., p. 78.)

pagar, e os motivos são óbvios: nenhum Estado consentiria em abrir mão da autoridade exercida sobre instrumentos legislativos, judiciários, militares, ou sobre o poder de polícia. Seria o mesmo que abrir mão da própria soberania.

Nada obstante, se mantem a autoridade sobre os instrumentos que lhe são dispostos para a realização dos direitos de seus cidadãos, o que se espera de um Estado é que promova o cumprimento das obrigações internacionais de respeito aos direitos humanos assumidas, e, em caso de violação, adote as providências devidas à adequada compensação. Que além de incorporar ao seu ordenamento jurídico as normas internacionais às quais aderir, adote as providências necessárias à eficácia e aplicabilidade domésticas de tais normas.

Bem se sabe que o Estado brasileiro está longe da observância plena aos termos da CADH, mas não se pode negar, diante de todo o exposto, que a obrigação de pagar havida a partir de condenação da Corte Interamericana tem sido adimplida do modo mais adequado.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AUST, Anthony. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

BALVARTE, David C. *Strategizing for Compliance: the evolution of compliance phase of Inter-ourt litigation and the strategic imperative for victims representatives*. *American University International Law Review*, March 15, 2012. Disponível em: <<http://www.questia.com/read/1P3-2863500311/strategizing-for-compliance-the-evolution-of-a-compliance>>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279 República Argentina -AgR-*, Agravante: Coagulantes Argentinos S/A; Rel. Min. Celso de Mello - julgamento 17.06.1998, Plenário - Publicado DJ 10.08.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28incorpora%E7%E3o+tratados%29&base=bas eAcordaos>>. Acesso em: 02 ago. 2014.

DAILLIER, Patrick et al. *Direito Internacional Público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

GRIBEL, Gabriela Frazão. *As Cortes Domésticas e a Garantia do Cumprimento do Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2011.

MORE, Rodrigo Fernandes. *Fundamentos das Operações de Paz das Nações Unidas e a questão do Timor Leste*. 2002. 151 f. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo 01/2002.

PASQUALLUCCI, Jo M. *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, disponível em: <<http://www.questia.com/read/107344872/the-practice-and-procedure-of-the-inter-american-court>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. Cumprimento da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Âmbito Interno. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leituraE+artigo_id_=649>. Acesso em: 18 jun. 2014.

PIOVESAN, Flávia. A Incorporação, a Hierarquia e o Impacto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade das Ordens Jurídicas: a relação do direito brasileiro com direito internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Processo Internacional dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. *The Future of International Law is Domestic (or, the European way of law)*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SHAW, Malcom N. International Law, 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. artment of Power? Reflections on the Emergence of New International Judiciary. *The Eropean Journal of Law*, v. 20, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/20/1/1775.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

**PARECER Nº 08/2014/
CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/
DEPCONSU/PGF/AGU**

*Michell Laureano Torres
Procurador Federal*

PROCESSO Nº 00407.001637/2014-54**INTERESSADO: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL**

ASSUNTO: Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito da Câmara Permanente de Convênios designada por meio da Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

Direito Administrativo. Lei n.º 13.019/2014. Regime jurídico das parcerias voluntárias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil. Termo de colaboração e termo de fomento. Artigo 84. Vedação legal de aplicação do disposto na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios. Constatação de lacuna. Aplicação do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei n.º 12.376/2010 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Por analogia, aplicação da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e, excepcionalmente, da legislação referente a convênios.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1. A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

I -identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II -promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III -submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos

trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. O presente Parecer busca identificar quais as normas jurídicas que devem ser aplicadas às relações de fomento e de colaboração regidas pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, na hipótese da constatação de lacuna jurídica na referida Lei, em função do disposto no seu artigo 84, que exclui expressamente a aplicação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e da legislação referente a convênios.

4. É o relatório.

5. Preliminarmente, cumpre assinalar que, conforme restou consignado em Parecer aprovado por unanimidade por esta Câmara em 16 de setembro de 2014 e presentemente sob análise do Procurador-Geral Federal, para os casos de parcerias firmadas entre a administração pública e as organizações da sociedade civil em que não houver transferências voluntárias de recursos, deverá ser utilizado o instrumento jurídico denominado Acordo de Cooperação, com as recomendações já assentadas no Parecer nº 15/2013/CAMARAPERMANENTECONVENIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, aplicando-se, contudo, no que for cabível, as regras instituídas na Lei nº 13.019/14.

6. Desta forma, os instrumentos denominados termo de colaboração e termo de fomento, instituídos pela Lei nº 13.019/14, serão utilizados exclusivamente para as parcerias firmadas entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, quando houver transferências voluntárias de recursos.

7. De antemão, por ser o cerne da questão em análise, impende transcrever o artigo 84 da Lei nº 13.019/14:

Art. 84. Salvo nos casos expressamente previstos, não se aplica às relações de fomento e de colaboração regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e na legislação referente a convênios, que ficarão restritos a parcerias firmadas entre os entes federados.

Parágrafo único. Os convênios e acordos congêneres vigentes entre as organizações da sociedade civil e a administração pública na data de entrada em vigor desta Lei serão executados até o término de seu prazo de vigência, observado o disposto no art. 83.

8. Observa-se, portanto, que o legislador determinou, de modo expresso, que, às relações de fomento e de colaboração, não se aplica o disposto na Lei nº 8.666/93, nem a legislação referente a convênios, salvo nos casos expressamente previstos em Lei. Ou seja, pretendeu, de forma expressa, excluir a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 e da legislação referente a convênios às relações de fomento e de colaboração.

9. É sabido, contudo, que as normas, por mais completas que sejam, não conseguem prever nem regulamentar todas as situações possíveis de ocorrer, cabendo ao aplicador do direito sempre buscar a solução jurídica adequada para colmatar as suas lacunas jurídicas. Nesse sentido, a Lei nº 13.019/14, por mais abrangente que seja, não contém dispositivos que regulem todas as situações possíveis de ocorrer. Sobre essas lacunas do direito, convém transcrever trecho da obra de Maria Helena Diniz¹:

O direito é sempre lacunoso, mas é também, ao mesmo tempo, sem lacunas. O que poderia parecer um paradoxo, se se propusesse o conceito de lacuna sob um ponto de vista estático; porém, captando-se o fenômeno jurídico em sua dinamicidade, tal não ocorre. É lacunoso o direito porque, como salientamos, a vida social apresenta nuances infinitas nas condutas humanas, problemas surgem constantemente, mudam-se as necessidades com os progressos, o que torna impossível a regulamentação, por meio de norma jurídica, de toda sorte de comportamento; mas é concomitantemente sem lacunas porque o próprio dinamismo do direito apresenta soluções que serviriam de base para qualquer decisão, seja ela do órgão jurisdicional, seja ela do Poder Legislativo.

Dinamicamente considerado o direito auto-integra-se; ele mesmo supre seus espaços vazios, através do processo de aplicação e criação de normas; logo o sistema jurídico, poder-se-ia dizer, não é completo, mas completável. Poder-se-á até falar, ainda, que as lacunas no direito são “provisórias”, porque podem ser supridas pela própria força interna do direito, porém não eliminadas pelo Judiciário.

1 DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112/113.

10. Desta forma, constatada uma omissão na Lei nº 13.019/14, torna-se necessária a aplicação do artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

11. Com efeito, no ordenamento jurídico pátrio o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro traz as soluções para o aplicador do direito, quando este se vê diante de uma omissão na norma. São elas: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

12. No que se refere à analogia, cumpre colacionar trecho da clássica obra *Teoria do Ordenamento Jurídico* de Norberto Bobbio²:

A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de um determinado sistema normativo: é o procedimento mediante o qual se explica a assim chamada tendência de cada ordenamento jurídico a expandir-se além dos casos expressamente regulamentados. Foi usada largamente em todos os tempos. Recordemos uma passagem do Digesto: “*Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet*” (10 D. de leg.1,3). No Direito intermédio, a analogia ou *argumentum a simili* era considerado o procedimento mais eficaz para executar a assim chamada a *extensio legis*.

13. Outrossim, ainda sobre a analogia, faz-se oportuno transcrever excerto da obra de Washington de Barros Monteiro³:

A analogia consiste em aplicar a hipótese não prevista especialmente em lei disposição relativa a caso semelhante. No dizer de CAPITANT, ela constitui poderoso adminículo de que se serve o legislador para amparar o juiz, perplexo entre relações sociais não expressamente reguladas, a fim de guardar-lhes a vitalidade. Pressupõe semelhança

2 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, tradução de Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio de Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 6. ed. 1995. p. 151.

3 MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*, v. 1: parte geral. 44. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 51.

de relações, baseia-se no argumento de semelhante a semelhante, para empregar a linguagem das Ordenações.

Para que se permita o recurso à analogia, exige-se a concorrência dos três requisitos seguintes: a) é preciso que o fato considerado não tenha sido especificamente objetivado pelo legislador; b) este, no entanto, regula situação que apresenta ponto de contato, relação de coincidência ou algo idêntico ou semelhante; c) finalmente, requer-se esse ponto comum às duas situações (a prevista e a não prevista), haja sido o elemento determinante ou decisivo na implantação da regra concernente à situação considerada pelo julgador. Verificado o simultâneo concurso desses requisitos, legitimado está o emprego da analogia, o que não deixa de ser lógico, pois fatos semelhantes exigem regras semelhantes (*ubi eadem ratio legis ibi eadem dispositio*).

14. Destarte, identificada uma lacuna na Lei nº 13.019/2014, isto é, caso determinada situação não tenha sido expressamente prevista pelo legislador, deve o Advogado Público Federal se socorrer, em primeira mão, da analogia. Contudo, é necessário conhecer quais normas regulam uma situação semelhante ou que apresentam alguma relação de coincidência com a Lei nº 13.019/2014.

15. A Lei nº 13.019/2014, em síntese, “estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público”.

16. O artigo 2º da Lei nº 13.019/2014, por sua vez, instituiu que essas parcerias seriam formalizadas mediante a celebração de termo de colaboração ou de termo de fomento, conforme o caso, *in verbis*:

Art. 2º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VII - termo de colaboração: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato

de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis nos 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999;

VIII - termo de fomento: instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade civil, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria, respectivamente, conforme as Leis nos 9.637, de 15 de maio de 1998, e 9.790, de 23 de março de 1999;

17. Depreende-se, portanto, que a similaridade dos instrumentos criados pela Lei nº 13.019/2014 com os convênios é flagrante. A diferença reside essencialmente no fato de que, nos convênios, a parceria é formalizada com outros órgãos ou entidades públicas, ao passo que os instrumentos criados pela Lei nº 13.019/2014 são utilizados para formalizar parcerias com as organizações da sociedade civil.

18. Nesse sentido, considerando que a legislação referente a convênios apresenta diversas lacunas e que o artigo 116 da Lei nº 8.666/93 prevê expressamente que se aplicam as disposições da Lei nº 8.666/93, no que couber, “aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração”, é forçoso concluir que a Lei nº 8.666/93 pode ser aplicada, por analogia, nos casos de pontuais omissões e lacunas, desde que não contrarie a lógica de aplicação contida na Lei nº 13.019/2014.

19. Excepcionalmente, considerando a similaridade dos institutos criados pela Lei nº 13.019/14 com os convênios e que a Lei nº 8.666/93 não esgota em si o tema, entende-se que é possível a aplicação da legislação referente a convênios, como o Decreto nº 6.170/2007 e a Portaria Interministerial CGU/MF/MP nº 507/2011, por analogia, aos termos de colaboração e de fomento, quando constatada uma necessidade de integração na Lei nº 13.019/2014.

20. Notadamente, a Lei nº 8.666/93 e a legislação regulamentadora dos convênios celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal se apresentam como as normas que regulam situações que mais se assemelham àquelas reguladas pela Lei nº 13.019/2014.

21. Logo, constatada uma omissão na Lei nº 13.019/2014, deve ser aplicada ao caso concreto, por analogia, a Lei nº 8.666/93 e,

excepcionalmente, a legislação referente a convênios, com a ressalva de que essas normas somente devem ser aplicadas quando não contrariarem os dispositivos constantes da Lei nº 13.019/2014.

22. Acaso a analogia não seja suficiente para suprir a lacuna da norma, o Advogado Público Federal ainda pode se utilizar dos costumes ou dos princípios gerais do direito, sobretudo os princípios norteadores da Administração Pública, em conformidade com o que dispõe o artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376/2010 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

23. Registre-se que a regra tradicional de resolução de conflito de normas (lei especial prevalece sobre lei geral) somente teria aplicação quando houvesse disposição expressa da Lei nº 13.019/2014 regulamentando a matéria. O escopo do presente parecer é justamente solucionar os casos omissos, de modo a evitar insegurança jurídica dentro da administração pública federal.

24. Convém anotar, ainda, que em situação semelhante, a Lei nº 12.462/2011, ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, previu no §2º do seu artigo 1º que a opção pelo RDC afastaria a aplicação das normas contidas na Lei nº 8.666/93. Veja-se:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

[...]

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

25. No entanto, a doutrina mais abalizada, ao analisar o referido dispositivo, vem entendendo que, na constatação de lacuna jurídica na Lei nº 12.462/2011, não há como não se aplicar analogicamente a Lei nº 8.666/93.

26. Nesse sentido, o Ministro Benjamin Zymler, no livro *Regime Diferenciado de Contratação - RDC*⁴:

⁴ ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratação - RDC* 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 15.

A adoção do Regime Diferenciado será opcional e, quando ocorrer, deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório. Essa opção resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993, exceto nos casos expressamente previstos no diploma do RDC. Assim, ao contrário do que ocorre com a modalidade pregão, a Lei nº 8.666/1993 não terá aplicação subsidiária ao novo regime.

Entretanto, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Ou seja, na eventual constatação de lacuna jurídica quando da aplicação do Regime Diferenciado, não se pode descartar a aplicação da Lei nº 8.666/1993 de forma analógica. (g.n.)

27. Assim, conclui-se que, quando a Lei nº 13.019/14 for omissa sobre algum ponto específico, em conformidade com o que dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, devem ser aplicadas de forma analógica a Lei nº 8.666/93 e, excepcionalmente, a legislação referente a convênios.

CONCLUSÃO

28. Ante o exposto, e levando em conta os argumentos jurídicos acima delineados, bem como o entendimento firmado pela doutrina, jurisprudência e nas orientações da Advocacia-Geral da União, conclui-se que, embora o artigo 84 da Lei nº 13.019/14 disponha que não se aplica às relações de fomento e de colaboração o disposto na Lei nº 8.666/93 e na legislação referente a convênios, na constatação de lacuna na Lei nº 13.019/14, em conformidade com o que prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, as mencionadas normas podem ser aplicadas como formas de integração, não podendo, no entanto, contrariar os dispositivos da Lei nº 13.019/2014.

À consideração superior,

Brasília-DF, 22 de outubro de 2014.

Michell Laureano Torres
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos (Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves
Procurador Federal

Leopoldo Gomes Muraro
Procurador Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques
Procurador Federal

José Reginaldo Pereira Gomes Filho
Procurador Federal

Rui Magalhães Piscitelli
Procurador Federal

Roberto Vilas-Boas Monte
Procurador Federal

De acordo. À consideração superior.

Brasília, 30 de outubro de 2014.

Antonio Carlos Soares Martins
Diretor do Departamento de Consultoria

DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL

APROVO o PARECER N.º 08/2014/
CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIO/DEP CONSU/PGF/AGU,
do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 31 de outubro de 2014.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS
Procurador-Geral Federal

CONCLUSÃO DEPCONSU/PGE/AGU Nº 81/2014:

Embora o artigo 84 da Lei nº 13.019/14 disponha que não se aplica às relações de fomento e de colaboração o disposto na Lei nº 8.666/93 e na legislação referente a convênios, na constatação de pontuais omissões ou lacunas na Lei nº 13.019/14, em conformidade com o que prescreve o artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, as mencionadas normas podem, excepcionalmente, ser aplicadas como formas de integração, não podendo, no entanto, contrariar a lógica de aplicação contida na Lei nº 13.019/14 tampouco contrariar os seus dispositivos.



AÇÃO POPULAR (PET) N. 3388: A ATUAÇÃO DA AGU NA DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL¹

Filipo Bruno Silva Amorim

Procurador Federal

Procurador-Chefe da Procuradoria Federal no RN

Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL e mestre em Direito, área de concentração Políticas Públicas, pelo UniCEUB

1 O artigo visa promover uma análise descritiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tendo como ponto de referência a manifestação da Advocacia-Geral da União. Deste modo, inicia-se o texto com a descrição dos principais argumentos utilizados pela AGU na defesa da União, suas Autarquias e Fundações Públicas Federais, bem como os ventilados pelas partes adversas. Em seguida, descrevem-se os mais relevantes fundamentos declinados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a demanda, a fim de se verificar se a AGU efetivamente influenciou o judiciário, tendo contribuído de forma efetiva e eficaz para a implementação da política pública desafiada judicialmente. Tal conclusão (A AGU influenciou ou não o STF no seu julgamento da demanda?) fica a cargo da percepção crítica do leitor.

1 APRESENTAÇÃO DO CASO

A atuação da Advocacia-Geral da União no caso em tela visa garantir a higidez constitucional de ato do Poder Executivo Federal na implementação de política pública voltada à defesa de povos indígenas e das terras tradicionalmente por eles ocupadas, tal qual previsto pelo art. 231 da Constituição², cumulado com o Decreto 1.775/1996³, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, e com os artigos 17⁴ e 19⁵ da Lei 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio.

-
- 2 “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
- § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
- § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
- § 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
- § 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
- § 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
- § 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”
- 3 “Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.”
- 4 “Art. 17. Reputam-se terras indígenas:
- I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;
- II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;
- III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.”
- O dispositivo mencionado no inciso I, do art. 17 (que se reporta à EC n. 1/1969 à Constituição de 1967), atualizado para a Constituição de 1988 equivale ao art. 231.
- 5 “Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

No caso, trata-se de Ação Popular n. 3388⁶ (Pet n. 3388) movida pelo Estado de Roraima e por dois Senadores da República que impugnava a Portaria n. 534/2005⁷ do Ministério da Justiça – que modificou a

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petitoria ou à demarcatória.”

6 Brasil, STF, Ação Popular n. 3388, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso: 05 mar. 2012.

7 “PORTARIA N. 534, DE 13 DE ABRIL DE 2005

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, observando o disposto no Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, e com o objetivo de definir os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e Considerando que a Portaria MJ n. 820/98 não contempla solução para questões de fato controvertidas ressalvadas no Despacho n. 50, de 10 de dezembro de 1998, do então Ministro da Justiça; Considerando ser conveniente e oportuno solucionar, de modo pacífico, situações de fato controvertidas ressalvadas no referido Despacho n. 50;

Considerando que os atos praticados com fundamento na Portaria MJ n. 820, de 11 de dezembro de 1998, são válidos e devem ser aproveitados;

Considerando que o Parque Nacional do Monte Roraima pode ser submetido, por decreto presidencial, a regime jurídico de dupla afetação, como bem público da União destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios que ali vivem;

Considerando que o Decreto n. 4.412, de 7 de outubro de 2002, assegura a ação das Forças Armadas, para defesa do território e da soberania nacionais, e do Departamento de Polícia Federal, para garantir a segurança, a ordem pública e a proteção dos direitos constitucionais dos índios, na faixa de fronteira, onde se situa a Terra Indígena Raposa Serra do Sol;

Considerando, por fim, o imperativo de harmonizar os direitos constitucionais dos índios, as condições indispensáveis para a defesa do território e da soberania nacionais, a preservação do meio ambiente, a proteção da diversidade étnica e cultural e o princípio federativo; resolve:

Art. 1º Ratificar, com as ressalvas contidas nesta Portaria, a declaração de posse permanente dos grupos indígenas Ingárikó, Makuxi, Taupang e Wapixana sobre a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol.

Art. 2º A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com superfície de um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares e perímetro de novecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e noventa e nove metros e treze centímetros, situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima, está circunscrita aos seguintes limites: NORTE: partindo do Marco SAT RR-13=MF BV-0, de coordenadas geodésicas 05°12'07,662" N e 60°44'14,057" Wgr., localizado sobre o Monte Roraima, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana, segue pelo limite internacional Brasil/Guiana, passando pelos Marcos de Fronteira B/BG-1, B/BG-2, B/BG-3, B/BG-4, B/BG-5, B/BG-6, B/BG-7, B/BG-8, B/BG-9, B/BG-10, B/BG-11, B/BG-11A, B/BG-12 e B/BG-13, até o Ponto Digitalizado 02, de coordenadas geodésicas aproximadas 05°11'54,8" N e 60°06'32,0" Wgr., localizado na cabeceira do Rio Maú ou Ireng; LESTE: do ponto antes descrito, segue pela margem direita do Rio Maú ou Ireng, a jusante, acompanhando o limite internacional Brasil/Guiana, passando pelos Marcos de Fronteira B/5, B/4, B/3 e B/2, até o Ponto Digitalizado 03 de coordenadas geodésicas aproximadas 03°51'56,5" N e 59°35'25,1" Wgr., localizado na confluência com o Igarapé Uanamará; SUL: do ponto antes descrito, segue pela margem esquerda do Igarapé Uanamará, a montante, até o Marco 04 de coordenadas geodésicas 03°55'12,8544" N e 59°41'50,4479" Wgr., localizado na confluência com o Igarapé Nambi; daí, segue por uma linha reta até o Marco 05 (marco de observação astronômica,

Portaria n. 820/98 –, homologada pelo Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, que demarcou em limites contínuos a terra indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), e de qualquer outra Portaria que tenha por finalidade frustrar o andamento judicial das ações que discutam a demarcação da referida terra indígena.

Os autores sustentavam que a Portaria n. 534/2005, além de afrontar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal, incidiria nas seguintes irregularidades: a) nulidade do procedimento administrativo, por violação aos Decretos n. 22/91 e n. 1.775/96, tendo em vista a não participação de todos os interessados na lide e não apresentação de relatório circunstanciado por parte do Grupo Interinstitucional de

denominado Marco Pirarara), de coordenadas geodésicas 03°40'05,75" N e 59°43'21,59" Wgr.; daí, segue no mesmo alinhamento até a margem direita do Rio Maú ou Ireng; daí, segue por esta margem, a jusante, acompanhando o limite internacional Brasil/Guiana, até a sua confluência com o Rio Tacutu, onde está localizado o Marco de Fronteira 1 de coordenadas geodésicas 03°33'58,25" N e 59°52'09,19" Wgr.; daí, segue pela margem direita do Rio Tacutu, a jusante, até o Ponto digitalizado 07 de coordenadas geodésicas aproximadas 03°22'25,2" N e 60°19'14,5" Wgr., localizado na confluência com o Rio Surumu; OESTE: do ponto antes descrito, segue pela margem esquerda do Rio Surumu, a montante, até o Ponto Digitalizado 08, de coordenadas geodésicas aproximadas 04°12'39,9" N e 60°47'49,7" Wgr., localizado na confluência com o Rio Miang; daí, segue pela margem esquerda do Rio Miang, a montante, até o Marco de Fronteira LS-82 de coordenadas geodésicas 04°29'38,731" N e 61°08'00,994" Wgr., localizado na sua cabeceira, na Serra Pacaraima, junto ao limite internacional Brasil/Venezuela; daí, segue pelo limite internacional, passando pelos Marcos de Fronteira BV-7, BV-6, BV-5, BV-4, BV-3, BV-2, BV-1 e BV-0=Marco SAT RR-13, início da descrição deste perímetro. Base cartográfica utilizada na elaboração deste memorial descritivo: NB.20

Z-B; NB.21-Y-A; NB.20-Z-D; NB.21-Y-C; NA.20-X-B e NA.21-V-A - Escala 1:250.000, RADAMBRASIL/DSG Ano 1975/76/78/80.

Art. 3º A terra indígena de que trata esta Portaria, situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da constituição.

Art. 4º Ficam excluídos da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

- I - a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã, Estado de Roraima;
- II - os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes;
- III - o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima;
- IV - as linhas de transmissão de energia elétrica; e
- V - os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes.

Art. 5º É proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios.

Parágrafo único. A extrusão dos ocupantes não-índios presentes na área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol será realizada em prazo razoável, não superior a um ano, a partir da data de homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. □

Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?journal=1&pagina=59&data=15/04/2005>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

Trabalho; b) nulidade do estudo antropológico conclusivo posto ter sido o mesmo assinado por um único profissional; c) iminentes prejuízos à economia do Estado de Roraima caso a demarcação da Reserva Indígena ocorra em área contínua; d) instabilidade quanto à segurança nacional, porquanto a Reserva Indígena estaria contida em faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela e Guiana; e) ofensa ao equilíbrio federativo, haja vista que a área demarcada ocupa grande parte do território do Estado de Roraima.

A União e a FUNAI, representadas pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral Federal, respectivamente, defenderam a constitucionalidade da Portaria n. 534/2005, homologada via Decreto Presidencial, bem como a permanência dos povos indígenas na referida reserva. Os principais fundamentos elencados na peça de defesa e relembrados nos memoriais⁸ apresentados ao STF podem ser assim descritos:

2 DOS ARGUMENTOS DA AGU

No que se refere à tradicional ocupação indígena na região objeto da disputa judicial, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Brasil existem cerca de 604 (seiscentas e quatro) áreas reconhecidas como indígenas, compreendendo 12,5% do território nacional, com significativa concentração na Amazônia Legal, sendo que 70% delas são terras devidamente demarcadas e homologadas.

A área debatida na presente causa é habitada tradicionalmente por grupos indígenas de filiação linguística Carib e Aruak, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) aldeias (memoriais da AGU, p. 5)⁹.

Com efeito, a ocupação indígena na área é comprovada por documentação historiográfica (juntada aos autos do processo), sendo que no período republicano de nossa história foi instalada na região objeto desta contenda judicial uma sede do antigo Serviço de Proteção aos Índios – SPI, órgão oficial que antecedeu a FUNAI. Tal instalação tinha por escopo garantir a permanência da ocupação indígena na área, em

8 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=78166&id_site=3>. Acesso em: 03 mar. 2012.

9 “A ocupação tradicional exercida continuamente pelos índios na área é atestada em diversos registros documentais, o que pode ser verificado, em anos mais recentes, pelo mapa etnográfico publicado pelo linguista Ernesto Migliazza em 1970, contendo a localização aproximada de 90 aldeias Macuxi e Ingaricó”. (memoriais da AGU, p. 8-9)

razão do aumento dos conflitos ocasionados com a chegada dos colonos civis na região (memoriais da AGU, p. 6-7).

O Indigenato, por sua vez, é instituto jurídico cuja origem remonta à época do Brasil colonial quando o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 firmou o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores dela. Deste modo, não se trata de reconhecimento de simples ocupação ou mera posse por parte dos índios, mas, ao contrário, se constitui em fonte primária e congênita da posse territorial, tendo, atualmente, amparo no art. 231, § 2º da Constituição Federal e no art. 25 da lei n. 6.001/73¹⁰ (memoriais da AGU, p. 9-10).

Afirmou ainda a AGU, com escólio na doutrina de Dalmo Dallari, que “A posse indígena, prevista na Carta Magna, não está ligada simplesmente à ocupação e exploração da terra, como ocorre com a posse civil, mas, sim, à sobrevivência física e cultural dos índios (memoriais da AGU, p. 10-11).

Quanto à garantia Constitucional das terras indígenas, a AGU destaca (memoriais, p. 11) que desde a Constituição de 1934 (art. 129)¹¹, passando pelas de 1937 (art. 154)¹², de 1946 (art. 216)¹³ e 1967 c/c EC n. 1/69 (art. 198)¹⁴ a posse indígena das terras tradicionalmente por si ocupadas é

10 Constituição Federal: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Lei n. 6.001/73: “Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal [refere-se ao ordenamento constitucional anterior], independêrã de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.”

11 “Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

12 “Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”

13 “Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

14 “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

protegida. E afirma que a Constituição de 1988 não discrepou no que toca à referida proteção, consoante se observa do seu art. 231, § 4º que afirma serem inalienáveis e indisponíveis as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como imprescritíveis os seus direitos sobre elas.

Deste modo, não há que se falar em lesão aos ocupantes dos imóveis existentes nas áreas demarcadas, uma vez que não existe direito adquirido à posse das terras indígenas por particulares, a teor do disposto no referenciado § 4º, sendo, portanto, juridicamente nulos todos os atos ou títulos produzidos que tenham por objeto a ocupação, domínio ou posse de terras indígenas e das riquezas nelas existentes (art. 231, § 6º da Constituição¹⁵) (memoriais da AGU, p. 12).

“A demarcação da TIRSS [diz a AGU], repise-se, não configura ato constitutivo de posse, mas sim ato meramente declaratório que define a real extensão da posse e torna eficazes o mandamento constitucional e o Estatuto do Índio (art. 25 da Lei nº 6.001/1973)” (memoriais da AGU, p. 12-13)

Noutro turno, a AGU sustenta a necessidade da TIRSS ser demarcada em faixa contínua, sendo que isso não implica em risco ao Pacto Federativo¹⁶. Este tópico é de fundamental importância para o convencimento dos julgadores, pois visa demonstrar a

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

15 “Art. 231 *omissis*

[...]

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

16 Com relação a este tópico, importante registrar, desde já, o posicionamento do relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto (voto p. 84-85 e inteiro teor do acórdão p. 338-339): “[...] a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não-índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante e *clusters* (demarcação por ilhas ou do tipo ‘queijo suíço’). As próprias características geográficas da região contra-indicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmos um contraponto ao generoso querer objetivo da constituição em matéria de proteção indígena.”

desproporcionalidade e a falta de razoabilidade do pleito formulado na Ação Popular em questão, já que o território indígena que se pretende demarcar corresponde a uma pequena parte do território total do Estado de Roraima.

Com efeito, esclarece a AGU que conforme disposição contida na Portaria n. 534/2005, a TIRSS ocupa uma faixa contínua de 17.474,64 km², de um total de 224.298,98 km², que corresponde ao tamanho total do Estado de Roraima. Isso significa que a terra indígena equivale a menos de 8% do território estadual, sendo que na área demarcada existem 194 aldeias com cerca 19.000 indígenas de cinco etnias diferentes.

Nesse contexto, a AGU destaca que a Constituição reconhece não apenas a ocupação das áreas correspondentes às tribos indígenas, mas sim toda a área representativa da ocupação tradicional do território indígena. Significa dizer: área tradicionalmente ocupada é aquela extensão de terra necessária à manutenção e preservação das particularidades culturais de cada grupo, ou seja, para além da área de habitação permanente e coleta, todos os espaços necessários à manutenção das tradições do grupo, inclusive as terras consideradas sagradas¹⁷, cemitérios distantes etc. (memoriais da AGU, p.13).

Eis a necessidade da demarcação contínua da TIRSS¹⁸, e não em “ilhas” como desejavam os impetrantes, a fim de preservar a

Nesse trecho, o relator abre uma nota de rodapé (n. 11), e nela destaca: “Generoso querer da Constituição que, de modo algum, retira dos não-índios o espaço necessário para seu adequado desenvolvimento. É que, em se tratando do Estado de Roraima (como da maioria dos Estados da região Norte do Brasil), as extensões territoriais são superlativas. Prova disso é que as terras não-indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km², para uma população de menos de 400 mil habitantes. Só para que se tenha uma ideia da extensão dessas terras, o Estado de Pernambuco, com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km². Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km², é habitado por mais de 15 milhões de pessoas.”

17 “Cumpra ainda asseverar que na TIRSS localiza-se o *Monte Roraima* (Parque Nacional do Monte Roraima), que possui grande significado místico para todas as etnias que vivem nas aldeias da reserva. A demarcação em ilhas privaria as comunidades existentes na Terra Indígena do acesso ao seu referencial cosmológico primevo, impedindo, consequentemente, o direito constitucionalmente garantido ao livre exercício de suas crenças.” (memoriais da AGU, p. 16-17)

18 “Outro ponto relevante a ensejar a demarcação contínua é que, considerando a ecologia da região, configurada por campos e serras, em que ocorrem apenas ilhas de matas ciliares – isto é, à margem dos cursos d’água –, as áreas de cultivo ficam distante das aldeias, em média a 15 km. Por sua vez, a agricultura indígena obedece à rotatividade necessária do solo, a fim de prevenir seu esgotamento. Dessa forma, cada aldeia necessita de maiores extensões, aproximadamente 30 a 40 km, para o desempenho das atividades de caça, coleta e criação.” (memoriais da AGU, p. 16)

identidade histórica e cultural dos povos indígenas que lá habitam¹⁹ (memoriais da AGU, p. 14).

Ademais, a Advocacia-Geral da União destaca em sua manifestação que o autor fundamenta seu pedido de demarcação da TIRSS em “ilhas” por meio de dois documentos: 1) Relatório elaborado por uma Comissão formada por membros do Senado Federal e 2) laudo pericial determinado pelo juízo da 1ª Vara Federal de Roraima.

Todavia, ambos os documentos juntados aos autos mostram-se inservíveis para os fins aos quais se propõem, pois parciais e carentes de conclusões técnicas aptas a formular um correto convencimento: no primeiro, dentre os integrantes da Comissão, encontra-se o Senador Mozarildo Cavalcante, eleito pelo Estado de Roraima e integrante da lide na qualidade de assistente do requerente; no segundo, mais uma vez a parcialidade e falta de respaldo técnico mostram-se presentes, pois dos cinco técnicos designados para elaborar o laudo pericial, um deles, o senhor Erwin Heinrich Frank – único antropólogo presente no grupo –, posicionou-se veementemente contra o laudo formulado pelos demais, recusando-se a assiná-lo e tendo, inclusive, proferido manifestação em separado (memoriais da AGU, p. 23).

Retomando o ponto referente à extensão da TIRSS, a AGU acentua não se poder aventar quebra do equilíbrio federativo, já que a demarcação abarca tão somente 7,79% do território de Roraima e não os 46% asseverados na inicial pelos autores da Ação Popular. Na verdade poder-se-ia chegar ao percentual de 46% de terras indígenas se fossem somadas todas as demais reservas existentes no Estado de Roraima, mas não apenas a TIRSS. Ademais, ainda que se considerem os 54% de território remanescente, a AGU lembra que esses 121.121,44 km² restantes são maiores do que os Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Alagoas somados, o que, por si só, afasta qualquer alegação de quebra do equilíbrio federativo (memoriais da AGU, p. 26-27).

Seguindo sua linha de argumentação contra a mencionada quebra do equilíbrio federativo, a AGU (memoriais da AGU, p. 28), supedaneada por dados colhidos do IBGE, informa que em Roraima há uma população

19 “A manutenção de Raposa Serra do Sol em território contínuo consiste, portanto, em condição imprescindível à vida social e cultural, à reprodução dos costumes, línguas, crenças, tradições indígenas, e dá plena eficácia ao texto constitucional.

A demarcação em ‘ilhas’ não coligadas, além de significar um retrocesso na política indigenista brasileira, coloca em risco a própria sobrevivência física e cultural das comunidades que lá vivem.” (memoriais da AGU, p.17)

indígena de aproximadamente 45.000 aldeados, constituindo-se uma das maiores populações indígenas do país. Sendo que desse total, cerca de 42% (ou seja, 19.000 indígenas) concentram-se numa área equivalente a 7,79% do referido Estado.

A partir desse dado, a AGU faz a seguinte proporção, ainda com base em dados do IBGE: o Estado de Roraima possui o menor número de habitantes por unidade da Federação no país, com menos de 400.000 habitantes²⁰ para ocupar uma área total de 224.298,98 km², sendo que a maior parte dessa população, cerca de 250.000 habitantes, vive na capital do Estado, Boa Vista, com uma área de 5.687km². Os demais, cerca de 150.000 habitantes, encontram-se distribuídos por 218.611,98 km², o que proporciona uma densidade demográfica de mais ou menos 0,65 habitantes por quilômetro quadrado (excluindo-se a população concentrada na região de Boa Vista, que constitui uma exceção aos padrões do Estado).

Noutro turno, a terra indígena Raposa Serra do Sol possui cerca de 19.000 indígenas para ocupação de uma área de 17.474,64 km² o que corresponde a uma densidade demográfica de cerca de 1,09 habitante por quilômetro quadrado. Maior, portanto, que densidade demográfica média do Estado (a exceção da sua Capital).

Assim, por mais essa razão, não há que se falar em ofensa ao Pacto Federativo ou ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade quanto à demarcação contínua da TIRSS.

Quanto aos aspectos geopolíticos envolvidos na demanda, a AGU destaca que dentro da TIRSS há parte dos territórios de três municípios, a saber: Normandia, Pacaraima e Uiramutã, sendo que tal fato não interfere de modo relevante ou severo na vida dos munícipes ou na autonomia do próprio Município.

O Município de Normandia (criado por meio da Lei n. 7.009/1982) tem sua sede fora dos limites da TIRSS.

Os Municípios de Pacaraima e Uiramutã (criados pelas Leis Estaduais n. 96 e n. 98, ambas de 17 de outubro de 1995) foram criados

²⁰ Dados colhidos nos memoriais da AGU e referentes à época em que os mesmos foram confeccionados. Hoje, o Estado de Roraima possui população de pouco mais de 450.000 habitantes.

durante o procedimento de identificação e demarcação da TIRSS, que teve início em 1991.

O fato é que a Portaria n. 534/2005 excluiu dos limites da TIRSS a sede do Município de Uiramutã. No que toca ao Município de Pacaraima, cuja sede fica dentro dos limites de outra Terra Indígena, a Terra Indígena São Marcos, firmou-se acordo na Ação Cautelar nº 861, movida pelo Ministério Público Federal e FUNAI, em face das Leis Municipais nº 110/2006 e 111/2006, para se abster de praticar atos e criação de distritos na área da TIRSS, bem como para paralisar toda e qualquer obra de urbanização e asfaltamento da região (memoriais da AGU, p. 29-30).

Ademais, pontua a AGU que o domínio da União sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não redundava em perda da sua autonomia política nem por parte dos Municípios nem por parte do Estado, já que as autoridades municipais e estaduais poderão implementar diversas políticas públicas nas terras indígenas, observando-se os requisitos da legislação federal aplicável e o necessário acompanhamento FUNAI, com a única ressalva de que as referidas atividades não sejam nocivas, danosas ou inconvenientes à vida e aos bens dos índios (memoriais da AGU, p. 30-31).

Outro ponto forte na argumentação dos autores é aquele que diz respeito aos danos que adviriam à economia de Roraima com a demarcação contínua da TIRSS, em face da retirada dos produtores de arroz daquela região do Estado.

Relativamente ao ponto, a AGU, mais uma vez com base em dados do IBGE, afirma que a atividade rizicultora em todo o Estado de Roraima rende algo em torno de R\$ 55.625.000,00 (cinquenta e cinco milhões, seiscentos e vinte e cinco mil reais) por ano, ao passo que o Produto Interno Bruto – PIB²¹ do Estado é de cerca de R\$ 3.176.611.000,00 (três bilhões, cento e setenta e seis milhões, seiscentos e onze mil reais)²².

21 “[...] conforme elementos do Departamento de Estudos Econômicos e Sociais do Estado de Roraima, a atividade agrícola em conjunto com a pecuária representa tão-somente 3,8% do produto interno bruto daquele ente, atrás, portanto, da Administração Pública (58,2%), da construção civil (6,0%) e do comércio (9,3%).” (memoriais da AGU, p. 31)

22 Dados colhidos nos memoriais da AGU e referentes à época em que os mesmos foram confeccionados. Hoje, o Estado de Roraima possui um PIB de pouco menos de R\$ 4.900.000.000,00 (quatro bilhões e novecentos milhões de reais). Ainda assim, o menor dentre todos os Estados do Brasil.

Assim, a atividade rizicultora representa aproximadamente 1,75% do PIB e não 6%, como afirmado na inicial da ação. Ressalte-se, noutro turno, que a população indígena que habita a TIRSS produz anualmente 50 toneladas de milho, 10 toneladas de arroz, 10 toneladas de feijão, além de possuir o maior rebanho bovino do Estado, com cerca de 35.000 cabeças e gado e venda anual de algo em torno de 3.000 bezerros. Desse modo, além da colaboração cultural, os indígenas também contribuem para o crescimento da economia do Estado (memoriais da AGU, p. 31).

A AGU consigna também seu ponto de vista acerca da má-fé dos posseiros e dos danos ambientais por eles causados, a fim de descaracterizar a necessidade de indenização do Estado por benfeitorias, conforme previsão inserta no § 6º do art. 231 da Constituição.

Nesse sentido, ancorada em imagens de satélite fornecidas pelo INPE – Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, a AGU traz informações acerca de 7 (sete) fazendas ocupadas/cercadas por posseiros após o início dos estudos para demarcação da TIRSS, *verbis*:

- a) Fazenda Praia Grande: ocupada por Ivalcir Centenaro, com área de 2.182 hectares, sendo 598 hectares destinados à rizicultura. Posseiro com título de 594 hectares ocupa a área, segundo declaração à Justiça Federal, *desde 1994*;
- b) Fazenda Tatu: ocupada por Ivo Barilli, com área de 9.156 hectares, sendo 1.336 hectares destinados à rizicultura. Posse em nome de Maria Tereza Costa Magalhães, cuja transferência ao atual ocupante se deu *em 1992*;
- c) Fazenda Canadá: ocupada por Luiz Afonso Faccio e outro, com área de 3.316 hectares, sendo 2.826 hectares destinados à rizicultura. Posseiro ocupa a área, segundo sua declaração, *desde 1997*;
- d) Fazenda Guanabara: ocupada por Luiz Afonso Faccio e outro, não havendo qualquer hectare destinados à rizicultura. Posseiro ocupa a área, segundo sua declaração, *desde 1997*;
- e) Fazenda Depósito: ocupada por Paulo César Justo Quartiero, com área de 5.070 hectares, sendo 3.118 hectares destinados à rizicultura. Posse em nome de José Mendes de Brito, cuja transferência ao atual ocupante se deu em 11 de maio *de 1992*;

f) Fazenda Providência: ocupada por Paulo César Justo Quartiero, com área de 4.291 hectares, sendo 3.226 hectares destinados à rizicultura. Posse em nome de Darci Sales e João Gualberto, cuja transferência ao atual ocupante se deu em 2001, conforme depoimento pessoal do ocupante no Processo nº 2004.42.00.001403-5, em 14 de setembro de 2004;

g) Fazenda Carnaúba: ocupada por Nelson Massami Itikawa, com área de 2.703 hectares, sendo 737 hectares destinados à rizicultura, com suposto título de compra expedido pelo INCRA em nome de Edmilson Cordeiro de Melo, cuja transferência ao atual ocupante se deu em 18 de agosto de 1993; (memoriais da AGU, p. 33-34)

Comentando o trecho reproduzido, a AGU destaca: “Como se observa pelos trechos negritados, todas as ocupações acima aconteceram de forma irregular e após o ano de 1991, ano em que se iniciou o procedimento de identificação e demarcação da Terra Indígena” (memoriais da AGU, p. 34).

Seguindo sua análise, ainda com base nas imagens fornecidas pelo INPE, a AGU (memoriais, p. 35) registra que as lavouras de arroz aparecem nitidamente dentro da TIRSS, pela primeira vez, em 1992, apresentando uma área de 2.111,83 hectares, ou seja, depois do início dos estudos destinados à demarcação da TIRSS. Sendo que ano após ano as referidas lavouras seguem crescendo no interior da reversa indígena: em 1997, elas já ocupam 6.294,8 hectares; em 1998, 7.585,26 hectares; e em 2005, 10.348,59 hectares.

Assim, ressalta a AGU, ainda que se considerasse a primeira Portaria demarcatória (Portaria n.º 820/98) como o marco caracterizador de uma eventual posse de boa-fé, é razoável afirmar que pelo menos metade da área total das lavouras existentes em 2005 seja objetivamente fruto de atividade maculada pela má-fé dos posseiros (memoriais da AGU, p. 35).

Noutro turno, a AGU (memoriais, p. 36) identifica alguns impactos ambientais irreversíveis produzidos pelas lavouras de arroz, como, por exemplo, a) a supressão completa da vegetação nativa, com perda total da biodiversidade local e b) as alterações nas estruturas dos recursos hídricos, com a supressão ou mesmo a extinção de lagos e igarapés.

Aduzem ainda os autores da Ação Popular que a presença dos indígenas em faixa de fronteira militarizada contra a segurança e a defesa

nacional, argumento esse prontamente rebatido pela AGU (memoriais, p. 37-38) ao afirmar que a presença indígena na fronteira, em lugares de difícil acesso, até mesmo para os militares, contribui para a proteção e defesa nacional em face de eventuais invasores²³.

Ainda quanto à defesa nacional, a AGU (memoriais, p. 40) destaca o fato de não haver qualquer problema em que o território tenha dupla afetação (ser terra indígena e faixa de fronteira indispensável à segurança nacional), ou seja estar submetido a um duplo regime jurídico especial, consoante normas inscritas nos artigos 20, § 2º e 231, § 2º da Constituição Federal.

A se pensar de maneira diversa, estaríamos diante de uma situação em que uma regra constitucional afastaria por completo a aplicação da outra, sendo que tal exclusão não estaria embasada em nenhum critério de temporalidade, hierarquia ou especialidade, tornando tal opção uma escolha desarrazoada do intérprete.

Nesse sentido, sustenta a AGU (memoriais, p. 41) que não há qualquer conflito, ainda que aparente, das normas que garantem, de um lado, o direito de ocupação das terras tradicionais indígenas e, de outro lado, a segurança do território nacional nas faixas de fronteira. Sendo plenamente viável e possível a afetação da terra ao uso das Forças Armadas, no caso de a área indígena demarcada se configurar em espaço territorial indispensável à segurança nacional²⁴.

Sustentam, por fim, os autores violação ao art. 91, § 1º, III²⁵ da Constituição Federal, uma vez que no processo administrativo que

23 "Outro dado importante de se trazer à baila é que as Forças Armadas contam com o apoio total dos silvícolas que habitam a TIRSS, posto que os mesmos adentram diariamente a área e podem, em primeira mão, perceber qualquer invasão ou dano ao território brasileiro.

Dessa forma, não há motivos para temer qualquer ato no sentido de se ameaçar a soberania do Brasil. Pelo contrário, a presença indígena em áreas de fronteira deve ser vista como uma estratégia de segurança nacional. Ademais, as terras indígenas são de propriedade da União e, portanto, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Os índios possuem apenas seu usufruto, não podendo delas dispor." (memoriais da AGU, p. 39)

24 "Ademais, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 231, § 5º, ser possível a remoção, *ad referendum* do Congresso Nacional, dos grupos indígenas de suas terras no interesse da soberania do país, o que demonstra uma harmonia entre os princípios constitucionais que garantem o direito originário de posse das terras indígenas tradicionais e a segurança das faixas de fronteira." (memoriais da AGU, p. 41)

25 "Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

[...]

§ 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

[...]

culminou com a homologação da TIRSS não se procedeu a oitiva do Conselho de Defesa Nacional – CDN.

Todavia, argumenta a AGU (memoriais, p. 43-44) que a oitiva da CDN no caso de demarcação de terra indígenas é facultativa e não obrigatória, pois os critérios e as condições de utilização das terras demarcadas, quando forem de igual modo indispensáveis à defesa do território nacional, já estão fixados nos artigos 231²⁶ e 232²⁷, ambos da Constituição Federal, razão pela qual não há qualquer mácula a ser apontada no processo administrativo de demarcação da TIRSS²⁸.

III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo”.

26 Vide nota de rodapé n. 3.

27 “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

28 “Cumprе ressaltar que essa Excelsa Corte, em mais de uma ocasião, declarou a legalidade e a constitucionalidade do procedimento administrativo demarcatório que culminou na expedição da Portaria/MJ n. 534, de 13 de abril de 2005, posteriormente homologada pelo Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União em 15 de abril de 2005.

De fato, constatada a existência de potencial conflito federativo no exame da matéria concernente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – nos moldes do art. 102, I, “f”, da Lei Maior – esse Supremo Tribunal Federal declarou-se competente para julgar todos os litígios dela decorrentes.

Nessa perspectiva, houve o aforamento de diversas ações, individuais e coletivas, de cunho possessório, de natureza declaratória e cautelar, sempre com vistas à anulação do decreto demarcatório, sob o argumento de que a Portaria n. 534/2005 conteria supostas ilegalidades.

É de se destacar, todavia, que a União já pagou um total de 13 milhões de reais em indenizações, e que os particulares remanescentes não vêm obtendo êxito em suas derradeiras demandas junto a essa Suprema Corte. A propósito, destaca-se a *decisão denegatória* proferida, à unanimidade, nos autos do Mandando de Segurança n. 25.483/DF. Confira-se, nos moldes do relatado pelo Ministro CARLOS BRITTO:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. *HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL*. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. *GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA*. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

[...] Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.’ (grifou-se).

Dessa feita, demonstrada a regularidade de todo o processo administrativo demarcatório, restam infundados os argumentos do autor.” (memoriais da AGU, p. 48-49)

3 DO ACÓRDÃO DO STF

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em julgamento finalizado em 19/03/2009, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, manteve a demarcação contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. Vejamos os principais pontos fixados pelo Acórdão²⁹ em questão, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto.

29 *EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI N. 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA N. 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria n. 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensões titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto n. 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas,*

não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é “ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade” (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO “ÍNDIOS” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nasceram com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. 8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do

art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal. 9. A **DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL**. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividades. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O **FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO**. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O **CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS**. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígene; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da

reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS “ORIGINÁRIOS”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. 16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma divisão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E

Inicialmente, o relator tratou de questões processuais, não tendo conhecido da parte da pretensão autoral (p. 3-4 do voto e p. 257-258 do inteiro teor do acórdão) que visava excluir o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes em face da falta de interesse jurídico, uma vez que os referidos pedidos já haviam sido contemplados na própria Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça, como destacado pela AGU. De igual modo, não conheceu da pretensão no que toca à sede do Município de Pacaraima, pois referido território está encravado na “Terra Indígena São Marcos” e não na TIRSS, constituindo-se, portanto, matéria estranha à demanda.

Em seguida o relator saneou irregularidades processuais existentes na Ação Popular 3388, no sentido de apontar nulidades, ainda que formais, a fim de legitimar a posse das terras situadas na área demarcada, tendo destacado que a ação popular não visa à defesa de interesses particulares de pretensos proprietários de terra que sequer são partes na demanda. Depois fixou não ser possível ao Estado de Roraima figurar no polo ativo da demanda na qualidade de autor, já que só quem detém legitimidade em ação popular para atuar nessa condição é o “cidadão”. Assim, tanto o Estado de Roraima quanto outros interessados, inclusive representantes de comunidades indígenas, foram admitidos no processo na qualidade assistentes simples.

Ainda no que toca à parte processual, o Ministro Carlo Ayres Britto (p. 05 do voto e 259 do inteiro teor do acórdão) sustentou a inexistência de vícios no processo administrativo de demarcação da TIRSS. Segundo o relator, o referido processo observou as regras do Decreto n. 1.775/96, as quais já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.045.

Ademais, no final do seu voto, destaca que não houve violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, já que todos os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação da TIRSS, como procederam o Estado de Roraima,

SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.”

o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 74 e p. 328 do inteiro teor do acórdão).

Noutro turno, os dados técnicos (caráter antropológico) produzidos foram subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e observaram todos os preceitos Constitucionais e legais necessários à demarcação de terras indígenas (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 77 e p. 331 do inteiro teor do acórdão).

Prosseguindo, destaca (p. 5 do voto e p. 259 do inteiro teor do acórdão) que a demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é “ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade”, além de se revestir de natureza declaratória e força autoexecutória, tal qual apontado pela Advocacia-Geral da União em sua peça de defesa.

Superadas as questões processuais e procedimentais, o relator adentra ao mérito do caso firmando seu entendimento sobre o significado do termo “índios”³⁰ no contexto da Constituição Federal de 1988. Trata-se, no seu entender, de termo amplo e plural que serve para designar todos os “aborígenes” brasileiros pertencentes às mais diferentes etnias, sejam eles silvícolas ou em processo de aculturação. Para a Constituição, a proteção deles se dá de modo igual.

Pondera ademais (p. 16 do voto e p. 270 do inteiro teor do acórdão), que todas as terras indígenas integram o território³¹ nacional como bens

30 “Diga-se em continuidade que o substantivo plural ‘índios’ foi recolhido pela Constituição com o mesmo sentido que a palavra tem em nossa linguagem coloquial. Logo, o termo traduz o coletivo de índio, assim entendido o ‘Índigena da América’ (Enciclopédia e Dicionário Koogan e Houaiss da Língua portuguesa, Edições Delta, 1994). Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o ‘nativo’, o ‘aborígine’, o ‘autóctone’, na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano. Isso por diferenciação com os principais contingentes humanos advindos de outro países ou continentes, ora para atuar como agentes colonizadores, ora para servir de mão-de-obra escrava, como, no caso do Brasil, os portugueses e os africanos, respectivamente.” (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 12 e p. 266 do inteiro teor do acórdão)

31 Quanto à diferença entre território nacional e terra indígena, o relator afirma que somente o ‘território’ enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo ‘terras’, por sua vez, é termo que assume postura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição, no seu entender, teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, apenas em ‘terras indígenas’. Significa dizer que os ‘grupos’, ‘organizações’, ‘populações’ ou ‘comunidades’ indígenas não constituem nem entidade federada, nem formam circunscrição ou instância espacial detentora de dimensão política. Daí, aponta o relator, não se reconhecer a nenhuma organização social indígena ou ao conjunto delas a dimensão de instância transnacional. Deste modo,

públicos federais³² e, nesse sentido, se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). Em sendo bens públicos federais, as terras indígenas já demarcadas podem vir a sofrer a atuação do Estado ou Município em que se insere fisicamente, mas essa atuação sempre ocorrerá de forma complementar, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 19 e p. 273 do inteiro teor do acórdão).

Ao tratar da temática “demarcação”³³, o Ministro Carlos Ayres Britto destaca a competência exclusiva da União, por meio do Poder Executivo Federal³⁴, em tal matéria, afirmando que, acaso deseje, não há impedimento para que o Presidente da República ouça o Conselho de Defesa Nacional, especialmente se a demarcação abranger faixas de fronteira, todavia, como deixa entender o relator (p. 30 do voto e p. 284 do inteiro teor do acórdão), essa oitiva é facultativa, tal qual informada pela AGU, e não obrigatória. No que concerne às competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa,

nenhuma comunidade indígena brasileira detém aptidão para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como ‘Nação’, ‘País’, ‘Pátria’, ‘território nacional’ ou ‘povo’ independente. Assim, afirma ser fácil a percepção de que todas as vezes em que a Constituição Federal tratou de ‘nacionalidade’ e dos demais vocábulos destacados por aspas (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 22-26 e 276-280 do inteiro teor do acórdão)

- 32 Com esteio no art. 20, XI da Constituição Federal, o relator informa que as terras indígenas são bens públicos federais (p. 16 do voto e 270 do inteiro teor do acórdão), todavia essa característica não “amesquinha” as unidades federadas demarcadas, a um porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas” (p. 51-52 do voto e 305-306 do inteiro teor do acórdão); e a dois, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político (p. 18-19 do voto e 272-273 do inteiro teor do acórdão).
- 33 No entendimento do relator (p. 31 do voto e p. 285 do inteiro teor do acórdão) a demarcação de terras indígenas constitui-se em “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”: “[...] Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional *compensatória* de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de *ações afirmativas* (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o *superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro*. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão ‘sociedade fraterna’, e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’ (sem destaque no original).”
- 34 “[...] Veremos cada qual desses conteúdos, não sem antes ajuizar que somente à União compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente. Mas instaurar, sequenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes fazeres: a) ‘autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais’ (inciso XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoramente, sobre o ato de ‘remoção de grupos indígenas de suas terras’ (§ 5º do art. 231, assim redigido: [...].” (voto do Ministro Carlos Ayres Brito, p. 28 e p. 282 do inteiro teor do acórdão)

elas se esgotam nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49³⁵ e o § 5º do art. 231³⁶, ambos da Constituição Federal.

Prosseguindo, destaca que o marco temporal para a verificação da ocupação das terras indígenas é da data da promulgação da Constituição (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 41 e p. 295 do inteiro teor do acórdão), bem como que por tradicionalidade, necessária à caracterização da terra como sendo indígena, deve se entender perdurabilidade (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 43 e p. 297 do inteiro teor do acórdão) tanto sob o aspecto anímico quanto psíquico de uma continuidade etnográfica³⁷.

Quanto à finalidade das demarcações de terras indígenas, o Ministro relator (p. 47-48 e p. 301-302 do inteiro teor do acórdão) afirma servirem à habitação de uma determinada etnia indígena, além de servirem (no sentido de serem aptas) às suas atividades produtivas e também à reprodução de sua identidade física e cultural segundo os usos, costumes e tradições dos próprios indígenas. Essa a principal razão a justificar uma demarcação de modelo contínuo, a fim de permitir a formação de um perfil coletivo e a afirmação da autossuficiência econômica de toda uma comunidade indígena, ao contrário do modelo de demarcação por “ilhas”, “bolsões” ou “bloco” que, longe de atenderem à ideia cultural e econômica de abertura de horizontes, dizimaria a etnia indígena pela eliminação progressiva dos seus elementos culturais (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 54-55 e p. 308-309 do inteiro teor do acórdão).

Ademais, em consonância com a defesa empreendida pela AGU, o relator afirma que o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam e sua consequente demarcação foi reconhecido e declarado pela Constituição e não constituído ou outorgado, eis a razão de a Carta Magna havê-los denominado de “originários”, a significar um direito anterior a qualquer outro, que prepondera sobre pretensos direitos adquiridos (não há direito adquirido contra disposição do Constituinte Originário), mesmo aqueles materializados por meio de escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

35 “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;”

36 Vide nota de rodapé n. 3.

37 A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

Nada obstante, não há que se pregar o completo afastamento de não-índios das terras indígenas tradicionalmente ocupadas. Como ressalta o relator, a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é plenamente conciliável com a presença de não-índios, bem como com a instalação de equipamentos públicos necessários, a abertura de estradas e vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, com a ressalva de que tudo se processe sob o comando institucional da União, ladeado pelo controle do Ministério Público e também da atuação, ainda que coadjuvante, de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 55-56 e p. 309-310 do inteiro teor do acórdão).

Tal convivência, que deve ser cultivada harmonicamente, impede que haja cobrança por parte dos indígenas e suas comunidades de pedágio, bloqueio e interdição de estradas ou inibição do regular funcionamento das repartições públicas eventualmente ali instaladas. (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 56 e p. 310 do inteiro teor do acórdão)

Por fim, e sem discrepar do entendimento esposado pela AGU em sua manifestação, afirma o relator haver compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e o fato de elas serem concomitantemente faixa de fronteira indispensável à segurança nacional (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 68 e p. 322 do inteiro teor do acórdão).

A permanente alocação indígena em faixas de fronteira, afirma, longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural desses espaços, em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado, no caso as Forças Armadas e Polícia Federal, se façam também presentes, sem precisar de qualquer espécie de licença, com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 72 e p. 326 do inteiro teor do acórdão). Mecanismos esses a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los e alertá-los contra a influência, às vezes perniciososa, de determinadas organizações não-governamentais estrangeiras, além mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o sentimento de nacionalidade brasileira.

Registre-se, ademais, que o Ministro relator fez acrescer ao seu voto fundamentos de salvaguardas institucionais (condicionantes) trazidos à baila pelo voto-vista do Ministro Carlos Alberto Direito³⁸ e

38 Voto-vista do Ministro Carlos Alberto Direito, p. 58-60 do voto e p. 416-418 do inteiro teor do acórdão.

deslocadas para a parte dispositiva da decisão no intuito de conferir um maior teor de operacionalidade ao acórdão³⁹.

39 As condicionantes foram as seguintes:

- I. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;
- II. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- III. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;
- IV. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a fiação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
- V. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às Comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- VI. A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- VII. O usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;
- VIII. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- IX. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
- X. O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- XI. Devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
- XII. O ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- XIII. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;
- XIV. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei n. 6.001/1973);
- XV. É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária, ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973);
- XVI. As terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição Federal, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;
- XVII. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
- XVIII. Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, Constituição Federal);
- XIX. É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.



Normas para a Revista da AGU

São abordados aqui os principais tópicos dos artigos para padronização da Revista da AGU com as Normas da ABNT.

Do Artigo

Deve conter o número mínimo de 10 páginas e o máximo de 35 páginas, encaminhado no formato word para o e-mail: eagu.avaliaeditorial@agu.gov.br.

Ineditismo

O artigo enviado para publicação na Revista da AGU deve ser inédito. Não é permitido reprodução de trechos de artigo publicado em outro periódico sem as devidas referências ou citações, mesmo sendo do mesmo autor. Para evitar qualquer caracterização de autoplágio, o uso de textos e trabalhos anteriores do próprio autor deve ser assinalado, com as devidas referências e citações.

Deve constar no Artigo:

Título do artigo

Descritivos, porém concisos (**em português e Inglês**).

Autor(es)

O(s) nome(s) do(s) autor(es) deve(m) estar acompanhado(s) de breve currículo com no máximo três qualificações na área de atuação ou do conhecimento do artigo, juntamente os dados da instituição onde atuam tais como: unidade, departamento, e-mail, endereço completo (cidade, estado e País) para correspondência.

Sumário

O sumário reproduz número e nome das seções e das subseções que compõem o trabalho, deve estar posicionado após o nome do autor e apresentar o número e nome das seções e das subseções. Não numerar a introdução e separar itens por ponto e vírgula.

Exemplo:

SUMÁRIO: Introdução; 1 tema1; 2 tema2, tema3....., Referências.

Resumo

De cunho informativo deve conter de 100 a 250 palavras. (Em português e Inglês).

Palavras-chave

De cinco a oito palavras-chaves separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. **(Em português e Inglês).**

Introdução

Elaborar parte inicial do artigo, onde devem constar a delimitação do assunto tratado, os objetivos da pesquisa e outros elementos necessários para situar o tema do artigo.

Corpo do texto

PARÁGRAFOS: Fonte verdana tamanho 11, espaço entre linhas de 1,5. Sem espaços entre parágrafos. Recuo de 1,5 cm para primeira linha do parágrafo.

Citações

CITAÇÕES: com mais de três linhas (blocos) devem ter fonte menor tamanho 10 e espaço entrelinhas simples, destacadas com recuo de 1,5 cm da margem esquerda, letra menor que a do texto (verdana tamanho 10) sem aspas e sem itálico. No caso de acrescentar grifo deve ser em itálico e especificar como: (grifo nosso) ou (grifo do autor)

Exemplo:

À Presidente - Ministra Ellen Gracie para o exame de empréstimo de preferência ao pregão, ante a necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral baixar ato fixando os parâmetros para a distribuição do fundo partidário, tudo a partir dos *preceitos da lei 9096/95 questionados*. Imprimam urgência, remetendo cópia a s. Exa. (grifo nosso).

Para citações que ocupam até três linhas, são inseridas dentro do próprio parágrafo entre aspas duplas. As aspas simples indicam citação no interior da citação.

Para supressões utilizar: [...]. Nos grifos utilizar itálico

Conclusão

Elaborar parte final do artigo, na qual se apresentam as conclusões correspondentes aos objetivos e hipóteses.

Notas de Referências/Rodapé

Para todos os tipos de notas a Escola da AGU adotou o sistema numérico. As referências devem seguir o modelo abaixo para as notas de rodapé e Referências bibliográficas obedecendo inclusive a pontuação e o grifo.

Exemplos:

Livros: SOBRENOME, Nome. *Título da obra*. Local de publicação: Editora, data. p. xx Ex.:

CORRÊA, Roberto. A rede urbana. São Paulo: Ática, 1989. p. xx

Capítulo de livro: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. In: SOBRENOME, Nome (Org).

Título do livro. Local de publicação: nome da editora, data. Página inicial-final.

Ex.: IANNI, Octavio. Dilemas da integração regional. In: SOUZA, Álvaro (Org). *Paisagem território região: em busca da identidade*. Cascavel: Edunioeste, 2000. p.133-136.

Artigo em periódico: SOBRENOME, Nome. Título do artigo. *Título do periódico*, local de publicação, volume, número, página inicial-final, mês(es) e ano.

Ex.: MACHADO, Lucy. Cognição ambiental, processo educativo e sociedades sustentáveis. *Faz Ciência*, Francisco Beltrão, v. 5, n. 1, p. 131-146, dez. 2003.

Dissertações e teses: SOBRENOME, Nome. *Título da tese (dissertação)*. Edição. Local: Instituição em que foi defendida, data. Número de páginas. (Categoria, grau e área de concentração).

Ex.: RIBAS, Alexandre. *Gestão político-territorial dos assentamentos, no Pontal do Paranapanema*. São Paulo: uma leitura a partir da COCAMP. Presidente Prudente: FCT/UNESP, 2002. 224 p.

Observação: As referências são alinhadas somente à margem esquerda, com espaçamento entrelinhas simples, separando as obras por espaçamento duplo. O recurso tipográfico é o itálico para destacar o elemento título.

Quando se tratar da primeira citação de uma obra, deve ser sua referência completa. Exemplo:

Para Moraes¹ a supremacia das normas constitucionais no ordenamento [...].

¹ SOBRENOME, Nome. Obra. 13. ed. Local: Editora, p. 20-23, ano.

As subseqüentes citações dessa mesma obra podem aparecer de forma abreviada, utilizando-se das expressões: Idem, Ibidem, opus citatum, Confira e Confronte.

Expressões utilizadas nas notas de rodapé

Idem ou id. (mesmo autor)

Utilizada para substituir nome na mesma página, quando se tratar de diferentes obras do mesmo autor.

Exemplo:

¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1989, p.9.

² Id., 2000, p. 19.

Ibidem ou ibid. (mesmo autor e mesma obra)

Usada quando o autor e a obra são os mesmos e aparecem na mesma página sucessivas vezes. Para evitar a repetição, substitui-se o nome do autor e da obra por *ibidem* ou *ibid.*

Exemplo:

LAMPRECHT, 1962, p. 20.

Ibid., p. 36.

Opus citatum, opere citato ou op. cit.

Colocada após o nome do autor, referindo-se à obra já citada anteriormente.

Exemplo:

GONÇALVES, *op. cit.*, p. 216.

Cf. (confira, confronto)

Usada para fazer referência a outros autores ou a notas do mesmo autor.

Exemplo:

Cf. MORAES, 2003.

Referências bibliográficas do artigo

Quando ocorrer de ter o nome do autor referenciado várias vezes, substitui-se por traço e ponto (equivale a seis espaços).

Exemplo:

_____. *Gabriela cravo e canela*. São Paulo: Martins, 1958.